

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 70 (1951)

Heft: 3b

Artikel: La discipline des professions libérales : Statut et droit disciplinaire

Autor: Martin-Achard, Edmond

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896479>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

La discipline des professions libérales

(Statut et droit disciplinaire)

par le Dr

Edmond Martin-Achard

Avocat, Chargé de Cours à l'Université de Genève

TABLE DES MATIÈRES

	pages
Avant-propos	140a
I. Introduction historique	142a
1. Avocats	142a
a) A Rome	142a
b) L'ancien droit en France	144a
c) Les Conseils de l'Ordre en France	147a
2. Médecins et chirurgiens	150a
II. Eléments constitutifs des professions libérales	152a
1. Elément intellectuel	153a
2. Préparation et activité scientifiques	154a
3. Indépendance	155a
4. Désintéressement	156a
5. Clientèle	157a
6. Nature des intérêts confiés aux professionnels par le client	157a
III. Essai d'établissement d'une liste des professions libérales	160a
A. Professions juridiques	161a
1. Avocat	161a
2. Notaires	161a
B. Professions médicales	162a
1. Médecin	162a
2. Chiropraticiens	162a
3. Dentistes	162a
4. Vétérinaires	163a
5. Sages-femmes	163a
6. Masseurs	163a
7. Pédicures et orthopédistes	164a
8. Pharmaciens	164a
9. Psychanalistes	165a

	pages
C. Professions techniques.	165a
1. Architectes	165a
2. Ingénieurs	171a
3. Géomètres	172a
4. Ingénieurs-conseils	174a
5. Experts-comptables	177a
D. Autres professions	178a
1. Professeurs	178a
2. Savants, inventeurs	178a
3. Ecclésiastiques.	178a
IV. La profession d'avocat	180a
1. Activité de l'avocat	180a
2. Nature du contrat entre l'avocat et son client	183a
3. Règles et usages professionnels	186a
4. Exercice de la profession	191a
a) Cantons exigeant des capacités sérieuses et une préparation pratique	192a
b) Cantons qui n'exigent aucun stage ou se con- tentent de capacités insuffisantes.	193a
c) Cantons qui n'exigent aucune connaissance spé- ciale	194a
aa) A Soleure	194a
bb) Appenzell RE	195a
cc) Grisons	195a
d) Connaissance des règles déontologiques	196a
e) Monopole des avocats.	196a
f) Exclusion des avocats	197a
g) Projet de loi fédérale sur les avocats	199a
h) Avocats d'office	199a
i) Avocats et IIIe Reich	200a
V. La profession de médecin	204a
1. Activité du médecin	204a
2. Problèmes actuels se posant au médecin	207a
a) Libre choix	207a
b) Entente directe	208a
c) Liberté des prescriptions	210a
d) Le secret professionnel	211a
3. Prévention des maladies	212a
4. Spécialisation et travail d'équipe	213a
5. Nature du contrat	214a
6. Règles professionnelles	215a
7. Le Service National de Santé anglais	217a

	pages
VI. Les professions libérales et leur statut juridique en Suisse	223a
1. Article 33 de la Constitution fédérale	223a
a) Article 33, 1 CF	223a
b) Article 33 § 2 CF.	226a
c) Article 5 des dispositions transitoires	229a
2. Statut juridique de l'avocat	232a
3. Statut juridique du médecin	237a
4. L'article 361 CO	241a
VII. Le droit disciplinaire	243a
1. Introduction	243a
2. Nature juridique du droit disciplinaire.	245a
3. Droit disciplinaire des professions libérales	254a
4. Fautes disciplinaires des avocats	257a
a) Devoirs généraux	258a
b) Recherche de la clientèle	262a
c) Devoir à l'égard des autorités	266a
d) Devoirs envers la clientèle.	269a
e) La question des honoraires	273a
f) Devoirs à l'égard des confrères.	276a
5. Fautes disciplinaires des médecins	277a
a) Délits	277a
aa) avortement.	277a
bb) duel	277a
cc) faux certificats.	277a
dd) violation d'obligation de dénonciation des maladies	277a
b) Fautes professionnelles (déontologiques).	278a
c) Fautes professionnelles au sens strict	279a
6. Autorités disciplinaires	280a
a) Avocats.	280a
dd) Pouvoir disciplinaire exercé par un Conseil de l'Ordre	283a
ee) Projet d'officialisation de l'Ordre des Avocats de Genève	284a
ff) Cantons sans autorité disciplinaire	285a
b) Médecins	285a
7. Peines disciplinaires.	287a
a) Avocats.	287a
aa) L'avertissement	287a
bb) La censure	287a
cc) L'amende	287a

	pages
dd) La suspension	287a
ee) La destitution ou retrait de l'autorisation de pratiquer	287a
b) Médecins	290a
c) Remarque sur le prononcé des peines	290a
d) Rapport de la peine disciplinaire avec l'article 54 CP	292a
e) Demande d'exercer la profession après une inter- diction de pratiquer	293a
f) Compétence des autorités disciplinaires	294a
8. Procédure disciplinaire	295a
Conclusion	300a
Thèses	301a
Bibliographie	303a

Avant-propos

Le Comité de la Société Suisse des Juristes a bien voulu laisser aux rapporteurs une grande liberté dans la manière de traiter leur sujet. C'est ce qui explique que, tandis que notre collègue de Suisse allemande parlera surtout du droit disciplinaire, nous traiterons de façon un peu plus générale du *statut des professions libérales*¹.

Invités très tardivement à présenter cette étude, nous avons dû nécessairement limiter nos efforts à la recherche des caractères essentiels de ces professions. Nous nous sommes demandé quelle était la position de ces carrières à l'heure actuelle, comment elles étaient exercées et contrôlées et ce qu'il y avait ou devrait y avoir en elles de permanent.

Les professions libérales qui ont joué dans le passé et qui jouent encore aujourd'hui un rôle extrêmement important, sont menacées par l'évolution économique, sociale et politique à laquelle nous assistons depuis une cinquantaine d'années. La menace vient de plusieurs côtés et tout d'abord de l'Etat, qui restreint toujours davantage les libertés des

¹ C'est pourquoi nous avons indiqué en sous-titre « Statut et droit disciplinaire ».

citoyens et soumet ceux-ci à une bureaucratie dévorante. Elle vient aussi du fisc qui rend difficile l'exercice indépendant de ces professions; enfin de la *dépersonnalisation* du travail intellectuel et scientifique qui est parfois exécuté par des groupements anonymes. Nous verrons aussi que cette menace est liée, dans notre pays, à des conceptions erronées de la fonction de certaines professions et notamment de celle d'avocat.

Dans un monde où le respect de la personnalité et des droits individuels tend à devenir de plus en plus rare, la position de ceux qui suivent une carrière libérale est forcément menacée.

Il est bien compréhensible que la Société Suisse des Juristes, qui compte dans son sein tant de magistrats, de professeurs, d'avocats et de notaires, s'occupe une fois encore du problème des professions libérales qui concerne directement une grande partie de ses membres. Cette question ne préoccupe cependant pas les seuls juristes; elle intéresse l'ensemble de la société, car ces carrières sont nécessaires au bien-être général.

*

La notion de profession libérale est fort ancienne. C'est pourquoi il nous a paru utile de rappeler certaines de ses origines, notamment dans l'histoire romaine. Les professions libérales ont un passé qui leur a laissé une empreinte qu'on ne peut méconnaître, mais elles continuent à s'affirmer aujourd'hui dans l'ensemble des activités humaines. Il ne s'agit donc pas d'une notion purement historique.

Si certaines de ces professions, il est vrai, perdent leurs caractères propres, d'autres naissent et se développent avec tous les attributs des carrières libérales.

Après une introduction historique, nous chercherons à indiquer les éléments constitutifs des professions libérales, ce qui nous permettra ensuite de dresser de ces dernières une liste approximative. Deux d'entre elles retiendront particulièrement notre attention: celle d'avocat et celle de

médecin, qu'on peut considérer comme les professions libérales-types. Nous les étudierons donc de façon plus approfondie, en cherchant à fixer dans quelles conditions elles sont exercées, organisées et contrôlées.

La question du droit disciplinaire des professions libérales est l'un des problèmes essentiels qu'il convient d'examiner dans le cadre de cette étude. Qui dit «droit disciplinaire», dit règles écrites ou usuelles qui s'imposent aux membres d'un groupe et dont la transgression doit entraîner l'intervention des autorités compétentes du groupe. Le contrôle et la sanction disciplinaires fixent le cadre de l'exercice de la profession, les droits et les obligations du professionnel. On juge ainsi de l'importance de la question du droit disciplinaire dans le statut des professions libérales.

Nous terminerons cette étude par de brèves conclusions et nous permettrons de faire quelques propositions sous forme de thèses.

I. Introduction historique

1. Avocats

a) *A Rome*

Dans la société romaine classique, on distinguait les hommes libres et les esclaves. Les hommes libres qui ne travaillaient pas, avaient une clientèle plus ou moins nombreuse, composée de plébéiens qu'ils devaient protéger en toutes circonstances et notamment assister en justice².

L'*advocatus* était celui qui était appelé à l'aide par son client³. Peu à peu, la défense de tiers devint une profession libérale et non plus une activité occasionnelle.

Tandis que le travail manuel continuait à être l'objet du mépris, le travail intellectuel, par contre, fut bientôt consi-

² Voir Jean Savatier, *Etude juridique de la profession libérale*, Paris 1947, p. 24.

³ C'est ainsi, semble-t-il, qu'est né le terme d'avocat qui fut employé couramment dans ce sens au Bas Empire. (Voir Appleton, *Traité de la profession d'avocat*, Dalloz 1923, p. 24.) Quant au terme de client, il a aussi survécu jusqu'ici.

déré comme une activité convenable pour les hommes libres, une activité distinguée. On opposait ainsi, du temps de Cicéron, les *operae liberales* et les *operae illiberales*⁴.

Les titulaires des professions libérales ne pouvaient, selon le droit romain, louer leurs services. L'exclusion des *operae liberales* du contrat de louage tenait à l'opinion qu'on se faisait de leur rémunération. L'idée de base c'est que la rémunération qui pouvait récompenser une activité libérale était de nature toute différente de celle qui payait un travail manuel. Les *operae liberales* constituaient des services inappréciables pécuniairement et la somme que pouvait verser le client n'était qu'une manifestation de sa reconnaissance. De là la distinction entre l'*honorarium* qui correspondait aux professions libérales et le *merces*, qui correspondait au louage⁵.

Selon le droit romain, le contrat qui liait l'avocat et son client était un contrat de mandat, c'est-à-dire un contrat gratuit. Cela n'empêcha pas de nombreux avocats de faire payer fort cher leurs interventions. La loi Cincia, entrée en vigueur en 550 à Rome, interdit aux avocats de recevoir des dons pour rémunération. Mais il s'avéra bientôt qu'il était anormal de ne pas permettre aux avocats de vivre de ce qui était devenu une véritable profession. On essaya donc de fixer des honoraires maximums.

Sous l'Empereur Dioclétien, un véritable tarif d'honoraires fut établi⁶. Le droit pour l'avocat de réclamer en justice le paiement de ses honoraires fut également reconnu sous l'Empire par le moyen de la *cognitio extraordinaria*. Le magistrat devait prendre en considération, pour la fixation des honoraires, l'importance du procès, le talent de l'avocat, et les usages du barreau local⁷.

Il est intéressant de noter qu'un Ordre des avocats fut créé dès le III^e siècle après Jésus-Christ, par l'Empereur

⁴ Voir Cicéron, Les Offices, livre 1, chap. 42.

⁵ Voir Jean Savatier, op. cit. p. 26.

⁶ Voir Appleton, op. cit. p. 27.

⁷ Voir Appleton, op. cit. p. 27.

Justin. Les avocats étaient soumis à une discipline sévère, il leur était notamment interdit d'acheter des procès, de conclure des pactes *de de quota litis*. Quant à l'assistance judiciaire, elle existait déjà au IV^e siècle après Jésus-Christ. Il était prévu que le prêteur désignerait un avocat d'office aux sourds et aux mineurs de dix-sept ans qui n'en avaient pas⁸.

Ainsi, à Rome déjà, les avocats étaient fortement organisés et une partie des caractéristiques de la profession qui ont survécu jusqu'à nos jours existaient déjà.

*

Les médecins, comme les avocats, exerçaient à Rome une activité libérale.

Cicéron⁹ écrivait au sujet des différentes activités humaines :

« Quant aux arts et autres moyens de gagner du bien, il faut faire la différence entre ceux qui ne sont pas indignes d'un honnête homme (*liberalis*) et ceux qui ont quelque chose de sordide et de honteux ; et voici ce qu'on nous a toujours appris :

En premier lieu, il faut rejeter ceux qui attirent la haine publique ; tel est le métier des usuriers et de ceux qui lèvent les impôts des entrées. On doit encore regarder comme quelque chose de bas et de sordide, le métier de tous ceux qui vendent leur peine ou leur industrie, car quiconque vend son travail se vend lui-même et se met au rang des esclaves. Il n'en est pas ainsi de ceux qui font profession des arts où il faut plus d'esprit et d'application et dont le public tire de grande utilité, comme des médecins, des architectes et de ceux qui enseignent les choses qu'un honnête homme doit savoir. »

b) L'ancien droit en France

Il nous a paru intéressant de poursuivre cette rapide étude historique en France. C'est en effet dans ce pays que s'est développée l'organisation des avocats dont on distinguait déjà les prémices à Rome. Cette organisation a eu comme nous le verrons une grande influence en Allemagne, en Italie et dans certains de nos cantons.

⁸ Voir Appleton, op. cit. p. 29.

⁹ Cicéron, op. cit. chap. 42.

Dans le monde du Moyen-Age et de l'Ancien Régime, ce n'était plus la distinction entre l'homme libre et l'esclave qui dominait la société, la classification essentielle était celle qui opposait les nobles aux roturiers¹⁰.

Les avocats, les notaires, les médecins auront une situation un peu intermédiaire entre ces deux classes sociales. Au fur et à mesure que passent les années, leur position va s'affermir. Tandis que le travail manuel et le négoce étaient peu considérés, l'exercice des professions libérales ne dérogeait pas à la noblesse. Il était d'ailleurs surtout réservé à la bourgeoisie.

En 1274, une ordonnance de Philippe-le-Hardi restaure l'ancien serment romain des avocats. En 1300, les avocats réorganisent l'Ordre que les Romains avaient déjà connu sous Justin.

En 1340, Philippe VI réglemente le «rolle», soit le tableau des avocats au Parlement. Il fixe les conditions de capacité nécessaire à l'exercice de la profession d'avocat et impose un examen professionnel.

Selon un arrêt du Parlement de Paris de cette époque, les avocats sont divisés en trois groupes: les conseillers ou consultants, qui sont les avocats les plus renommés et les plus anciens (ils étaient à l'occasion consultés par le roi); les proposants ou avocats plaidant, et les avocats écoutant ou stagiaires, qui n'ont pas l'autorisation de plaider¹¹.

Le pouvoir disciplinaire appartenait, tout d'abord, aux juridictions auprès desquelles les avocats exerçaient leur fonction: «Le Parlement de Paris statuait sur les obligations du stage et sur sa durée, formait le rôle, approuvait ou rejetait les décisions de la communauté des avocats et procureurs, déterminait par arrêts ou même par ordonnances les devoirs des avocats en tout ce que n'avaient pas prévu les textes émanés du souverain; il réprimait les infractions aux usages professionnels et les appréciait avec d'autant

¹⁰ Jean Savatier, op. cit. p. 28.

¹¹ Appleton, op. cit. p. 30/31.

plus de rigueur que toute faute d'un avocat revêtait à ses yeux une gravité particulière»¹².

Les peines disciplinaires étaient l'amende, la dation d'un Conseil judiciaire, la confiscation des livres et manuscrits, l'expulsion du Palais, l'interdiction temporaire et la privation du droit de postuler¹³.

Peu à peu, c'est l'Ordre qui dirigea la vie professionnelle des avocats, le Parlement s'en rapportant à lui quant à la discipline de ses membres.

Un Conseil de l'Ordre ayant à sa tête un Bâtonnier fut élu dès 1661. Cet Ordre était «maître de son tableau»:

«Lorsque les avocats au Parlement de Paris font un nouveau tableau, ils sont en droit de refuser d'y insérer un sujet qui se présente pour se faire inscrire¹⁴».

A la Révolution, l'Ordre des avocats fut supprimé par décret du 2/11 septembre 1790. Quelques mois après, un nouveau décret reconnaissait aux justiciables le droit de se défendre verbalement ou par écrit ou d'employer le ministère d'un défenseur officieux pour leur défense, soit verbale, soit écrite.

Mais ces défenseurs officieux, «sans instruction et sans titre, défendaient les clients avec une dégoûtante cupidité»¹⁵.

L'Ordre des avocats fut reconstitué peu à peu sous le Consulat, puis sous l'Empire, malgré la répugnance de Napoléon à restaurer une corporation qu'il craignait tout particulièrement.

L'Ordre des avocats français a maintenu son influence et il joue toujours un rôle extrêmement important. C'est pourquoi il nous a paru intéressant de donner encore quelques renseignements sur son organisation et ses compétences immédiatement à la suite de cette introduction historique.

¹² Gaston-Duveau, «Le titre d'avocat», p. 100 cité par Appleton, op. cit. p. 33.

¹³ Appleton, op. cit. p. 33.

¹⁴ Payen, «Le Barreau», p. 42.

¹⁵ Thibaudot, cité par Henri Robert, dans son étude sur Napoléon et la Justice, Revue de Paris, mai/juin 1941, p. 89.

c) Les Conseils de l'Ordre en France

Les Conseils de l'Ordre français ont une mission d'ordre disciplinaire définie par le décret du 20 juin 1920, remplacé par la loi du 26 juin 1941 : maintenir les principes de probité et de modération, de désintéressement et de confraternité, sur lesquels repose l'Ordre des avocats, exercer la surveillance que l'honneur et l'intérêt de l'Ordre rendent nécessaire et, d'une façon générale, veiller à la stricte observation par les avocats de leurs devoirs professionnels. Ils statuent de plus sur l'inscription au tableau des avocats.

Il est à noter que la compétence du Conseil de l'Ordre, en matière disciplinaire, est exclusive de toute autre. Tous les avocats inscrits ou stagiaires appartenant à un Barreau sont soumis à la juridiction disciplinaire du Conseil de l'Ordre élu par ce Barreau. La compétence du Conseil est limitée en principes aux fautes professionnelles¹⁶. Ce sont les infractions aux règles écrites ou traditionnelles du Barreau.

Payen¹⁷ indique comme fautes professionnelles, en se référant à des cas ayant fait l'objet de sanctions : l'acte d'agent d'affaires, l'acceptation d'un mandat, l'exercice d'une profession incompatible avec la profession d'avocat, le recours à la publicité et à la recherche de clientèle, l'abandon inexcusable de la défense d'un accusé au cours des débats, l'abandon d'une cause d'une façon inopportune au dernier moment, le refus sans raison plausible d'assurer la défense d'un accusé pour lequel l'avocat a été désigné d'office, le fait de produire sciemment à la barre des affirmations mensongères, le manquement au respect dû à la magistrature, la résistance inconvenante à l'exécution d'une décision judiciaire, les rapports directs avec l'adversaire, les actes de commerce.

La distinction entre faute professionnelle et faute de la vie privée est délicate. Un arrêt de la Cour de Cassation, du

¹⁶ Payen, *Les Règles de la profession d'avocat*, p. 447 à 452.

¹⁷ *Les Règles*, p. 452.

8 mars 1847, a fixé que le Conseil était compétent «lorsqu'il est impossible de distinguer l'homme de l'avocat, lorsque, par exemple, l'honneur et la dignité sont compromis et que les fautes de la vie privée, devenues publiques, souillent le caractère de l'avocat».

Les fautes et infractions commises par les avocats sont poursuivies et réprimées soit d'office, soit sur plaintes adressées au Conseil ou au bâtonnier. (Rappelons que selon la loi, le bâtonnier est élu dans tous les Barreaux, par l'Assemblée générale de l'Ordre, par scrutin séparé, à la majorité absolue des suffrages des membres présents.) Les plaintes sont déposées par des particuliers (confrères, clients), ou par le Procureur Général. Le bâtonnier désignera fréquemment un rapporteur qui entendra le plaignant et l'inculpé et éventuellement les témoins¹⁸. Le bâtonnier décide sur la base du rapport, s'il y a lieu à classement ou à renvoi devant le Conseil. Dans ce cas, les membres du Conseil de l'Ordre, agissant comme Conseil de discipline, s'occuperont de l'affaire. Le Conseil, sous la présidence du Bâtonnier et constituant une véritable juridiction, entendra l'avocat. Celui-ci pourra être assisté d'un confrère.

Les formes de procédure observées par le Barreau de Paris ne sont en général pas imposées par la loi, mais établies par l'usage¹⁹. Cependant la loi prévoit qu'aucune peine disciplinaire ne peut être prononcée sans que l'avocat inculpé ait été entendu ou appelé, avec un délai de huitaine.

Les peines prévues sont : l'avertissement, la réprimande, l'interdiction temporaire qui ne peut excéder trois années et la radiation du tableau. La décision du Conseil de discipline est notifiée par le bâtonnier à l'avocat dans les dix jours de sa date.

L'avocat condamné par défaut peut faire opposition dans un délai de cinq jours. Le Procureur Général est avisé des arrêtés qui prononcent la radiation ou l'interdiction temporaire. Il peut, de même que l'avocat condamné, inter-

¹⁸ Payen, *Les Règles...*, p. 465 à 468.

¹⁹ Payen, *Les Règles...*, p. 477.

jeter appel dans un délai de dix jours, dès la date de la notification.

L'appel peut être interjeté par le Procureur Général aussi bien pour les décisions disciplinaires du Conseil de l'Ordre qu'il juge trop indulgentes que pour celles qu'il estime trop sévères.

Ce sont les Cours d'appel qui statuent sur le recours en Assemblée générale et en Chambre du Conseil. Le débat devant la Cour se déroule entre le Procureur Général et l'inculpé qui peut être assisté d'un confrère. Aucune intervention de partie civile n'est recevable.

Un pourvoi en cassation peut encore être introduit pour cause d'incompétence ou d'excès de pouvoirs.

Notons que dans les barreaux où le nombre des avocats inscrits est inférieur à six, les fonctions du Conseil de l'Ordre sont remplies par le Tribunal de Première Instance, mais ce tribunal ne peut prononcer une peine disciplinaire qu'après avoir pris l'avis écrit du bâtonnier²⁰.

L'exercice du droit de discipline ne met point obstacle aux poursuites que le ministère public ou les parties civiles se croient fondées à intenter devant les Tribunaux pour la répression des actes constituant des délits ou des crimes.

En général, les décisions du Conseil de l'Ordre sont admises par l'avocat ou confirmées par les Cours d'appel. On voit par là l'importance considérable du Conseil.

Cette importance provient également du fait que c'est cette autorité qui fixe le tableau des avocats et reçoit le stagiaire qui sollicite son admission.

Avant de recevoir un stagiaire, le Conseil vérifiera :

- 1^o si le candidat a la préparation nécessaire (licence en droit, certificat d'aptitude, stage de trois ans);
- 2^o s'il est Français;
- 3^o s'il n'exerce pas une profession incompatible avec celle d'avocat;
- 4^o quelles sont ses conditions de logement;
- 5^o quelle est sa moralité.

²⁰ Payen, *Les Règles...*, p. 472 à 506.

Le Conseil statue à la majorité des membres présents sur le principe de l'admission au tableau. La décision du Conseil est susceptible d'appel à la Cour. Cette dernière recherche en vertu de la loi si le postulant remplit toutes les conditions légales, s'il présente par sa moralité et son honorabilité toute garantie suffisante pour la dignité de l'Ordre.

Le système français d'auto-discipline, qui remonte à une tradition plusieurs fois centenaire, s'est révélé excellent. La réputation que le Barreau français s'est acquise par son respect des usages professionnels et son amour de l'indépendance est considérable.

Ce sont les avocats eux-mêmes qui ont fait l'ordre chez eux et qui ont constamment reconnu et sanctionné les règles qui s'imposent à chaque membre de leur corporation.

Ce système a exercé une grande influence dans de nombreux pays, notamment en Allemagne et en Italie.

On constate même que dans ces deux pays, les recours contre les décisions de l'Ordre sont adressés à des commissions composées partiellement ou même en majorité d'avocats (et non à des cours d'appel comme en France) ce qui fait qu'en définitive, l'ensemble du contrôle disciplinaire de l'avocat est assuré en général par ses pairs.

2. Médecins et chirurgiens

Disons maintenant quelques mots des médecins et des chirurgiens qui ont eu, dans le passé, des positions très différentes. La réprobation qui atteignait ceux qui exerçaient une activité manuelle s'est longtemps manifestée à l'égard des chirurgiens qu'on considérait comme de simples artisans.

Les médecins, qui exerçaient déjà à l'époque romaine une profession dite libérale, étaient au Moyen Age des moines qui soignaient les malades pour remplir un devoir de charité. Ce rôle sera repris plus tard par l'Université. Une première Faculté de médecine fut créée au XIIe siècle à Montpellier. Les médecins ne pouvaient pratiquer leur art que dans le ressort de la Faculté qui leur avait délivré le diplôme. Celle-ci contrôlait l'exercice de la profession médicale et

pouvait appliquer des sanctions comme la déclaration de parjure, la privation des privilèges et immunité et la dégradation²¹.

Les privilèges de la Faculté furent supprimés en 1789.

Quant aux chirurgiens, ils faisaient partie de la corporation des barbiers-chirurgiens et la Faculté les traitait avec mépris. Les rois cependant leur vinrent en aide. Philippe-le-Bel, en 1311, leur concéda le monopole de l'exercice de la chirurgie, Louis XIII leur octroya, en 1611, des lettres-patentes. Louis XIV fit de même en 1699 et dès ce moment, la chirurgie fut réputée art libéral et non plus manuel²².

Cela n'empêcha pas la Faculté de poursuivre ses attaques contre la corporation des chirurgiens jusqu'à la fin de l'ancien régime.

A la Révolution, un décret des 2/17 mars 1789 disposa que toute personne serait désormais libre de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouverait bons, ce qui ne manqua pas de favoriser les charlatans.

Durant le XIXe siècle et jusqu'en 1940, il fut maintes fois question de l'organisation d'un Ordre des Médecins. Mais ce n'est que le 7 octobre 1940 qu'il fut instauré.

Selon l'article premier de la loi qui lui donna naissance, nul ne pouvait exercer la médecine s'il n'était habilité à cet effet par un conseil professionnel dit «Conseil de l'Ordre des Médecins».

Après la libération, l'Ordre national des médecins fut régularisé par l'ordonnance du 24 septembre 1945. Cette organisation groupe aujourd'hui obligatoirement tous les médecins habilités à exercer leur art.

L'Ordre national des médecins agit surtout par l'intermédiaire de son Conseil national qui s'appuie sur des *conseils départementaux* (élus par des médecins) dont l'attribution essentielle réside dans l'inscription au tableau de

²¹ André Braun, *l'Ordre des Médecins*, Paris 1941, p. 7 et s.

²² Voir Braun, *op. cit.* p. 10 et 11.

l'Ordre des Médecins exerçant dans le département et sur *des conseils régionaux* jouant le rôle d'une cour disciplinaire, véritable juridiction interne. C'est le Conseil National qui est chargé avant tout de veiller au maintien des principes, inscrits dans la charte et dans le Code de déontologie²³.

Le Code de 1940 a été repris presque textuellement. C'est lui qui met en évidence les quatre principes fondamentaux de la charte médicale: le respect du secret professionnel, le libre choix du médecin par le malade, l'entente directe entre le malade et le médecin en matière d'honoraires et la liberté de prescription du médecin.

Ainsi, actuellement, les médecins français font partie d'un Ordre ayant un pouvoir officiel comparable à l'Ordre des avocats. Le principe du contrôle de la profession «par l'intérieur» s'affirme aujourd'hui avec une force nouvelle.

II. Eléments constitutifs des professions libérales

Après cette rapide introduction, nous allons essayer de mettre en évidence quelques uns des caractères essentiels des professions libérales. Nous chercherons tout d'abord quelques définitions dans des dictionnaires usuels.

Selon le dictionnaire de l'Académie²⁴ la profession libérale est la profession telle que celles de médecin, d'avocat, de notaire, qu'on exerce librement, par opposition aux fonctions publiques qui sont rémunérées par l'Etat et qui s'exercent sous son contrôle.

Dans le Larousse du XXe siècle²⁵ on lit sous «Profession libérale»: «Exercice dans lequel l'intelligence a plus de part que la main.»

Le Petit Larousse Illustré indique²⁶ «Professions indépendantes et d'ordre intellectuel».

²³ Deplas et Robin, *L'Avenir de la Médecine en France*, p. 101 et 102.

²⁴ Tome II, p. 119.

²⁵ P. 438.

²⁶ P. 581.

De ces définitions ressortent déjà certains éléments dont nous aurons à reparler: «indépendance», «profession qu'on exerce librement», «intervention de l'intelligence».

Nous avons vu que le mot «libéral» venait du latin *liberalis* qui doit être entendu dans le sens de «digne de l'homme libre».

Selon Jean Savatier les mots de professions libérales sont aujourd'hui une notion plus sociale que juridique. Pourtant le terme de «profession libérale» n'a pas seulement un emploi dans le langage courant. La notion est devenue une notion juridique. Elle a inspiré le législateur et la jurisprudence qui explicitement ou implicitement s'y sont référés pour en tirer des effets de droit²⁷.

Cette notion est cependant assez vague et il conviendra que nous la précisions en essayant d'en faire ressortir les caractères essentiels. Il est à noter que le terme de professions libérales est traduit en allemand soit par «Freie Berufe», ce qui signifie professions libres, soit par «Freie wissenschaftliche Berufe» professions scientifiques libres, soit encore par «liberale Berufe».

L'article 33 de la Constitution fédérale parle des «Wissenschaftliche Berufsarten». Nous verrons du reste que la conception que la Constitution fédérale ou le législateur ont des professions libérales n'est pas forcément la nôtre.

1. Élément intellectuel

Comme nous l'avons déjà relevé, ceux qui ont essayé de définir les professions libérales ont insisté sur l'importance de l'élément intellectuel dans leur exercice.

R. Savatier²⁸ remarque que l'élément intellectuel est dominant dans les professions libérales. Pour Planiol, Ripert et Rouast, la seule particularité de ces professions est que «le travail à fournir est d'ordre intellectuel»²⁹.

²⁷ Op. cit. p. 34.

²⁸ Cours de droit civil, n° 867.

²⁹ Tome XI, p. 776, Traité élémentaire de droit civil.

On oppose en général les professions libérales aux professions manuelles³⁰.

Il serait naturellement ridicule de prétendre que les titulaires des professions libérales ont le monopole de l'usage des facultés intellectuelles. Dans un grand nombre de métiers, l'élément intellectuel joue un grand rôle. Il convient cependant de souligner l'importance de l'activité de l'esprit dans tout exercice d'une profession libérale.

2. Préparation et activité scientifiques

Si l'activité de ceux qui pratiquent une profession libérale est surtout intellectuelle, elle est également scientifique. Le futur professionnel devra acquérir au cours d'une longue préparation scolaire et universitaire non seulement une culture générale, mais encore des connaissances scientifiques voire techniques, qui lui donneront la possibilité, dans le domaine où il exercera son activité, de devenir un spécialiste, un expert.

Mais si la spécialisation est indispensable, l'intelligence des choses et de la vie ne l'est pas moins. L'avocat ou le médecin ne saurait exercer sa profession par la seule connaissance des lois et des règles scientifiques; ils doivent savoir comprendre, interpréter, proposer les solutions, les remèdes, résoudre des problèmes. C'est par là que leur activité sera créatrice, originale et utile. Elle ne sera cependant possible que sur la base de sérieuses études universitaires et après des stages d'assez longue durée.

L'avocat, le médecin ou l'architecte, exercent une profession scientifique parce que cette dernière présuppose l'acquisition de connaissances dans les Hautes Ecoles, et également parce que, dans leur pratique professionnelle, ils appliquent les règles de la science. La position qu'ils oc-

³⁰ Grand dictionnaire du XIXe siècle, « Les professions libérales, par opposition aux professions manuelles sont celles dont le succès dépend des facultés de l'esprit ».

cupent entraîne pour eux une certaine responsabilité morale à l'égard de la collectivité³¹. Elle les oblige aussi à une grande indépendance intellectuelle. Le but de la pensée scientifique est la recherche de la vérité³². Cette recherche de la vérité explique l'attitude critique et indépendante qu'adopte dans son travail celui qui exerce une profession scientifique à l'égard de la tradition et de l'habitude³³.

3. Indépendance

Les auteurs ont fréquemment souligné qu'un des caractères essentiels des professions libérales était l'indépendance dans laquelle elles s'exercent. C'est certainement parce que l'avocat et le médecin pratiquent des professions indépendantes qu'on parle parfois en allemand de professions libres.

Les titulaires des professions libérales sont indépendants de leurs clients, des autorités, de l'Etat, indépendants même de leurs propres intérêts. Certes, la nature des travaux intellectuels postule nécessairement qu'ils soient exercés avec indépendance³⁴, mais il ne s'agit pas uniquement de l'indépendance scientifique et technique. L'avocat, comme le médecin, est son propre maître, il n'a pas d'employeur, il agit selon sa science et sa conscience.

Cette règle n'est pas absolue, il y a des médecins qui sont employés par un hôpital, des avocats qui sont collaborateurs dans une Etude, mais on doit néanmoins admettre que l'indépendance est un des caractères essentiels des professions libérales qui s'exercent normalement dans la liberté intellectuelle et hors de toute dépendance contractuelle, juridique ou économique, en dehors de toute sujétion (Gewalt).

³¹ Max Fehlmann, *Die Rechtliche Stellung der freien wissenschaftlichen Berufe*, Bern, p. 31.

³² Karl Jaspers, *Die Idee der Universität*, p. 14/15.

³³ Fehlmann, *op. cit.* p. 29.

³⁴ Jean Savatier, *op. cit.* p. 37.

4. Désintéressement

On parle parfois du « désintéressement » des professions libérales et l'on invoque aussi le principe de l'« inestimabilité »³⁵ des services rendus par le professionnel, ce qui amène à dire que les professions libérales sont désintéressées.

Comprenons bien ce qu'il faut entendre par là. Pour fixer la position de l'avocat par exemple, remontons aux origines romaines où, comme nous l'avons vu, l'avocat exerçait tout d'abord gratuitement son mandat puis ne recevait que des cadeaux, sans rapport immédiat avec les services rendus. Les avocats d'aujourd'hui — comme les médecins et d'autres titulaires des professions libérales — ne sauraient se contenter de cadeaux, symboles de la reconnaissance de leurs clients, puisque leur activité est devenue par nécessité une source de gain. Il n'en reste pas moins que le but essentiel de ceux qui exercent une profession libérale n'est pas de faire des bénéfices ou de réaliser des profits. Si le marchand peut, à juste titre, s'estimer satisfait d'avoir vendu cher ce qu'il a acheté bon marché, le médecin ou l'avocat, eux, partent d'un tout autre point de vue. L'élément matériel du contrat et la question de la rémunération ne s'imposent pas à eux en premier lieu, comme c'est le cas pour le marchand. Jean Savatier estime avec raison qu'en parlant de désintéressement, on peut exprimer une idée qui reste encore valable de nos jours³⁶. Il souligne que le médecin commettrait une faute en refusant de soigner un malade avant de savoir s'il est solvable, alors qu'on ne saurait reprocher à un commerçant de ne pas faire crédit. On peut aussi rappeler qu'un avocat désigné d'office ne saurait refuser le service qu'on lui demande.

Le désintéressement, écrit Braun³⁷ est la qualité maîtresse qui distingue la profession libérale de la profession commerciale, industrielle ou artisanale.

³⁵ Fehlmann, op. cit. p. 46.

³⁶ Op. cit. p. 38.

³⁷ L'Ordre des Médecins, p. 1.

Le «désintéressement» des professions libérales vient aussi du fait qu'il est impossible de fixer, de façon précise, la rémunération due pour les services rendus par le professionnel. Ces services sont «inestimables», qu'ils soient importants ou non.

5. Clientèle

Il y a un élément qui n'a pas toujours été mentionné par ceux qui ont essayé de fixer les caractères essentiels des professions libérales, c'est l'existence d'une clientèle. C'est la clientèle qui, en confiant au professionnel ses intérêts, donne à la carrière libérale un de ses caractères essentiels et son importance. Lorsque dans une profession, il n'y a pas de clientèle, on admettra qu'il ne s'agit pas d'une profession libérale (artistes, journalistes, etc.).

La notion actuelle de la clientèle n'est pas tellement éloignée de la conception romaine. La clientèle d'un avocat ou d'un médecin est constituée par une série de personnes qui savent pouvoir s'adresser à eux en cas de nécessité. L'avocat ou le médecin exerce une sorte de protection virtuelle sur ses clients anciens ou futurs.

6. Nature des intérêts confiés aux professionnels par le client

Pour Jean Savatier le caractère le plus original des professions libérales, c'est la nature des intérêts confiés par le client au professionnel, intérêts étroitement attachés à la personnalité de leur client qui fait que leurs relations s'établissent sur un plan plus humain qu'économique³⁸.

Nous avons souligné ailleurs³⁹ combien étroits étaient les rapports entre l'avocat et son client. Il en est de même des relations entre le médecin et le malade. Comme le dit Jean Savatier, le client ne vient pas trouver le professionnel pour réaliser une affaire, mais pour demander un secours humain. Il est nécessaire que de son côté, le professionnel cherche moins à profiter de lui qu'à l'aider. Leurs

³⁸ Op. cit. p. 40.

³⁹ E. Martin-Achard, *Le rôle de l'avocat*, p. 13.

rapports ne peuvent être fondés sur une opposition d'intérêts. Ces rapports sont nécessairement fondés sur la confiance et ils établissent entre le professionnel et le client une relation personnelle⁴⁰. La confiance du client provient souvent de la connaissance qu'il a de l'homme qui exerce la profession, de son talent, de ses capacités, mais elle peut découler aussi du seul port du titre ou de l'exercice même de la profession, du port de la robe de l'avocat, de la blouse du médecin, etc. Cette confiance doit être réciproque, elle est nécessaire au professionnel comme au client. L'avocat et le médecin doivent pouvoir se fier à leurs clients pour être à même de défendre leurs intérêts.

Les titulaires des professions libérales se chargent en général d'intérêts si essentiels de l'homme qu'on peut dire qu'ils exercent une véritable mission sociale. Cela explique que l'Etat ne puisse rester indifférent à la pratique de certaines professions et qu'il doive s'assurer qu'elles sont pratiquées convenablement.

Il y a une autre raison qui explique l'intérêt de l'Etat, c'est que les carrières libérales sont des professions scientifiques. L'Etat qui veut pratiquer une politique de culture, ne peut rester indifférent à leur développement⁴¹.

*

On peut se demander jusqu'à quel point les professions libérales ne peuvent s'exercer normalement que sous un certain régime ou tout au moins dans certaines conditions économiques ou politiques.

Jean Savatier⁴² s'est posé la même question :

«L'analyse à laquelle nous nous sommes livrés repose d'ailleurs sur certaines conceptions sociales, sur une philosophie de l'homme et de ses rapports avec la société. Or, ces conceptions peuvent varier. Selon les époques, l'appréciation des droits de l'Etat et des droits de la personnalité humaine changera. L'équilibre qui

⁴⁰ Op. cit. p. 41.

⁴¹ Voir Fehlmann, op. cit. p. 105.

⁴² Op. cit. p. 45.

reliait leurs rapports ne s'établira plus au même point. Nous sommes précisément à une époque où les intérêts sociaux prennent une place toujours plus considérable. Le régime qui était traditionnellement celui des professions libérales s'en trouve bouleversé. Mais nous croyons que le respect de la personnalité humaine doit rester un des fondements de notre civilisation et de notre ordre juridique. La conception que nous nous faisons de la profession libérale est fondée sur cette dignité de la personne humaine.»

Il faut constater que les professions d'avocat, de médecin ou d'architecte, ont subsisté sous les régimes les plus divers. On n'a jamais pu, à aucune époque, se passer de médecin ou d'architecte. D'autre part, il s'est avéré que sous tous les régimes on a eu recours aux hommes de loi et aux défenseurs devant les tribunaux.

Les titulaires des professions libérales pratiquent-ils réellement une profession libérale lorsqu'ils exercent leur activité dans certaines conditions de dépendance, à l'égard de l'Etat notamment? Ils s'appellent toujours médecin ou avocat, certes, mais le sont-ils vraiment? On peut en douter. Il semble qu'il s'agisse plutôt d'une nouvelle catégorie de professions n'ayant avec les carrières libérales traditionnelles que des rapports assez lointains. Ces nouvelles professions répondent-elles à des besoins actuels? Leur existence est-elle soumise à des circonstances passagères? Ou sont-elles véritablement des créations nécessaires qui s'imposeront dans l'avenir?

Il est peut-être trop tôt pour répondre à ces questions. On peut cependant affirmer que les professions libérales ne peuvent être pratiquées normalement que dans l'indépendance et la liberté.

L'exercice de telles professions ne se justifie que dans le respect de la personne humaine (sinon à quoi bon soigner et sauver les malades, défendre les accusés) et il n'est possible que par des personnes pouvant agir en toute indépendance (l'avocat ou le médecin *dirigés*, qui n'agissent plus selon une conviction personnelle perdent aussi le sentiment de leur responsabilité et de leur dignité).

III. Essai d'établissement d'une liste des professions libérales

Nous venons de rappeler les caractères essentiels des professions libérales. Il convient maintenant de se demander quelles sont ces professions. Nous verrons que cette discrimination est difficile à faire, car certaines activités professionnelles ne possèdent que quelques-uns des caractères que nous avons relevés dans le chapitre précédent. Il y a des carrières qui évoluent, qui perdent leur caractère intellectuel ou scientifique.

Les pharmaciens, par exemple, sont de plus en plus des commerçants. On constate, par contre, le développement de nouvelles professions qui peuvent être considérées comme libérales (psychanalistes, agents de brevets, experts-comptables).

Avant de chercher à fixer la liste des professions libérales, il convient d'indiquer à quelles sortes d'activités professionnelles on peut les opposer.

En prenant comme base le gain professionnel, par exemple, il est possible de distinguer:

1^o Les *commerçants* qui vivent des bénéfices résultant de la différence entre le prix d'achat et le prix de vente. Dans le sens large, les paysans, les banquiers, etc. font partie de cette catégorie de professions.

2^o Les *salariés*, qu'il s'agisse des employés de l'Etat (fonctionnaires) ou des employés privés, qui reçoivent un salaire en contrepartie de leur travail.

3^o Enfin ceux qui reçoivent les honoraires pour les services qu'ils rendent. Parmi eux se trouvent les titulaires des professions libérales, qui ne peuvent être considérés comme des salariés ou comme des commerçants⁴³.

D'entre les professions dont nous parlerons dans le cadre de cette étude, se trouvent les professions juridiques et parajuridiques, médicales et paramédicales, techniques (ingénieurs, architectes, géomètres), artistiques (écrivains, acteurs) ainsi que les vocations ecclésiastiques.

⁴³ Voir Fehlmann, op. cit. p. 11 et 12.

A. Professions juridiques

1. Avocats

L'avocat exerce une profession libérale-type. Nous lui consacrerons ainsi qu'au médecin un chapitre spécial. Il va de soi cependant que les observations que nous présenterons à leur égard seront fréquemment valables aussi pour les autres carrières libérales.

2. Notaires

Le notaire est tout d'abord une personne investie par l'Etat d'une mission officielle, celle de donner à certains actes une valeur authentique. A ce titre, le notaire est un officier public représentant l'Etat et dont l'intervention est indispensable pour la validité de certains actes.

Il y a des cantons où le notaire est un fonctionnaire à traitement fixe (Zurich)⁴⁴.

Mais le notaire n'est pas toujours un officier public. Il est souvent aussi un juriste ayant une formation scientifique sérieuse et capable de donner à ses clients d'utiles conseils dans toute une série de domaines du droit (droit de famille, droit de succession, droit commercial). Tel est le cas notamment dans les cantons romands et dans ceux de Berne, de Bâle et de Soleure. Son activité libérale pourra prendre une extension assez considérable. Dans ce domaine, sa situation peut être comparée à celle de l'avocat-conseil. Le statut du notaire est alors assez spécial, il cumule deux activités, l'une privée et l'autre officielle. Le notaire ne devra donc jamais oublier que s'il est amené à défendre des intérêts personnels et intimes, il n'en est pas moins, par ailleurs, un officier public. Ce fait l'incitera à faire preuve d'une extrême prudence dans ses conseils et ses actes.

Nous ne parlerons pas ici des *avoués* qui n'existent pas en Suisse et dont le rôle est assumé par les avocats.

⁴⁴ Signalons l'excellente étude sur l'organisation du notariat en Suisse de Me F. Spielmann, notaire à Lausanne, 1936.

Quant aux *agents d'affaires*, il n'exercent pas selon nous une des professions libérales. S'ils ont une certaine formation juridique, ce sont en général des praticiens qui s'occupent de remises de commerce et de poursuites.

B. Professions médicales

1. Médecins

Le médecin exerce une profession libérale-type. Comme déjà dit, nous lui consacrerons un chapitre spécial.

2. Chiropraticiens

Certains cantons exigent que le chiropraticien ait un diplôme de médecin⁴⁵.

On peut considérer dès lors le chiropraticien comme étant un représentant des professions libérales, non seulement en raison des connaissances qu'il a dû nécessairement acquérir, mais aussi de l'importance et de la gravité de son intervention.

3. Dentistes

Le dentiste exerce une activité indépendante sur la base d'une culture générale et de connaissances scientifiques acquises à l'Université. Il a une clientèle qui lui confie des intérêts importants et d'ordre intime.

L'activité même du dentiste est en partie intellectuelle et en partie manuelle. Toutes ces caractéristiques nous poussent à admettre que le dentiste exerce une profession libérale dans le sens où nous l'avons définie. Certes, l'élément manuel de cette activité pourrait faire douter du caractère intellectuel de l'exercice de cette profession, mais si l'habileté manuelle est nécessaire au dentiste et précieuse au client, il n'en reste pas moins que les connaissances scientifiques et techniques et le comportement du dentiste dans

⁴⁵ Les cantons ont le droit de soumettre toute activité thérapeutique qui ne tombe pas sous le coup de la «petite chirurgie» à l'obtention du diplôme habituel de médecin. ATF 56 I 8.

des cas donnés sont essentiels: Le dentiste n'agit pas de façon mécanique; la main n'est que le moyen d'exécution d'une thérapeutique dirigée par le cerveau et l'intelligence.

C'est avec raison qu'en 1886 on a admis que les dentistes, comme les médecins, exerçaient une profession libérale et qu'on a créé pour eux un diplôme fédéral.

4. Vétérinaires

Il est généralement admis que les vétérinaires exercent une profession libérale au sens de l'article 33 de la Constitution. La loi de 1877 les concerne comme les médecins et les pharmaciens. On pourrait se demander si les vétérinaires défendent «des intérêts intimes et importants de leurs clients». Dans un pays où, comme le nôtre, la protection de la santé des animaux domestiques joue un rôle considérable, on ne contestera pas l'importance de la fonction exercée par le vétérinaire.

5. Sage-femmes

On s'est demandé si le métier de sage-femme entrerait dans la catégorie des professions libérales. Un tel classement ne nous paraît pas admissible, étant donné que l'élément intellectuel joue un rôle certainement minime dans l'exercice d'une telle profession. En cas de difficultés, la sage-femme doit faire appel à un gynécologue; son activité habituelle est surtout manuelle.

Le droit d'exiger un certificat de capacité pour l'exercice de la profession de sage-femme ne découle pas de l'article 33 CF qui traite des professions libérales, mais de l'article 31^e⁴⁶ (actuellement 31, 2).

6. Masseurs

Le masseur exerce une profession surtout manuelle, qui ne saurait être considérée comme libérale. Une exception pourrait être faite lorsqu'un masseur ne se cantonne pas dans son rôle d'auxiliaire subalterne du médecin, lorsqu'il

⁴⁶ ATF 59 I 183.

prétend non pas l'aider, mais le remplacer et se substituer à lui, par exemple: lorsqu'il prétend guérir les maladies par le massage, lorsqu'il reçoit les patients, qu'il diagnostique leur mal et que, sans aucun contrôle d'un médecin, il leur prescrit et leur applique un traitement par le massage⁴⁷. Dans ce cas, le masseur devient un véritable médecin, son activité peut être considérée comme rentrant dans les professions libérales et l'on pourra exiger de lui des capacités égales à celles du médecin.

7. Pédicures et orthopédistes

Les pédicures et orthopédistes n'exercent pas de profession libérale. Ces professions rentrent dans la «petite chirurgie». Les cantons peuvent légiférer dans cette matière non en vertu de l'article 33 CF, mais de l'article 31, 2 CF, en tant que les conditions posées par eux paraissent justifiées, c'est-à-dire au point de vue de la police sanitaire⁴⁸.

8. Pharmaciens

Les pharmaciens, s'ils sont indépendants dans la règle, s'ils ont une clientèle, tendent de plus en plus à devenir de simples vendeurs d'un produit déterminé et recommandé par les médecins. Il n'y a plus, en général, de rapport étroit entre le pharmacien et son client. Le pharmacien n'a pas le droit de soigner, il est de plus en plus rarement chargé de préparer des ordonnances.

Ainsi, on doit constater que la profession de pharmacien tend à perdre son caractère d'activité libérale; elle l'a et encore relativement, dans la mesure où le pharmacien exécute des ordonnances sur la base de ses connaissances scientifiques. Cependant, même ce travail n'est pas créateur, puisque le pharmacien s'en tient aux prescriptions du médecin.

⁴⁷ ATF 43 I 29.

⁴⁸ Arrêté du CF du 19 décembre 1910, v. Salis-Burckhardt, Droit fédéral suisse, tome II, p. 133.

La loi de 1877 sur l'exercice des professions de médecin, vétérinaire et de pharmacien, concerne trois professions de nature différente. Comme elle est essentiellement une réglementation de capacités et qu'il est nécessaire que le pharmacien ait certaines connaissances scientifiques (ce qui ne veut pas dire qu'il exerce pour cette seule raison une profession libérale), la loi répond à ce qu'on attend d'elle. Elle a l'avantage de créer un diplôme fédéral dans un domaine où une unification ne constitue nullement un désavantage. Cependant, en bonne logique, on ne devrait pas pouvoir invoquer l'article 33 pour des professions non libérales.

Il n'y a cependant pas de raisons de modifier une loi qui remonte à 1877, époque où les pharmaciens exerçaient encore une profession libérale, ce qui importe, c'est que la protection du public soit assurée.

9. Psychanalistes

Les psychanalistes et psychologues exercent certainement une profession libérale, étant donné l'importance des intérêts qu'ils ont en main. Il est possible qu'on exige d'eux un jour, des preuves de capacité sur la base d'une loi fédérale. Nous ne pensons pas que cela doive être nécessairement les mêmes capacités que celles qui sont exigées des médecins comme c'est le cas en France par exemple.

C. Professions techniques

1. Architectes

Les architectes, que Cicéron⁴⁹ considérait déjà comme exerçant une profession libérale, pratiquent un métier indépendant sur la base des connaissances scientifiques. Ils ont une clientèle et le principe du «désintéressement» doit leur être appliqué. On peut se demander si les rapports qu'ils entretiennent avec leurs clients sont très étroits et personnels; ce sont en tous cas des rapports de confiance.

⁴⁹ Op. cit. chap. 42.

Nous n'hésiterons pas à ranger cette activité parmi les professions libérales.

L'Etat a certainement un intérêt notamment pour des raisons de sécurité et d'esthétique, à ce que seules des personnes qualifiées se livrent à des travaux d'architecture.

Il n'existe aucun diplôme fédéral d'architecte et dans la plupart des cantons, l'exercice de la profession est absolument libre⁵⁰. Le Tribunal fédéral a déclaré cependant que les cantons avaient le droit d'exiger des preuves de capacités des architectes et qu'ils n'étaient pas tenus d'admettre ceux qui ne possédaient pas de certificat attestant des connaissances théoriques et une aptitude pratique⁵¹.

Cette absence de réglementation sur le plan fédéral n'a pas manqué de provoquer des réactions de la part des architectes et des ingénieurs ayant fait des études universitaires.

En fait, le mot «architecte» comme le terme «ingénieur» constituent tout à la fois un titre et l'indication d'une profession. De nombreuses confusions découlent de cette situation.

La Société Suisse des Ingénieurs et Architectes (SIA) qui représente la grande majorité des ingénieurs et architectes suisses, accueille comme membres les architectes et les ingénieurs ayant fait des études supérieures complètes et, à titre exceptionnel, des spécialistes n'ayant pas fait d'études supérieures, si leur activité témoigne de sérieuses capacités techniques ou artistiques et s'ils possèdent une culture générale suffisante.

Ce sont ainsi, en majorité, les anciens élèves de l'Ecole Polytechnique de Zurich ou de l'Ecole d'ingénieurs de Lausanne qui sont membres de la SIA. Mais celle-ci n'exclut pas, comme nous l'avons vu, des praticiens qui ont révélé leurs capacités.

Il s'agit là, évidemment, d'un choix assez difficile à faire.

Ce que les architectes et ingénieurs des Grandes Ecoles auraient désiré, c'est de réserver l'usage des titres d'archi-

⁵⁰ Exceptions: Vaud, Tessin.

⁵¹ Arrêt non publié du 20 mai 1943.

tecte et d'ingénieur aux seuls diplômés des dites écoles. La situation s'en serait évidemment trouvée simplifiée en ce sens que seuls les diplômés de Zurich et de Lausanne auraient pu faire usage du titre professionnel.

Ce désir des architectes et ingénieurs brevetés s'est cependant heurté à une difficulté majeure : de nombreux praticiens et parmi eux des personnes très douées, exercent en fait la profession d'architecte et d'ingénieur sans avoir obtenu des diplômes de Zurich et de Lausanne.

Il est évidemment très difficile de lutter contre des situations acquises et des usages établis, en l'espèce de priver certains praticiens d'un titre qui, pour eux et pour le public, désigne davantage l'exercice d'une profession qu'une distinction universitaire ou autre.

Il semble que la proposition qui a été faite d'ajouter au titre d'ingénieur et d'architecte des initiales indiquant les écoles suivies, ne suffise pas pour orienter le public. C'est le mot architecte ou ingénieur qui, en définitive, attire l'attention de ce dernier.

La SIA qui s'est occupée depuis longtemps de ce problème envisage actuellement de créer un registre professionnel dans lequel seront inscrits :

- 1^o les architectes et ingénieurs, c'est-à-dire les membres de la SIA ;
- 2^o les techniciens.

Les techniciens de la catégorie n^o 2 pourront accéder à la première catégorie à condition de posséder de sérieuses capacités techniques ou artistiques et une culture générale suffisante.

Les représentants des techniciens seraient en principe d'accord avec cette proposition qui, si elle était acceptée, mettrait fin à un différend qui les oppose depuis longtemps à la SIA.

*

Nous avons vu plus haut que les titres d'architecte et d'ingénieur n'étaient pas protégés sur le terrain fédéral. Cela signifie, pour l'instant, que ces titres peuvent être

portés par tous ceux qui ont une certaine formation pratique.

En revanche, les personnes qui s'intituleraient architecte ou ingénieur et qui n'auraient aucune formation quelconque, tomberaient sous le coup de la loi fédérale sur la concurrence déloyale et notamment de l'article 1er, lettre c concernant l'abus du titre.

Société Suisse des Ingénieurs et Architectes (SIA)

Nous pensons qu'il n'est pas sans intérêt d'étudier l'organisation d'une grande société professionnelle privée comme la Société Suisse des Ingénieurs et Architectes. L'importance de la SIA est d'autant plus grande que la Confédération n'est pas encore intervenue pour réglementer ces professions.

La Société Suisse des Ingénieurs et Architectes a pour but « d'entretenir des relations entre ses membres et de faire progresser l'art de l'ingénieur et celui de l'architecte aux points de vue scientifique, esthétique et économique ».

Les membres de la Société entendent maintenir le prestige moral de la profession, le défendre et le faire respecter. Ils s'engagent en particulier à s'acquitter en toute conscience des devoirs de la profession, à adopter les principes et à observer les normes que la Société a déclaré obligatoires.

Les membres respecteront aussi les droits professionnels et la dignité de leurs collègues et de leurs subordonnés. Comme experts ou arbitres, ils sont tenus de se prononcer d'une manière strictement objective et selon leur conviction, et cela même si leurs intérêts devaient en souffrir. Ils s'engagent à sauvegarder les intérêts de leurs commettants ou de leurs patrons au plus près de leur conscience et de leur savoir, et à respecter rigoureusement le secret professionnel.

En dehors des honoraires ou salaires dus par les clients ou par les patrons, les membres de la Société n'acceptent ni commission, ni rémunération quelconque de la part des tiers (par exemple des entrepreneurs ou des fournisseurs).

Des Conseils d'honneur sont créés pour juger les membres coupables d'actes contraires au but et aux principes de la société. L'exclusion d'un membre est prononcée par le Comité central, selon les dispositions du Code d'honneur.

Un contrat-type, préparé par la SIA, entre le maître de l'ouvrage et l'architecte, prévoit que l'architecte aidera le maître de ses conseils dans la mesure de son savoir et de son expérience et veillera à la sauvegarde de ses intérêts. Il s'acquittera de sa mission en tenant compte le mieux possible des désirs du maître. L'approbation du projet et devis et des modifications qui y seraient apportées est, de même que l'adjudication des travaux, réservée au maître; sur sa demande spéciale les plans d'exécution seront également soumis à son approbation. Tous les changements qui devraient être apportés à ces plans feront l'objet d'une entente entre le maître et l'architecte. L'architecte fera son possible pour que le montant du devis ne soit pas dépassé.

L'architecte représente les droits du maître vis-à-vis des autorités et des entrepreneurs. Il a le droit de se faire remplacer par un employé compétent, agréé par le maître.

Le contrat-type traite encore des prestations de l'architecte, de la responsabilité de ce dernier, du calcul des honoraires selon un tarif, des rétributions spéciales, de la surveillance spéciale des travaux, de la rupture du contrat par les parties.

Enfin, en cas de contestation, il est prévu soit de soumettre le litige à un tribunal arbitral, selon les règles établies d'avance par la SIA, soit de s'adresser aux tribunaux ordinaires.

Le tarif d'honoraires dont nous avons parlé prévoit de façon précise les rémunérations auxquelles les architectes ont droit pour leurs travaux.

Quant au Code d'honneur, il a pour objet de sauvegarder la dignité des professions groupées au sein de la SIA et de prendre des sanctions contre les membres ayant enfreint la morale professionnelle.

Les Conseils d'honneur ne statuent pas sur les différends d'ordre purement matériel. Ceux-ci font l'objet d'une procédure d'arbitrage suivant des directives appropriées.

Toute atteinte à la dignité professionnelle reprochée à un membre de la SIA peut être l'objet d'une sanction prise sur la base de ce Code d'honneur. Est considéré comme contraire à l'honneur professionnel tout acte qui n'est pas conforme aux règles de la morale professionnelle et des statuts.

Chaque section désigne un Conseil d'honneur composé d'un président, de deux membres et de deux suppléants. Les Conseils d'honneur des sections statuent en première instance sur les plaintes émanant de leurs sections. Ces plaintes proviennent soit d'un organe soit de tout membre de la SIA, soit de toute personne physique étrangère à la SIA.

Les parties doivent se présenter en personne devant le Conseil d'honneur. La procédure est prévue de façon détaillée. Son ouverture peut être refusée quand les faits invoqués remontent à plus de trois ans. Une procédure en cours devant les tribunaux ordinaires n'empêche pas le dépôt d'une plainte auprès du Conseil d'honneur. Toutefois, la procédure devant le Conseil d'honneur sera suspendue jusqu'à solution de la procédure judiciaire, mais pour un an au plus à dater du dépôt de la plainte devant le Conseil d'honneur.

Tout membre de la SIA est tenu de comparaître comme témoin s'il est cité devant un Conseil d'honneur. Les exceptions à cette règle sont expressément prévues.

Quant aux sanctions qui peuvent être infligées, elles sont les suivantes :

- a) Blâme.
- b) Blâme sévère sans publication.
- c) Blâme sévère avec publication de la sentence dans les organes professionnels de la SIA.
- d) Interdiction d'assumer les fonctions de membre du jury dans un concours ou d'y participer, ceci pour un temps déterminé, suivant la gravité de la faute, avec ou sans

publication de la sentence dans les organes professionnels de la SIA. Cette sanction ne doit être prise qu'en cas de manquements à l'égard des principes régissant les concours.

- e) Exclusion de la SIA avec publication de la sentence dans les organes professionnels.

Tout recours contre une sentence d'un Conseil d'honneur de section peut être adressé sous pli recommandé dans un délai de trente jours au secrétariat de la SIA pour être transmis au président du Conseil suisse d'honneur, dont la sentence est sans appel.

On voit ainsi que dans un groupement professionnel privé, l'organisation corporative et disciplinaire peut être extrêmement poussée. Vu l'importance de la SIA, et le rôle quasi officiel qu'elle joue en Suisse, les sanctions qui sont infligées à ses membres en faute ont une très grande importance. Quoiqu'elles aient un caractère purement privé, elles sont ressenties presque comme des sanctions publiques.

Il est possible qu'un jour on estime nécessaire de créer une loi fédérale sur les architectes et ingénieurs, qui fixe, d'une part, les capacités requises des architectes et ingénieurs pour qu'ils puissent employer ces dénominations et exercer leur profession, et qui établisse, d'autre part, les règles applicables dans l'exercice de leur profession. Ces règles ne seront certainement pas autres que celles qui sont prévues par la SIA. Si la profession devait être organisée dans l'avenir sur une base officielle, elle n'en resterait pas moins une profession privée.⁵²

2. Ingénieurs

Le dénomination d'ingénieur se rapporte à toute une série d'activités professionnelles et constitue, de plus, un titre qui peut être obtenu dans les Hautes Ecoles.

⁵² Indiquons encore que les architectes sont libres, sous réserve des législations sur la protection des sites, de donner à leurs constructions la forme esthétique qu'ils jugent convenable. Par contre, pour des raisons de sécurité, les conditions techniques de la construction sont contrôlées par de nombreuses ordonnances (béton armé d'une certaine qualité, etc.).

Les ingénieurs sont souvent employés dans une maison ou une entreprise. Dans ce cas, le mot d'ingénieur est plus un titre que l'indication d'une profession. Ces ingénieurs, qui sont au service de tiers n'exercent pas une profession libérale, puisqu'il leur manque l'indépendance.

Les *ingénieurs-civils* sont fréquemment indépendants. Ils ont une clientèle — qu'il s'agisse de particuliers ou de l'Etat — pour laquelle ils sont amenés à construire des routes, des tunnels, des ponts, etc.

Chez les *ingénieurs-électriciens* ou agronomes, la fraction des indépendants est très minime.

Les ingénieurs peuvent faire partie, comme nous l'avons vu, de la SIA. Les problèmes qui se posent pour eux sont à peu près les mêmes que ceux qui concernent les architectes.

3. Géomètres

Les géomètres exercent un métier qui est tout à la fois une profession libérale et une fonction publique. En vertu de l'ordonnance du Conseil fédéral du 5 janvier 1934, les mensurations cadastrales ne doivent être prises que par des géomètres porteurs du diplôme fédéral.

Sont considérés comme porteurs du diplôme fédéral les géomètres qui possédaient, au 1er janvier 1911, un brevet concordataire ou un brevet de géomètre délivré par les Cantons de Fribourg, Tessin, Vaud, Neuchâtel ou Genève, ou qui sont titulaires du diplôme fédéral de géomètre du registre foncier.

Un règlement du 6 juin 1933 a organisé des examens auxquels sont soumises les personnes désirant acquérir le diplôme fédéral de géomètre au Registre foncier. En fait, actuellement, il n'y a plus que des géomètres officiels, soit ceux qui ont passé les trois examens prévus au règlement précité, soit ceux qui étaient installés antérieurement et qui bénéficiaient des dispositions transitoires.

Seuls ces géomètres officiels ont accès aux plans du Registre foncier; ils ont donc en fait un monopole. Les

géomètres travaillent soit pour l'Etat, dont ils restent indépendants sous réserve de tarifs imposés, soit pour des particuliers. En dehors de cela, ils peuvent faire des travaux de génie, canalisations, chemins, etc. Le géomètre officiel remplit partiellement une fonction publique; il engage l'Etat par sa signature et sa fonction est comparable sur le plan technique à celle du notaire.

Le Département fédéral de justice et police peut, après avoir entendu l'autorité compétente, retirer le diplôme pour un temps déterminé ou définitivement, au géomètre qui s'est rendu coupable d'infractions graves ou réitérées aux devoirs de sa profession ou qui a été privé de ses droits civiques.

Le retrait du diplôme peut être attaqué par la voie du recours au Tribunal fédéral, conformément au chiffre III de la loi fédérale du 11 juin 1928 sur la juridiction administrative et disciplinaire.

Le Conseil fédéral avait envisagé, dès 1908, de créer un diplôme fédéral sur la base de l'article 33, 2 de la Constitution. Mais le projet de règlement des examens suscita des pétitions parmi lesquelles celle de l'Union Suisse des Paysans. Celle-ci exprimait ses craintes au sujet de l'exigence de la maturité et d'études supérieures pour les géomètres. Après de longs pourparlers, l'Union Suisse des Paysans consentit à accepter, à titre d'ultime concession, la maturité et une formation supérieure comme conditions pour les géomètres aspirant à la direction d'offices cadastraux de la Confédération, des cantons et des communes, pour ceux que l'Etat désignerait comme conservateurs d'œuvres cadastrales et pour ceux qui seraient admis à exécuter des mensurations comme adjudicataires indépendants.

Le 23 janvier 1912, le Conseil fédéral décida de renoncer à une législation dans le sens de l'article 33, 2 CF et de réglementer la profession de géomètre dans le cadre de la mensuration cadastrale officielle, en application des articles 6, 11 et 34 de l'ordonnance du 15 décembre 1910 sur les mensurations cadastrales, soit les dispositions d'exécution de l'article 950 CCS.

Les articles 6 et 11 de cette ordonnance disposaient que les travaux de la mensuration cadastrale suisse ne pouvaient être exécutés que par des géomètres porteurs d'un brevet fédéral. Le Conseil fédéral édicta le règlement des examens fédéraux pour les géomètres du registre foncier, le 14 juin 1913, comme disposition d'exécution de l'article 905 CCS.

La situation des géomètres, telle qu'elle existe à Genève, et dans la plupart des cantons suisses, est intéressante puisqu'il s'agit d'une profession qui a, d'une part, les caractères d'une fonction publique et, d'autre part, ceux d'une profession libérale.

A vrai dire, la position du géomètre se rapproche grandement de celle du notaire avec cette différence cependant que le statut du notaire est essentiellement cantonal, tandis que les géomètres sont organisés sur le plan fédéral.

Le contrôle du Département fédéral de Justice et Police et la possibilité de recours au Tribunal fédéral (comme c'est le cas pour des fonctionnaires) tendent évidemment à rapprocher les géomètres du statut administratif des fonctionnaires⁵³.

Cependant, si les géomètres, comme les notaires, représentent l'Etat dans leur activité publique — car l'Etat leur a délégué un pouvoir qui donne à leurs actes une valeur officielle — ils n'en gardent pas moins une grande liberté d'action, même dans l'exercice de cette activité officielle. Ils peuvent refuser de dresser un acte, ne sont pas payés par l'Etat, et ne sont pas soumis à une discipline hiérarchique, mais seulement à un contrôle disciplinaire. On ne saurait donc les assimiler aux fonctionnaires.

4. Ingénieurs-conseils

Les ingénieurs-conseils en propriété industrielle exercent une profession libérale. Ils ont en effet (ou devraient avoir)

⁵³ Notons que dans certains cantons, à Neuchâtel par exemple, les géomètres sont des fonctionnaires.

une formation juridico-scientifique sérieuse qui leur donne la possibilité de rédiger des demandes de brevets et de les déposer au nom des inventeurs. Leur responsabilité est grande car la loi sur les brevets soumet la validité de ceux-ci à toute une série de conditions de fond et de forme.

Les agents de brevets sont indépendants. Ils ont une clientèle qui leur confie des intérêts importants. Le principe du désintéressement régit leur activité. Bref, on doit les considérer comme exerçant une importante profession libérale qui se développe chaque jour.

Dans son récent Message à l'Assemblée fédérale concernant la revision de la loi sur les brevets d'invention, le Conseil Fédéral prévoit l'établissement de prescriptions qui soumettraient l'exercice de la profession à l'obtention d'un diplôme de capacité. Le Message déclare notamment:

« Il y aurait lieu, en tous cas, de prévoir une telle réglementation si l'examen préalable devait être institué. En effet, pour représenter le déposant dans la procédure d'opposition et, le cas échéant, dans la procédure de recours, le mandataire devra satisfaire à des exigences bien plus grandes encore que jusqu'ici, tant en ce qui concerne la connaissance des problèmes techniques que la connaissance du droit relatif aux brevets. Il s'agirait de donner à la loi sur les brevets d'invention un complément nécessaire pour assurer la protection accordée par les brevets. La mesure pourrait alors se fonder sur l'article 64 de la Constitution. La compétence de la Confédération pourrait dériver aussi de l'article 33 CF.

Etant donné le développement actuel de la technique, la profession de conseil en matière de propriété industrielle peut être considérée comme profession libérale au sens de cette disposition.»

Ces conclusions nous paraissent tout-à-fait pertinentes. Mais nous estimons que, même en l'état actuel des choses, c'est-à-dire sur la base de la loi en vigueur qui ne prévoit pas d'examen préalable, l'activité des ingénieurs-conseils en matière de brevets constitue une profession libérale dont l'exercice devrait être soumis à un sérieux contrôle de capacité. Dès le moment où il n'existe pas de traditions cantonales dans cette profession relativement nouvelle, ce

contrôle de capacité devrait être prévu par une loi fédérale fondée sur l'article 33 CF.

*

L'Association Suisse des Conseils en matière de propriété industrielle a pour but de veiller au maintien de la considération et de la dignité de la profession.

Peuvent être admis à en faire partie ceux qui exercent en Suisse la profession de conseil en matière de propriété industrielle. Chaque candidat devra fournir la preuve d'une réelle instruction scientifique et exposer d'une manière appropriée qu'il possède les connaissances et les qualités qu'un conseil en matière de propriété industrielle doit avoir.

L'exclusion d'un membre de l'Association ne peut être prononcée par l'Assemblée générale qu'à la suite d'un exposé motivé du Président ou d'une proposition unanime du Tribunal d'honneur par un vote au scrutin secret réunissant une majorité de $\frac{3}{4}$ des voix émises.

Ce Tribunal d'honneur est élu tous les deux ans par l'Assemblée générale. Il est composé de trois membres et de deux suppléants. Le président en fonction de l'Association appartient d'office au Tribunal d'honneur. Un règlement a été établi pour ce dernier. Les délibérations sont secrètes et consignées dans un procès-verbal. Le jugement doit être motivé et rédigé.

Les peines sont l'avertissement, la censure. De plus, le Tribunal d'honneur peut, par une décision unanime, proposer à l'Assemblée générale l'exclusion d'un membre coupable; il a le droit aussi de décider qu'une copie du jugement sera adressée à tous les membres de l'Association.

L'Assemblée générale peut prévoir que l'exclusion du membre sera communiquée au Bureau fédéral de la propriété intellectuelle et à d'autres autorités.

Le règlement rédigé par l'Association rappelle que l'ingénieur ne doit pas s'occuper de l'exploitation des brevets et doit s'abstenir de toute réclame qui n'est pas acceptée

par l'Association et notamment de tout acte de concurrence déloyale.

L'obligation au secret est expressément mentionnée. Le règlement traite également de questions d'honoraires et de rapports confraternels.

Voilà encore une profession fortement organisée, pour l'instant de façon tout-à-fait inofficielle, et qui ne changerait pas de caractère si son exercice était réglé sur une base fédérale.

5. Experts-comptables

La profession d'expert-comptable s'est considérablement développée durant ces dernières années. Elle est organisée aujourd'hui sur une base fédérale, un diplôme d'expert-comptable ayant été créé en vertu des dispositions concernant la formation professionnelle⁵⁴.

Il existe une Chambre suisse pour expertises-comptables qui assume l'organisation des examens professionnels pour experts-comptables. Un règlement a été élaboré à ce sujet. Il est applicable sur toute l'étendue du territoire de la Confédération. Seules ont le droit de porter le titre d'expert-comptable diplômé les personnes qui ont acquis ce titre conformément aux dispositions du règlement du 18 septembre 1945 ou de celui du 5 novembre 1935 et les personnes qui l'ont obtenu de la Chambre suisse pour expertises comptables de 1926 à 1935.

Les examens sont organisés et dirigés par une commission désignée par une série d'associations d'experts-comptables, de sociétés fiduciaires, de banques, de commerçants, etc.

Il semble bien que l'expert-comptable exerce une profession libérale au sens de l'article 33 de la Constitution. On aurait pu créer un diplôme fédéral en application de cet article: l'expert-comptable travaille sur la base d'une préparation scientifique poussée, quoique pas obligatoirement

⁵⁴ Loi sur la formation professionnelle du 26 juin 1930.

universitaire il est vrai. Il a une clientèle qui lui confie des intérêts importants. Son travail est en partie technique (mathématique) et en partie créateur. En effet, l'expert-comptable ne se contente pas d'aligner des chiffres, il présente des bilans, propose des solutions, interprète, etc.

Si l'on ne peut entièrement comparer le rôle de l'expert-comptable à celui de l'avocat ou du médecin, on doit néanmoins admettre que ce rôle est d'une utilité indiscutable.

La profession d'expert-comptable peut être considérée comme une profession libérale que les auteurs de l'article 33 de la Constitution n'avaient pas prévue.

D. Autres professions

1. Professeurs

Les professeurs de l'enseignement public et privé ne sont pas indépendants car ils sont employés de l'Etat ou d'une école, et, surtout parce qu'ils n'ont pas de clientèle. Les personnes qui donnent des cours ou des leçons particulières exercent par contre une profession qui a certains caractères d'une carrière libérale.

2. Savants, inventeurs

Les savants, les inventeurs, bien qu'exerçant une profession indépendante et intellectuelle, n'ont pas de clientèle avec laquelle ils entretiennent des rapports étroits. Il en est de même des *artistes, écrivains, journalistes*, etc.

3. Ecclésiastiques

Quant aux ecclésiastiques, si les relations qu'ils ont avec les tiers sont toute de confiance, ces tiers ne sauraient constituer une clientèle. Il s'agit là d'un « autre domaine » et l'on pourrait contester qu'il puisse être question, en l'espèce, d'une véritable profession. Il s'agit bien plutôt d'une voca-

tion, ce qui exclut que l'on puisse parler d'une profession libérale.

*

Nous avons vu qu'il existait des professions indépendantes qui ne sont pas libérales. Il ne suffit pas, en effet, qu'il y ait indépendance, travail intellectuel et scientifique, il faut qu'il y ait encore clientèle. C'est l'existence de la clientèle et la nature des intérêts confiés au professionnel, qui justifient l'intérêt de la société à l'exercice de la profession et en conséquence le statut spécial des professions libérales.

Nous étudierons ici la profession libérale au sens strict, tout en remarquant que les principes que nous avons retenus pourront s'appliquer partiellement à d'autres professions lorsqu'il y aura dans ces carrières une activité partiellement libérale.

Prenons l'exemple d'un médecin attaché à un établissement: dans un certain sens il exerce une profession libérale, dans un autre, un contrat de travail avec la dépendance que cela comporte pour lui.

Ce médecin pourra parfois, cependant, invoquer ses droits à l'indépendance dans l'exercice même de son art. Si pour son horaire il est dépendant, il ne saurait être toujours obligé d'accepter des ordres dans des domaines purement scientifiques (par exemple quant à la façon de traiter les malades de l'employeur).

De même un secrétaire de Département, avocat, chargé de préparer une consultation de droit pour son département, ne peut se voir imposer une conception juridique qui serait contraire avec ses propres idées.

Dans certains cas, l'indépendance intellectuelle et scientifique qui est un des droits essentiels des titulaires des professions libérales, survivra même lorsque, sur d'autres plans, il y aura dépendance.

IV. La profession d'avocat

1. Activité de l'avocat

La profession d'avocat, comme nous l'avons déjà dit, est le type de la profession libérale.

Les avocats ont une activité essentiellement intellectuelle, davantage encore que les médecins (on connaît des avocats aveugles). Cette activité est possible grâce à une préparation scientifique et pratique. Elle s'exerce normalement dans l'indépendance la plus totale. Nous entendons par là aussi bien indépendance intellectuelle qu'absence de subordination.

L'avocat a une clientèle qui lui confie en général des intérêts intimes et essentiels et à l'égard de laquelle il fait preuve d'un certain désintéressement, ce qui ne l'empêche pas d'être rétribué sous forme d'honoraires.

L'importance des intérêts qui lui sont confiés fait que l'avocat exerce une sorte de mission sociale à laquelle l'Etat lui-même est indirectement intéressé.

On distingue, en France, les avoués des avocats. Les avoués sont chargés de faire les actes de procédure au cours desquels ils représentent leurs clients, tandis que les avocats assistent leurs clients⁵⁵. Ce partage des activités de l'homme de loi en deux professions ne laisse pas de compliquer la défense d'une cause et depuis longtemps il est question de fonder ces deux fonctions.

En Suisse, nous ne connaissons pas la profession d'avoué qui est en fait exercée par les avocats; ceux-ci sont donc tout à la fois des représentants des parties et des défenseurs de celles-ci.

Il y a certainement intérêt, pour les plaideurs, à ce que le travail de l'avoué et celui de l'avocat soient exécutés par une seule personne. Cela constitue une économie évidente de temps, de frais et de force. (En fait, lorsqu'un avoué et

⁵⁵ Payen, *Le Barreau*, p. 55.

un avocat collaborent, l'un des deux dirige le litige (*dominus litis*) c'est en général l'avocat.)

L'avocat a été connu de tout temps. Comme le rappelle Dalloz⁵⁶, partout où il y a une justice, le Barreau est venu sous une dénomination quelconque se placer à côté d'elle, comme une institution corélative.

De son côté, Magnus écrit :

«Solange es eine menschliche Kultur gibt, Menschen über Menschen zu Gericht sitzen, gibt es auch Menschen, die durch Sachkunde, Kenntnisse und Gewandtheit in Rede und Schrift die Rechtsuchenden unterstützen. Keine Entwicklungsstufe menschlichen Zusammenlebens, kein Volk, keine Zeit, in der sich dies nicht zeigt, in dem nicht der Beistand, den der eine dem andern im Rechtsverkehr leistet, tatsächlich vorhanden wäre — hier formlos und gelegentlich, dort in feste Formen gefügt.

Eine Geschichte der Rechtsanwaltschaft ist daher eine Geschichte der menschlichen Kultur⁵⁷.»

L'institution de la profession d'avocat répond à une véritable nécessité. Elle existe dans l'intérêt général, dans celui des juges comme des plaideurs.

Un homme ne peut se défendre lui-même, tout d'abord parce qu'il n'est pas préparé à le faire, ne connaissant pas les lois et de plus, parce qu'il est incapable de se défaire de sa partialité, de s'exprimer objectivement.

Il est indispensable que des arguments utiles et pertinents soient présentés au juge par les deux parties, sur la base d'un minimum de connaissances scientifiques et d'intelligence juridique. Ce n'est qu'après avoir entendu les deux sons de cloches, les deux exposés, que le juge pourra statuer en connaissance de cause. Ceux qui ont l'occasion de rendre des jugements savent combien il est désagréable de le faire sans que les parties aient eu la possibilité de présenter correctement leur argumentation par l'intermédiaire d'un juriste.

Si l'institution de la profession est dans l'intérêt des juges et des parties, elle l'est également dans celui de la

⁵⁶ Répertoire, p. 459, n° 10.

⁵⁷ Julius Magnus, die Rechtsanwaltschaft, p. 1.

Justice. On a souvent rappelé que l'avocat était un collaborateur de la Justice et cela est vrai aussi bien au pénal qu'au civil.

Par l'intervention d'un avocat (et par la possibilité que l'on donne à l'avocat d'intervenir) dans des cas sans importance apparente (vol de bicyclette, injures à un agent de police, attentat à la pudeur, accident d'auto, arrestation abusive), on assure en fait la liberté de milliers de citoyens, on empêche des abus de toutes sortes. Cela signifie non pas que le délinquant ne doive être probablement condamné, mais qu'il ne peut l'être qu'après avoir été entendu et défendu en toute liberté.

La possibilité de recourir à un avocat, (à un homme qui connaisse les lois), l'existence même de la *défense*, constituent une garantie importante pour la protection de tous les individus. Encore faut-il que les lois assurent le respect de la personnalité et que les juges soient libres.

Dans les pays où les avocats peuvent se faire entendre librement, la voix de la défense est un gage de bonne justice.

On voit ainsi que l'avocat peut être considéré comme exerçant une véritable fonction sociale qui répond à un besoin et à un intérêt général. L'Etat, s'il est respectueux de la personne humaine, a avantage à assurer à chaque citoyen la défense de ses intérêts essentiels. Cela ne signifie pas qu'il puisse considérer les avocats comme des fonctionnaires soumis à sa volonté. En détruisant l'indépendance des avocats, l'Etat empêcherait ceux-ci d'exercer normalement leur profession et en conséquence de défendre l'intérêt des citoyens. Il agirait ainsi contre les citoyens et s'affaiblirait lui-même indirectement.

L'avocat n'est pas seulement l'homme qui doit faire entendre la voix raisonnable de son client, il n'est pas seulement l'intermédiaire ou le lien entre le juge et le client⁵⁸, et le défenseur de la personne humaine. Tenant compte de

⁵⁸ Edm. Martin-Achard, op. cit. p. 17.

ses connaissances juridiques, de son expérience de la vie et des faits, qui posent chaque jour des problèmes délicats, l'avocat propose des solutions, il suggère des interprétations, des règles. Ces propositions provoqueront souvent des décisions jurisprudentielles, qui influenceront par la suite le législateur.

Ainsi l'avocat est un collaborateur de la Justice non seulement en ce sens qu'il aide le juge à statuer en connaissance de cause, mais encore parce qu'il contribue à la création de la jurisprudence et du droit.

2. Nature du contrat entre l'avocat et son client

Selon la théorie classique française, l'avocat même à la barre ne représente pas son client. Il n'est pas son mandataire, il se présente pour lui et l'assiste. L'avocat parle en son propre nom, tandis que le mandataire engage le mandant⁵⁹.

Cette conception qui est du reste très controversée aujourd'hui, ne saurait être admise en droit suisse où l'avocat représente son client en faisant des actes de procédure, en plaçant et en lui rendant certains services. L'avocat est selon le système suisse un mandataire qui est chargé par son client de le représenter, de le défendre en justice et de le conseiller.

Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige à gérer l'affaire dont le mandant l'a chargé ou à rendre les services qu'il lui a promis; il s'engage en outre à agir dans l'intérêt et d'après la volonté du mandant⁶⁰.

Le mandat que reçoit l'avocat l'oblige à exécuter fidèlement et avec soin l'affaire dont il est chargé. L'exécution fidèle et consciencieuse du mandat postule une formation professionnelle sérieuse et une connaissance des lois et de la jurisprudence.

⁵⁹ Payen, *Le Barreau*, p. 55.

⁶⁰ Guhl, trad. Des Gouttes, *Le Droit Fédéral des Obligations*, p. 301.

L'avocat ne saurait être tenu de connaître toutes les dispositions de la jurisprudence, dès leur prononcé ou leur publication, a déclaré la Cour de Genève, mais on peut exiger de lui qu'après quelques mois, il n'ignore plus celles qui sont publiées dans les bulletins juridiques de son canton et qui tranchent des questions importantes relativement à la procédure qu'il est appelé à appliquer de manière courante⁶¹.

La question de savoir jusqu'à quel point l'avocat doit agir d'après la volonté du client est délicate. Il faut distinguer le but et les moyens. Le client expose à son conseil le but qu'il recherche. C'est en général le maintien ou l'amélioration d'une situation donnée, l'obtention d'un résultat par une procédure ou une intervention. Si l'avocat juge le but illicite ou inadmissible, il renoncera à son mandat. En se chargeant du mandat, l'avocat accepte de faire l'impossible pour atteindre le but.

Quant aux moyens que l'avocat emploiera, c'est lui qui, dans la règle, les choisit en toute liberté. Il y a cependant des cas où l'avocat comme le médecin doit indiquer à son client les moyens qu'il retiendra, où il doit l'orienter, afin de recevoir de lui un consentement éclairé. Le dépôt d'une plainte pénale (qui par ailleurs doit normalement être signée par le client), l'audition de certains témoins (parents, amis), l'invocation ou la renonciation à l'invocation de moyens de prescription, doivent normalement faire l'objet d'un accord préalable entre le client et son conseil. Si le client est en général partial, il a parfois une réelle intelligence de la cause qui lui permet de discuter avec l'avocat de façon pertinente, de connaître et d'approuver, ou d'exclure certains moyens. Le droit d'intervention du client dépend de la nature de l'affaire, de la personne même du client et également des conditions posées par l'avocat pour la conduite du procès. Si le client, mis au courant des moyens que l'avocat a l'intention d'employer n'est pas

⁶¹ Arrêt du 31 mars 1943, SJ 1943, p. 23.

d'accord avec lui, il ne restera plus à ce dernier qu'à renoncer à son mandat.

D'une façon générale, le mandat est présumé gratuit, mais il peut être honoré dans les affaires où tel est l'usage. C'est le cas notamment pour les services rendus par les avocats ou les médecins et par les titulaires de professions libérales.

Dans la règle, le mandataire doit exécuter personnellement le contrat, à moins que l'usage ne permette une substitution de pouvoirs. Cette obligation n'est pas toujours respectée par des avocats ayant des collaborateurs. Il est admis et normal qu'une partie du travail de l'avocat (recherches, rédaction de mémoires ou même les plaidoiries) puisse être exécutée par des collaborateurs qualifiés. Tout ce travail se fait cependant sous la responsabilité et sous le contrôle de l'avocat. Du reste, le client peut toujours fixer, au début des relations contractuelles, que l'affaire sera uniquement suivie par l'avocat lui-même.

Si le mandat peut être révoqué ou répudié dans la règle en tout temps, il ne saurait cependant l'être en temps inopportun. L'avocat doit ainsi donner le temps à son client dont il cesse de s'occuper, de confier ses intérêts à un autre défenseur.

L'avocat engage sa responsabilité civile lorsque, par suite d'une faute de sa part, un dommage est causé à son client. La preuve du rapport de causalité entre la faute et le dommage doit être rapportée par le client. Ce dernier doit, en l'espèce, établir que sans la faute de l'avocat, le procès aurait été gagné ou qu'un résultat différent et plus favorable aurait été obtenu. Cela oblige parfois les tribunaux à juger le cas dans l'éventualité où la faute n'aurait pas été commise. En principe, selon les règles du mandat, il devrait suffire que le client prouve que l'avocat n'a pas exécuté l'obligation assumée, l'avocat devant lui, établir l'absence de faute. Mais la preuve de l'inexécution des obligations revient en fait, en général, à prouver la faute professionnelle manifeste de l'avocat qui aura modifié la solution du procès.

Il est à noter que les avocats sont contrôlés de façon très stricte par les juges aussi bien dans leur activité scientifique que judiciaire. Les juges agissent en l'espèce, également comme experts.

Le contrôle de l'activité scientifique et professionnelle des médecins devant les tribunaux nécessite, par contre, l'appel à des tiers experts (médecins eux-mêmes). Ceci constitue certainement un avantage pour les médecins assignés qui peuvent compter jusqu'à un certain point sur la compréhension de leurs confrères. Cependant il y a plus de procès en responsabilité civile contre les médecins que contre des avocats. Cela provient probablement du fait que si les plaideurs ont tendance à maudire les juges qui leur ont donné tort, les malades acceptent difficilement les démentis de la nature aux pronostics des médecins.

En résumé, l'avocat garde la plus grande liberté quant à la façon de diriger une affaire et il ne répond à l'égard de la société et de ses clients que de la violation des lois et des usages établis.

3. Règles et usages professionnels

Dès que les avocats furent constitués en Barreaux, ils sentirent la nécessité de s'astreindre à une discipline professionnelle très stricte. Ils fixèrent des usages et des règles, ainsi que des sanctions disciplinaires contre ceux qui viendraient à les enfreindre.

L'organisation des Barreaux a en général un caractère privé. C'est ainsi qu'il existe dans la plupart des cantons des associations professionnelles ayant pour but le contrôle de l'activité de l'avocat.

Plusieurs des statuts de ces associations rappellent expressément les usages et règles qui s'imposent aux avocats. Quelques-unes de ces règles sont reprises par les lois sur l'exercice de la profession et constituent une base positive pour le droit disciplinaire. Dans certains cas, on peut distinguer les règles ayant un caractère privé de celles qui ont un caractère public. Cependant le droit disciplinaire tient

compte des usages dans la mesure la plus large (qu'ils soient écrits ou non) ce qui fait qu'une règle même non prévue dans une loi peut constituer la base d'une sanction disciplinaire.

*

Ces usages existent aussi bien dans l'intérêt de la justice que des clients et des avocats eux-mêmes. Ils tendent essentiellement à assurer l'exercice normal et utile de la profession et se rapprochent beaucoup de la «discipline», c'est pourquoi leur violation entraîne en général des sanctions disciplinaires.

Dans un avant-projet d'une loi fédérale sur les avocats, le Dr Robert Blass, avocat à Zurich, a essayé de fixer, en tenant compte des législations et usages cantonaux, quels étaient les devoirs de l'avocat. Quoique en définitive, la Fédération suisse des Avocats n'ait pas accepté le projet qui lui a été soumis, nous pensons intéressant de les citer ici:

1. Devoirs généraux

- a) accomplissement consciencieux des devoirs professionnels,
- b) sauvegarde de l'indépendance,
- c) culte de l'idée de justice,
- d) fidélité à la Constitution fédérale et aux constitutions cantonales,
- e) interdiction de l'exercice d'une activité lucrative accessoire incompatible avec la profession d'avocat,
- f) renonciation à l'usage de moyens illicites ou dangereux,
- g) obligation d'encourager la transaction,
- h) interdiction d'acquiescer des prétentions douteuses ou litigieuses, aux fins de conduire en son nom de procès d'un tiers,
- i) interdiction de soutenir, de quelque manière que ce soit, les intérêts de la partie adverse,
- k) interdiction d'aider ceux qui ne sont pas autorisés à exercer la profession d'avocat,
- l) interdiction de mettre en péril l'honneur professionnel, le prestige et la dignité du barreau, ou d'y porter atteinte,
- m) obligation de garder le secret professionnel, pour autant que la loi n'exige pas de révélations à l'autorité,
- n) responsabilité concernant la discrétion des stagiaires et employés,

- o) interdiction de conclure des accords excluant le libre choix de l'avocat,
- p) interdiction d'engager des pourparlers directs avec la partie adverse lorsque celle-ci est représentée par un avocat ou un agent d'affaires, sans l'autorisation de ce dernier,
- q) interdiction aux collaborateurs d'une seule et même étude de défendre les intérêts de parties adverses,
- r) interdiction d'exercer une pression sur les témoins de dresser procès-verbal des dires ou déclarations de tierces personnes,
- s) interdiction de donner des conseils en dehors de l'étude,
- t) obligation de tenir les livres nécessaires, pour pouvoir justifier en tout moment des opérations, créances et obligations,
- u) obligation de fournir une caution à l'Etat.

2. De la recherche de la clientèle en particulier

- a) interdiction de la recherche de la clientèle,
- b) interdiction de porter atteinte à la dignité de la profession par des recommandations trompeuses ou charlatanesques,
- c) limitation des annonces et de recommandations dans les livres d'adresses, etc.,
- d) interdiction d'annoncer des consultations gratuites,
- e) retenue en matière de communications de presse,
- f) défense de faire des promesses ou des cadeaux pour obtenir des mandats,
- g) défense de recevoir des commissions ou des indemnités pour la remise d'affaires.

3. Devoirs à l'égard des autorités

- a) observation du respect qui leur est dû,
- b) défense d'altérer sciemment les faits,
- c) citation exacte des dispositions légales,
- d) interdiction de se livrer à des attaques personnelles et de proférer des injures contre la partie adverse,
- e) interdiction d'user de moyens dilatoires,
- f) observation consciencieuse des lois de procédure,
- g) interdiction d'induire les tribunaux en erreur,
- h) interdiction de faire des exposés superflus ou prolixes,
- i) clarté et précision dans les exposés,
- k) signature personnelle des écritures de procédure,
- l) tenue vestimentaire décente.

4. Devoirs envers la clientèle

- a) conseils consciencieux et défense des intérêts du mandant conformément au droit et à l'équité,

- b) interdiction de favoriser l'injustice et de représenter des intérêts contradictoires,
- c) obligation de s'occuper avec soin des affaires se traitant au bénéfice de l'assistance judiciaire,
- d) interdiction de représenter une partie lorsqu'il s'agit de la validité ou de l'interprétation d'actes juridiques bilatéraux que l'avocat ou ses collaborateurs ont instrumentés en qualité de notaire,
- e) interdiction de représenter une partie dans une affaire où l'on a précédemment défendu les intérêts de l'autre partie,
- f) interdiction d'engager la clientèle dans des procès téméraires,
- g) interdiction de recevoir des cadeaux ou des promesses de parents ou amis de la partie adverse,
- h) garde consciencieuse de l'argent et des papiers valeurs confiés, de telle manière qu'ils puissent en tout temps être restitués aux mandants,
- i) restitution à première réquisition des actes qui ne constituent pas preuve pour des honoraires litigieux,
- k) conservation des dossiers pendant dix ans,
- l) remise, à première réquisition, des sommes encaissées,
- m) obligation d'informer à temps le client d'une réalisation d'un mandat.

5. Devoirs en ce qui concerne particulièrement la question des honoraires

- a) obligation de se contenter d'honoraires en rapport avec l'importance et les difficultés de la cause ainsi qu'avec la situation des parties. Interdiction d'émettre des prétentions exagérées et de dépasser les tarifs en vigueur,
- b) interdiction (ou restriction dans la possibilité) de convenir des honoraires forfaitaires,
- c) interdiction du pactum de quota litis,
- d) interdiction de prendre à sa charge les risques d'un procès,
- e) obligation de réduire au minimum les frais du client,
- f) obligation de demander des avances,
- g) obligation de présenter, à première réquisition, des comptes avec pièces à l'appui,
- h) obligation d'inscrire dans les comptes les avances et les sommes encaissées,
- i) interdiction, dans les affaires traitées au bénéfice de l'assistance judiciaire, d'exiger des honoraires supérieurs à ceux qui sont accordés par le juge.

6. Devoirs à l'égard des confrères

- a) respect des règles de confraternité,
- b) interdiction d'accepter un mandat dans une affaire où le confrère consulté antérieurement n'a pas été payé ou lorsqu'il n'est pas d'accord avec le transfert du mandat,
- c) interdiction de se livrer à des attaques personnelles,
- d) obligation d'établir des doubles des actes judiciaires lorsque ceux-ci ne doivent être envoyés qu'en un seul exemplaire,
- e) examen consciencieux du bien-fondé de poursuites judiciaires dirigées contre un confrère,
- f) dénonciation à l'organisation professionnelle d'un confrère coupable de violation de ses obligations,
- g) devoir de régler à l'amiable les divergences d'opinion, appel éventuel à une commission de conciliation nommée par l'organisation professionnelle,
- h) interdiction de divulguer des discussions dans des milieux étrangers à la profession ou dans l'opinion publique,
- i) appel à l'organisation professionnelle avant d'intenter à un confrère un procès civil ou pénal.

*

On voit l'importance et la diversité de ces règles dont certaines ne sont du reste pas reconnues partout. Il y a des usages professionnels qui varient d'un canton à l'autre comme d'un pays à l'autre. En France, les usages et règles professionnels des avocats sont encore beaucoup plus stricts qu'en Suisse. Un avocat français ne peut faire partie d'un conseil d'administration, il n'a pas le droit de s'associer (exception faite pour les avocats d'Alsace). Il ne saurait recevoir ses clients hors de son bureau, se rendre chez un client, traiter avec l'Administration hors de chez lui (sous réserve de l'autorisation du bâtonnier). Il n'a pas le droit de recevoir des fonds pour ses clients et, dans la règle, ne signe pas de reçus.

Si les usages sont différents selon les cantons et les pays, il y a cependant des règles essentielles qui sont reconnues dans tous les Barreaux. Ce sont en général celles qui tendent à assurer à la profession sa dignité et son indépendance.

Ces règles constituent un honneur pour les avocats. Comme le dit Me Blass ce sont les devoirs de l'avocat — et

non les droits — qui doivent être mis au premier plan. Les droits découlent des devoirs. Ce sont ses devoirs — et non ses droits — qui sont à la base du prestige de l'avocat. Si le peuple témoigne sa confiance à l'avocat, si l'Etat est fier de son Barreau, c'est à cause du cahier des charges qui s'impose à l'avocat, de la considération qui lui est due pour ses capacités et pour le sens qu'il a de ses devoirs, mais en aucun cas à cause de ses droits⁶².

Nous reprendrons plus loin et dans l'étude du droit disciplinaire la question de ces usages. Nous tenions cependant à parler de ces règles professionnelles dans un chapitre général sur les avocats, car l'ampleur et le développement même de ces règles sont une des caractéristiques de la profession.

Certes, il existe également des usages et règles professionnelles dans les autres professions. Mais nul part ils ne sont si étendus et si importants que dans le Barreau.

4. Exercice de la profession

Tandis que dans le domaine des professions médicales la Confédération a légiféré dès 1877, faisant usage du droit prévu à l'article 33 CF, l'exercice des professions juridiques est toujours soumis aux dispositions législatives cantonales.

L'article 5 des dispositions transitoires est appliqué depuis 1874 et rien ne laisse prévoir (malgré la teneur de l'article 33, 2 CF) qu'il ne sera pas employé longtemps encore dans ce domaine. Si une loi *fédérale* de capacité était nécessaire dans le domaine précis de la science médicale, elle était moins indispensable dans celui de la science juridique plus soumise à des usages, des traditions et des conceptions locales⁶³.

⁶² Blass, op. cit. p. 32.

⁶³ Voir aussi Fehlmann, op. cit. p. 81: «Diese verschiedenartige Behandlung zweier wissenschaftlicher Berufsdisziplinen hat ihren Grund in der Verschiedenheit ihrer philosophischen Grundlagen. Der Arztberuf entspringt dem naturwissenschaftlichen Zweige, jener des Anwalts geht auf die Kultur- und Geisteswissenschaften zurück.»

Nous ne sommes pas partisan d'une unification trop rigoureuse dans ce domaine, toutefois nous devons souligner combien il est anormal que des personnes puissent porter le titre d'avocat, sans préparation scientifique. La science du droit est trop délicate, la procédure trop compliquée, pour qu'on laisse à des non juristes le soin de représenter les parties devant les tribunaux.

On peut distinguer aujourd'hui :

a) *Les cantons exigeant des capacités sérieuses et une préparation pratique*

Dans de nombreux cantons, l'autorisation d'exercer la profession d'avocat n'est donnée qu'après un sérieux contrôle de capacité (examens et stage).

A Genève, l'avocat doit être licencié ou docteur en droit, avoir fait un stage de deux ans au minimum et avoir réussi un examen de capacité à la fin de ce stage⁶⁴.

Les conditions sont à peu près les mêmes dans le Canton de Vaud⁶⁵ et dans le Canton de Neuchâtel, sauf que le stage est de 18 mois⁶⁶.

Dans le Canton de Berne, celui qui désire être admis à l'examen doit justifier notamment qu'il a fréquenté assidûment pendant trois années les cours de droit, de logique, de psychologie et d'histoire soit à l'Université de Berne, soit dans une université étrangère et qu'il a travaillé d'une manière consécutive pendant au moins une année dans l'étude d'un avocat pratiquant dans le Canton de Berne⁶⁷. Le candidat doit, d'autre part, passer avec succès un examen comprenant des épreuves orales sur les principes généraux du droit, le droit public suisse, les lois civiles et criminelles et la rédaction d'une pièce de procédure. Il fera même une plaidoirie devant la Cour suprême.

⁶⁴ Règlement sur l'exercice de la profession d'avocat du 11 janvier 1901.

⁶⁵ Loi du 22 novembre 1944.

⁶⁶ Loi sur le Barreau du 20 mai 1914.

⁶⁷ Loi sur les avocats du 10 décembre 1840.

A Fribourg⁶⁸ la licence en droit est exigée ainsi qu'un stage de deux ans, ce stage pouvant être fait pour six mois ou plus dans les services de l'administration de l'Etat traitant de questions juridiques, au Greffe du Tribunal cantonal, au Ministère public. Un examen termine le stage. Il comporte une épreuve écrite et une épreuve orale. A Bâle, on exige du futur avocat qui peut être également notaire, quatre années d'études universitaires, une année de stage et la réussite d'un examen de fin de stage⁶⁹.

Il nous paraît normal qu'on exige du futur avocat une licence ou un doctorat en droit obtenu dans une Université suisse après trois ou quatre ans d'études. Quant au stage il devrait être au moins de deux ans, car l'étudiant n'a que des connaissances théoriques. Il ne sait pratiquement rien de la profession. Le stage pourra, avec profit, être fait en partie au greffe du Tribunal. Mais le stage ne suffit pas, il faut contrôler encore le futur avocat avant de l'autoriser à pratiquer sous sa propre responsabilité, en le soumettant à un examen professionnel sérieux. (Certains cantons prévoient en plus des épreuves théoriques une plaidoirie sur la base d'un dossier remis au candidat.) L'avocat, une fois le brevet obtenu, est en droit d'exercer pendant toute sa vie, il vaut donc la peine de contrôler très sérieusement le candidat et d'écarter les inaptes.

b) Les cantons qui n'exigent aucun stage ou se contentent de capacités insuffisantes

Il y a des cantons qui, tout en fixant certaines conditions de capacité à la pratique du Barreau, se contentent de connaissances qui nous paraissent insuffisantes. Ils oublient que la profession d'avocat est une carrière scientifique qui ne peut s'apprendre qu'à l'Université et par un stage pratique. A Uri, par exemple, la licence ou le doctorat en droit ne sont pas indispensables et à Glaris, aucun stage n'est exigé.

⁶⁸ Règlement du 31 janvier 1947.

⁶⁹ Loi du 29 septembre 1910.

c) *Les cantons qui n'exigent aucune connaissance spéciale*

Il existe encore en Suisse des cantons où la pratique du Barreau est libre. Tel est le cas à Soleure, Appenzell RE et aux Grisons.

aa) *Soleure*

Selon l'article 1er de la loi de procédure civile soleuroise, chacun est en droit de conduire un procès ou de le faire conduire par un représentant. Le représentant doit seulement avoir l'exercice des droits civils. Il doit pouvoir justifier de ses pouvoirs par une procuration écrite ou par la déclaration de son mandant au procès-verbal. (L'avocat assermenté peut cependant agir en justice sans posséder une telle procuration.)

Ainsi, dans le canton de Soleure, le titre d'avocat (Anwalt ou Rechtsanwalt) est porté par des personnes n'ayant *aucune préparation juridique* et ces «avocats» peuvent représenter les parties devant les tribunaux.

Les «Anwälte» ne sont soumis à aucun contrôle de l'Etat. Aucune sanction disciplinaire ne paraît pouvoir être prise contre de tels «avocats». Seuls les titres de «Fürsprech» et de «Notar» sont protégés. Ces titres sont accordés par le Conseil d'Etat à ceux qui, justifiant de connaissances juridiques, réussissent les examens d'Etat. Les «Fürsprecher» et les notaires sont placés par contre sous contrôle du Conseil d'Etat.

Il existe une organisation privée des avocats (Fürsprecher) soleurois qui est soumise à l'autorité d'une Chambre des avocats composée de cinq membres. Cette Chambre peut infliger des sanctions disciplinaires à ses membres.

Il est certain que la situation qui existe actuellement dans le Canton de Soleure est très peu satisfaisante. Il est impossible de demander au public de faire la distinction entre un «Anwalt» et un «Fürsprech». De nombreuses confusions et tromperies résultent de cet état de fait. Il est à souhaiter que le projet du Département de justice, du

16 avril 1948, qui prévoit une loi spéciale pour les avocats, soit bientôt accepté.

bb) Appenzell RE

Dans le Canton d'Appenzell, Rhodes Extérieures, il n'existe également pas de loi concernant l'exercice de la profession d'avocat.

En conséquence, chaque citoyen est en droit de pratiquer le Barreau, qu'il soit ou non préparé à cette tâche. L'article 46 de la loi de procédure civile prévoit simplement que le représentant doit avoir la capacité civile et l'exercice de ses droits civiques. Il n'y a pas dans le canton d'autorité disciplinaire sur les avocats; le seul contrôle est celui qu'exercent les tribunaux dans les causes pendantes.

Il n'existe, à l'heure actuelle, aucun projet de loi sur l'exercice de la profession d'avocat, mais d'après les renseignements qui nous ont été aimablement donnés par le Département de Justice et Police, il est possible que lors de la prochaine revision de la loi de procédure civile, on discute la question de l'institution d'une autorité disciplinaire sur les avocats.

cc) Grisons

Dans le Canton des Grisons, tout citoyen ayant l'exercice des droits civils et civiques peut actuellement représenter une partie devant les Tribunaux. Le projet de la loi de procédure civile actuellement en discussion devant le Grand Conseil exige pour la représentation devant les Tribunaux un certificat de capacité. Le Grand Conseil réglera selon ce projet les conditions de remise du brevet de capacité.

Pour les affaires soumises au Juge conciliateur et aux présidents des Tribunaux de districts, un brevet de capacité ne sera pas exigé du mandataire.

*

Il faut souhaiter que dans les Cantons d'Appenzell, Rhodes Extérieures, de Soleure et Grisons, on ne tarde pas

à donner aux avocats ayant la préparation indispensable, le monopole de l'exercice de cette profession.

La situation actuelle est absolument anormale et de nature à causer le plus grave préjudice aussi bien aux avocats véritables qu'au public.

Le défenseur en justice exerce une profession qui ne s'improvise pas. Ce n'est que par sa compétence que l'avocat mérite la confiance que son titre inspire.

Précisons qu'une loi fédérale, fixant les capacités exigibles d'un avocat ne serait pas obligatoire pour les cantons. Elle créerait cependant un mouvement qui serait certainement suivi, comme cela s'est passé pour les professions médicales. Mais ce qui importe, c'est que les cantons qui n'exigent pas de capacités ou qui se contentent de capacités insuffisantes, revoient la question des exigences scientifiques et de la préparation à l'exercice du barreau.

d) Connaissance des règles déontologiques

Notons aussi combien il est anormal que dans la plupart des cantons, si ce n'est dans tous, aucune instruction concernant les devoirs de l'avocat ne soit donnée aux stagiaires. Il serait logique qu'on n'accorde pas aux futurs avocats leur diplôme et la possibilité d'exercer leur profession avant de s'être assuré qu'ils connaissent les devoirs professionnels qui s'imposent à eux. La même remarque s'applique aux futurs médecins.

e) Monopole des avocats

Nous ne pensons pas que puisse se justifier la conception quelque peu sentimentale selon laquelle chacun peut agir comme défenseur.

L'avocat étant spécialement préparé à représenter les parties en justice, il est absolument anormal que d'autres personnes puissent se charger de cette mission essentielle.

Il est dangereux de donner, à un citoyen sans aucune formation, la possibilité de représenter les parties en justice devant les tribunaux. Cela ne correspond pas à la notion

constitutionnelle des professions libérales dont l'exercice doit être réservé à ceux qui justifient d'une préparation scientifique spéciale et d'une pratique professionnelle digne.

f) Exclusion des avocats

Si l'on exige des avocats une préparation sérieuse et des capacités, il est inadmissible de les exclure de certains tribunaux. (Cette mesure se justifie selon certains pour des affaires d'une valeur minime, procès jusqu'à 50 ou 100 fr., par exemple. Mais même dans de telles affaires, le client peut désirer être représenté.)

Ce que l'on craint parfois, en autorisant l'intervention des avocats, c'est une augmentation des frais des parties et une complication ou un alourdissement de la procédure.

Le premier grief n'est pas fondé si l'avocat se souvient (et l'on peut admettre qu'il le fera) que ses honoraires doivent être proportionnés à l'intérêt de la cause et au résultat obtenu. Le juge pourra le lui rappeler s'il l'oublie.

Quant à l'argumentation de la complication de l'affaire il nous paraît sans valeur; nous avons déjà dit que la présence de l'avocat était pour le juge autant que pour les parties une garantie de défense correcte et de justice. L'avocat qui «alourdirait» une cause par des développements exagérés ferait simplement preuve d'un manque de psychologie et d'habileté. Cela ne change rien au principe de son intervention. On sait que, pratiquement, pour les affaires importantes dont les avocats sont exclus officiellement (tribunaux de prud'hommes, arbitrages, etc.) il y a des avocats *derrières les parties* qui préparent les dossiers, les mémoires et même, nous l'avons constaté en une occasion, font répéter des plaidoiries à leurs clients!

L'exclusion des avocats devant les instances administratives est également choquante; la méfiance de l'Etat à l'égard des avocats est une attitude inadmissible si l'Etat a la conscience tranquille et s'il entend respecter les droits des citoyens.

L'éventuelle complication d'une procédure dans laquelle intervient un avocat est largement compensée par la garantie qu'assure son intervention.

Il ne faut pas oublier, d'autre part, qu'un avocat conscient de ses obligations, facilite fréquemment, par l'autorité qu'il a sur son client, un arrangement pouvant intervenir dans l'intérêt des deux parties.

Dans son arrêt du 2 avril 1917⁷⁰, le Tribunal fédéral a admis les restrictions imposées par certains cantons à l'exercice des professions libérales. Il s'agissait, en l'espèce, d'un recours contre une décision du Tribunal cantonal vaudois qui refusait à un avocat de procéder en qualité d'avocat devant le Juge de Paix.

Le Tribunal fédéral a déclaré que le législateur avait sans doute voulu augmenter le prestige de l'Ordre des avocats en réservant leur activité aux affaires les plus importantes, mais qu'il avait aussi voulu — et c'est là ce qui est décisif au point de vue des articles 31 et 33 CF —, sauvegarder les intérêts pécuniaires des parties et empêcher que l'intervention d'un avocat ne risque de prolonger la procédure. On ne saurait donc dire, ajoute le Tribunal fédéral, que de pareilles restrictions soient contraires à la garantie constitutionnelle, elles peuvent se justifier au point de vue de l'intérêt public et cette constatation suffit pour les rendre inattaquables tant au regard de l'article 31 e, que de l'article 33 CF.

Le Tribunal fédéral déclare seulement que les mesures *peuvent* se justifier. Il nous paraît qu'interprétant les articles 31 et 33 CF, le Tribunal fédéral aurait pu prendre une autre position et dire que les mesures d'exclusion peuvent *ne pas* se justifier. Certes, nous admettons avec le Tribunal fédéral que les cantons ont le droit de soumettre l'exercice d'une profession libérale à des conditions qui seraient incompatibles avec celui d'une industrie ordinaire, mais il faut encore que les restrictions soient nécessairement dans l'intérêt public. C'est ce qu'en l'espèce, le Tribunal fédéral n'a pas dit et ne pouvait pas dire.

⁷⁰ ATF 43 I 34 et s.

g) Projet de loi fédérale sur les avocats

Le projet de loi fédérale sur l'exercice du barreau (qui ne concernait pas la question de capacité) tel qu'il a été préparé par le Dr Blass, n'a pas abouti. On peut se l'expliquer par les différences d'usages et de procédure qui existent, selon les cantons, et par la tendance fédéraliste qui s'est manifestée chez les avocats. L'unification du droit de l'avocat ne devra en aucun cas être imposée par des interventions étrangères au Barreau. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'aujourd'hui la question n'est pas mûre et que la situation actuelle des avocats ne justifie pas une modification hâtive. Il convient, par contre, que dans chaque canton, on examine si les exigences de capacité et de stage sont suffisantes, si les lois concernant les avocats sont au point et si elles leur donnent l'indépendance nécessaire à l'exercice de leur profession, enfin, si les lois de procédure civile permettent une saine administration de la justice. Mais il s'agit là, notamment en ce qui concerne ce dernier point, de sujets qui n'ont pas de rapport direct avec notre travail.

h) Avocats d'office

L'assistance judiciaire gratuite pour ceux qui ne sont pas en état de payer des provisions ou des honoraires à un avocat, est une institution propre au Barreau qui est fort ancienne, puisque les Romains la connaissaient.

Il est certain que dès le moment où l'on considère que l'intervention de l'avocat est nécessaire à la défense de l'individu, il est d'une justice élémentaire que chacun puisse bénéficier des conseils et de l'appui d'un défenseur. On doit considérer que l'obligation pour l'avocat d'assister gratuitement ou quasi gratuitement les personnes sans moyens constitue une charge et un devoir qui découlent d'un principe de justice et d'équité. L'avocat se soumet au devoir d'assistance judiciaire dans un sentiment de solidarité sociale.

L'avocat qui agit pour le compte de l'assistance judiciaire n'est pas plus un fonctionnaire que celui qui agit pour un client ordinaire. L'avocat d'office n'est souvent pas payé par l'Etat; lorsqu'il perçoit un émolument, il ne devient pas pour autant un salarié, mais reçoit plutôt un dédommagement symbolique.

L'avocat d'office est indépendant à l'égard de l'Etat, il dirige son procès comme il l'entend et engage sa responsabilité personnelle. L'Etat se contente de lui adresser un client qu'il ne peut refuser dans la règle. Il y a là une exception au principe du libre choix du client et de l'avocat pour des raisons sociales. (Notons cependant que l'avocat qui estime une cause d'office insoutenable pourra toujours la refuser.) Nous ne pensons pas que l'institution de l'assistance judiciaire à laquelle sont soumis les avocats constitue un argument en faveur de ceux qui considèrent que l'avocat est soumis à l'Etat par un certain rapport de dépendance.

i) Avocats et IIIe Reich

Il nous a paru intéressant d'examiner quelle a été la position de l'avocat sous le IIIe Reich. Cette expérience est pleine d'enseignement pour ceux qui s'intéressent au statut des professions libérales.

Il est difficile d'obtenir des renseignements sur la position de l'avocat sous le régime national-socialiste, car une partie des ouvrages et documents a été détruite tandis que d'autres sont sous séquestre dans les bibliothèques publiques. Cependant, grâce à l'obligeance d'un de nos confrères de Heidelberg, le Dr Zutt, il nous a été possible de recevoir des informations qui permettent de se faire une idée assez claire de la situation du Barreau allemand de 1933 à 1945.

Au moment de la prise du pouvoir par le régime national-socialiste, la profession d'avocat était régie par un règlement du 1er juillet 1878 qui contenait des dispositions sur l'admission au barreau, les droits et devoirs des avocats, l'organisation professionnelle de ces derniers et les tribunaux d'honneur.

Il y avait eu, avant 1933, des projets de réforme, cependant ce n'est qu'après la naissance du III^e Reich qu'ils furent mis à exécution.

Il est parfois difficile de distinguer ce qui, dans la loi sur la profession d'avocat du 7 avril 1933 est directement influencé par les idées nouvelles et ce qui est la réalisation d'une réforme projetée antérieurement. Cependant, certaines mesures ne cachent pas leur origine politique.

La loi de 1933 fixe certaines conditions pour l'exercice du barreau. Elle institue notamment l'obligation d'être aryen. Ceux qui ne répondent pas à ces conditions peuvent être révoqués jusqu'au 30 septembre 1933, exception faite pour les anciens combattants. En outre, les avocats qui ont manifesté des opinions communistes doivent être révoqués.

Une nouvelle loi sur la profession d'avocat a été promulguée le 21 février 1936. Selon cette loi, l'avocat n'a plus un droit subjectif à l'exercice du barreau lorsqu'il a passé les examens professionnels, comme c'était le cas auparavant. Tout d'abord, l'autorisation ne peut être donnée qu'au cas où le besoin se fait sentir de la désignation de nouveaux avocats. D'autre part, pour pratiquer la profession, il lui faut obtenir le consentement du Président de la Société des juristes allemands nationaux-socialistes appelée plus tard «Association des serviteurs du droit» (Rechtwahrerbund). Par ce moyen on a voulu réserver la pratique du barreau aux seuls juristes *sûrs*.

La loi prévoyait aussi que les avocats étaient constitués en un Ordre professionnel ayant le caractère d'une corporation de droit public possédant des fonctions administratives sur tout le territoire du Reich. Les organes de cette association étaient nommés, avec l'approbation du Président de l'Association des juristes allemands nationaux-socialistes, par le Ministre de la Justice.

Les avocats n'avaient qu'un observateur auprès du Conseil de l'Ordre.

Selon la loi du 27 septembre 1938, tous les juifs durent cesser de pratiquer le barreau. Seuls quelques mandataires israélites purent encore, dans des cas déterminés, représenter des juifs, mais leur activité devait être encore réduite dans la suite.

A côté de l'Ordre des avocats, il y avait une Association des juristes allemands nationaux-socialistes qui fut transformée plus tard en «Rechtwahrerbund» dont nous avons déjà parlé. Cette association était rattachée au parti. L'avocat était pratiquement obligé d'être membre de cette association et devait faire figurer sur son papier à lettres l'insigne du parti.

Les membres de cette association étaient tenus de pratiquer leur profession dans l'intérêt de l'Etat. Ils n'avaient pas le droit de représenter des juifs bien que cette règle ne visât en principe que les membres du parti eux-mêmes.

Le parti essaya par le truchement du Rechtwahrerbund d'influencer les avocats et de leur inculquer des conceptions nationales-socialistes du droit. De son côté, l'Ordre des avocats donna, dès 1934, certaines directives à ses membres pour l'exercice de la profession, directives nettement influencées par des idées nationales-socialistes.

Le Ministre de la justice prit le 20 octobre 1936 un arrêté concernant la position de l'avocat. Nous en reproduisons des extraits dans leur texte original :

«Der Rechtsanwalt ist darüber hinaus ein wichtiges und voll verantwortliches Glied der staatlichen Rechtspflege.

Die Reichsrechtsanwaltskammer und ihre Organe wachen in enger Zusammenarbeit mit der Reichsjustizverwaltung und den zuständigen Stellen der NSDAP über einer einwandfreien, zuverlässigen Berufsausübung der Rechtsanwälte.

Damit ist die Grundlage für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen allen Dienststellen der Reichsjustizverwaltung und den Rechtsanwälten im Geiste nationalsozialistischer Kameradschaft geschaffen.

Die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Staates hat die Stellung des Anwalts als Dienst am Recht bezeichnet. Das bedeutet nicht nur eine Stärkung des Ansehens der Anwaltschaft, sondern legt ihr auch in erhöhtem Maße Pflichten auf nicht nur

gegenüber den Volksgenossen, die sie als berufene Vertreter vor den Gerichten zu betreuen haben, sondern auch gegenüber den anderen Organen der Rechtspflege. Gegen vermeintliche oder wirkliche Fehlgriffe geben die gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen den erforderlichen Schutz. Wo dieser Schutz nicht ausreicht, ist — je nach Lage des Falles — an die zuständigen Gau-rechtsämter der NSDAP oder durch die zuständigen Kammerpräsidenten an mich zu berichten, damit durch die berufenen Organe des Dritten Reiches (Staat und Partei) Abhilfe angestrebt wird. Jedes eigenmächtige Vorgehen schadet dem Ansehen von Staat und Partei mehr, als es dem Einzelnen im Einzelfalle vielleicht Nutzen bringt.

Anwälte, die ihre Achtungspflicht gegenüber dem Gericht künftig außer Acht lassen, haben standesrechtliche Ahndung zu gewärtigen.»

Dans un article de l'avocat Seydel, paru dans le Deutsches Recht⁷¹ il est indiqué que l'avocat doit travailler en premier lieu dans l'intérêt de l'Etat et de la Communauté populaire et ensuite seulement pour son client. Il doit être un serviteur du droit, sa fonction est de sauvegarder l'unité du droit dans l'intérêt public. C'est cela qui justifie son existence. L'avocat est responsable non seulement vis-à-vis de sa clientèle, mais surtout à l'égard de la communauté populaire.

On distingue, à cette époque, une tendance de l'Etat à assurer à l'avocat son existence matérielle, notamment par le système du *numerus clausus*⁷².

Dans un article paru dans le Deutsches Recht⁷³ le président de l'Ordre des avocats Neubert demandait que l'avocat ait plus d'autorité à l'égard de ses clients. Signalons un jugement d'un tribunal d'honneur, du 30 février 1936, qui déclarait qu'un avocat qui se mettait en opposition ouverte avec un gouvernement choisi par le peuple allemand et qui manquait de respect à son égard devait être exclu de sa profession⁷⁴.

⁷¹ 1942, tome II, p. 1572.

⁷² Badura, Anwaltsfragen, Deutsches Recht, 1942, p. 1575.

⁷³ 1943, p. 840.

⁷⁴ Publié dans le JW 1937, p. 818.

En 1938, la question fut même posée de savoir si l'avocat ne devait pas recevoir de l'Etat un traitement officiel, c'est-à-dire s'il ne devait pas devenir un fonctionnaire⁷⁵.

*

Ainsi, en quelque 10 ans, l'avocat allemand était sur le point de devenir un fonctionnaire entièrement soumis à l'Etat. Seule la chute du régime a pu empêcher l'achèvement d'une telle évolution. Mais déjà le défenseur traditionnel des intérêts privés devant les tribunaux ne pouvait devenir avocat qu'avec le consentement d'un organe officiel du parti; pratiquement, il devait être rattaché au mouvement national-socialiste et faire passer avant les intérêts de son client ceux de l'Etat. Un contrôle politique très strict était exercé par les organes de l'Ordre professionnel nommés par le gouvernement. L'attitude de l'avocat et ses fautes professionnelles éventuelles devaient être dénoncées selon les cas non seulement au président de l'Ordre, mais encore au parti et au Ministre de la justice.

L'exemple allemand démontre combien il est dangereux d'enlever à l'avocat, ne serait-ce qu'une partie de ses prérogatives, notamment en le considérant comme une personne soumise à l'autorité de l'Etat. Une expérience a été faite qu'il ne faut pas oublier.

V. La profession de médecin

1. Activité du médecin ⁷⁶

La profession du médecin est comme celle d'avocat une profession libérale type avec les éléments caractéristiques que nous avons déjà indiqués: préparation scientifique, rapports étroits avec la clientèle qui confie au médecin des intérêts essentiels, «désintéressement» de l'activité professionnelle, fonction sociale.

⁷⁵ JW 1928, p. 1300.

⁷⁶ Nous parlerons des lois sur l'exercice de la médecine dans le chapitre VI, après l'étude de l'article 33 CF, puisque c'est en vertu de cet article que la loi fédérale a été élaborée.

Cette fonction sociale est si importante qu'elle tend à donner au médecin une situation toute spéciale et à faire de la médecine une entreprise nationale dont le but est aussi bien la prévention que la guérison des maladies. Cette évolution pose des problèmes assez délicats et met en question jusqu'à un certain point, l'indépendance du médecin.

Le rôle classique du médecin est de soigner et de guérir. Ses devoirs ont été résumés dans le fameux serment d'Hippocrate dont nous rappelons le texte :

« Je jure que je tiendrai mon serment tant que jugement et discernement seront mon apanage. Je regarderai comme mon père celui qui m'a enseigné son art ; il sera mon associé dans la vie, et, le cas échéant, je pourvoirai à ses besoins. Je regarderai ses fils comme mes frères, et s'ils désirent l'apprendre, je leur enseignerai cet art sans charges ni conditions.

J'instruirai par des règles, par des entretiens et par tous les moyens possibles, mes fils, les fils de celui qui m'a formé et les disciples qui se sont engagés par serment et par contrat à respecter les lois de la médecine, à l'exclusion de toute autre personne.

Je prescrirai le régime qui, d'après ma science et ma raison, sert au bénéfice des malades ; je les défendrai contre tout mal et toute injustice. Je ne remettrai à personne du poison ni ne donnerai un conseil dans ce sens. A aucune femme, non plus, je ne donnerai de médicament destructeur. Je conserverai ma vie pure et sainte, aussi bien que ma profession.

Je n'opérerai personne de la pierre, m'effaçant devant ceux qui ont l'habitude de soigner cette maladie. Dans quelque maison que j'entre, ce sera pour le bénéfice des malades. Je m'abstiendrai de tout mal volontaire, de toute corruption et surtout de la séduction des femmes et des garçons libres ou esclaves.

Je garderai le silence sur le secret des familles et sur toutes les choses que je pourrai apprendre dans l'exercice de ma profession, les considérant comme sacrées.

Si j'accomplis ce serment, puissent les fruits de la vie et de l'art m'être dispensés ; puisse-je être honoré à jamais parmi les hommes, et que le contraire arrive si je viole mon serment et que je sois parjure. »

En relisant ce texte, on est chaque fois frappé de sa beauté et de son actualité. Les devoirs du médecin n'ont guère changé au cours des siècles.

Le code de déontologie français définit comme suit la fonction sociale du médecin :

«Le médecin est au service des malades; c'est un service sacré. Il doit l'assurer en toutes circonstances, même au prix de son propre intérêt et au risque de sa vie. Il doit garder le sens de la responsabilité sociale et ne jamais aliéner son indépendance professionnelle. Par la dignité de sa vie, il doit faire respecter en sa personne la médecine tout entière.»⁷⁷

La première tâche du médecin sera de fixer son diagnostic, puis de prescrire le traitement convenable.

Le médecin a le devoir d'examiner son malade suivant les règles de l'art en y mettant tout le temps et toute l'attention qu'exige cet examen. S'il pose consciencieusement son diagnostic, s'il ordonne ensuite le traitement correspondant, s'il le fait suivre conformément aux principes généralement admis, il échappe au reproche d'imprudence ou de négligence et n'encourt aucune responsabilité⁷⁸.

Si les devoirs du médecin n'ont guère changé depuis près de 2000 ans, la science médicale, elle, a considérablement évolué durant ces dernières cinquante années.

«Quelle était la situation de la médecine à la fin du XIX^e siècle (écrivent les Drs Desplas et Robin). Les qualités majeures du médecin s'appelaient le flair et l'intuition. La thérapeutique présentée dans une ordonnance «magistrale» se heurtait à certains dogmes et au bon sens. L'empirisme prenait largement le pas sur la connaissance. Le médecin était presque toujours omnipraticien. A l'aube du XX^e siècle, la pratique des examens de laboratoire, l'emploi des rayons X, les nouvelles techniques d'enregistrement, transforment les conditions des techniques médicales et bouleversent les habitudes traditionnelles. La médecine passe d'une interprétation empirique et artistique à une interprétation scientifique. Le médecin est contraint d'aller d'une connaissance d'universalité à une connaissance de spécialiste. Les nouvelles techniques ne peuvent être utilisées que dans les centres différenciés.

A la conception de la «Santé par guérison de la maladie» se substitue de plus en plus la conception de la «Santé par prévention de la maladie».⁷⁹

⁷⁷ Cité par André Braun, op. cit. p. 136.

⁷⁸ Thilo, La responsabilité professionnelle du médecin, p. 15.

⁷⁹ Desplas et Robin, op. cit. p. 13.

2. Problèmes actuels se posant au médecin

Les mêmes auteurs ont examiné plus spécialement quatre des principes essentiels énoncés dans la Charte médicale française, du 27 juin 1947, soit :

- le libre choix,
- l'entente directe,
- la liberté de prescription,
- le secret professionnel.

Comme ces quatre principes sont également discutés dans notre pays, il nous paraît utile de les examiner rapidement.

a) Libre choix

Il est indiscutable que le malade doit garder la plus grande liberté dans le choix du médecin. Sur ce point, nous sommes d'accord avec les Drs Desplas et Robin :

«C'est un impératif moral fondé sur l'importance de la notion de confiance du malade en son médecin. C'est aussi une nécessité technique, étant donné l'impossibilité d'une contre-expertise réelle dans le plus grand nombre des actes médicaux. Médecins, malades, organismes de sécurité sociale, doivent être d'accord sur ce point décisif.»⁸⁰

Il est certain que dans de nombreux cas la liberté du choix est plus théorique que réelle. Que l'on pense aux médecins de village qui sont fréquemment consultés par nécessité, aux médecins auxquels il est fait appel en cas d'urgence et ceux dont l'intervention est imposée dans les hôpitaux.

Le principe du libre choix subsiste cependant dans la plupart des cas. Il est essentiel. Le malade qui s'adresse à un médecin doit pouvoir lui accorder une confiance sans limites. Le succès de la guérison ou du traitement en dépend souvent.

De son côté, le médecin, sauf dans les cas de nécessité ou lorsqu'il est engagé comme employé, doit pouvoir garder toute liberté d'accepter ou de refuser de soigner un malade. Le principe du libre choix s'applique aussi à lui. Certaines

⁸⁰ Op. cit. p. 13.

lois cantonales obligent cependant les médecins à répondre à tout appel⁸¹. Cette règle est discutable car en dehors des cas de nécessité, le médecin est libre de ne pas conclure de contrat.

b) Entente directe

Le problème de l'entente directe est celui du règlement des honoraires dus au médecin directement par le malade. Par le développement de la médecine sociale, les médecins sont amenés à traiter de plus en plus fréquemment des assurés sociaux.

La question se pose de savoir si dans ce cas c'est le client qui est débiteur du médecin pour les soins donnés et si le montant des honoraires doit se faire par entente entre les parties ou si le médecin n'est créancier que d'un tiers payant (assurance sociale) et doit accepter les tarifs des dites assurances. C'est une question qui est actuellement débattue avec une certaine passion par les uns et les autres.

Les Drs Desplas et Robin se sont demandés si l'entente directe restait possible dans la médecine moderne⁸².

«D'un côté, le médecin est justement convaincu que son «service» est fort différent de celui des autres. Il a l'habitude traditionnelle de sacrifier ses intérêts personnels aux intérêts des membres de la collectivité: «En médecine, ce n'est pas l'honoraire reçu ou espéré qui, dans chaque cas particulier, commende l'effort à fournir ou le service à rendre, comme s'il s'agissait d'un prix ou d'une marchandise.» De jour, de nuit, en toutes saisons, le médecin répond à l'appel qu'on lui adresse; rien ne l'arrête dans son entreprise pour donner au malade ce dont il a besoin moralement et matériellement. Il est le grand dispensateur de l'espoir et, dans les cas désespérés, il sait par vocation verser le vin fort du mensonge. Rien, dans l'organisation sociale, ne se rapproche de cette forme d'action, sauf le comportement du prêtre et celui du soldat; c'est pourquoi on parlait autrefois des trois sacerdotés sociaux. Le médecin jouissait alors d'une situation privilégiée, de respect et de considération; et l'entente directe a toujours symbolisé pour le médecin le côté matériel «spécial» de son service social «particulier».

⁸¹ Loi zurichoise de 1854, art. 7.

⁸² Op. cit. p. 132/133.

Mais d'un autre côté, les raisons sociales qui ont entraîné le développement continu de la notion «Assurances sociales» (qui sur le plan pratique devait mener à la tarification de l'acte médical) ne sont pas moins réelles et impératives. En médecine, en effet, chaque amélioration des techniques détermine une hausse des prix de revient de l'acte. Contrairement aux données industrielles et commerciales, chaque nouvelle découverte médicale (hormones, antibiotiques, chirurgie vasculaire ou nerveuse) rend un nombre croissant d'individus incapables de s'en assurer le bénéfice; cette évolution s'accroît chaque jour et la disproportion grandit entre le prix de la protection de la santé et le budget de chaque particulier. L'évolution de l'idée de Sécurité Sociale constitue une sorte de réflexe de défense contre le déséquilibre qui survient entre les moyens de l'individu et l'importance des risques qu'il court. L'institution de la Sécurité Sociale amènera tôt ou tard le tiers payant réel: le remboursement au médecin de ses honoraires par les organismes qui prennent en charge les risques de l'assuré et non plus par ce dernier.»

Les mêmes auteurs demandent la révision de la notion d'entente directe. Chaque médecin devrait avoir la certitude d'une vie matérielle assurée: sorte de «rémunération fixe», compatible avec le développement de l'idée même de l'assurance-maladie, mais l'entente directe devrait être adaptée aux circonstances nouvelles, car elle n'a plus de signification. La rémunération des médecins n'est pas elle-même liée directement à des règles de simple répartition du tiers payant, mais au contraire la médecine d'équipe hospitalière et praticienne permet une répartition des revenus médicaux qui respectera la valeur individuelle des médecins et l'importance de leur travail⁸³.

Si le développement des assurances sociales nous paraît très réjouissant, il ne devrait pas, selon nous, avoir pour corollaire une uniformisation des tarifs et des honoraires. L'on peut comprendre que les caisses d'assurances désirent fixer les bases de leurs prestations de façon précise, mais cela

⁸³ Certains cantons ont fixé des tarifs pour interventions des médecins en vertu de l'art. 31 e CF, Zurich, le 9 mai 1912. Il s'agit là également d'une mesure discutable qui conduit sur le chemin de la fonctionnarisation.

ne signifie pas que le client ne joue pour autant plus aucun rôle dans le paiement des honoraires.

Le client qui paie son médecin ou qui complète les honoraires minimums versés par une caisse témoigne sa reconnaissance à celui qui l'a soigné. Il exécute une obligation des plus naturelles qui lui confie une certaine dignité vis-à-vis de son médecin.

La question du paiement des honoraires par le client est certainement plus importante qu'elle ne le paraît. Il est normal que celui qui est en état de payer le fasse et qu'au service rendu par le médecin corresponde un sacrifice du client. Cet échange de prestations est naturel, c'est lui qui crée des rapports normaux entre médecin et malade, qui permet à ce dernier de demander et au médecin de refuser des soins, mais surtout de les accorder avec le sentiment que ses efforts sont appréciés.

Nous pensons donc que les tarifs des Caisses ne peuvent être considérés que comme des honoraires minimums que seuls les patients indigents ne complèteront pas de la différence nécessaire au paiement d'honoraires normaux. Nous estimons aussi que les honoraires minimums des Caisses ne devraient pas être fixés sans l'accord des médecins ou des associations qui les représentent. On peut demander des sacrifices aux médecins, mais ils doivent être librement consentis sur des bases acceptables⁸⁴.

c) Liberté des prescriptions

Les médecins estiment qu'ils sont libres d'indiquer à leurs malades les traitements qu'ils jugent utiles et que des tiers, en l'espèce les assurances, n'ont pas le droit de s'immiscer dans ces questions, en excluant certains remèdes et certains traitements de la liste des prescriptions dont ils s'engagent à couvrir les frais.

⁸⁴ Nous ne prétendons évidemment pas avoir résolu un des problèmes les plus délicats qui préoccupent les médecins et les caisses maladies. Nous avons simplement voulu rappeler le droit du médecin à fixer ses honoraires ce qui n'exclut pas le devoir de compréhension sociale.

Il est bien certain que le médecin est seul à pouvoir dire quels sont les traitements et remèdes qui s'imposent. Une intervention d'un tiers est absolument contraire au respect de la profession médicale. Une limitation des remèdes ne pourrait s'expliquer que dans des cas d'abus manifeste ou pour des considérations d'ordre pécuniaire.

d) Le secret professionnel

L'obligation du respect du secret professionnel constitue pour le médecin comme pour l'avocat, une règle professionnelle, doublée d'un impératif prévu par le législateur. L'article 321 du Code pénal prévoit notamment que les médecins qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis de l'emprisonnement ou de l'amende. Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale, statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice. Sont licites les révélations faites avec le consentement de l'intéressé ou avec l'autorisation écrite de l'autorité de surveillance sur la proposition du détenteur du secret.

Il ne faut pas oublier que l'obligation du secret professionnel existe essentiellement dans *l'intérêt du client*. Il est donc absolument naturel que ce dernier puisse chaque fois qu'il l'estime utile, en libérer le médecin. Cette libération pourra être utile dans de nombreux cas (demande de remboursement d'honoraires adressée à des tiers, à des compagnies d'assurances; procès, communication de renseignements sur un malade d'un médecin à un avocat).

Si l'intérêt du client exige que le secret professionnel soit révélé, il n'y a aucune raison de maintenir le principe même du secret. C'est cependant le client qui, dans la règle, est juge de son intérêt.

En fait, les cas sont assez rares où le malade exigera que le secret soit gardé par le médecin. Il s'agit néanmoins pour lui d'un droit absolu, et l'on doit présumer que l'obligation au secret existe. C'est grâce à l'existence de cette présomp-

tion que le malade peut faire confiance d'une façon toute générale au médecin et qu'il se décidera à lui révéler ce qui est nécessaire à son traitement et à sa guérison.

Ce secret professionnel sauvegarde la personnalité du malade. C'est pourquoi sa divulgation ne pourra être autorisée que par lui (exception faite pour les cas d'un intérêt public évident : révélation de maladies contagieuses et épidémiques, découverte de crimes et seulement lorsque ces exceptions auront été expressément prévues par le législateur).

Nous ne saurions donc partager l'avis des Drs Desplas et Robin selon lequel le secret professionnel devient de plus en plus «un secret de polichinelle»⁸⁵.

S'il est vrai que le plus grand nombre des malades est indifférent à ce que l'on sache pourquoi ils ont été soignés et opérés et que «ce qui les préoccupe c'est la rapidité du remboursement», il faut réserver les cas où la révélation du secret constitue une violation des intérêts personnels du malade et de sa sphère intime. Dans les cas d'espèce, comme nous l'avons dit, il est toujours possible au client d'autoriser expressément la révélation du secret, notamment lorsqu'il désire obtenir le remboursement des honoraires du médecin par des tiers. Le remboursement ne saurait cependant être soumis à la condition de la remise de renseignements constituant une violation du secret professionnel. Si le malade refuse de laisser révéler les faits couverts par le secret, la preuve qu'il doit rapporter sera peut-être plus difficile à établir, elle ne doit pas être pour autant impossible à faire. Le tiers payant ou autre devra se contenter d'indications générales vraisemblables, ne violant pas le secret.

3. Prévention des maladies

Le problème de la prévention de la maladie a pris un développement toujours plus grand depuis le début du siècle. Ce problème concerne avant tout l'Etat, car c'est lui

⁸⁵ Op. cit. p. 130 et s.

qui seul peut organiser officiellement les contrôles et mesures nécessaires. Ce travail de contrôle sera en général exécuté par des médecins qui agiront pour le compte de l'Etat. Cette activité n'aura qu'un rapport assez lointain avec le rôle habituel du médecin, tel que nous l'avons caractérisé jusqu'ici. On ne saurait cependant admettre que le médecin qui exécute ce travail pour le compte de l'Etat à côté de son activité habituelle, devienne une sorte de fonctionnaire.

4. Spécialisation et travail d'équipe

Une des caractéristiques de la médecine moderne, c'est que par suite du développement de la spécialisation, elle devra s'exercer toujours plus sous forme de la « médecine d'équipe » dans laquelle un certain nombre de médecins spécialisés coopèrent dans les soins donnés à un malade⁸⁶. C'est surtout dans les centres de santé ou dans les polycliniques où l'état du malade sera examiné successivement sous différents angles, que ce travail d'équipe pourra se faire.

Cela ne signifiera pas pour autant que les médecins spécialistes qui s'y consacreront perdront leur indépendance. Ils feront leurs constatations et poseront leur diagnostic en toute liberté, selon les connaissances propres qu'ils ont, tout en confrontant leurs avis respectifs. Le travail de ces polycliniques ne limitera pas nécessairement l'activité du médecin habituel, car une fois les examens effectués au centre médical ou à la polyclinique, il reprendra le contrôle de son malade.

Si la spécialisation est une des caractéristiques de la médecine actuelle, elle ne devrait cependant pas affaiblir la situation du médecin général (ou de famille) qui a l'avantage de connaître le malade de façon beaucoup plus approfondie et personnelle grâce à des rapports de confiance prolongés et à des examens renouvelés.

⁸⁶ Desplas et Robin, op. cit. p. 15.

5. Nature du contrat

Anciennement, le Tribunal fédéral admettait l'existence d'un contrat de travail entre le médecin et le patient. La jurisprudence reconnaît aujourd'hui qu'il s'agit d'un mandat⁸⁷ ou, dans certains cas, d'un contrat d'entreprise⁸⁸, (notamment pour le dentiste qui fixe une prothèse).

Comme le fait remarquer Thilo⁸⁹, la question: mandat ou contrat de travail, est sans importance pour l'appréciation de la responsabilité contractuelle du médecin, car le mandataire est soumis aux mêmes règles que l'employé qui répond notamment de toute faute (art. 398, 328 et 99 CO).

Il faut souligner qu'en dehors de cette responsabilité contractuelle, le médecin encourt une responsabilité extra-contractuelle, basée sur les articles 41 et ss. CO⁹⁰.

Il est d'usage que le médecin exécute le travail en personne. Certains médecins ou professeurs en médecine font faire des examens préliminaires par des assistants, mais l'intervention décisive doit leur être réservée.

Le médecin répond du dommage qu'il cause au client, intentionnellement, par négligence ou par imprudence (art. 328 CO).

C'est le médecin qui devrait normalement rapporter la preuve de l'absence de faute lorsque le client établit qu'il n'a pas exécuté l'obligation assumée. Mais la preuve de l'inaccomplissement des obligations contractuelles du médecin se confondra le plus souvent avec celle de la faute, puisque le client doit établir que le mandataire a violé son devoir de bonne et fidèle exécution du mandat^{90, 91}.

⁸⁷ JdT 1928, p. 586.

⁸⁸ JdT 1935, p. 432.

⁸⁹ Op. cit. p. 9.

⁹⁰ Thilo, op. cit. p. 34.

⁹¹ La faute professionnelle, écrit Rosenstiel, (Fiche Juridique n° 846, p. 3), réside dans un manquement qui peut dériver d'un savoir insuffisant, de l'incapacité ou d'une violation du devoir de diligence.

Dans l'arrêt Dr W. K. contre Weber⁹² le Tribunal fédéral a mis à la charge du demandeur, selon les principes généraux sur l'exécution du contrat, la preuve que le défendeur «a violé ses devoirs de médecin» rapportant ainsi du même coup la preuve de la «faute professionnelle». Le Tribunal fédéral fait remarquer⁹³ que la question du fardeau de la preuve (demandeur ou défendeur) sera fréquemment sans intérêt pratique.

Cependant dans un arrêt du 27 janvier 1941⁹⁴ le Tribunal fédéral a déclaré que, le cas échéant, le médecin supporterait les conséquences de l'impossibilité d'établir le cas fortuit.

6. Règles professionnelles

Comme les avocats, les médecins ont eu conscience qu'ils devaient assurer, par des règles professionnelles et déontologiques, la dignité de leur profession. Cette tâche a été dévolue essentiellement aux associations de médecins.

En Suisse, la plupart des sociétés cantonales de médecins ont édicté des règles à peu près semblables. Pour nous en faire une idée, il nous suffira donc d'examiner celles qui ont été rédigées à l'intention des membres de l'une de ces associations. Nous choisirons l'Association des Médecins du Canton de Genève.

Ce groupement, qui fait partie de la Société Médicale de la Suisse Romande et par là même de la Fédération des Médecins suisses, a pour but la sauvegarde de la dignité médicale et la défense des intérêts professionnels de ses membres.

Il ne saurait être question ici de reprendre par le détail les différents devoirs du médecin tels qu'ils ont été décrits.

Nous nous contenterons de souligner quelques règles exprimées par le règlement genevois.

⁹² JdT 1908, p. 357.

⁹³ Thilo, op. cit. p. 34.

⁹⁴ JdT 1941, p. 168.

Le droit du malade au libre choix est confirmé; il comporte aussi celui de changer de médecin. Si le nouveau médecin s'aperçoit que le malade est en cours de traitement, il refusera de le traiter jusqu'à ce que l'ancien médecin ait été avisé de sa détermination (sous réserve des cas d'urgence).

Des consultations médicales régulières ne peuvent être données hors du domicile professionnel. Une consultation demandée par le malade doit, en principe, être acceptée par le médecin traitant. Le choix du médecin consultant sera établi d'un commun accord entre le médecin traitant et le malade ou sa famille. Le médecin doit savoir faire appel au spécialiste lorsqu'un cas sort de sa compétence. Le médecin-spécialiste demeure le collaborateur du médecin-traitant et lui renverra son malade pour tout ce qui ne concerne pas sa spécialité.

Les honoraires médicaux appliqués à la clientèle privée sont laissés à l'appréciation du médecin. Il tiendra compte des ressources de l'intéressé, de la durée et de la gravité de la maladie, de l'importance des soins donnés. Le paiement à un confrère de sommes qui ne sont pas justifiées par une aide effective (dichotomie) est interdit. Il est également interdit d'offrir ou d'accorder à des tiers une gratification quelconque dans le but d'augmenter sa clientèle.

Les médecins-conseils sont soumis à un statut spécial, élaboré par le Comité central de la Fédération des Médecins Suisses.

L'institution auprès de divers organismes (caisses maladie, caisses d'assurances, entreprises, administrations, fabriques, collectivités, etc.) de conseils médicaux est reconnu par l'Association des Médecins comme favorable à l'hygiène publique.

Dans l'intérêt des malades, le libre choix des médecins par les patients doit être respecté et le médecin-conseil ne doit pas avoir à prendre de décision administrative quelconque concernant ses propres malades.

Le médecin chargé d'une expertise n'y procédera qu'en mettant le médecin-traitant dans la possibilité de fournir les renseignements qu'il estime nécessaires. Il est interdit au médecin-expert de s'immiscer dans le traitement d'un malade ou de se substituer à un autre médecin sans l'assentiment de ce dernier.

Tout certificat médical engage l'honneur du médecin qui le signe. Les termes en doivent être dûment mesurés et rester d'une stricte objectivité.

Les règles de déontologie prévoient encore des dispositions concernant le secret professionnel et la publicité.

Toute infraction aux dispositions des règles de déontologie est passible de sanctions prévues par les statuts de l'Association des Médecins. Ces sanctions sont: l'avertissement, le blâme, l'amende jusqu'à 2000 fr., l'exclusion temporaire.

Tout membre reconnu coupable d'un acte contraire à l'honneur ou à la dignité professionnelle pourra être exclu de l'association. Cette mesure n'appartient qu'à l'assemblée générale, après enquêtes et rapport au Conseil et ne peut être prise qu'au scrutin secret et à la majorité des $\frac{2}{3}$ des suffrages exprimés.

On voit par ce qui précède que les médecins genevois comme leurs confrères des autres cantons ont prévu de façon très précise quel devait être leur comportement professionnel. Leurs règles sont comparables à celles que les avocats ou les architectes ont établies pour leur propre profession.

7. Le Service National de Santé Anglais

De même que nous avons parlé d'une expérience allemande (1933/1945) à propos des avocats, nous pensons qu'il est intéressant de donner à nos lecteurs quelques renseignements sur la situation des médecins anglais. Certes on ne saurait porter un jugement définitif sur l'essai britannique qui s'inspire de sentiments très respectables. Il est

trop tôt pour cela. On peut cependant tirer de cet essai certaines conclusions et des enseignements utiles.

L'Angleterre a tenté, dès 1948, une expérience d'une grande audace en créant le «National Health Service» (N.H.S.)⁹⁵.

Le N.H.S. a été préparé pendant la guerre, ensuite du rapport déposé par M. Beveridge. Il a été mis sur pied par le cabinet Churchill, voté en novembre 1946 et est entré en vigueur le 5 juillet 1948. C'est le ministre de la santé qui est responsable devant le Parlement de l'efficacité du service. Auprès de lui siège un organisme consultatif, le Conseil central de la santé, formé de médecins et d'administrateurs.

Le N.H.S. est divisé en trois branches :

- le service de médecine courante (qui concerne les médecins, praticiens, dentistes, pharmaciens et ophtalmologistes),
- le service de médecine hospitalière (organisé sur le plan régional, l'administration appartenant aux centres hospitaliers régionaux),
- le service de médecine sociale (organisé sur le plan local; il s'occupe de la sanitation, la vaccination, la protection maternelle et infantile, l'hygiène scolaire, l'aide infirmière et domestique à domicile, des transports, la propagande et l'hygiène mentale).

L'administration de ces différents services est assurée par environ 10 000 conseils du N.H.S. tous bénévoles. On a voulu éviter une bureaucratie étatique centralisée et autoritaire. Les médecins et autres professionnels sont représentés dans les divers conseils officiels.

Quant au Conseil central de la santé, il a un rôle consultatif. Le ministre sollicite son avis ou le charge de l'étude de certains problèmes. Il est composé de 41 membres, en majorité des médecins.

A côté du Conseil central existent des commissions permanentes spécialisées: médecine, art dentaire, pharmacie, etc.

⁹⁵ Nous faisons usage des renseignements qui sont fournis par l'enquête du Dr Guillou, parue dans la Semaine Médicale dès le 30 septembre 1950.

La gestion des services de médecine générale est confiée au Conseil exécutif qui tient à jour la liste des médecins, dentistes, pharmaciens et ophtalmologistes inscrits au N.H.S. Ce conseil est composé de 25 membres, quatre sont nommés par le Ministre, huit par les Autorités locales de santé, sept par les médecins, trois par les dentistes, deux par les pharmaciens. Il y a égalité de représentation entre les professionnels et les administrateurs. Les médecins, dentistes et pharmaciens, membres du Conseil sont élus par leurs confrères.

Les problèmes d'installation et de succession de poste intéressent les comités médicaux locaux et les conseils exécutifs.

Un tribunal, composé de trois membres, juge les manquements à l'observation des contrats liant le médecin, le malade et l'administration. Son président est indépendant. Il est choisi en dehors du service par le Lord Chancelier. Un de ses membres représente le conseil exécutif et le troisième juge est un médecin, un dentiste ou un pharmacien, selon la profession du praticien inculpé.

Le médecin et la population sont libres de s'inscrire ou non au N.H.S. En fait, 90 % des praticiens et 95 % de la population ont opté pour l'adhésion.

Le 5 juillet, 18 500 des 21 000 praticiens d'Angleterre et du Pays de Galles devinrent les médecins du Service National. Une petite proportion est restée en dehors, préférant l'indépendance totale et pensant pouvoir conserver une partie suffisante de leur clientèle.

Les rapports du médecin privé et du malade sont ceux de l'entente directe, sans contrôle du N.H.S. Les prescriptions signées par eux sont aussi payables directement par le malade. Par contre, ils peuvent faire admettre gratuitement un de leurs clients à l'hôpital si le malade le désire.

Le médecin décidé à travailler dans le cadre du N.H.S. le fait savoir au Conseil exécutif de son secteur. Le Conseil

publie la liste de ses médecins. Chaque personne vient dans les bureaux du Conseil s'inscrire sur la liste du médecin de son choix. Le médecin sera d'autant mieux rémunéré que le nombre de ses clients sera grand. Le nombre est limité à 4000 pour éviter qu'un médecin ne soit tenté d'accepter trop de clients.

Chacun peut quitter un médecin et en choisir un autre. De son côté, le médecin peut refuser telle ou telle inscription pour raisons personnelles ou parce qu'il estime avoir trop de travail.

Les médecins du N.H.S. sont libres de faire de la clientèle privée à côté de la clientèle publique, à condition que le temps consacré à la première ne porte pas préjudice à la qualité des soins pour la seconde.

Un malade du N.H.S. consultant un médecin du N.H.S. ne paie absolument rien pour la consultation ou la visite, le traitement ou la prescription.

Le médecin est libre de prescrire les médicaments de son choix quels qu'en soient la nature, la quantité et le prix. Seules son expérience et sa conscience doivent le guider.

Le principe des Centres de santé où des médecins travailleraient en collaboration est à l'étude.

Un médecin inscrit au Service ne peut s'installer comme il l'entend. Il doit obtenir l'autorisation du Comité médical local, du Conseil exécutif et du Comité national d'exercice médical. C'est le Comité local qui juge si oui ou non le secteur proposé n'est pas déjà médicalement surpeuplé. Des recours sont possibles contre un refus d'installation.

Les médecins du N.H.S. ne peuvent plus acheter ou vendre de clientèle, celle-ci étant rachetée automatiquement par l'Etat.

Pour attirer les jeunes médecins dans les régions où ils sont le plus utiles, on leur accorde un supplément de traitement.

Il arrive qu'un médecin commette une faute dans ses rapports avec le N.H.S., ce qui peut provoquer des sanc-

tions. Le Tribunal du Service statue sur les cas graves; la peine maximum qu'il peut infliger est la disqualification totale.

Les honoraires médicaux sont payés par le Service⁹⁶. Les rémunérations médicales comprennent une partie fixe variable suivant le régime (300 £ par an en moyenne) et une rémunération par «tête» qui sera d'autant plus faible que le nombre des malades sollicitant les soins d'un médecin sera plus élevé, ceci pour enlever à un médecin la tâche écrasante d'une clientèle surchargée.

Les médecins du Service National auront une retraite.

En dehors de l'organisation des médecins, la N.H.S. innove de façon très audacieuse dans la création d'hôpitaux gratuits.

Les pharmaciens et les dentistes ont eux aussi été intégrés dans le N.H.S. Ils avaient le libre choix entre la participation et la non participation, presque tous ont opté pour l'adhésion.

*

Que penser et que dire de la réalisation anglaise d'une audace et d'un courage peu communs? Tout d'abord, précisons bien que la question de la gratuité des soins ne nous concerne pas. Il est certainement heureux que des soins médicaux puissent être donnés gratuitement à l'ensemble de la population. Ce que nous ne sommes pas à même de résoudre, par contre, c'est la question de savoir si de telles prestations sont possibles et désirables sur le plan économique. Il s'agit-là de problèmes financiers, de politique économique et d'équilibre budgétaire qui ne nous regardent pas ici.

Ce qui nous intéresse, c'est de voir quelles sont les conséquences des mesures anglaises sur l'exercice des professions médicales. Nous avons vu que les auteurs de ce plan ont voulu sauvegarder, autant que possible, l'indépendance

⁹⁶ Desplas et Robin, op. cit. p. 56.

du médecin, la faculté pour lui d'adhérer ou non au service, le libre choix, le travail privé, etc.

D'après les renseignements qui nous ont été donnés, renseignements qui confirment ceux qui pouvaient être logiquement prévus, le système anglais a des conséquences assez défavorables au point de vue scientifique et tend indiscutablement à faire du médecin une sorte de fonctionnaire.

Le médecin qui sait qu'il trouvera nécessairement une occupation aura tendance à s'installer le plus rapidement possible après ses examens pour commencer à gagner sa vie. Il négligera ainsi de compléter ses connaissances scientifiques et de faire des stages pratiques.

Le médecin qui a besoin, pour mieux gagner sa vie, de multiplier les consultations soumises à un tarif bas, sera nécessairement tenté d'accorder le moins de temps possible à chaque malade pour atteindre son but. Payé par un tiers, il s'estimera moins obligé à l'égard d'un malade que lorsque c'est son client qui acquitte ses honoraires.

L'obligation qu'a le médecin d'intervenir pour un client sous le contrôle d'un tiers, en l'espèce l'Etat, constitue un fardeau qui alourdit nécessairement la profession, qui lui enlève une partie de ses caractères essentiels. Soumis à des tarifs, à l'obligation de travailler rapidement, à des contrats dépersonnalisés, du fait notamment que ce n'est plus le client qui manifeste sa reconnaissance en payant ses honoraires, le médecin devient inévitablement une sorte de fonctionnaire dont le goût à l'ouvrage, au travail et à la recherche scientifique est diminué.

Nous n'entendons nullement critiquer ici le comportement et la conscience des médecins anglais, mais nous ne pouvons qu'indiquer les conséquences inéluctables qui s'attachent aux changements imposés à une carrière qui perd en partie ses caractères de profession libérale.

VI. Les professions libérales et leur statut juridique en Suisse

1. Art. 33 de la Constitution fédérale

a) Article 33, 2 CF

Les professions libérales font l'objet d'une disposition constitutionnelle (art. 33 CF) et d'une disposition légale (art. 362 CO); nous étudierons tout d'abord l'article 33 CF, d'une importance essentielle pour notre travail.

L'article 33 de la Constitution fédérale introduit en 1874, prévoit (§ 1) que les cantons peuvent exiger des preuves de capacité de ceux qui veulent exercer des professions libérales.

(§ 2) La législation fédérale pourvoit à ce que ces derniers puissent obtenir à cet effet des actes de capacité valables dans toute la Confédération.

En proposant l'introduction de l'article 33 le Conseil fédéral voulait surtout rendre possible dans toute la Suisse l'exercice de certaines professions dites libérales⁹⁷, comme celles de médecin, de vétérinaire, de pharmacien, d'avocat, d'agent d'affaires, par opposition aux professions officielles des fonctionnaires⁹⁸.

L'expression allemande de «wissenschaftliche Berufsarten» est plus précise. Elle se réfère à l'activité scientifique du professionnel et implique l'idée d'une préparation poussée.

Le Message du Conseil fédéral du 18 mai 1877, relatif à un projet de loi sur les médecins, pharmaciens et vétérinaires, déclarait notamment qu'en parlant de professions libérales, la Constitution ne pouvait guère avoir songé qu'à celles qui reposent sur une instruction scientifique sérieuse, acquise dans une Université ou dans une école professionnelle.

Pour Burckhardt également, il s'agit en premier lieu des professions qu'on ne peut exercer qu'après avoir fréquenté

⁹⁷ Burckhardt, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung du 29 mai 1874, p. 274; Schollenberger, Bundesverfassung der Schweiz, p. 295.

⁹⁸ Message du Conseil fédéral du 17 juin 1870.

une Haute Ecole, quoique, ajoute-t-il, cela ne soit pas là leur seul caractère, puisque les géomètres, les instituteurs et les dentistes s'y rattachent également⁹⁹.

Il est généralement admis aujourd'hui que les professions de médecin, de pharmacien, de vétérinaire, de dentiste, de géomètres, sont libérales au sens de l'article 33 CF. Une loi fédérale de 1877 sur l'exercice des professions de médecin, de vétérinaire et de pharmacien, a fixé les conditions de l'attribution d'un diplôme fédéral. Nous avons déjà relevé qu'en 1877, on ne considérait pas la profession de dentiste comme une profession libérale. On revint sur cette idée en 1886, en étendant les effets de la loi fédérale à ceux qui pratiquent l'art dentaire. Nous avons aussi parlé des géomètres dont la situation est assez spéciale. Quant aux avocats, la question de leur appartenance aux professions libérales a été souvent discutée. Certains ont fait remarquer que dès le moment où la procédure judiciaire était réglée par les cantons (art. 64 et 64 bis Constitution fédérale) ceux-ci pouvaient également imposer aux avocats des règles spéciales. Mais cette argumentation ne saurait être satisfaisante en ce qui concerne l'article 33, alinéa 2 de la Constitution qui donne certains droits à la Confédération dans le seul domaine des professions libérales. Quoi qu'il en soit, il n'est guère contesté aujourd'hui que les avocats exercent une profession libérale. C'est à eux en tout premier lieu, ainsi qu'aux médecins, que l'on a pensé lors de l'introduction de l'article 33 dans la Constitution.

Il est hors de doute, écrit Salis, que la carrière du Barreau a un caractère scientifique et sous ce rapport, il suffit de constater que chez tous les peuples où les lois ont atteint un certain développement, la profession d'avocat, qui consiste à défendre et représenter les justiciables devant les tribunaux, est devenue la spécialité d'une classe d'hommes versés dans la connaissance du droit. En conséquence, il ne saurait être question d'appliquer au Barreau les principes constitutionnels de la liberté de commerce et

⁹⁹ Op. cit. p. 275.

de l'industrie et partant d'en permettre l'exercice au même titre que s'il s'agissait d'un commerce ou d'une industrie ordinaires¹⁰⁰.

Le Tribunal fédéral, bien qu'il ait une conception assez discutable de la fonction de l'avocat et de sa situation juridique, ne conteste pas qu'il pratique également une profession libérale.

*

L'article 33 CF ne concerne que les professions libérales. Le mot allemand «wissenschaftlich» précise qu'il s'agit de professions scientifiques. On parle aussi de professions indépendantes (freie Berufe). Indépendance et préparation scientifique sont deux critères dont nous avons déjà relevé l'importance lorsque nous avons essayé de fixer les caractères essentiels des professions libérales. Mais ces deux critères ne sont pas les seuls, comme nous l'avons vu¹⁰¹.

*

a) Reprenons l'examen de l'article 33 § 1 de la Constitution qui prévoit que les cantons peuvent exiger des preuves de capacités de ceux qui veulent exercer des professions libérales¹⁰². Cet article, selon Burckhardt¹⁰³ doit être considéré comme une disposition spéciale de l'article 31 de la Constitution qui garantit la liberté du commerce et de l'industrie. Il ne faut pas conclure, indique Burckhardt, que

¹⁰⁰ Le droit fédéral suisse, tome II, 1905, p. 683.

¹⁰¹ Le point de vue du Conseil fédéral ou du Tribunal fédéral peut être du reste différent du nôtre puisque nous nous plaçons sur un autre plan que ces autorités. La présente étude n'est pas limitée à l'étude de l'art. 33 de la Constitution et à la conception constitutionnelle des professions libérales.

¹⁰² Die Aufnahme der Bestimmung hatte nur den Zweck, écrit Schollenberger (Die Bundesverfassung der Schweiz, p. 295), Anträge (Scheuchzer, Klein) auf Aufhebung aller staatlichen Prüfungen für wissenschaftliche, speziell für medizinische Berufsarten zurückzuweisen und den Kantonen ausdrücklich die Befugnis vorzubehalten, nach wie vor auch diese Berufsarten unter die Bedingungen des Fähigkeitsausweises zu stellen.

¹⁰³ Op. cit. p. 277.

pour l'exercice d'autres professions, sage-femme, agent d'affaires, pédicure, masseur, les cantons ne peuvent pas réclamer des certificats de capacité.

Pour Fleiner¹⁰⁴ l'article 33 CF constitue une limitation expresse de la liberté du commerce.

Pour Nef, la disposition de l'art. 33 représente une brèche au principe de la liberté du commerce et de l'industrie en ce qui touche les professions libérales, car ce principe interdit d'une façon générale de subordonner l'exercice d'une activité professionnelle à la preuve d'aptitudes particulières¹⁰⁵. Cependant Nef admet que l'article 33 se présente aussi comme une simple disposition spéciale par rapport à l'article 31 lettre e (actuellement 31, 2) qui réserve les prescriptions cantonales sur l'exercice du commerce et de l'industrie. En application de cet article, les cantons peuvent instituer des restrictions de police; celles-ci ne sont contraires à l'article 31 CF que lorsqu'elles ne sont pas justifiées par l'intérêt général en jeu, la protection du public et le maintien du respect de la profession¹⁰⁶.

Cette controverse n'a ainsi pas une bien grande importance pratique. On pourrait cependant considérer que le droit découlant de l'article 33 CF est plus étendu que celui accordé aux cantons sur la base de l'article 31, e. Dans ce dernier cas, les exigences de capacité doivent être strictement justifiées par l'intérêt public, tandis que, dans le premier cas, les exigences pourraient être plus élevées. Leur utilité immédiate n'aurait pas à être établie.

b) Article 33 § 2 CF

La Confédération, selon la conception du Conseil fédéral, ne doit user qu'en cas de véritable besoin du droit de réglementer l'exercice des professions libérales qui lui est conféré par l'article 33, 2¹⁰⁷. Cette conception du Conseil

¹⁰⁴ Bundesstaatsrecht, p. 384.

¹⁰⁵ ATF 22 923, 28 I 116, Nef FJ. 619.

¹⁰⁶ ATF 29 I 280; 67 I 87.

¹⁰⁷ Voir Salis-Burckhardt, op. cit. p. 139.

fédéral, justifiable en soi, n'est pas tout-à-fait conforme au texte de l'article 33, 2 qui fait un devoir à la Confédération de légiférer¹⁰⁸. En fait, ce besoin se fait essentiellement sentir pour les professions scientifiques qui nécessitent des études universitaires.

Lorsqu'un diplôme fédéral a été créé, les cantons ont l'*obligation* d'en reconnaître la valeur dans toute la Confédération. Chaque canton est libre, cependant, de prévoir pour son territoire, des exigences moins sévères. Il peut se contenter d'un certificat plus facile à obtenir ou même n'en pas exiger du tout.

Lorsqu'il s'agit de professions pour lesquelles il n'existe pas de diplôme fédéral, les cantons ne peuvent cependant pas exiger d'autres preuves de capacité que le certificat cantonal¹⁰⁹.

*

Si l'article 33, 2 CF donne à la Confédération la possibilité de créer des diplômes de capacité, il ne l'autorise pas pour autant à édicter des lois sur l'exercice de la profession. Ce sont donc les cantons qui peuvent seuls fixer les règles concernant l'organisation et le contrôle des professions libérales.

En résumé, si le droit du canton est expressément proclamé, la Confédération, par la possibilité qu'elle a de créer des certificats de capacité valables dans toute la Suisse, intervient directement dans le statut de certaines professions libérales. Dès le moment où la Confédération procède à une intervention de ce genre, elle exerce nécessairement une certaine attraction sur les cantons. En définitive, selon le cours normal des choses, la plupart des cantons s'en tiennent au certificat fédéral. Tel est le cas pour le diplôme fédéral de médecin, à l'exception d'Appenzell RE et de Bâle-Campagne. Ces deux cantons ont fait usage de la

¹⁰⁸ Voir Schollenberger, op. cit. p. 296: Art. 33, 2: Macht es dem Bund zur Aufgabe, die Einrichtung von eidgenössischen Fähigkeitsausweisen für wissenschaftliche Berufsarten zu treffen.

¹⁰⁹ ATF 32 I 271 et Nef, FJ 619, p. 6.

liberté qu'ils avaient d'accorder l'autorisation de pratiquer à des conditions moins sévères.

Pour les professions juridiques, on ne connaît pas encore de certificat fédéral.

Le 27 août 1900, la Société Suisse des Juristes réunie à St-Gall, avait exprimé l'avis qu'une loi fédérale devrait être édictée sur les capacités de ceux qui voudraient exercer la profession d'avocat dans toute la Suisse et que pour aborder cette tâche on ne devait pas attendre l'entrée en vigueur des lois civiles en préparation. Une résolution analogue avait été votée la même année par la Fédération Suisse des Avocats, réunie à Lucerne.

Dans son rapport de gestion de 1900, le Conseil fédéral avait exprimé l'avis que le moment était venu d'édicter une loi fédérale sur les preuves de capacité à fournir pour pratiquer le barreau dans toute la Suisse¹¹⁰.

En 1924, M. Zurbrug et 18 autres députés déposèrent au Conseil national un postulat invitant le Conseil fédéral à présenter un rapport sur la question de savoir s'il n'y avait pas lieu de créer un certificat de capacité pour l'exercice de la profession d'avocat.

A la fin de 1924, le Conseil fédéral demanda par circulaire, l'opinion de la Fédération Suisse des Avocats qui se prononça à une grande majorité en faveur du postulat.

Le 4 janvier 1929, le Conseil fédéral adressa aux Chambres un rapport dans lequel il déclarait qu'il n'y avait pas lieu de donner suite au postulat pour l'instant et que la question ne pourrait être reprise qu'après l'adoption du Code pénal suisse¹¹¹.

Depuis lors, à notre connaissance, cette question n'a pas été reprise. On sait que le projet du Dr Blass ne précisait pas les exigences de capacité, mais concernait l'organisation du Barreau sur le plan fédéral.

¹¹⁰ Salis, le Droit fédéral, 1905, tome II, p. 682.

¹¹¹ Salis-Burckhardt, op. cit., tome II, p. 137.

Le statut des *notaires*, comme nous l'avons dit, varie grandement selon les cantons, parfois ils sont de véritables fonctionnaires, d'autres fois ils exercent partiellement une profession libérale. Nous admettons avec Burckhardt¹¹² que leur profession est trop liée au droit public des cantons pour qu'on puisse leur reconnaître le droit de pratiquer dans toute la Suisse en vertu de l'article 33 CF. On peut avoir sur le rôle du notaire des conceptions très différentes, ce qui n'est pas le cas comme nous l'avons vu pour l'avocat, qui doit nécessairement bénéficier d'une formation scientifique et de l'indépendance la plus grande.

c) L'article 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale

En dehors de l'article 33 de la Constitution, il faut rappeler l'existence de l'article 5 des dispositions transitoires, qui prévoit que la personne qui exerce une profession libérale et qui, avant la promulgation de la loi fédérale prévue à l'article 33 a obtenu un certificat de capacité d'un canton ou d'une autorité concordataire représentant plusieurs cantons peut exercer cette profession sur tout le territoire de la Confédération.

Par les dispositions de l'article 33, 2 et de l'article 5, dispositions transitoires, on a voulu arriver au résultat que le porteur d'un certificat de capacité puisse pratiquer dans tous les cantons¹¹³. Il serait choquant que dans un petit pays comme le nôtre, un avocat ou un médecin n'ait pas le droit d'exercer hors de son canton.

En général, en Suisse romande, les médecins et avocats pratiquent essentiellement dans le canton où ils ont leur domicile professionnel. Il y a cependant des cas où une

¹¹² Op. cit. p. 276.

¹¹³ Schollenberger, Bundesverfassung der Schweiz, p. 295: «Absatz 2 dagegen in Verbindung mit Art. 5 der Übergangsbestimmungen statuiert eine effektive Bevorzugung der wissenschaftlichen Berufsarbeiten vor den andern dadurch, daß bezügliche Befähigungsausweise für die ganze Schweiz gelten, während andere nur für das Gebiet des Kantons, der sie erteilt hat, Gültigkeit haben.»

activité hors du canton est absolument normale (spécialistes, raisons de famille, d'amitié ou de convenance personnelle).

Tant qu'aucun diplôme fédéral n'est institué, c'est l'article 5 des dispositions transitoires qui s'applique et le certificat de capacité du canton est valable dans l'ensemble du territoire de la Confédération.

Rappelons à ce sujet quelques décisions jurisprudentielles:

Le certificat doit être valable selon la législation du canton qui l'a délivré¹¹⁴. Il n'est pas indispensable que le requérant ait subi un examen proprement dit¹¹⁵. Le certificat délivré au vu d'un diplôme de doctorat ou de licence en droit conférée par une Université suisse est suffisant¹¹⁶. Il sera par contre insuffisant s'il a été délivré sans aucun examen de la capacité, simplement au vu d'une attestation établie par la Cour suprême d'un Canton où l'exercice du barreau est libre¹¹⁷.

Un canton ne peut refuser l'autorisation parce que le canton qui a délivré le certificat prévoit des exigences moins sévères que lui¹¹⁸. Le fait pour le candidat, de se soustraire à des exigences plus sévères ne peut être une cause de refus¹¹⁹.

Rappelons enfin que l'article 33, alinéa 2 ne s'applique pas aux fonctions publiques. En conséquence, la Confédération ne peut créer un diplôme de capacité pour l'exercice des fonctions cantonales. Les cantons sont seuls compétents pour fixer les conditions à remplir pour être éligible à des fonctions cantonales¹²⁰.

*

¹¹⁴ ATF 63 I 277; 32 I 271.

¹¹⁵ ATF 22 293; 30 I 25; 22 I 271; 45 I 365.

¹¹⁶ ATF 30 I 28.

¹¹⁷ Salis, n. 857, cité par Nef, op. cit. p. 7.

¹¹⁸ ATF 30 II 25.

¹¹⁹ ATF 30 I 25; 33 I 28.

¹²⁰ Salis-Burckhardt, n. 462 IV/V.

Que penser du système de l'article 33 CF? Il peut paraître un peu compliqué. La reconnaissance expresse du droit des cantons à exiger des preuves de capacité de ceux qui veulent exercer une profession libérale n'était pas très nécessaire, puisque les cantons avaient déjà ce droit en vertu de l'article 31, e¹²¹.

Le deuxième alinéa de l'article 33 a une portée plus grande car lorsque la Confédération édicte une loi fédérale de capacité pour l'exercice d'une profession libérale, elle fixe une limite aux exigences des cantons dans le domaine de la capacité. En fait, comme nous l'avons vu, elle entraîne généralement les cantons à suivre le mouvement et à s'en tenir aux examens fédéraux. De plus, cet alinéa autorise l'exercice de la profession dans toute la Confédération, sur la base du diplôme fédéral (principe de la «Freizügigkeit»).

*

Il est clair que ceux qui ont introduit l'article 33 prévoyaient la création d'un diplôme fédéral pour les avocats comme pour les médecins. Mais ce diplôme ne semble pas devoir être prochainement institué et les dispositions transitoires de l'article 5 continueront longtemps à être appliquées. Cette situation n'est admissible que pour autant que les cantons exigent des avocats une sérieuse préparation théorique et pratique, en se souvenant que la pratique du barreau est une carrière scientifique.

Il est probable que dans l'avenir, on examinera la possibilité d'invoquer l'article 33 pour créer des diplômes de capacité de professions dont on ne pouvait soupçonner l'existence en 1874 (agents de brevets, psychanalistes, etc.).

Tout en admettant que le système de l'article 33 manque d'unité et de netteté, on doit reconnaître qu'il est cependant assez souple pour répondre aux besoins de l'organisation des professions libérales.

A une époque où l'article 31 qui prévoit la liberté du commerce et de l'industrie est fréquemment complété par

¹²¹ ATF 59 I 183.

des dispositions plus ou moins contraires à ce principe, l'article 33 demeure, qui reconnaît expressément aux cantons le droit de contrôler les professions libérales sous l'angle de la capacité, du moins aussi longtemps que la Confédération ne crée pas de diplôme fédéral.

Cet article a aussi permis la réglementation fédérale de la médecine et laisse la porte ouverte à toute nouvelle réglementation de professions libérales pour lesquelles une unification législative paraît indiquée.

Quant à l'article 5 des dispositions transitoires, il joue depuis 1874 un rôle considérable puisque la Confédération n'a légiféré jusqu'ici que pour les professions médicales.

2. Le statut juridique de l'avocat

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de s'occuper du statut juridique de l'avocat.

C'est à la suite de recours de droit public fondé notamment sur la violation des articles 31 et 33 CF, que la Haute Cour a été amenée à examiner ce problème. Le Tribunal fédéral s'est en général référé au droit cantonal pour fixer la position de l'avocat. Prudence justifiée, puisqu'on peut considérer que le statut de l'avocat est partiellement fixé par la procédure cantonale.

Il nous paraît cependant difficile d'avoir sur la fonction de l'avocat des conceptions très différentes (du moins sur les points essentiels): ou l'avocat est indépendant et il peut alors exercer sa profession de façon normale, ou il n'est pas entièrement indépendant, et alors il n'exerce pas une profession libérale véritable.

Dans un arrêt Ackermann, du 2 avril 1917, le Tribunal fédéral exposait:

«On pourrait se demander si, contrairement à l'opinion du recourant, la profession d'avocat ne revêt pas le caractère d'une fonction à l'égal de celle des notaires, ce qui aurait pour conséquence de priver les avocats du bénéfice de l'article 31 Constitution fédérale. Cette thèse a été soutenue dans la doctrine (cf. Burckhardt, Commentaire, p. 277). Mais généralement on ne reconnaît la qualité de fonctionnaire qu'à celui qui, en vertu d'une nomina-

tion officielle, pour une période déterminée et moyennant un traitement, est rendu dépositaire d'une partie des pouvoirs publics. Tel n'est pas le cas de l'avocat (en France, la profession d'avocat n'est pas considérée comme une fonction publique, puisqu'elle est indépendante du pouvoir central, voir Rivière, Pand. Franç. «avocat», n° 13). La profession d'avocat apparaît plutôt comme un *office* doublé d'une *industrie privée* et à ce titre l'article 31 entre en considération. Ce point de vue paraît avoir été celui du Conseil fédéral (cf. Salis II. n° 831).

Le 23 octobre 1920¹²², le Tribunal fédéral a rappelé qu' :

«En Valais, l'exercice de la profession d'avocat est subordonné à l'octroi d'une patente délivrée par le Conseil d'Etat à la suite d'examens professionnels (CPC art. 69 et règlement du 11 janvier 1910). L'avocat patenté a seul le droit de représenter les parties dans les procès civils; il est tenu, soit au civil, soit au pénal, de prêter son ministère aux parties qui le demandent et il doit le faire gratuitement lorsqu'il s'agit d'indigents. (CPC art. 69 et s. et 350 CPP art. 181.) Il a ainsi le caractère, non pas sans doute d'un fonctionnaire public, mais du moins d'un auxiliaire de la justice — ce qui explique que, au point de vue de la surveillance à laquelle il est soumis, la loi (art. 51 organisation judiciaire) l'assimile aux magistrats de l'ordre judiciaire.

Dans ces conditions, c'est évidemment à tort que le recourant a cru pouvoir se prévaloir, à l'encontre de la mesure prise à son égard, de la garantie constitutionnelle de la liberté du commerce laquelle est sans application possible en cette matière, puisque ce n'est pas le côté commercial de l'activité des avocats, mais leur qualité particulière d'organes auxiliaires de la justice qui motive et justifie la surveillance qu'exerce sur eux l'autorité judiciaire supérieure. (cf. Salis, II. n°s 853 et s.).»

Le 9 février 1934¹²³ le Tribunal fédéral déclarait :

«Souvent et notamment d'après la loi lucernoise du 1er décembre 1921 (art. 12 et s.), l'activité de l'avocat comporte un rapport de puissance particulier en vertu duquel l'avocat est placé sous la surveillance spéciale de l'Etat à l'égard duquel il est tenu d'exercer sa profession d'une manière irréprochable (cf. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8e édit. 12 I 165, trad. Eisenmann, p. 107, Triepel, Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, dans la «Festgabe für Karl

¹²² X. contre Tribunal cantonal valaisan, ATF 1920, p. 317 et s.

¹²³ Huber contre Commune de Weggis et Tribunal cantonal de Lucerne, JdT 1934, p. 345.

Binding», p. 14 et s., 19 et s.). C'est pourquoi les avocats sont considérés comme des personnes analogues à des fonctionnaires («Halbbeamte» semi-fonctionnaires) ou auxiliaires de la justice.

Mais en règle générale dans les cantons suisses leur activité n'est pas considérée comme l'accomplissement d'une tâche de l'Etat, donc pas non plus comme une fonction officielle; de ce fait la profession d'avocat bénéficie d'une manière générale de la protection de la liberté de l'industrie garantie par l'article 31 de la Constitution fédérale et du libre exercice des professions libérales dans le sens de l'article 33 Constitution fédérale et de l'article 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale (RO 44 I 36, et s., 46 I 317, 49 I 16 et s., Burckhardt, Comm. de la Constitution fédérale, 3e édit., p. 276 rem. 3, p. 231; Keller, Gewerbefreiheit und Rechtsanwaltschaft, p. 68 et s., 74 et s., cf. aussi Hatschek, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, p. 348; Triepel, loc. cit.).»

Le 2 mars 1942¹²⁴, le Tribunal fédéral rappelait la position de l'avocat comme serviteur du droit et auxiliaire de la justice.

Dans l'arrêt du 5 novembre 1945¹²⁵ le même tribunal a considéré également l'avocat du point de vue du droit fédéral comme un organe auxiliaire de la justice. Un «auxiliaire de la justice, un aide du juge pour trouver le droit, dit-il encore dans un arrêt du 7 décembre 1949», (non publié).

Enfin, le 6 novembre 1947¹²⁶ il exprime qu'en recevant l'autorisation d'exercer sa profession, l'avocat entre dans un certain rapport de puissance publique qui a une certaine analogie avec la puissance de l'Etat sur les fonctionnaires.

*

Le Tribunal fédéral paraît ainsi considérer que l'avocat se trouve dans un rapport de puissance particulière vis-à-vis de l'Etat, ce qui peut entraîner l'application par analogie de règles concernant les fonctionnaires. Le Tribunal fédéral souligne, il est vrai, combien la profession d'avocat est différente de celle de fonctionnaire et insiste sur le fait que

¹²⁴ X contre Commission de surveillance des avocats du Canton de Zurich, JdT 1942, p. 276.

¹²⁵ X contre Tribunal cantonal de St-Gall, JdT 1946, p. 114.

¹²⁶ Y contre Conseil d'Etat de St-Gall, ATF 73 I 289.

L'avocat peut invoquer l'article 31 qui assure la liberté de l'industrie et du commerce. Cependant, il admet que l'avocat est soumis à l'Etat par un «rapport de puissance» (Dienstgewalt). Il parle, nous l'avons vu, d'un «office doublé d'une industrie privée». Il considère l'avocat comme un «serviteur du droit et auxiliaire de la justice» et dans l'arrêt du 6 novembre 1947 (non publié), ne craint pas de comparer la situation de l'avocat à celle du fonctionnaire par le simple fait que l'avocat reçoit de l'Etat l'autorisation d'exercer sa profession.

Nous voyons ainsi que la conception du Tribunal fédéral n'est pas basée uniquement sur des notions de droit cantonal qui pourraient éventuellement s'imposer à lui, mais qu'il s'agit bien d'une conception propre à la Haute Cour et sanctionnée par sa jurisprudence. Or, cette conception nous paraît fausse et dangereuse. Si l'avocat reçoit de l'Etat son brevet, c'est parce que dans la plupart des cantons, l'autorisation d'exercer la profession n'est remise qu'après un contrôle cantonal de capacité. Ce contrôle est fait dans l'intérêt de la collectivité qui doit pouvoir présumer qu'un avocat, comme un médecin, a acquis des connaissances scientifiques qui lui permettent de jouer son rôle. Dès le moment où ces conditions sont remplies, où la capacité du futur avocat peut être considérée comme établie par la réussite des examens, la pratique d'un stage, etc. l'Etat *est obligé* de remettre à l'avocat l'autorisation de pratiquer le barreau.

A ces conditions de capacité qui sont des dispositions de police, peuvent s'en ajouter d'autres qui ont également pour but d'assurer la protection du public (bonne réputation, exercice des droits civiques, etc.).

Ces dispositions de police, l'Etat peut les prévoir pour tous les métiers et professions, à la condition qu'elles soient justifiées. Elles ne sont pas spéciales aux professions libérales.

On ne peut donc comparer le moins du monde la situation de l'avocat à celle du fonctionnaire que l'Etat nomme

selon son bon vouloir, selon les nécessités, et s'il le veut, de la façon la plus arbitraire. Le serment que prêtent les avocats dans certains cantons ne peut pas davantage constituer une base de soumission de l'avocat à l'Etat ou au gouvernement cantonal.

Le Tribunal fédéral a employé fréquemment à propos des avocats, l'expression d'auxiliaire de la justice ou de serviteur de la justice. Que l'avocat soit un auxiliaire de la Justice, nous l'admettons volontiers; c'est un honneur pour lui. Nous avons déjà vu que l'avocat rendait possible, par son intervention, une certaine justice et qu'il était parfois la source de la création du droit.

Techniquement, on peut considérer que l'avocat permet par sa présence, par son activité, le fonctionnement normal de la justice. C'est peut-être pour cela que dans certains pays on tient à ce que des avocats figurent dans les procès, même s'ils ne jouent pratiquement aucun rôle dans la défense de l'accusé.

Ce qui nous paraît inadmissible, c'est d'assimiler les avocats aux greffiers ou même aux juges et de les soumettre à une discipline semblable à celle des fonctionnaires.

L'avocat exerce une profession libérale. Il est indépendant à l'égard de tous et notamment de l'Etat. Une partie de son activité consiste précisément à lutter dans l'intérêt même de ses clients contre l'intervention toujours plus pénétrante et toujours plus étendue de l'Etat. On voit donc les graves conséquences d'une assimilation même partielle de l'avocat à un fonctionnaire. C'est pratiquement priver la profession de certains caractères essentiels.

Nous reverrons cette question lorsque nous étudierons le droit disciplinaire, mais nous tenions à préciser sans plus tarder, combien la conception que se fait le Tribunal fédéral de la position juridique de l'avocat nous semble erronée. Cette conception, qui est aussi celle de certains tribunaux cantonaux, vient probablement du fait que dans quelques cantons, les avocats exerçaient dans le passé du moins, une véritable fonction à caractère officiel.

On a connu à Bâle, au XIV^e siècle, les *Amtleute* qui tout en n'étant pas membres du Tribunal étaient rattachés à ce dernier. Ils conseillaient les parties et les assistaient devant le Tribunal¹²⁷.

Dans les cantons d'Uri, de Schwyz et d'Unterwald, il y avait au XVIII^e siècle des *Landesfürsprecher* élus par le peuple et dont la fonction était la défense des parties devant le Tribunal¹²⁸.

Ailleurs, une autre conception s'est manifestée, d'après laquelle chaque citoyen pouvait être choisi comme avocat^{129, 130}.

Ces deux conceptions qui s'excluent partiellement ont subsisté jusqu'ici, mais elles sont toutes deux erronées. En effet, elles sont contraires à deux principes qui nous paraissent d'une vérité indiscutable:

1^o l'avocat n'acquiert le droit d'exercer qu'après des études juridiques et un stage;

2^o l'avocat est totalement indépendant de l'Etat.

Le respect que l'on peut avoir pour d'anciennes coutumes ne doit pas empêcher de dénoncer les erreurs commises dans le passé.

Le système du libre exercice de la profession tend à disparaître comme nous l'avons vu; quant au deuxième point on ne saurait affirmer que les perspectives soient si encourageantes, car comme nous l'avons vu, on tend parfois à fonctionnariser la profession d'avocat.

3. Le statut juridique du médecin

Il est très généralement admis que le médecin exerce une profession libérale. Vu le caractère spécial de cette activité, déclare le Tribunal fédéral, l'Etat est en droit de poser des

¹²⁷ Zurcher, *Die Anwaltschaft*, p. 6.

¹²⁸ Zurcher, *Op. cit.* p. 13, Blumer, *Staats- und Rechtsgeschichte*, tome II, p. 242.

¹²⁹ Glarner *Landsatzungen* de 1387. Blumer, *op. cit.* p. 241.

¹³⁰ A Glaris, autour de 1630, les parties choisissaient leur avocat parmi les membres des tribunaux.

règles plus rigoureuses que celles qui sont applicables aux commerçants et industriels, proprement dits. Tout comme les avocats, les médecins, là où l'exercice de leur profession dépend d'une autorisation délivrée aux seuls porteurs d'un certificat de capacité, jouissent d'une sorte de monopole ou de privilège; ils sont, dans une certaine mesure, soustraits au jeu de la libre concurrence. Etant donné leur situation, l'Etat peut exiger d'eux qu'ils aient une attitude digne et correcte dans leurs rapports avec le public et la clientèle¹³¹.

On voit ainsi que le Tribunal fédéral assimile fréquemment la situation du médecin à celle de l'avocat. Il n'y a pas cependant, dans la jurisprudence de la Haute Cour concernant les médecins, l'équivalent ou le pendant des termes d'«auxiliaire de la justice», qui ont été si souvent employés pour les avocats. (On pourrait qualifier les médecins de «protecteurs de la santé publique».) Il pourrait donc sembler que les médecins soient moins menacés que les avocats d'être considérés comme des fonctionnaires. Cependant, comme nous le verrons, certains caractères de cette profession sont également mis en danger par le développement actuel de la médecine.

*

La Confédération a fait usage de l'article 33 de la Constitution et a introduit, le 19 décembre 1877, une loi sur l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire. Cette loi a été suivie, le 21 décembre 1887, d'une loi additionnelle concernant l'exercice de la profession de dentiste. Ainsi a été créé en Suisse un diplôme fédéral de médecin, de médecin-dentiste, de pharmacien et de vétérinaire.

La loi du 19 décembre 1877 prévoit que sont autorisés à exercer librement leur profession dans toute l'étendue de la Confédération les médecins, dentistes, vétérinaires et pharmaciens qui ont obtenu un diplôme fédéral.

¹³¹ ATF 54 I 96.

Une autorité spéciale, nommée par le Conseil fédéral, vérifie les titres des candidats, surveille les examens et veille à l'égalité complète dans la manière de procéder. Le Conseil fédéral nomme la commission d'examens sur la proposition du Comité directeur. Un premier règlement du 29 novembre 1912 abrogé et remplacé par celui du 22 janvier 1935, organise les examens. Les citoyens suisses peuvent seuls être admis aux examens fédéraux.

De leur côté, les cantons ont légiféré dans le domaine de l'exercice de la profession médicale, en se référant à la loi fédérale et en s'en tenant au diplôme fédéral de capacité.

A Genève, par exemple, la loi du 11 décembre 1926 prévoit que les professions médicales sont celles qui ont pour objet le traitement des maladies ainsi que le traitement obstétrical chez les hommes et les animaux, la préparation des médicaments et la vente au détail. Elles comprennent celles de médecin-chirurgien, de médecin-dentiste et de vétérinaire.

D'autre part, les professions auxiliaires sont celles de sage-femme, d'assistant-pharmacien, de masseur, de pédicure, manucure, d'infirmier et de praticien en physiothérapie (art. 2)¹³².

Nul ne peut exercer dans le Canton de Genève une profession médicale ou l'une des professions prévues à l'article 2, sans être inscrit, en vertu d'un arrêté du Conseil d'Etat, au registre de sa profession.

L'inscription peut être refusée:

- 1^o à toute personne condamnée pour faits portant atteinte à la probité de à l'honneur ou pour contraventions répétées aux lois et règlements sur les professions médicales ou auxiliaires;
- 2^o à celles qui seraient privées de leurs droits civiques par suite d'une condamnation pénale;
- 3^o aux personnes mineures et à celles qui ne jouiraient pas de la plénitude de leurs droits civils;

¹³² Pour ces dernières professions qui ne sont pas libérales, la réglementation du canton découle de l'art. 31, 2 CF et non de l'art. 33 CF. Il y avait cependant intérêt à traiter dans la même loi des professions médicales et paramédicales.

4° à celles qui présenteraient des tares psychiques ou physiques incompatibles avec l'exercice de leur profession.

L'inscription au registre des médecins-chirurgiens ne peut être accordée qu'aux personnes possédant le diplôme fédéral de médecin.

*

La plupart des cantons, comme celui de Genève, n'accordent l'autorisation d'exercer la profession de médecin qu'aux titulaires du diplôme fédéral. A Bâle-Campagne et à Appenzell RE, l'obtention de ce diplôme n'est pas toujours exigée.

1. Appenzell, Rhodes Extérieures

Selon la loi adoptée le 30 avril 1871 par la Landsgemeinde, l'exercice de la profession de médecin ou de vétérinaire est entièrement libre à Appenzell, Rhodes Extérieures, pour ceux qui habitent le canton et qui jouissent de l'exercice des droits civiques.

Un examen existe cependant pour ceux qui veulent être reconnus comme médecins ou vétérinaires par l'Etat. Seuls ceux qui ont fait cet examen ont le droit de faire des opérations chirurgicales, des accouchements, de pratiquer comme médecins légistes, médecins militaires, de remettre des certificats et de faire des rapports ayant caractère officiel.

Celui qui, dans l'exercice de son activité, par négligence ou incompétence, cause un dommage corporel ou spirituel à un tiers peut être condamné à l'amende jusqu'à 1000 fr. ou même à la prison.

Le Conseil d'Etat élit chaque année une commission sanitaire composée de cinq membres, qui est chargée de la direction et du contrôle dans le domaine de la santé et de la médecine¹³³.

2. Bâle-Campagne

Dans le canton de Bâle-Campagne, le diplôme fédéral est nécessaire pour exercer une activité médicale. Cependant

¹³³ Loi du 25 mai 1944.

les médecins naturistes («Naturarzt» et «Heilkundiger») peuvent se contenter de passer un examen spécial qui est dirigé par le Conseil sanitaire¹³⁴.

Le candidat doit être domicilié dans le canton et jouir d'une bonne réputation. Il doit justifier de plus de connaissances suffisantes dans le domaine de la botanique, de l'anatomie, de la physiologie, et la pathologie, du diagnostic et de la thérapeutique. L'examen est oral et écrit.

Il est évident que la situation, telle qu'elle se présente dans les cantons de Bâle-Campagne et surtout d'Appenzell, n'est pas normale. La profession de médecin ne peut s'exercer que sur la base d'une formation scientifique.

D'après les renseignements qui nous ont été donnés, il semble que ce soient surtout des étrangers au canton qui viennent se faire soigner à Appenzell par des «guérisseurs». Ces derniers, lorsqu'ils sont eux-mêmes malades ne consulteraient, du reste, que des médecins diplômés.

Du point de vue psychologique, nous a déclaré une personne qui connaît bien la situation, il n'est pas mauvais que dans *un* canton de la Suisse, une clientèle assez spéciale puisse avoir recours à des personnes ayant ou croyant avoir certains dons de guérisseur. Il va de soi, cependant, qu'il ne s'agit que d'une exception à un principe et que cette exception comporte des risques qu'il ne faut pas sous-estimer.

4. L'art. 361 CO

Pour être complet, il nous faut dire quelques mots de l'art. 361 CO qui dans le titre X du CO (contrat de travail) se rapporte aux professions libérales¹³⁵.

Cet article prévoit que «les dispositions du présent titre s'appliquent également au contrat portant sur les travaux qui supposent une culture scientifique ou artistique spéciale et qui s'exécutent contre paiement d'honoraires, quand

¹³⁴ Loi du 9 janvier 1948.

¹³⁵ En allemand, le titre de l'art. 361 est «Anwendung auf freie Dienste».

ces conventions présentent d'ailleurs les éléments constitutifs du contrat de travail».

Selon Oser et Schönenberger¹³⁶, cette disposition est un souvenir d'un temps où l'on croyait que de recevoir un salaire pour un travail était humiliant pour un homme libre (c'est la théorie romaine que nous avons déjà étudiée). La promesse de l'exécution d'un travail libéral (*Freie Dienste*, *operae liberales*) contre des honoraires est, pour Oser et Schönenberger, du moins dans le sens de l'article 361, un véritable contrat de travail, et il est inutile de se demander quels services peuvent être considérés comme rentrant dans une activité libérale. Pratiquement écrivent-ils, il s'agit du travail réalisé par des avocats, juristes, médecins, par ceux qui exercent des professions techniques et artistiques, scientifiques, ainsi que par les rédacteurs, secrétaires, instituteurs, etc.

Il faut donc en conclure que rien n'empêche un travailleur intellectuel, un juriste, un médecin, de s'engager à exécuter un certain travail contre paiement d'honoraires ou même d'un salaire et d'entrer à l'égard de celui qui commande le travail, dans un rapport de subordination. Un licencié en droit ou en médecine peut parfaitement être engagé par une entreprise pour exécuter des travaux d'ordre intellectuel, faire des recherches, des études, etc. Reste à savoir si de tels juristes ou médecins pourraient être considérés dans l'exécution de ce travail, comme des *avocats* ou comme des *médecins*. On doit répondre négativement à cette question puisque l'indépendance leur fera défaut.

En général, et par suite de l'absence de subordination, le titulaire d'une profession libérale ne sera pas lié par un contrat de travail, mais par un mandat (avocat, médecin) ou par un contrat d'entreprise (architecte, dentiste, etc.).

L'article 361 CO qui constitue un lien entre le contrat de travail et le contrat de mandat¹³⁷ paraît en fait assez inutile, puisqu'on pouvait admettre sans autre que des personnes

¹³⁶ *Obligationenrecht* V 2, p. 373.

¹³⁷ Voir Fehlmann, *op. cit.* p. 29.

ayant des connaissances scientifiques soient engagées pour exécuter des travaux intellectuels. Plus intéressante paraît la question de savoir jusqu'à quel point ces personnes sont tenues d'exécuter un tel travail s'il est contraire à leurs vues et à leurs conceptions scientifiques. Nous avons déjà évoqué ce problème à la page 179a de notre travail.

VII. Le droit disciplinaire

1. Introduction

La question du droit disciplinaire des professions libérales est l'un des problèmes essentiels qu'il nous appartient d'étudier dans le cadre de notre travail.

Le droit disciplinaire est, d'une façon générale, constitué par l'ensemble des règles, écrites ou non, qui doivent être appliquées par les membres d'un certain groupement afin d'exercer une activité normale dans l'ordre et la discipline. Ainsi, le droit disciplinaire des professions fixe le cadre dans lequel la profession s'exercera. Il délimite ce qui est admissible ou ce qui ne l'est pas, dans une société privée, un groupement, une corporation, chez les fonctionnaires, etc.

Le droit disciplinaire peut concerner aussi bien des sociétés privées que des organisations de caractère public.

On peut ainsi distinguer la discipline publique des fonctionnaires de l'Etat et la discipline privée des groupements ou particuliers.

Comme le fait remarquer Nézard¹³⁸, à côté de la discipline publique et générale de l'Etat sur tous ceux qui remplissent une fonction publique au sens large du mot, discipline qui s'exerce tant par la voie hiérarchique que par la voie juridictionnelle de conseils qui ont reçu de la loi une délégation de pouvoirs disciplinaires, il y a une discipline spéciale dans chaque groupement social d'individus, discipline qui est nécessaire à sa cohésion et à son fonctionnement normal. Mais, ajoute Nézard, dans ce cas le pouvoir disci-

¹³⁸ Les principes généraux du droit disciplinaire, Paris 1930, p. 20.

plinaire ne saurait être exercé que par le groupe lui-même ou ceux qui le représentent.

La discipline qui est à la base de l'exercice des professions libérales est, à l'origine tout au moins, une discipline privée. Cela paraît vrai aussi bien au point de vue historique qu'au point de vue fondamental et systématique¹³⁹.

L'exercice d'une profession est en principe soumis à un contrôle corporatif et privé. Les membres de la profession savent mieux que quiconque ce qu'on peut exiger d'eux, quelles sont les règles et les usages dont le respect permet une activité professionnelle normale. L'expérience a prouvé que ceux qui exercent la profession exigent, de façon très stricte, le respect des règles professionnelles et défendent ainsi non seulement leurs confrères soucieux de leur dignité, mais également l'ensemble du public.

Une telle expérience a été faite en France, en Allemagne, en Italie, avec les Ordres des Avocats.

On peut distinguer le droit disciplinaire public et le droit disciplinaire privé, comme nous l'avons vu, mais au sein même du droit disciplinaire public, il est possible de faire une seconde distinction entre le droit disciplinaire public des fonctionnaires et le droit disciplinaire public d'autres catégories de personnes, comme celui des avocats par exemple.

On risque de commettre de graves erreurs en partant de l'idée que l'avocat est un fonctionnaire car cela permet l'application à son égard de principes qui relèvent du droit administratif public.

Si donc nous sommes amenés à admettre au cours de cette étude que l'avocat ou le médecin sont soumis à un droit disciplinaire ayant acquis un certain caractère public, cela ne voudra pas dire pour autant qu'il s'agisse du droit disciplinaire des fonctionnaires.

¹³⁹ Nous l'avons vu pour les architectes, les ingénieurs conseils en matière de propriété industrielle, pour les avocats et les médecins.

2. Nature juridique du droit disciplinaire

La question de la nature juridique du droit disciplinaire a été fréquemment traitée. Certains considèrent que le droit disciplinaire n'est qu'une émanation du droit pénal, tandis que pour d'autres, il se rattache au droit administratif.

Hafters écrit¹⁴⁰ à ce sujet:

«Auch sogenannte Ordnungs- und Disziplinarstrafen sind, soweit sie von einem öffentlichrechtlichen Verband ausgehen, echte staatliche Strafen. Sie stellen eine Übelzufügung dar, die erfolgt, weil Unrecht begangen worden ist.

Daß die Disziplinarstrafe regelmäßig nur die Angehörigen bestimmter Kreise (Beamte, Militärpersonen, Ärzte, Rechtsanwälte, Strafgefangene, usw.) trifft, ändert ihren Charakter nicht. Ebensowenig ist daraus ein begrifflicher Unterschied abzuleiten, daß die Unrechtstatbestände vielfach im Disziplinarrecht nicht scharf, oder wenigstens nicht abschließend umschrieben sind, so daß der Satz: *nulla poena sine lege* keine deutliche Durchführung erfährt. Das beruht nur auf einer, allerdings vielfach durch die besonderen Verhältnisse gerechtfertigten, nicht vollständigen Ausbildung des Disziplinarstrafrechts.»

Ainsi, pour Hafters, la peine disciplinaire constitue bien une mesure de caractère pénal qui entraîne une réprobation morale (Übelzufügung).

Pour Burckhardt et Fleiner, par contre, le droit disciplinaire doit être distingué du droit pénal.

On peut lire dans l'ouvrage principal de Burckhardt¹⁴¹:

«Während kriminelles und Polizeistrafrecht beide die Bewährung allgemeinverbindlicher Normen bilden, ist das Disziplinarrecht die Sanktion einer besondern, nicht allgemeinverbindlichen Ordnung und dient der Zucht innerhalb dieses Kreises. Es muß daher von demjenigen Gemeinwesen aufgestellt werden, von dem die besondere Ordnung ausgeht. Art. 64bis hat dem Bund keine derartige Befugnis gegeben; auf seinem Gebiet hat er sie ohnehin, und auf dem kantonalen Gebiete soll sie dem Kanton verbleiben.»

Fleiner rattache le droit disciplinaire au droit administratif: le droit disciplinaire constitue une mesure coercitive

¹⁴⁰ Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Berlin 1926, p. 238.

¹⁴¹ Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung, Berne 1931, p. 594.

de nature administrative¹⁴² (administratives Zwangsmittel). Mais pour lui, l'administration est l'administration publique : c'est ce que l'Etat entreprend pour s'acquitter des tâches qu'il a assumées¹⁴³.

Fleiner écrit également dans ce même ouvrage¹⁴⁴ :

« On entend par administration l'ensemble de l'activité déployée par l'Etat ou par toute autre personne morale de droit public sous l'empire de son propre ordre juridique pour réaliser ses plans d'existence et qui ne rentre ni dans le domaine de la législation, ni dans celui de la juridiction. »

Le Tribunal fédéral estime également que la sanction disciplinaire se distingue par sa nature et son but de la sanction pénale et qu'elle constitue, en premier lieu, une mesure de coercition administrative. Selon la Haute Cour, la peine administrative des fonctionnaires est destinée à maintenir l'ordre et la discipline dans l'administration¹⁴⁵ tandis que pour les avocats, elle est destinée à assurer la dignité de la profession et à protéger les intérêts publics¹⁴⁶.

Le droit pénal a pour objet des actes de nature délictueuse (crimes, délits, contraventions). Ceux-ci ne vont pas sans réprobation morale, c'est ce qui les distingue des actes réprimés par des peines d'ordre, déclare encore le Tribunal fédéral¹⁴⁷.

Nous lisons encore dans un arrêt du 20 mai 1943 (non publié) :

« Tandis que la condamnation prononcée constitue un châtiment infligé à la personne du délinquant pour l'infraction dont il s'est rendu coupable, la décision administrative n'a pas ce but d'expiation ou de punition, elle n'est rien d'autre qu'une mesure de police prévue pour mettre l'ordre et la santé publique à l'abri de nouveaux agissements dangereux. »

¹⁴² Schweizerisches Bundesstaatsrecht, p. 269.

¹⁴³ Droit administratif allemand, p. 9.

¹⁴⁴ Droit administratif allemand p. 12.

¹⁴⁵ ATF 72 I 255.

¹⁴⁶ ATF 73 I 290.

¹⁴⁷ ATF 72 I 259.

Ainsi, le Tribunal fédéral n'admet aucun rapport entre le droit pénal et le droit disciplinaire. Cette conception nous paraît excessive, nous aurons l'occasion de le démontrer.

*

On a contesté le caractère pénal du droit disciplinaire, en alléguant que le principe *nulla poena sine lege* n'était pas applicable pour des règles disciplinaires qui sont le plus souvent non écrites et basées sur des usages. Il a été dit également que la règle *ne bis in idem* n'était pas valable car il pouvait y avoir pour les mêmes faits une poursuite pénale et une poursuite disciplinaire. On a rappelé encore que les principes de la non rétroactivité des lois et de la prescription ne s'appliquaient pas au droit disciplinaire et enfin que les règles disciplinaires ne concernaient qu'un certain cercle de personnes et étaient privées de portée générale.

Ces circonstances démontrent en effet qu'il y a entre le droit disciplinaire et le droit pénal des différences importantes. Certes, on pourrait faire remarquer que le droit pénal militaire ne s'adresse, lui aussi, qu'à une certaine catégorie de personnes et l'on pourrait essayer de soutenir avec Hafter que si le principe *nulla poena sine lege* n'est pas observé dans le domaine du droit disciplinaire, c'est parce que ce dernier n'est pas parfaitement au point. Il ne s'agit pourtant pas là d'arguments convaincants. Le droit militaire sur la nature duquel il ne nous est pas possible d'insister paraît être à la fois un droit de caractère pénal et de caractère disciplinaire. Quant à l'argument de Hafter, il ne nous semble pas décisif, car quel que soit le développement du droit disciplinaire, on ne pourra jamais imposer ses règles de façon si précise que le principe *nulla poena* soit appliqué.

Il est certain que le droit disciplinaire se distingue du droit pénal, car il est surtout dominé par le principe de l'opportunité¹⁴⁸ ou de la nécessité¹⁴⁹.

¹⁴⁸ ATF 73 I 291.

¹⁴⁹ On a souvent parlé du principe d'opportunité, en l'espèce ne convient-il pas d'employer plutôt le mot de nécessité.

Ce que doivent *nécessairement* obtenir les responsables du groupement, c'est qu'au sein de ce dernier existe une discipline qui permette à chaque membre d'exercer normalement son rôle. Il n'est pas tellement question d'infliger un châtiment à celui qui viole la discipline que d'assurer l'ordre par tous les moyens propres, y compris l'exclusion du membre perturbateur.

Les règles du droit pénal ne suffiraient pas à assurer l'ordre au sein d'un groupement. Les innombrables règles de convenance, de fidélité, d'obéissance, de discipline et de respect, ne peuvent être sanctionnées par le droit pénal. Ces normes d'un caractère spécial ne sont imposables qu'à des personnes ayant entre elles certaines liens, certains intérêts communs, certaines obligations spéciales.

Comme l'écrit Nézard, le seul intérêt social qui puisse justifier le droit disciplinaire, c'est précisément d'exercer son empire là où la loi commune, la loi positive ne peut réprimer. Pour qu'il remplisse sa mission, il faut qu'il échappe au droit commun, qu'il jouisse de la plus grande latitude possible, qu'on ne puisse lui opposer facilement les définitions, déchéances, prescriptions, et autres barrières légales qu'ignorent la considération et l'estime publiques¹⁵⁰.

Dans la société humaine, on ne peut exiger que le respect de règles de discipline très lâches ; par contre, dans des groupements publics ou privés où les membres sont liés par des obligations et des intérêts communs étroits, les principes disciplinaires sont beaucoup plus sévères et leur respect peut et doit être exigé.

Est-ce à dire que le droit disciplinaire soit uniquement basé sur un principe d'opportunité ou de nécessité et que la conception du Tribunal fédéral puisse être entièrement approuvée, nous ne le pensons pas. Nous nous expliquerons sur ce point un peu plus loin.

*

¹⁵⁰ Nézard, op. cit. p. 104.

Pour l'instant, constatons que les sanctions qui peuvent être prises contre tel ou tel membre de l'organisation constituent une mise en garde et empêchent en général la répétition de manquements à l'ordre général. Ainsi, par un système de rappels à l'ordre, d'exemples, par des sanctions appropriées, le droit disciplinaire atteint généralement son but qui est le maintien de l'ordre dans le groupe et l'exercice normal de l'activité des membres.

Les peines les plus fréquentes, qu'il s'agisse de groupes privés ou de groupes à caractère public, sont la réprimande, la suspension et l'exclusion. (On connaît aussi l'amende et la publicité donnée à la sanction.) Les sanctions sont dans la règle infligées par les dirigeants des groupements ou par les groupements eux-mêmes. Quant aux actes qui peuvent donner lieu à des sanctions, ils sont extrêmement nombreux et mal définis et tiennent largement compte des usages locaux, professionnels, particuliers, etc.

*

Peut-on admettre sans autre que le droit disciplinaire se rattache au droit administratif? Il faudrait tout d'abord savoir de quel droit administratif il s'agit, car nous l'avons déjà dit, on peut distinguer le droit administratif général et le droit administratif dans le sens de droit public, dans lequel il est employé le plus souvent. Le droit administratif public est en général le droit disciplinaire des fonctionnaires.

Si l'on peut dire que le droit administratif public est constitué par l'ensemble des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des services publics et aux rapports de ceux-ci avec les particuliers¹⁵¹ et que, par conséquent, le droit disciplinaire des fonctionnaires est en rapport étroit avec ce droit, on fait erreur, par contre, en rattachant le droit disciplinaire général, notamment celui des professions libérales, au droit administratif public. On peut considérer que pour les fonctionnaires le droit disciplinaire est constitué par les règles qu'ils doivent appliquer

¹⁵¹ L. Rolland, Précis du droit administratif, p. 1.

dans l'exercice de leurs fonctions (sous peine de sanctions) et que ces règles sont fixées dans le cadre d'un rapport administratif entre l'Etat et le fonctionnaire, mais il ne faut pas oublier que les professions libérales sont des professions indépendantes. (Il n'est pas encore prouvé que l'avocat ou le médecin soient des fonctionnaires!) Le rattachement du droit disciplinaire général au droit administratif nous paraît donc faux si l'on considère qu'il s'agit du droit administratif public.

La situation du fonctionnaire est bien différente de celle de l'avocat ou du médecin. Le fonctionnaire est soumis à la dépendance et à l'autorité de l'Etat, à ses chefs hiérarchiques. Son activité est donc strictement délimitée, ses devoirs et obligations sont fixés avec précision. Le fonctionnaire reçoit des ordres de l'Etat à qui il se consacre entièrement. En contre-partie de son activité, il est payé par l'Etat qui couvre sa responsabilité. Que l'Etat puisse infliger des sanctions à ses fonctionnaires lorsque les ordres et les instructions qu'il leur donne ne sont pas observés paraît dans ces conditions des plus normal.

Bien différente est évidemment la situation des professions libérales, notamment du médecin ou de l'avocat qui sont indépendants, notamment de l'Etat. Ce dernier ne peut donner aucun ordre aux représentants des carrières libérales. Il ne les paie pas et ne couvre nullement leur responsabilité.

L'intervention de l'Etat ne se manifeste qu'à titre exceptionnel, pour contrôler certaines professions; elle ne constitue pas l'exercice d'un droit administratif au sens strict.

Si l'on peut admettre que l'Etat a un intérêt à s'assurer de la compétence des avocats et des médecins et de l'exercice normal de leur activité, on ne saurait pour autant assimiler le moins du monde le droit disciplinaire des avocats et des médecins à celui des fonctionnaires.

Le Tribunal fédéral a déclaré que la peine disciplinaire constituait une mesure interne de l'administration et qu'elle

était une conséquence du rapport de puissance sur les fonctionnaires¹⁵². Cela est peut-être vrai pour les fonctionnaires, mais non pour les avocats et médecins.

Or il arrive que le Tribunal fédéral¹⁵³ traite parallèlement de la situation des fonctionnaires et des avocats: la peine disciplinaire, pour les fonctionnaires, serait prévue pour assurer l'ordre au sein de l'administration et pour les avocats, pour assurer la dignité de la profession et la protection du public. Mais il ne s'agit pas, en fait, du même genre de peine. La première est celle qu'inflige l'Etat à ses serviteurs, la seconde, celle qui est prononcée contre des personnes exerçant une profession indépendante par ceux qui sont chargés de les contrôler. Nous avons déjà vu que le Tribunal fédéral admettait que l'avocat était soumis à l'Etat par un certain rapport de puissance¹⁵⁴. Nous avons vu où de telles conceptions peuvent mener. Dès le moment où l'on admet que l'avocat exerce une activité comparable même partiellement à celle des fonctionnaires et où l'on en déduit que les règles du droit administratif public lui sont applicables, on fausse totalement le statut de l'avocat et l'on met en cause l'existence même d'une profession libérale essentielle¹⁵⁵.

Ainsi nous arrivons à la conclusion que l'assimilation même indirecte des avocats ou des médecins aux fonctionnaires est fausse et dangereuse.

*

Pour le surplus, on peut se demander si le droit disciplinaire même public (celui des fonctionnaires) n'est pas un *droit spécial*.

¹⁵² ATF 63 I 248.

¹⁵³ ATF 60 I 15; 73 I 290.

¹⁵⁴ Arrêt du 6 novembre 1947, non publié.

¹⁵⁵ Le Tribunal fédéral déclare dans un arrêt du 7 décembre 1949: Ein Ausfluß dieses Gewaltverhältnisses ist die Befugnis des Staates, die gesamte Berufstätigkeit des Anwaltes zu überwachen und ihn bei Verletzung seiner Pflichten disziplinarisch zu bestrafen.

C'est l'avis de Nézard¹⁵⁶ qui écrit à ce sujet:

«C'est la conclusion à laquelle est arrivée la jurisprudence (française) qui, se trouvant en présence des faits et des nécessités qu'ils engendrent, n'a pu donner une autre explication des solutions rationnelles qu'elle a imposées. Or, la jurisprudence, comme nous l'avons indiqué, est notre guide le meilleur en cette matière où le fait a une importance capitale.

L'action disciplinaire, disait le Procureur général Dupin, échappe aux règles de l'action civile et de l'action criminelle. Elle diffère essentiellement de l'une et de l'autre; c'est une action plus large, plus délicate, qui repose sur une infinité de nuances que le législateur n'a pu définir... elle n'est ni civile ni criminelle, elle est *sui generis*.

Aussi la jurisprudence s'est-elle débarrassée des entraves qu'apportait à l'exercice du droit disciplinaire cette tendance aveugle et fatale des tribunaux de l'ordre judiciaire à l'assimiler tantôt au droit civil tantôt au droit pénal; elle a rejeté toutes les règles positives légales ou d'interprétation qui eussent pu lier les mains au juge disciplinaire. En cette matière du droit public, elle a pensé qu'elle n'était liée que par les principes supérieurs de notre droit public tels qu'ils sont formulés par les Déclarations de droits et la Constitution.»

S'il faut lutter contre la tentation facile de créer à tout propos de nouvelles catégories de droits et de parler de droit *sui generis* quand on ne peut opérer des rattachements, il convient aussi d'éviter des rattachements qui ne correspondent pas à la réalité. En l'espèce, la référence pure et simple au droit administratif nous paraît difficile. Certes, la sanction disciplinaire se distingue de la sanction pénale par son essence, par son but, comme nous l'avons vu, mais elle reste tout de même dans la plupart des cas une sanction, une peine, une punition. Elle constitue souvent une mesure douloureusement ressentie par celui qui en est l'objet, un certain châtiment, on peut même dire une réprobation morale.

Cette sanction, si elle ne peut être infligée selon tous les principes en vigueur dans le domaine du droit pénal, ne devra cependant pas être prononcée à la légère. Il ne s'agit pas d'une pure décision administrative prise par l'Etat ou par les autorités compétentes, parce que tel est leur bon

¹⁵⁶ Op. cit. p. 109.

vouloir. On ne peut donc pas se contenter d'invoquer le droit administratif pour justifier toutes mesures de droit disciplinaire.

Nous avons dit que le droit disciplinaire était dominé par les principes de l'opportunité et de la nécessité; cela n'exclut cependant pas que l'on fasse application aussi de certains autres principes, ceux de l'équité, de la modération, du respect de la personne humaine par exemple. Cela n'exclut pas non plus que l'on tienne compte de la personne de l'inculpé, de sa responsabilité, dans toute la mesure du possible. Ce sont les raisons pour lesquelles nous serions tentés d'admettre que le droit disciplinaire ne se rattache ni au droit pénal, ni même au droit administratif, mais qu'il constitue un droit d'une nature particulière.

Ce qui importe du reste, ce n'est pas tellement de créer des catégories de droit ou de faire des nouvelles distinctions, que de se souvenir que si les principes du droit pénal ne sont pas toujours applicables au droit disciplinaire, il ne suffit pas de se référer purement et simplement au droit administratif pour infliger des sanctions disciplinaires. Les décisions ainsi élaborées risquent d'être arbitraires.

*

Remarquons que même dans le domaine où l'Etat est maître incontesté, car il est l'employeur, on a tendance, de plus en plus, depuis le début du siècle, à confier à des tiers le pouvoir de sanctionner les fautes disciplinaires. L'Etat a conscience du fait qu'il ne peut être à la fois juge et partie et il cherche à se décharger auprès d'organismes impartiaux du droit d'infliger des peines. Le pouvoir exécutif demande souvent conseil et préavis à des commissions consultatives.

Sur le plan cantonal comme sur le plan fédéral, des procédures de recours sont prévues contre les peines disciplinaires infligées aux fonctionnaires. Ceux-ci, dont l'engagement et la révocation dépendaient du bon vouloir de l'Etat, ont fini par acquérir par suite de leur nomination, une situation stable et de véritables droits acquis. Il est de

notoriété publique que selon le cours normal des choses, un fonctionnaire conserve sa place durant toute son existence et qu'il doit avoir commis des fautes très graves pour être congédié. (Le cas récent de fonctionnaires congédiés ou non réengagés pour des motifs de sécurité politique a fait d'autant plus d'impression qu'il était plus exceptionnel.) Mais même dans ce cas, les fonctionnaires bénéficient d'un droit de recours étendu, prévu de façon précise et d'une procédure de défense élaborée avec soin.

La situation des fonctionnaires est donc fortement établie et le droit disciplinaire qui les concerne est arrivé à un point de développement considérable.

Le droit disciplinaire qui se rapporte à d'autres professions et singulièrement aux carrières libérales est par contre très peu développé, ce qui provoque pour eux qui y sont soumis une certaine insécurité. Nous verrons plus loin ce qu'il y aurait lieu de faire pour remédier à une telle situation.

3. Droit disciplinaire des professions libérales

S'il existe à l'heure actuelle, pour les avocats comme pour les médecins, un droit disciplinaire ayant acquis un certain caractère public, cela est dû au rôle social important joué par les représentants de ces deux professions.

Cette fonction sociale a incité l'Etat, comme nous l'avons vu, à exiger tout d'abord de la part des titulaires de ces professions de sérieuses connaissances scientifiques, d'où les examens cantonaux ou fédéraux pour les avocats et les médecins, d'où l'exigence d'un stage qui doit donner aux futurs professionnels l'expérience pratique indispensable. Le public doit pouvoir présumer que celui qui porte le titre d'avocat ou de médecin a une préparation scientifique et pratique suffisante.

Partant de l'idée que la profession d'avocat (comme celle de médecin) est une carrière libre par essence, il nous paraît évident qu'elle doit être dirigée et contrôlée dans le cadre professionnel. C'est en principe les avocats qui peuvent

établir les règles et les usages applicables dans l'exercice de leur profession et sanctionner les fautes de leurs confrères. Le fait que l'exercice de la profession intéresse l'Etat ne change pas sa nature. Il n'y a aucune différence de nature entre la profession d'avocat et celle d'architecte quoique l'Etat réglemente la première et non la seconde.

L'intérêt de l'Etat dont nous avons admis la légitimité vu le rôle social joué par les avocats et les médecins ne peut justifier qu'une intervention destinée à assurer les capacités du professionnel. Encore ce contrôle ne sera-t-il normalement exercé que par les membres de la profession et non par l'Etat. Ce dernier se contentera de *l'organiser* en cherchant par là à assurer la protection du public et indirectement celle des avocats eux-mêmes¹⁵⁷.

Il s'agit d'une protection de capacité et de dignité qui seule peut assurer la confiance du public.

Cette confiance, écrit Nézard, ne sera acquise aux membres d'un corps social que s'il est certain que les moindres fautes contre l'honnêteté sont assurées d'être réprimées¹⁵⁸.

Comment l'Etat s'y prendra-t-il pour créer cette protection? Tout d'abord, nous l'avons vu, en s'assurant que les avocats comme les médecins justifient de connaissances scientifiques, ensuite en créant la possibilité de sanctions contre les professionnels qui se révèlent indignes de leur charge.

C'est par cette intervention de l'Etat, limitée à quelques rares professions d'une position exceptionnelle, que le droit disciplinaire prendra un certain caractère public. Cela ne signifie pas qu'il s'agisse, pour autant, d'un droit disciplinaire semblable à celui des fonctionnaires.

L'Etat doit organiser le contrôle de ces professions, avons nous dit. Il pourra s'y prendre de différentes façons:

¹⁵⁷ La police du commerce peut limiter la liberté constitutionnelle dans la mesure nécessaire pour protéger le public contre les risques d'erreur et de dommage. ATF 1937, 63 I 225.

¹⁵⁸ Nézard, op. cit. p. 164.

- 1^o En accordant au pouvoir exécutif le droit de prononcer les peines disciplinaires;
- 2^o en accordant ce droit au pouvoir judiciaire;
- 3^o en laissant l'exercice du droit à des commissions mixtes composées de juges et d'avocats;
- 4^o soit enfin en reconnaissant aux organisations professionnelles le droit de prononcer des sanctions ayant un caractère officiel.

Seuls ces deux derniers modes de faire nous paraissent légitimes. Tout autre système ne tient pas compte du fait que l'avocat, comme le médecin, exerce une profession indépendante qui se dirige elle-même et qui garde un caractère essentiellement privé. Le contrôle du pouvoir judiciaire peut paraître admissible en ce qui concerne les avocats, car les juges ont en général été avocats (mais ils l'ont parfois oublié). Mais les juges ne sont pas qualifiés pour exercer ce contrôle à l'égard des médecins. En principe, seuls les « pairs » sont à même de juger le comportement des avocats et des médecins. Que l'on ne pense pas qu'une telle pratique risque de provoquer des décisions de faiblesse et de complaisance. L'expérience a prouvé que les Ordres se montrent très sévères à l'égard des avocats et des médecins qui méconnaissent leurs devoirs. On nous dira peut-être que pour ce qui concerne le comportement purement professionnel, il est normal d'avoir recours au contrôle des pairs, mais que ce système n'est plus défendable lorsqu'il s'agit de questions d'intérêt public. Dans ce cas, un contrôle extra-professionnel serait indispensable. Nous ne pensons pas qu'il soit aisé ni indiqué de distinguer entre les fautes professionnelles et les fautes à caractère public. Le fait que l'avocat a une mission sociale et que l'Etat s'intéresse à lui n'est pas une raison pour que sa profession perde son caractère privé. C'est pourquoi, comme toutes les professions organisées, elle doit être contrôlée essentiellement par des membres de la corporation.

4. Fautes disciplinaires des avocats

La faute disciplinaire consiste dans la violation d'une règle qui s'impose aux membres d'un groupement. Cette violation met en danger l'ordre qui doit exister au sein de ce groupement ainsi que son fonctionnement normal.

Le Tribunal fédéral a admis que le refus ou le retrait du droit d'exercer une profession ne supposait pas un acte punissable de la part de celui qui en était l'objet¹⁵⁹. Du point de vue du droit fédéral, estime-t-il, n'importe quel manquement, acte ou omission, suffit pourvu qu'il soit incompatible avec la considération dont l'avocat doit jouir comme organe auxiliaire de la justice et la confiance qu'il doit inspirer¹⁶⁰.

La faute disciplinaire peut être commise sans intention, par négligence, par inconscience ou même par méconnaissance d'une règle.

Ceux qui font partie d'une profession libérale sont soumis à toute une série de règles écrites ou non qui résultent principalement d'usages. Ces usages jouent un rôle très important dans le comportement de l'avocat, qu'ils soient sanctionnés par des lois ou règlements officiels, rédigés par des associations professionnelles officieuses, ou qu'ils résultent simplement de la tradition.

Certaines règles sont évidentes (par exemple l'avocat ne doit pas soutenir les intérêts de la partie adverse), d'autres sont spéciales et non admises partout. La manière de fixer les honoraires n'est pas toujours la même; dans certains cantons on tient compte surtout du travail fourni, dans d'autres c'est le résultat qui influence avant tout le montant des honoraires.

La publication d'un jugement (autorisée par un Tribunal) précédée du nom de l'avocat ou de la mention de son Etude, est usuelle à Genève, mais pas toujours en Suisse allemande.

*

¹⁵⁹ JdT 1946, p. 122.

¹⁶⁰ Arrêt du 24 janvier 1944, non publié.

a) Devoirs généraux

Nous avons rappelé quels étaient les principaux usages reconnus en Suisse selon la liste qu'en a faite le Dr Blass dans son projet d'une loi fédérale sur les avocats. Nous reprendrons le classement que ce dernier avait adopté et rappellerons tout d'abord les devoirs généraux de l'avocat qui peuvent se résumer dans cette règle: l'avocat doit exercer sa profession avec conscience et dignité¹⁶¹.

Conscience

Lorsque l'avocat accepte de se charger d'une cause, il doit tout entreprendre afin d'obtenir le meilleur résultat possible pour son client. Cette obligation n'est limitée que par les impératifs de sa conscience, les lois applicables et les usages¹⁶².

Le mandataire préférera à son propre intérêt celui de son client.

L'avocat n'acceptera de soutenir une cause que s'il s'estime capable de le faire.

Dans une époque de spécialisation, la question de la compétence se pose avec une certaine acuité. Le juriste qui a reçu son brevet d'avocat et qui a obtenu la reconnaissance par le canton de ses capacités, ne s'imaginera pas être pour cela à même de résoudre tous les cas qui lui sont soumis. La remise du diplôme ne constitue qu'une présomption de capacité. La jurisprudence et la doctrine évoluent, les lois sont modifiées; le praticien ne peut, dans la règle, ignorer ces changements. On ne saurait cependant exiger d'un avocat qu'il connaisse tous les domaines du droit de façon

¹⁶¹ Blass, op. cit. p. 37.

¹⁶² Canons of Ethics, du Barreau américain: "The lawyer owes 'entire devotion to the interest of the client, warm zeal in the maintenance and defense of his rights and the exertion of his utmost learning and ability' to the end that nothing be taken or be withheld from him, save by the rules of law, legally applied. No fear of judicial disfavor or public unpopularity should restrain him from the full discharge of its duty."

approfondie. Aussi lorsqu'il sera consulté fera-t-il bien de se demander dans chaque cas particulier, s'il est à même de défendre la cause de son client.

La spécialisation qui est très développée chez les médecins l'est moins chez les avocats. Le Tribunal fédéral a admis la nécessité pour le médecin de faire appel dans certains cas à un spécialiste¹⁶³. Jusqu'ici une telle obligation n'a pas été reconnue pour les avocats. Cependant, certains problèmes juridiques ont un caractère très particulier et il est tout-à-fait normal qu'un avocat refuse de les traiter ou demande l'avis d'un spécialiste. L'avocat aura même l'obligation de s'entourer de tous renseignements et conseils utiles auprès de tiers lorsqu'il n'est pas préparé à exécuter le mandat qui lui est confié.

Dignité

Il a été fréquemment question dans cette étude de la nécessité d'assurer la dignité de la profession. C'est en vertu de cette règle que l'avocat ne soutiendra pas de causes incompatibles avec le respect dû à la justice et à la Constitution. C'est dans cette idée qu'il s'interdira d'exercer une profession incompatible avec celle d'avocat, qu'il renoncera à l'usage de moyens illicites, qu'il évitera toute promiscuité douteuse, qu'il s'abstiendra d'encourager des procès sans fondement et qu'il gardera la plus totale indépendance à l'égard de tous.

L'avocat peut-il avoir recours à des moyens discutables, voire condamnables en soi, lorsque le but recherché est admissible ?

Prenons le cas d'un avocat dont le client est menacé de faillite: l'intérêt de son client est de gagner du temps dans l'espoir de trouver des concours financiers qui lui permettront de redresser sa situation. L'avocat qui connaît ce but en soi parfaitement légitime, pourrait être tenté de recourir à des moyens de procédure qui ne viseraient qu'à retarder et si possible à empêcher la faillite.

¹⁶³ Arrêt du 21 janvier 1941, p. 162.

A l'époque où l'avocat emploie ces moyens dilatoires, il ne sait pas encore s'il aboutira. Cependant, dans un cas pareil, le but recherché semble absolument respectable et les moyens, même s'ils sont en eux-mêmes discutables ne paraissent pas condamnables en l'espèce. L'avocat peut espérer, de bonne foi, atteindre par ces moyens le but en question.

Prenons encore l'exemple d'un avocat dont le client est en instance de divorce. Le père a provisoirement la garde de ses jeunes enfants, mais le jugement provisionnel risque de les lui enlever. L'avocat, convaincu que l'intérêt des enfants est d'être auprès de leur père n'a-t-il pas le droit de prolonger la procédure pour que le père ait le temps et la possibilité de prouver qu'il est à même de garder ses enfants auprès de lui?

Si l'on peut, dans certaines circonstances, expliquer l'emploi par l'avocat de moyens en eux-mêmes discutables, cela ne sera le cas que dans le domaine de la procédure. L'allégation de faits que l'avocat sait inexacts, la tromperie, constituera toujours une faute.

Dans le domaine pénal, on admet que l'avocat jouit d'une liberté encore plus grande quant aux moyens qu'il peut employer pour la défense d'un accusé. Pour sauver un homme de la mort ou du deshonneur, un avocat, convaincu de l'innocence de son client, de l'injustice ou de la rigueur excessive de la peine qui le menace, sera tenté d'user des moyens les plus étendus et les plus audacieux. Il pourra même être poussé à dépasser les limites de ce qui est permis et usuel, prenant sur lui le risque d'une sanction disciplinaire, afin de mieux assurer la défense des intérêts confiés.

L'autorité disciplinaire ne manquera pas de tenir compte de toutes ces circonstances si elle est amenée à statuer sur le comportement de l'avocat.

*

La dignité de la profession est assurée par la bonne réputation de l'avocat. La plupart des cantons exigent une

telle réputation (Leumund). Les lois de Zurich et de Vaud la requièrent expressément.

Quant à la loi genevoise, elle exclut ceux qui ont été frappés d'une condamnation criminelle ou d'une condamnation correctionnelle pour faits portant atteinte à la probité et à l'honneur, ainsi que ceux qui sont en faillite. De son côté la Commission de surveillance a un pouvoir de contrôle très étendu sur le comportement de l'avocat.

Appelé à examiner une décision de la Commission de surveillance de Genève, le Tribunal fédéral a déclaré¹⁶⁴:

«L'article 141 LOJ de même que les autres dispositions de la loi relative à la surveillance des avocats (Genève) n'indiquent point quels manquements appellent l'une ou l'autre des sanctions disciplinaires prévues.

Du moment qu'ils ne les limitent notamment pas aux seules violations des devoirs qui sont l'objet du serment prescrit à l'article 129, il permet à la Commission de surveillance d'étendre son pouvoir disciplinaire à tous les actes et omissions incompatibles avec la considération et la confiance dont l'avocat doit jouir en sa qualité d'auxiliaire de la justice (ATF 46 I 319). En l'absence de dispositions contraires de la loi, il ne serait point arbitraire d'étendre le pouvoir disciplinaire de la Commission de surveillance à la vie privée de l'avocat, en tant qu'il s'agirait de faits et gestes dont la révélation montrerait l'incompatibilité avec la dignité de la profession (RO 46 I 319, JdT 941 556).

L'article 37 de la Constitution fédérale — rappelle encore le Tribunal fédéral dans le même arrêt — permet aux cantons d'instituer par des dispositions de police, d'autres exigences que les preuves de capacité, par exemple certaines qualités morales ou simplement sociales, réputation, conscience professionnelle, etc.»¹⁶⁵

A Genève, les avocats prêtent devant le Conseil d'Etat un serment qui résume les principales obligations du Barreau et rappelle notamment les devoirs de dignité:

¹⁶⁴ 20 juin 1941, JdT 1941, p. 556 et ss.

¹⁶⁵ Dans le même sens: «Angesichts des Ansehens und der Bedeutung des Anwaltberufes innerhalb und außerhalb der staatlichen Rechtspflege ist es nicht zu beanstanden, wenn hinsichtlich Ehrenhaftigkeit und Zutrauenswürdigkeit hohe Anforderungen an die Anwälte gestellt werden.» (Arrêt TF 18 octobre 1950, non publié.)

« Je jure devant Dieu :
d'être fidèle à la République et Canton de Genève,
de ne jamais m'écarter du respect dû aux tribunaux et aux
autorités,

de ne conseiller ou soutenir aucune cause qui ne me paraisse
juste ou équitable, à moins qu'il ne s'agisse de la défense d'un
accusé,

de n'employer sciemment pour soutenir les causes qui me
seront confiées, aucun moyen contraire à la vérité et de ne point
chercher à tromper les juges par aucun artifice ni par aucune
exposition fausse des faits ou de la loi,

de m'abstenir de toute personnalité offensante et de n'avancer
aucun fait contre l'honneur et la réputation des parties s'il n'est
indispensable à la cause dont je serai chargé,

de n'encourager ni le commencement ni la durée d'un procès
par aucun motif de passion ou d'intérêt,

de ne point rebuter, par des considérations qui me soient per-
sonnelles, la cause du faible, de l'étranger et de l'opprimé. »

Ce serment qui est prêté depuis plus d'un siècle ne fait pas
de l'avocat un fonctionnaire. L'engagement solennel de
l'avocat est pris en présence du Conseil d'Etat, mais non
pas en faveur du pouvoir Exécutif.

L'avocat qui viole son serment peut faire l'objet de
sanctions disciplinaires parce que, par là même, il viole des
règles professionnelles.

« La Commission de surveillance de Genève ¹⁶⁶ s'est toujours dé-
clarée compétente pour réprimer non seulement les violations
faites au serment, mais également tous les actes commis par les
avocats entachant l'honneur et la dignité de leur profession.

Elle a statué que sa « mission » était non seulement de veiller à
l'observation des devoirs professionnels des avocats, tels qu'ils
découlaient pour eux du serment qu'ils ont prêté, mais encore de
tenir la main à ce que la dignité du titre qu'ils sont admis à porter
soit constamment respectée.

La Commission de surveillance a déclaré encore que bien que
la loi ne délimitait pas exactement sa compétence, il avait tou-
jours été admis que celle-ci s'étendait à tout le comportement de
l'avocat, pour autant qu'il était en rapport avec l'exercice de la
profession et qu'il résultait clairement du texte de l'article 135 OJ
que le législateur avait voulu qu'en dehors des règles du droit
commun dont il relève comme l'ensemble des citoyens, l'avocat

¹⁶⁶ Perrot, SJ 1943, p. 561.

soit soumis en outre à une surveillance spéciale qui constitue une sauvegarde supplémentaire pour le public d'une part, et d'autre part, pour les autres membres de la profession, qui ont tout intérêt à ce qu'elle soit exercée selon certaines règles et certains usages non écrits, mais généralement observés, qui en assurent la dignité et la considération aux yeux des tiers.»

L'avocat, par exemple, qui n'exécute pas un porté-fort commet non seulement une faute, mais un acte qui n'est pas conforme à la dignité professionnelle. (On sait que le porté-fort constitue, suivant la pratique constante du Barreau genevois, un engagement personnel de l'avocat, qui d'après les usages, doit être exécuté à la première réquisition¹⁶⁷.)

Le comportement de l'avocat sur le plan politique peut également donner lieu à des sanctions disciplinaires. Mentionnons notamment à cet égard les actes de trahison¹⁶⁸.

b) Recherche de la clientèle

La question de la recherche de la clientèle est fort délicate. La profession d'avocat est une profession lucrative qui devrait normalement assurer à celui qui l'exerce une existence convenable. L'avocat qui gagne difficilement sa vie sera fortement tenté de soutenir le plus grand nombre de causes, qu'elles soient bonnes ou mauvaises, dans le but d'augmenter ses revenus.

Il y a là un risque inévitable et qui sera d'autant plus grand que l'avocat se trouvera dans une situation matérielle plus difficile. Il est donc dans l'intérêt général que la situation matérielle de l'avocat et du médecin soit suffisamment assurée par son travail pour qu'il puisse agir en toute indépendance.

Les prétentions du fisc à l'égard des professions libérales constituent un danger qui doit être signalé car elles tendent à mettre en péril une série de situations professionnelles.

On nous dira peut-être que le même intérêt existe dans chaque profession. Cela ne nous paraît pas exact. L'avocat comme le médecin doivent pouvoir être aussi indépendants

¹⁶⁷ Commission de surveillance, SJ 1943, p. 568.

¹⁶⁸ Arrêts du TF des 16 juillet 1948 et 14 octobre 1948, non publiés.

que possible au point de vue matériel. L'intérêt pécuniaire que l'avocat peut avoir à plaider ou le chirurgien à opérer ne doit jouer aucun rôle dans leurs déterminations respectives. Dans le cas contraire, leur décision serait faussée. Le professionnel, qu'il s'agisse du médecin, de l'agent de brevets, de l'architecte ou de l'avocat, doit être aussi désintéressé qu'il est possible du bénéfice qu'un mandat peut lui apporter. La collectivité n'a pas le même avantage à ce qu'un commerçant soit désintéressé.

Si nous avons insisté sur ce problème de la situation matérielle des titulaires des professions libérales, c'est parce que l'Etat ne semble pas toujours se rendre compte qu'il a intérêt à ne pas bouleverser la position de ces carrières par des mesures fiscales et bureaucratiques.

Cela dit, revenons à la question de la recherche de la clientèle. Il est absolument normal que dans la lutte pour la vie, l'avocat fasse de grands efforts pour acquérir une clientèle importante. Il devra cependant faire la discrimination entre les moyens admissibles et ceux qui ne le sont pas. Il est normal qu'au début de sa carrière, l'avocat annonce l'ouverture de son cabinet, mais la meilleure réclame, il la fera en gagnant ses procès, en travaillant consciencieusement et en démontrant ses qualités de juriste et d'homme. Ce qui est contraire à la dignité de l'avocat, c'est la recherche de la clientèle, soit par offres directes, soit par l'intermédiaire de tiers¹⁶⁹, la remise de cadeaux, de commissions pour l'obtention de mandats, etc. La publicité que peuvent faire les avocats dans certaines circonstances, installation, changement d'adresse, association, est admissible selon les usages locaux.

La loi vaudoise, du 29 novembre 1944, interdit aux avocats de faire de la publicité directement ou par personnes interposées, exception étant faite pour les avis que l'usage autorise en cas d'établissement, de changement de domicile ou d'association¹⁷⁰. La loi du canton de Lucerne fait défense à l'avocat de se recommander.

¹⁶⁹ SJ 1943, p. 571.

¹⁷⁰ ATF 67 I 87; 68 I 14; 68 I 40; 68 I 68.

Le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts au sujet des annonces que peut faire l'avocat dans la presse:

«La garantie du libre exercice ainsi défini des professions libérales a en principe pour corollaire le droit de faire connaître au public cette activité et de faire de la publicité en respectant les règles de la loyauté professionnelle. Ces règles peuvent, à la vérité, être plus strictes pour les professions libérales que pour les professions purement économiques (entreprises spécifiquement commerciales ou industrielles).

Dans les cantons où, par exemple, la pratique de la médecine ou du Barreau dépend d'une autorisation de l'Etat, accordée après des épreuves de capacités, ceux qui acquièrent cette autorisation acquièrent en fait une sorte de monopole. L'Etat qui leur réserve une telle position peut exiger qu'ils se comportent dignement dans leurs rapports avec le public et leurs clients et que dans leur publicité, ils ne mettent pas l'accent sur le côté pécuniaire de leur activité, de manière à déconsidérer la profession.

Pareille retenue est de mise non seulement dans l'intérêt des médecins, des avocats, etc. eux-mêmes, mais encore de la collectivité. Les avocats ont pour mission importante d'être les auxiliaires de la justice. Une réclame tapageuse, mercantile ou trompeuse de leur part ne compromet pas uniquement leur bon renom, elle nuit à la considération de la justice et porte ainsi atteinte à une des institutions essentielles de l'Etat.

Toutefois, si pour ces motifs, on peut imposer à la publicité faite par ceux qui exercent des professions libérales, des restrictions qui seraient inadmissibles pour d'autres activités rétribuées, ces entraves ne doivent pas être plus étroites que ne l'exige le but visé. On ne saurait interdire des annonces qui se tiennent dans les limites indiquées.»¹⁷¹

Dans un autre arrêt du 2 mars 1942¹⁷² le Tribunal fédéral disait:

«La délimitation de la publicité admissible ou inadmissible dépend aussi des us et coutumes ainsi que des conceptions concernant le Barreau du canton. Une publicité qui dépasse la mesure de ce qui est d'usage dans l'exercice d'une profession libérale est ressentie comme incorrecte et blâmable. Elle nuit à la considération de la profession et partant aussi au bien de la collectivité.

Si incontestablement, il est loisible d'annoncer l'ouverture d'une étude et son transfert, ainsi que le commencement ou la fin

¹⁷¹ JdT 1941, p. 563.

¹⁷² JdT 1942, p. 276.

d'une association, la publicité ne doit pas sortir des limites usuelles dans sa forme, dans son texte, dans sa durée.»

*

Quant à la faculté de l'avocat d'annoncer une spécialité juridique, elle peut être étroitement limitée, déclare le Tribunal fédéral, même au point de vue de l'article 31 CF. Pour le Tribunal fédéral, le système de la spécialisation telle qu'elle se pratique chez les médecins n'existe pas et ne peut exister dans le Barreau. Tout au plus y a-t-il des avocats spécialisés dans des matières avec lesquelles chacun n'est pas familiarisé ou ne peut pas se familiariser, telles que les brevets d'invention ou le droit fiscal et dont s'occupent de préférence les personnes qui ont eu l'occasion de les étudier plus à fond. Mais ces avocats n'excluent pas, en général, dans leur activité, les autres matières du droit¹⁷³.

c) Devoir à l'égard des autorités

aa) Si l'avocat est indépendant à l'égard des autorités et notamment des juges, il doit cependant observer à leur égard le respect qui est dû aux fonctions qu'ils exercent.

Des propos injurieux ou blessants à l'égard des juges (accusations d'avoir manqué d'objectivité ou de conscience, d'avoir montré de la lâcheté) constitue une faute disciplinaire. De tels propos ont valu à ceux qui les ont prononcés un avertissement de la Commission de surveillance genevoise¹⁷⁴.

On doit cependant aller très loin dans la tolérance des actes et des dires de l'avocat se trouvant dans l'exercice de sa fonction. Chacun garde le souvenir d'incidents d'audience où le défenseur pouvait paraître dépasser les bornes de la liberté. Cela vaut mieux que d'avoir à l'audience des avocats avec la «bouche cousue». L'avocat doit pouvoir faire preuve d'une grande liberté à l'égard des juges, du Parquet, de ses confrères, de l'Etat, des magistrats et des tiers, témoins ou

¹⁷³ JdT 1942, p. 276.

¹⁷⁴ Perrot, SJ 1943, p. 563.

autres, ce qui n'exclut nullement la politesse et le respect dus aux magistrats.

C'est en raison du respect qu'il doit aux magistrats que l'avocat exposera les faits d'une façon aussi objective que possible, ne fera que des citations exactes et n'emploiera pas de moyens purement dilatoires. L'absence d'objectivité qui préside souvent aux explications des défenseurs est regrettable, elle enlève une grande partie de leur valeur aux plaidoiries et aux mémoires. On ne peut naturellement s'attendre toujours à ce qu'un défenseur exprime les faits de façon absolument impartiale puisqu'il les connaît surtout par les dires de son client et sans qu'il lui soit toujours possible de les vérifier, on peut cependant lui demander de faire un effort pour atteindre l'objectivité. C'est cette recherche de l'objectivité dans la défense qui fait de l'avocat un homme utile.

Ce qui est condamnable, c'est d'affirmer ce qu'on sait inexact. La Commission de surveillance de Genève a prononcé une peine d'avertissement contre un avocat qui avait indiqué, dans sa requête «qu'il demandait la réintégration de dame D. et de ses enfants mineurs dans la nationalité genevoise, en précisant que le jugement de divorce lui avait confié la puissance paternelle sur ses enfants». Or, l'avocat invoquait là un fait qu'il savait inexact, ce qui était incompatible avec son devoir professionnel¹⁷⁵. La Commission de surveillance de Genève a suspendu pour la durée d'une année Me X qui avait servi d'intermédiaire pour la conclusion d'un mariage blanc et qui en avait été l'agent direct¹⁷⁶.

L'avocat n'invoquera que des motifs réels pour se faire excuser à une audience¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Perrot, SJ 1943, p. 564.

¹⁷⁶ Id.

¹⁷⁷ Le fait de se faire excuser pour maladie alors que l'on apparaît devant un autre tribunal et que l'on passe la soirée à jouer aux cartes dans un café, constitue une faute disciplinaire. Arrêt du Tribunal fédéral du 20 décembre 1940, non publié.

L'avocat fera également preuve de respect envers les autorités, en présentant au juge une argumentation claire, basée sur la loi et la jurisprudence. L'invocation d'une jurisprudence n'ayant pas de rapport avec l'espèce ou la tentative de créer des confusions dans l'esprit des juges, n'est évidemment pas un signe de respect à leur égard.

L'avocat n'oubliera pas qu'il exerce une profession scientifique, qu'il est un collaborateur de la Justice et que c'est son honneur de contribuer à trouver aux problèmes qui lui sont soumis des solutions justes et équitables.

L'article 8 loi sur les avocats du Canton de Zurich prévoit expressément cette obligation:

«Der Rechtsanwalt wahrt nach Recht und Billigkeit das Interesse des Auftraggebers und ist dabei bestrebt, klare Rechtsverhältnisse zu schaffen. Im Rahmen seines Auftrages ist er dem Richter behilflich, das Recht zu finden.»

Dans le second paragraphe de ce même article, il est prévu que l'avocat doit déconseiller à son client de soutenir des procès qui sont visiblement perdus d'avance. A ce sujet, le Tribunal fédéral a déclaré qu'une demande de revision absolument non fondée pouvait entraîner une mesure disciplinaire. Une telle conception est admissible lorsque l'avocat est de mauvaise foi, mais il ne faut pas perdre de vue que le défenseur a le devoir de tout faire pour protéger ses clients dans les limites que nous avons indiquées. L'avocat garde une grande liberté dans sa décision et ce sera souvent son devoir de ne pas renoncer, malgré les chances d'échec et les risques qu'un recours comporte. Les tribunaux ne devront pas oublier cette vérité. La tenacité et la persévérance sont des qualités essentielles de l'avocat. C'est seulement dans le cas d'abus manifeste qu'une sanction peut être envisagée contre l'avocat — ou contre son client.

bb) *La question des rapports entre avocat et témoins* est délicate. En général, avant d'introduire un procès, l'avocat ne peut savoir si les faits tels qu'ils sont allégués par son client sont exacts. Il sera donc naturellement amené à interroger des tiers, témoins éventuels du procès, à demander des

expertises, à faire faire des constats. Ce qui est inadmissible, c'est toute pression que l'avocat pourrait exercer sur un témoin ou toute question qu'il pourrait lui poser de façon non objective.

Dans son arrêt du 7 décembre 1949, non publié, le Tribunal fédéral a déclaré que l'avocat devait s'abstenir d'agir sur un témoin avant son audition et d'influencer sa déposition. Il est par contre admissible, ajoute le Tribunal, qu'avant l'introduction d'un procès, l'avocat demande des renseignements à un tiers pour se faire une idée des risques du procès. A notre avis l'avocat qui, au cours d'un procès, discute avec un témoin ne commet pas forcément une faute. Les besoins de l'information personnelle du défenseur justifient parfois une intervention après l'introduction de la cause. Encore faut-il qu'elle soit absolument digne et objective.

Au pénal on se montrera assez large. L'avocat qui s'entretient avec un patron par exemple, pour se renseigner sur la conduite d'un employé qu'il doit défendre, ne commet certes pas une faute. Il peut s'agir là d'un témoin à décharge qu'il choisit comme tel. Le défenseur a donc le droit de discuter avec un tel témoin éventuel, il peut aussi renoncer à le faire entendre.

cc) La question de la tenue vestimentaire est mentionnée à juste titre par le Dr Blass. Il est certain qu'un effort devrait être fait pour donner à nos audiences une solennité et un sérieux qu'elles n'ont pas toujours. Ne serait-il pas beaucoup plus simple que les avocats soient vêtus de façon uniforme de la robe?

Déjà cette institution va être introduite dans le Canton de Neuchâtel. A Genève, l'Ordre des avocats a également pris une décision de principe en faveur du port de la robe.

d) Devoir envers la clientèle

aa) L'avocat a avant tout des obligations à l'égard de ses clients. Elles se résument dans l'obligation de défendre les intérêts qui lui sont confiés. La limite des actes que

l'avocat doit faire en faveur de son client se trouve dans sa conscience même, dans les lois et dans les usages établis. On ne peut exiger d'un avocat qu'il soutienne une thèse qu'il ne partage pas ou qui soit contraire à la législation. Rien n'empêche cependant un avocat de demander une modification de la jurisprudence ou une interprétation très large de la loi.

Il est normal de laisser à l'avocat une très grande liberté dans le choix des moyens nécessaires à la défense des intérêts qui lui sont confiés. Ces intérêts sont en principe légitimes, qu'il s'agisse de l'honneur, de la liberté ou de la fortune d'un individu. Ce qui sera difficile, c'est de trouver le juste milieu entre le désir qu'a tout individu de voir son point de vue triompher et les exigences de la justice, de l'équité et de l'intérêt public.

L'avocat peut en toute conscience défendre les intérêts purement personnels et matériels dont il est chargé, sans avoir nécessairement à tenir compte des incidences de son intervention. C'est le juge qui fixera les limites de ces intérêts et de ceux de la partie adverse ou de la collectivité. Si l'avocat peut prendre en considération l'ensemble de ces intérêts contradictoires pour proposer des solutions qui s'imposent à toutes les parties, il préviendra parfois des procès et fera œuvre particulièrement constructive. C'est notamment dans les questions dépendant de la science ou de la morale que l'avocat pourra être amené à regarder au delà de l'intérêt immédiat de son client. Il s'agit-là de problèmes délicats que le défenseur résoudra selon ses conceptions propres. C'est cette activité toute personnelle de l'avocat qui donnera son prix et son caractère à son intervention.

bb) L'un des principaux devoirs de l'avocat à l'égard de ses clients est son obligation de fidélité. Elle lui interdit de s'occuper d'intérêts opposés à ceux de son mandant, de plaider contre une partie qu'il a représentée peu avant (en se servant éventuellement des renseignements reçus), de représenter les deux parties (cela est dangereux même lorsqu'il s'agit d'un « divorce d'accord » entre époux).

La Commission de surveillance de Genève a infligé un avertissement à un avocat qui avait successivement représenté dans la même affaire la partie civile et l'inculpé, (lors d'une instance en opposition à un jugement par défaut prononcé par la Cour correctionnelle) et une suspension de trois mois contre un avocat qui avait accepté de représenter les intérêts contradictoires de deux parties.

cc) Une question qu'il convient encore d'évoquer, c'est celle de la reddition des pièces communiquées par le client au moment où cesse le mandat. A notre avis, l'avocat ne saurait retenir les pièces remises par son client dès le moment où son mandat est retiré.

Il n'est pas admissible de refuser un dossier comme moyen de pression pour obtenir le paiement d'honoraires. Dès que le mandat est terminé, le client doit pouvoir récupérer toutes ses pièces, de façon à être à même de confier ses intérêts à un autre avocat et d'assurer ainsi sa défense complète.

La question de la retenue de provisions ou de valeurs remises à l'avocat à titre de compensation pour des frais ou honoraires, reste cependant ouverte.

L'avocat qui reçoit des fonds pour le compte d'un client, doit être en état d'en rendre compte en tout temps et de s'en libérer à première réquisition¹⁷⁸.

dd) Le secret professionnel des avocats

Il est nécessaire que le client puisse se confier à l'avocat en toute sincérité et en toute sécurité. C'est l'intérêt du client aussi bien que celui de l'avocat, en un mot, l'intérêt de la cause à défendre. Le secret professionnel rend possible une telle confiance. Le client doit savoir que ce qu'il révèle à l'avocat comme au médecin ne sera utilisé qu'avec son consentement et dans son intérêt.

L'obligation de respecter le secret professionnel est une règle déontologique qui est également sanctionnée par le

¹⁷⁸ Voir Commission de surveillance de Genève, SJ 1943, p. 569.

Code pénal (art. 321). Elle concerne notamment les avocats et défenseurs en justice astreints au secret professionnel en vertu du CO. La violation du secret constitue donc à la fois un délit et une faute professionnelle, elle peut provoquer une double sanction.

La révélation du secret ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisé par écrit.

Dans un article du 22 décembre 1942¹⁷⁹ le Procureur général Cornu s'est référé au cas d'un avocat s'étant adressé à la Commission de surveillance de Genève et qui voulait savoir s'il devait révéler à un service fédéral (qu'il avait interrogé précédemment au nom d'un de ses clients au sujet de la mise en vente d'un produit) le nom et l'adresse dudit client.

«La Commission a constaté tout d'abord — écrit le Procureur général — qu'il ne rentrait pas dans ses compétences générales de guider un avocat dans la détermination qu'il pouvait avoir à prendre lorsque se pose un problème relatif à la divulgation de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession. C'est tout au plus, a-t-elle dit, si, dans de tels cas, elle pourrait être appelée, après la divulgation, à dire si, en y procédant, l'avocat avait commis une faute professionnelle.

Elle a ensuite défini la tâche nouvelle qui lui a été confiée par l'article 321 CPS.

Cet article, a-t-elle constaté, punit l'avocat qui, hors les exceptions prévues, révélerait un secret professionnel.

Or, ces exceptions sont au nombre de trois :

La révélation d'un secret n'est pas punissable :

1. Lorsqu'elle est faite avec le consentement de l'intéressé (voir CPS art. 321 ch. 2).
2. Lorsque le détenteur du secret est légalement tenu de renseigner une autorité ou de témoigner en justice (voir CPS art. 321 ch. 3).
3. Lorsque la révélation est faite avec l'autorisation préalable de l'autorité de surveillance (voir CPS art. 321 ch. 2).

Dans les cas 1 et 2, a constaté la Commission, elle n'a pas d'avis préalable à donner. Elle ne peut être appelée à donner un

¹⁷⁹ SJ 1942, p. 609.

tel avis que dans le troisième cas. Et ce troisième cas est réalisé lorsqu'existent des circonstances, que la loi a du reste renoncé à énumérer limitativement, circonstances qui conduisent le détenteur du secret à désirer le révéler. En ce cas, et en ce cas seulement, l'avocat peut s'adresser à la Commission et lui demander si ces circonstances sont suffisantes à ses yeux pour l'autoriser à parler sans être exposé aux pénalités de l'article 321 CPS.

La Commission a donc renvoyé l'avocat à lui-même en l'invitant préalablement à décider s'il entend divulguer ou ne pas divulguer le secret qu'il détient. S'il décide de parler, elle examinera alors les raisons données à l'appui de sa détermination. Si ces raisons lui semblent suffisantes, elle assurera alors l'impunité à l'avocat qui l'aura prise.»

On comprend la réserve de la Commission de surveillance qui n'est pas instituée pour donner des consultations.

L'avocat fera bien, dans tous les cas embarrassants, de se faire couvrir avant toute révélation par le Bâtonnier ou le Conseil de l'Ordre.

e) La question des honoraires

aa) Nous avons indiqué que la valeur du travail de l'avocat ne pouvait être évaluée d'une façon précise. C'est la raison pour laquelle la question des honoraires est très délicate. En principe, l'avocat est seul à même de fixer la rémunération qui lui est due. Ce n'est qu'en cas d'abus manifeste qu'un tribunal ou une commission pourra les réduire.

La tarification officielle des honoraires nous paraît absolument contraire au principe de «l'inestimabilité». L'existence des tarifs peut constituer un certain avantage pour le client qui sait d'avance à peu près à quoi s'en tenir quant aux frais qu'il engage¹⁸⁰. Par ce système l'avocat légitime aussi ses honoraires. Nous persistons cependant à penser qu'il est contraire à la nature du travail fourni par l'avocat.

¹⁸⁰ Remarquons à ce propos que rien n'empêche un avocat et un client de se mettre d'accord sur un ordre de grandeur des frais d'un procès.

Un procès à forfait n'a rien d'illicite en principe. Commission de surveillance, Genève, SJ 1943, p. 572.

Le Tribunal fédéral a déclaré qu'un canton pouvait, sans violer le CO ou la liberté du commerce, fixer les honoraires des avocats¹⁸¹.

Si dans certains cas, on peut tenir compte de barèmes pour fixer les honoraires, notamment lorsqu'il s'agit de sommes récupérées au profit d'un client, il y a toute une série d'espèces dans lesquelles aucun tarif ne pourra déterminer les sommes dues à l'avocat.

Nous sommes donc opposé au système de tarification. Cela ne signifie pas naturellement que l'avocat ne puisse être obligé de modérer ses honoraires soit dans un procès en recouvrement de ces derniers, soit ensuite d'une décision d'une commission de taxation comme il en existe à Genève.

Notons que les institutions du palmarium et du pacte de *quota litis* courantes aux Etats-Unis d'Amérique, sont en général contraires aux usages suisses.

Elles sont interdites notamment par la loi zurichoise¹⁸².

Dans le serment de l'avocat vaudois, il est dit:

«Je promets de ne me faire assurer ni directement ni indirectement aucune part dans les causes que je serai appelé à défendre, de ne pas devenir cessionnaire de procès, droits ou actions litigieux et de ne me charger à forfait de la direction d'aucun procès.»

A Fribourg, l'article 32 de la loi du 22 novembre 1851 déclare:

«Il est spécialement interdit à l'avocat de devenir cessionnaire de procès, droits ou actions litigieux; de se charger à forfait de la direction d'un procès, ou de s'assurer directement ou indirectement une part quelconque dans les causes qu'il est appelé à défendre, de faire aucune convention pour la quotité de ses émoluments.»

A Bâle-Ville, l'article 11 interdit la cession des prétentions, le palmarium et la renonciation à des honoraires en cas d'insuccès du procès¹⁸³.

¹⁸¹ ATF 66 I 51. Cette décision nous paraît aussi discutable pour les avocats que pour les médecins.

¹⁸² Art. 10 de la loi du 3 juillet 1938.

¹⁸³ Loi du 29 septembre 1910.

Si l'institution du pacte *de quota litis* est discutable, cela ne signifie pas que l'on ne puisse pas tenir largement compte du résultat obtenu, dans la fixation des honoraires. Les procès de principe sont assez rares. Le client désire obtenir un résultat pratique et il lui paraît normal d'adapter les honoraires au succès de l'affaire. Il est logique qu'un client désire savoir à peu près ce qu'il aura à payer selon les éventualités et il est admissible que l'avocat donne des indications à ce sujet.

Pour certains avocats, le résultat du procès ne jouera pas un rôle déterminant, c'est le travail qui compte avant tout, d'autres ont un point de vue contraire. Il paraît juste de tenir compte de ces deux éléments dans la fixation des honoraires. Mais on admettra que l'avocat puisse avoir à ce sujet un avis personnel qui est respectable (sous réserve des abus manifestes).

bb) Le fait de demander des honoraires exorbitants constitue certainement une violation des devoirs de l'avocat et peut provoquer une sanction disciplinaire¹⁸⁴. Les juges cependant ne devront pas oublier, quand ils auront à taxer des honoraires, que l'avocat n'obtient son brevet qu'après de longues études, que ces études lui permettent d'acquérir des connaissances étendues et que les frais généraux sont extrêmement élevés. Il est naturel que les démarches de l'avocat et le résultat obtenu soient rémunérés en considération de l'ensemble de ces circonstances.

Le contrôle des honoraires devrait être effectué, en cas de litige, par une commission d'avocats offrant toute garantie d'objectivité. Les avocats sont mieux à même que les juges d'apprécier les services rendus par leurs confrères. Tout au moins cette commission devrait-elle pouvoir soumettre un préavis aux juges de taxation.

cc) Le fait de demander des honoraires à un client d'office constitue une faute disciplinaire¹⁸⁵.

¹⁸⁴ SJ 1943, p. 571. Arrêt du Tribunal fédéral du 28 janvier 1946.

¹⁸⁵ Arrêt du Tribunal fédéral, X contre Tribunal cantonal de St-Gall, 23 septembre 1948.

L'avocat peut par contre envoyer une note d'honoraires pour le travail qu'il a fait avant d'être désigné.

dd) Le fait de réclamer des honoraires pour des démarches inutiles n'est pas admissible¹⁸⁶.

f) Devoirs à l'égard des confrères

De nombreuses règles, écrites ou non, existent, quant aux rapports entre confrères.

L'intérêt public n'est pas directement en jeu en l'espèce. Cependant, ces rapports confraternels ont une grande importance pour l'exercice normal de la profession et l'on peut considérer qu'ils sont soumis au droit disciplinaire aussi bien que les relations des avocats avec leurs clients ou avec les juges. Ce sont ces rapports normaux qui permettent que la profession soit exercée de façon convenable.

Les litiges professionnels sont souvent aplanis dans le cadre de l'organisation corporative privée; ils peuvent cependant faire l'objet d'une plainte à l'autorité disciplinaire car ils concernent le comportement professionnel de l'avocat. Selon le projet genevois d'officialisation de l'Ordre, de tels litiges seraient résolus par le Conseil agissant comme Conseil de discipline.

En fait, les relations entre avocats sont généralement bonnes car ceux-ci ont conscience des intérêts communs qui les lient et savent que le respect des usages peut seul assurer un exercice normal de la profession.

Parmi les devoirs que le Dr Blass relève à l'égard des confrères, se trouve le respect des règles de confraternité, l'interdiction d'accepter un mandat dans une affaire, où le confrère consulté antérieurement n'a pas été payé ou lorsqu'il n'est pas d'accord avec le transfert du mandat.

Il faut mentionner également l'obligation pour l'avocat de traiter directement avec son confrère (et non avec la partie adverse lorsqu'elle a un avocat) et celle de commu-

¹⁸⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 28 janvier 1946, non publié.

niquer les pièces à son confrère pour en faire état dans la procédure¹⁸⁷.

5. Fautes disciplinaires des médecins

a) Délits

Parmi les fautes pouvant donner lieu à des sanctions disciplinaires, il faut signaler certains actes condamnés également par le Code pénal suisse:

aa) Avortement

On doit citer tout d'abord l'avortement (art. 119 CPS)¹⁸⁸. Il n'y aura cependant pas avortement, au sens du Code pénal, lorsque la grossesse aura été interrompue par le médecin dans certaines circonstances exceptionnelles (voir art. 120 CPS).

bb) Duel

En vertu de l'article 131, 4 Code pénal, les médecins (ou autres auxiliaires) ne seront punis pour participation au duel que s'ils ont excité les adversaires à se battre.

cc) Faux certificats

Les médecins qui auront intentionnellement dressé un certificat contraire à la vérité, alors que ce certificat était destiné à être produit à l'autorité ou à procurer un avantage illicite qui était de nature à léser les intérêts légitimes et importants de tierces personnes, seront punis de l'emprisonnement ou de l'amende (art. 318 CP).

dd) Violation d'obligation de dénonciation de maladies

Le médecin peut être obligé, en vertu de prescriptions fédérales ou cantonales, de dénoncer l'existence de certaines maladies et épidémies¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Commission de surveillance de Genève, Perrot, SJ 1943, p. 565.

¹⁸⁸ L'autorité peut refuser l'autorisation de pratiquer à un médecin condamné pour avortement. ATF 27 I 428.

¹⁸⁹ LF 2 juillet 1886, arrêtés des 20 avril 1943 et 21 janvier 1947.

b) Fautes professionnelles (déontologiques)

Le médecin peut, d'autre part, violer toute une série de devoirs professionnels dont la plupart sont rappelés dans les règles de déontologie médicale dont il a été question plus haut.

Les réclames excessives sont condamnées par les codes de déontologie et par certaines lois cantonales. La loi genevoise sur les professions médicales prévoit par exemple qu'il est interdit aux médecins de faire, dans le canton et en dehors du canton, de la réclame dans les journaux, par circulaires, prospectus, affiches, par toutes espèces d'annonces autres que celles faites lors de leur établissement, leur changement de domicile, leur absence et leur retour.

Le Tribunal fédéral¹⁹⁰ a estimé:

«que les autorités genevoises étaient fondées à admettre que les annonces du Dr G. étaient susceptibles de porter atteinte à la dignité du corps médical et par contre-coup à la confiance du public dans les médecins diplômés».

Le Tribunal fédéral a admis que les annonces du Dr G. constituaient à la fois une réclame pour un moyen prophylactique contre les maladies vénériennes et une réclame personnelle pour le médecin inventeur.

«Il est inadmissible — déclare-t-il — qu'un médecin use des procédés de la réclame commerciale proprement dite pour faire connaître son nom et augmenter sa clientèle. S'il était loisible à tout médecin inventeur d'un remède ou d'un traitement particulier de saisir ce prétexte pour se recommander spécialement au public en vantant par des annonces le mérite de son invention, il serait à craindre que le corps médical ne se discréditât gravement.»

Certaines dispositions de la législation fédérale et cantonale, instituent une obligation de renseigner les autorités ou de témoigner en justice. L'Association des médecins du Canton de Genève rappelle: 1^o la loi sur l'assurance militaire et les règles du service de santé de l'armée; 2^o la loi fédérale sur l'assurance-accidents; 3^o la loi sur les déclarations de maladies contagieuses; 4^o la loi genevoise sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales.

¹⁹⁰ ATF 54 I 96.

c) Fautes professionnelles au sens strict

Une faute professionnelle technique peut également motiver le retrait de l'autorisation d'exercer ou provoquer une suspension de la profession. Le médecin doit être compétent. Des fautes professionnelles graves qui prouvent une incapacité ou une légèreté incompatible avec l'exercice de la profession doivent être sanctionnées dans l'intérêt général.

Le Tribunal fédéral¹⁹¹ a rappelé que :

«la garantie de la liberté de l'industrie et du commerce, selon la jurisprudence constante, n'empêche pas les cantons de faire dépendre le libre exercice des professions libérales non seulement de l'obtention d'un certificat de capacité, mais encore dans l'intérêt public d'autres conditions personnelles, telles que d'avoir une bonne réputation, d'être digne de confiance et d'être consciencieux dans l'exercice de sa profession. Les cantons peuvent retirer à l'intéressé l'autorisation de pratiquer sur leur territoire lorsque ces conditions viennent à manquer. Ils peuvent prendre des mesures disciplinaires et aller même jusqu'au retrait définitif ou temporaire de l'autorisation de pratiquer dans le cas où la commission de fautes professionnelles porte atteinte à l'intérêt public; ils peuvent notamment sévir contre les médecins, dans l'intérêt de la santé publique.»

Dans le cas d'espèce jugé par le Tribunal fédéral, un médecin avait diagnostiqué une maladie de Hodgkin chez une de ses malades, collaboratrice d'un orphelinat. Il avait persisté dans ce diagnostic établi par une méthode qui lui était propre sans avoir exclu, par un examen suffisant, l'hypothèse d'une tuberculose alors qu'il avait pu lui-même, de son propre aveu, constater chez la patiente, 5 ans plus tôt déjà, les signes d'une ancienne tuberculose pulmonaire. Malgré cette constatation, il n'avait jamais procédé à un examen radiologique des poumons. Par suite de cette absence d'examen, la malade était demeurée à l'orphelinat à un moment où elle souffrait de tuberculose contagieuse et, sans le vouloir, elle avait contaminé plusieurs enfants confiés à ses soins.

¹⁹¹ ATF 67 I 327.

Une thérapeutique sommaire et insuffisante constitue une faute professionnelle¹⁹². Il en est de même de l'abandon d'un malade en traitement à son domicile, suivi de la mort du malade¹⁹³.

La vie privée du médecin peut être examinée par l'autorité disciplinaire lorsqu'elle met en péril la dignité de la profession. Tel est le cas notamment lorsque les manquements ou les écarts sont connus du public.

Il va de soi que des crimes ou des délits comme des attentats à la pudeur, abus de confiance, vols, doivent provoquer l'intervention des autorités disciplinaires. Il en est de même lorsque le médecin est alcoolique, toxicomane, opiomane. Dans ces cas, c'est non seulement sa vie privée qui n'est pas digne, mais sa capacité professionnelle qui se trouve directement atteinte.

6. Autorités disciplinaires

a) Avocats

On peut distinguer tout d'abord les cantons dans lesquels existent des autorités disciplinaires pour les avocats et les cantons qui n'ont pas de telles autorités (Glaris, Soleure, Appenzell, Rhodes Extérieures).

aa) Dans certains cantons, c'est le Conseil d'Etat qui est l'autorité disciplinaire. Tel est le cas dans les cantons d'Unterwald, d'Argovie, d'Appenzell (Rhodes Intérieures) et des Grisons.

Nous estimons que le pouvoir exécutif n'est pas compétent pour exercer l'autorité disciplinaire à l'égard des professions libérales. On peut évidemment craindre une certaine partialité de la part d'autorités politiques. De plus, le Conseil d'Etat n'est pas qualifié pour apprécier le comportement de médecins ou d'avocats.

¹⁹² Décision de la Commission de surveillance de Genève infligeant un blâme à un médecin.

¹⁹³ Ce comportement a valu, par décision de la Commission de surveillance de Genève, une suspension de six mois au médecin.

bb) Dans d'autres cantons, l'autorité disciplinaire expressément désignée est le Tribunal cantonal ou supérieur.

Tel est le cas pour les cantons de Fribourg (Tribunal cantonal), Bâle-Ville (Cour d'appel), Neuchâtel (Tribunal cantonal). Dans le Canton de Vaud c'est le Tribunal cantonal qui constitue l'autorité disciplinaire sur préavis de la Chambre des avocats. Cette Chambre est composée d'un juge du Tribunal cantonal, du bâtonnier de l'Ordre des Avocats et de trois membres de l'Ordre choisis parmi les anciens bâtonniers et les avocats ayant au moins 20 ans de pratique dans le canton. La Chambre est compétente pour appliquer les peines de l'avertissement, de la censure ou de l'amende. Ses décisions sont sans recours. Lorsque la Chambre estime qu'il y a lieu de prononcer une peine plus sévère, elle transmet la cause, avec son préavis, au Tribunal cantonal. Le préavis de la Chambre ne lie pas le Tribunal cantonal qui peut prononcer sans recours une des peines prévues, soit l'avertissement, la censure, l'amende jusqu'à 1000 fr., la suspension pour deux ans au maximum et le retrait du droit de pratiquer.

Comme nous l'avons déjà dit, les tribunaux ne sont pas spécialement qualifiés pour se prononcer sur les actes des titulaires de professions libérales. Si l'on peut admettre, à la rigueur, le contrôle des juges sur les avocats, un tel contrôle ne se justifie pas pour des médecins, architectes, etc.

cc) Dans d'autres cantons, ce sont des commissions mixtes qui constituent les autorités disciplinaires. A Genève, il existe une commission de surveillance, composée du Procureur général, du Président de la Cour de Justice, du Président du Tribunal de Première Instance, de deux membres nommés par les avocats, de deux membres nommés par le Grand Conseil et de deux membres nommés par le Conseil d'Etat (ces six membres sont en fait des avocats).

La Commission de surveillance est compétente pour infliger les peines suivantes: l'avertissement, la censure, la suspension pour un an au plus ou la destitution.

La destitution et la suspension ne sont prononcées que sous réserve de la ratification du Conseil d'Etat.

A Berne, l'autorité de surveillance est constituée par la Chambre des avocats composée d'un président et de huit membres, choisis par moitié parmi les avocats pratiquants et parmi les magistrats de l'Ordre judiciaire pénal. La présidence est exercée par le Président de la Cour suprême ou un autre membre de cette autorité, à désigner par celle-ci.

Les peines qui peuvent être infligées sont : l'avertissement, la réprimande, l'amende jusqu'à 200 fr., la suspension pour une année au plus, le retrait du diplôme, enfin la réparation du dommage causé et la restitution de ce qui aurait été perçu en trop.

Dans le Canton de Zurich, la Commission de surveillance est composée de sept membres, dont quatre sont nommés par le Tribunal suprême et trois par les avocats.

Le Tribunal suprême élit le président de la Commission. La Commission de surveillance prononce les sanctions, pour autant qu'il ne s'agit pas de peines de police ; elle est également compétente pour modérer les honoraires¹⁹⁴.

Quant au retrait du droit de pratiquer, c'est le Tribunal suprême qui en décide sur préavis de la Commission de surveillance.

La solution des commissions mixtes nous paraît préférable aux deux systèmes dont nous avons déjà parlé. C'est celle que l'on a de plus en plus tendance à choisir¹⁹⁵.

Il serait normal, toutefois, que l'autorité disciplinaire soit exercée par les avocats eux-mêmes sous la présidence de leur bâtonnier. Un tel système existe au Tessin comme nous le verrons plus loin. Il est connu en France, en Allemagne, en Italie, pour ne parler que de nos trois grands voisins.

¹⁹⁴ Les peines prévues sont : l'avertissement, la suspension de deux mois à une année et l'amende jusqu'à 1000 fr.

¹⁹⁵ Une telle commission est prévue selon un projet de loi sur les avocats dans le Canton d'Argovie ; elle comprendrait trois juges nommés par le Grand Conseil et deux avocats désignés par leurs pairs.

Dans le projet du Dr Blass, les commissions de surveillance cantonales gardaient leur compétence, mais un recours était prévu à la Commission de surveillance fédérale composée de trois juges au Tribunal fédéral et de trois avocats. On avait ainsi sauvegardé le principe de la représentation de l'avocat jusqu'au sein de la juridiction suprême de recours.

dd) Pouvoirs disciplinaires exercés par un Conseil de l'Ordre

Dans le Canton du Tessin, l'Ordre des avocats constitue aujourd'hui une organisation professionnelle ayant un caractère de droit public.

Le but de l'Ordre dont font partie d'office tous les avocats, est notamment de protéger les droits et la réputation de ses membres.

Les membres du *Conseil de l'Ordre* sont élus par l'assemblée générale. Le Conseil de l'Ordre exerce un pouvoir disciplinaire pour les fautes professionnelles qui ne sont pas commises lors de l'activité de l'avocat devant les tribunaux. Les peines sont la réprimande et l'amende jusqu'à 100 fr.

En dehors du Conseil de l'Ordre, il existe un *Conseil de discipline* (Consiglio di disciplina forense) composé de deux membres du Conseil de l'Ordre, soit son président et vice-président et de deux juges nommés par le Grand Conseil.

Le Conseil de discipline intervient contre les avocats qui ont commis des abus, des fautes professionnelles.

Les peines prévues sont le rappel à l'ordre, l'amende jusqu'à 500 fr. ainsi que la suspension jusqu'à deux ans. Le Conseil de discipline tranche également les litiges entre avocats et clients au sujet des honoraires.

Davatz¹⁹⁶ écrit au sujet du système tessinois:

«Le léger scepticisme qui a accueilli l'organisation officielle de la profession d'avocat et le règlement du contrôle disciplinaire ne s'est pas révélé justifié. Il y a toujours eu unanimité au sein du Conseil de discipline de telle façon que le président n'a jamais eu à faire usage de sa voix prépondérante.»

¹⁹⁶ Davatz, Die Rechtsanwaltschaft im Gebiete des Kantons Tessin, p. 287.

ee) Projet d'officialisation de l'Ordre des Avocats à Genève

L'Ordre des avocats de Genève qui est pour l'instant une association purement privée dirigée par un bâtonnier, a rédigé un projet tendant à rendre son rôle officiel. En voici les grandes lignes:

Tous les avocats et avocats-stagiaires inscrits au tableau officiel forment l'Ordre des avocats. Les avocats sont soumis à la surveillance et aux décisions du Conseil de l'Ordre. Le pouvoir disciplinaire est exercé en première instance par le Conseil de discipline et en deuxième ressort par la Chambre des appels disciplinaires. C'est le Conseil de l'Ordre qui fonctionne comme Conseil de discipline.

La Chambre des appels disciplinaires est élue pour trois ans et est composée de sept membres: deux désignés par la Cour de Justice, parmi ses membres, deux désignés par le Tribunal de Première Instance, parmi ses membres, et trois choisis parmi les avocats inscrits au tableau, nommés par ceux-ci et non immédiatement rééligibles.

Le pouvoir disciplinaire est compétent pour statuer sur tout manquement commis par un avocat ou un avocat-stagiaire aux devoirs professionnels tels qu'ils sont définis par la loi, le serment, les us et coutumes du Barreau de Genève, et les règles établies par des statuts de l'Ordre des Avocats. Le pouvoir disciplinaire agit d'office ou sur plainte.

C'est le Conseil de discipline qui instruit l'affaire; il peut déléguer à ces fins un ou plusieurs de ses membres.

Le projet nous paraît excellent car il concentre en une instance (sous réserve d'appel) le contrôle disciplinaire qui est aujourd'hui exercé à titre privé par le Conseil de l'Ordre (pour ceux qui font partie de l'Ordre) et à titre public par la Commission de surveillance.

A Genève, il arrive fréquemment que des particuliers, à propos du comportement d'un avocat, s'adressent au bâtonnier et au Conseil de l'Ordre quoique ces derniers n'aient pas de pouvoir officiel. C'est dire l'autorité que le public reconnaît à l'Ordre des Avocats.

Il serait heureux que cette autorité puisse avoir un caractère officiel et que l'ensemble des problèmes se rapportant au Barreau soient contrôlés par le Conseil de l'Ordre sous la direction de son bâtonnier.

ff) Cantons sans autorité disciplinaire

Comme nous l'avons dit, il n'y a pas d'autorité disciplinaire expressément prévue, notamment dans les cantons de Soleure, d'Appenzell (Rhodes Extérieures).

Cette absence d'autorité de contrôle est inadmissible tout spécialement dans des cantons où chacun peut exercer la profession d'avocat.

b) Médecins

Dans certains cantons, l'autorité disciplinaire est exercée soit par le Département de l'Hygiène, soit par le Conseil d'Etat (Berne, Vaud, Fribourg, Bâle-Ville, Genève). Il est parfois adjoint au Département de l'Hygiène une commission consultative. A Genève, par exemple, il existe une «Commission de surveillance des professions médicales et auxiliaires». Elle est composée de onze membres; en font partie de droit et d'une façon permanente: le Conseiller d'Etat chargé du Département de l'Hygiène, le médecin-chef du service médical et prophylactique du service cantonal d'hygiène, le médecin-légiste, le directeur de l'Institut de médecine légale, le médecin-chef directeur de l'Ecole de sages-femmes, le vétérinaire cantonal, le chimiste cantonal. De plus, sont nommés pour trois ans et immédiatement rééligibles:

- 1^o par le Conseil d'Etat trois membres de nationalité suisse, un médecin, un pharmacien et un médecin-dentiste;
- 2^o par le Grand Conseil, deux membres de nationalité suisse.

On voit que les membres de la commission ne sont nullement des délégués des médecins. Ceux qui font partie de la commission s'y trouvent en raison de leur position officielle.

La Commission de surveillance connaît de toutes les affaires qui intéressent l'exercice des professions médicales et auxiliaires.

Dans le Canton de Vaud, c'est le Conseil d'Etat qui peut, selon la gravité des cas et sur le préavis du Conseil de santé, réprimander, suspendre le médecin et même lui retirer la permission de pratiquer.

Les cas prévus sont: l'indignité, l'immoralité, l'incapacité, la négligence, la résistance aux ordres de l'autorité, les procédés frauduleux à l'égard du public.

A Zurich, la direction de la santé constitue l'autorité disciplinaire, mais le retrait du brevet de médecin ne peut être ordonné que par le Tribunal.

Enfin dans certains cantons (Obwald, Zoug, Bâle-Campagne, Appenzell RE) l'autorité disciplinaire est une commission sanitaire.

Le Tribunal fédéral a reconnu dans plusieurs arrêts le pouvoir d'appréciation indépendant de l'autorité administrative, par exemple dans le cas de sages-femmes auxquelles le Conseil d'Etat du Canton de Genève avait interdit d'exercer leur profession à raison d'actes que l'autorité judiciaire n'avait pas jugé punissables¹⁹⁷.

Ainsi, on ne connaît guère, en Suisse, le contrôle des médecins par leurs pairs.

Il semble que davantage encore que pour les avocats, on estime que c'est l'Etat qui doit exercer le contrôle disciplinaire. Certes les autorités officielles se font aider et conseiller par des commissions spécialisées, mais au sein même de ces commissions, les médecins n'ont pas de représentant de leur Ordre. Ceux qui font partie des commissions ne sont pas désignés par leurs confrères, mais en raison de leurs qualités officielles ou en vertu de nominations à caractère politique.

Nous ne pouvons que nous référer à ce que nous avons dit au sujet des avocats: normalement les médecins comme les avocats devraient être jugés par leurs pairs.

¹⁹⁷ Arrêts des 12 juillet 1942 et 20 mai 1943, non publiés.

L'Etat pourrait éventuellement être représenté dans des commissions mixtes, mais il n'est pas normal que ce soit un Département ou un gouvernement cantonal qui se prononce sur le comportement d'un médecin, même sur préavis d'une commission.

L'influence française n'a pas pu s'exercer dans ce domaine puisque l'Ordre des médecins français est de création récente. Il faut souhaiter que les médecins prennent conscience du fait qu'ils n'ont pas seulement intérêt à défendre leurs droits au sein de leurs associations privées, mais dans tout ce qui touche à la pratique de leur profession et notamment à l'exercice du pouvoir disciplinaire.

7. Peines disciplinaires

a) *Avocats*

Parmi les peines qui peuvent être infligées par les autorités disciplinaires, il faut mentionner tout d'abord:

aa) l'avertissement qui est prévu par exemple dans les cantons de Genève, Vaud, Berne et Tessin et qui est dénommé «rappel à l'ordre» dans le Canton de Fribourg.

Il s'agit là de la peine la moins sévère dont le but est d'attirer l'attention de l'avocat sur le caractère anormal de son comportement.

bb) Il faut distinguer de l'avertissement la censure (*Verweis*) qui est mentionnée dans les lois genevoise, fribourgeoise, vaudoise, bernoise, zurichoise, et qui est dénommée «réprimande» dans le Canton de Neuchâtel. La censure a un caractère plus grave que l'avertissement.

cc) *L'amende* est prévue dans certains cantons: Neuchâtel, Fribourg, Berne, où elle peut aller respectivement jusqu'à 200 ou 300 fr., Zurich et Vaud, où elle peut atteindre 1000 fr.

Les peines que nous avons vues jusqu'ici n'empêchent pas le professionnel de poursuivre son activité. Il arrive cependant que l'acte commis par l'avocat soit assez grave pour que les autorités décident de suspendre son activité.

dd) *La suspension* est prévue notamment à Genève, Berne, Zurich et Fribourg pour une durée maximum d'une année, à Bâle-Ville, Neuchâtel et Vaud au plus pour deux ans.

ee) *La destitution ou retrait de l'autorisation de pratiquer*

Il faut distinguer le retrait de l'autorisation de pratiquer, décidé par les organes qui l'avaient donnée précédemment, et le retrait imposé par l'autorité disciplinaire.

Le retrait intervient dans le premier cas lorsque les conditions qui ont permis l'autorisation n'existent plus¹⁹⁸.

Si l'autorisation d'exercer certaines professions comme celles d'avocat et de médecin est soumise à des conditions: (nationalité, exercice des droits civils et civiques, situation financière saine, etc.), et que ces conditions viennent à disparaître, il est normal que l'autorité qui a autorisé l'exercice de la profession puisse également l'interdire.

Mais le retrait du droit d'exercer la profession peut également intervenir par décision de l'autorité disciplinaire. Elle constitue alors la peine la plus grave qui puisse être affligée puisqu'il s'agit d'une véritable «mort professionnelle»¹⁹⁹.

Dans les cantons où l'autorisation de pratiquer n'est donnée notamment qu'à celui qui jouit d'une bonne réputation, on pourrait considérer que l'autorité qui l'accorde peut également la retirer lorsqu'un fait est survenu qui met fin à la bonne réputation de l'intéressé. Le Tribunal fédéral semble l'admettre de façon assez générale:

«Da der Anwaltsberuf auch in Zürich als freier Beruf, nicht als Amt gilt, ist der Beschwerdeführer grundsätzlich berechtigt, den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit anzurufen. Diese

¹⁹⁸ Les autorités cantonales peuvent retirer l'autorisation précédemment accordée, JdT 1946, p. 122. Comme l'autorisation d'exercer une profession de mécanicien dentiste, le retrait de l'autorisation est un acte de police du commerce qui, selon sa nature, est de la compétence de l'autorité administratrice. TF du 26 janvier 1934.

¹⁹⁹ Cette mesure n'est pas prévue au Canton du Tessin.

läßt nur polizeiliche Beschränkungen der Berufsausübung zu. Danach darf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes die Zulassung zum Beruf außer vom Befähigungsausweis noch von bestimmten persönlichen Eigenschaften, wie insbesondere dem Besitz der bürgerlichen Rechte, einem guten Leumund, Ehrenhaftigkeit und Zutrauenswürdigkeit, abhängig gemacht werden, und es darf die erteilte Bewilligung durch die zuständigen kantonalen Verwaltungs- oder Disziplinarbehörden wieder zurückgenommen werden, wenn jene Voraussetzungen nicht mehr vorhanden sind».²⁰⁰

Cependant dès qu'il y a une autorité de surveillance (autorité disciplinaire), c'est elle et elle seule seule qui doit infliger les sanctions et prendre les décisions convenables chaque fois qu'il y a eu faute disciplinaire au sens large, c'est-à-dire chaque fois que le comportement du professionnel est contraire à sa dignité et à sa réputation; sinon on rendrait illusoire le contrôle de l'autorité spécialement désignée à cet effet.

Fehlmann le précise aussi lorsqu'il écrit²⁰¹:

«Dagegen bestehen die Handlungen der polizeilichen Überwachungsmöglichkeit nicht in einer Kontrolle über die Erfüllung der Berufspflichten — hier amtet die Disziplinarbehörde, — sondern allein in der Beobachtung, ob das Berufsverbot beachtet wird.»

*

Nous l'avons dit, la destitution ou la radiation constitue la peine la plus grave que puisse infliger l'autorité disciplinaire. Cette dernière ne prendra une telle décision que dans les cas extrêmes, lorsqu'il est dans l'intérêt absolu de la collectivité que le professionnel ne puisse plus exercer et que ses agissements exigent qu'une sanction de cette importance soit prise.

Indiquons encore que Fribourg connaît encore comme peine la *publication de la décision* et qu'à titre de mesures disciplinaires, le Canton de St-Gall prévoit le dépôt d'une *caution* jusqu'à 5000 fr.

²⁰⁰ ATF 71 I 377; 71 I 9. Arrêt du Tribunal fédéral du 14 octobre 1948, non publié.

²⁰¹ Op. cit. p. 131.

b) Médecins

Les peines disciplinaires appliquées aux médecins se rapprochent évidemment de celles qui peuvent être infligées aux avocats. On connaît aussi, selon les cantons, l'avertissement (Vaud), la censure (Verweis) (Zurich, Bâle-Ville, Vaud), l'amende (Schaffhouse, Thurgovie).

A Genève, quoique la loi de 1926 ne prévoie que la radiation, la Commission de surveillance, selon la jurisprudence, prononce également l'avertissement et le blâme. C'est le Département de l'Hygiène qui ratifie la décision de la Commission. Il s'agit-là de l'exemple assez extraordinaire d'une sanction, non prévue par la loi et appliquée par une commission administrative. Il y aurait certainement avantage à ce que la situation soit régularisée par des dispositions expresses.

Comme nous l'avons déjà dit, la radiation est prononcée par le Conseil d'Etat sur préavis de la Commission de surveillance.

Dès le moment où les cas de radiation sont expressément prévus par la loi, il ne semble pas que l'on puisse en envisager d'autres. La règle selon laquelle l'autorité qui a permis l'exercice peut l'interdire si les conditions d'exercices ne sont plus réalisées, ne s'appliquerait pas en l'espèce.

Les termes « agissements professionnels » doivent être compris dans un sens large. Il ne s'agit pas seulement de la pratique professionnelle, mais du comportement du médecin dans son cabinet, les hôpitaux, cliniques, etc. Celui qui violence une cliente venue le consulter dans son cabinet, se rend coupable d'un agissement professionnel incorrect et tombe directement sous le coup des règles disciplinaires.

c) Remarque sur le prononcé des peines

En prononçant une peine disciplinaire, l'autorité tiendra compte, avant tout, du but de la sanction qui est d'assurer l'ordre dans la profession et la dignité de celle-ci. Cependant, elle n'oubliera pas que la sanction peut avoir pour le pro-

fessionnel des conséquences extrêmement graves. Même une légère peine disciplinaire comme l'avertissement, la réprimande ou l'amende constitue pour l'avocat ou le médecin sensible à l'honneur professionnel, une décision douloureuse.

Si certains actes sont indiscutablement des violations des devoirs professionnels et méritent une sanction sévère, d'autres peuvent apparaître comme plus légitimes et défendables.

Les avocats et les médecins les plus consciencieux et scrupuleux peuvent commettre à l'occasion des erreurs de jugement qui parfois constituent des fautes professionnelles.

Il ne faut pas oublier que l'avocat (comme le médecin) pratique un métier difficile, qu'il est constamment amené à lutter dans des situations délicates, désespérées parfois. Il doit souvent agir et se décider avec une grande rapidité et choisir ses moyens sans pouvoir toujours y consacrer le temps nécessaire. L'avocat ne doit pas être exagérément gêné par la crainte de heurter des usages et des règles professionnelles. Généralement la règle disciplinaire applicable sera celle que chacun et tout spécialement chaque confrère du lieu considère comme évidente. Pour le reste, l'avocat fixera son comportement selon sa conception personnelle et selon sa conscience.

L'avocat et le médecin ont le droit de pratiquer dès qu'ils ont acquis leurs diplômes respectifs. Il n'y a pas de *numerus clausus*. L'intérêt relatif que peut avoir la société à ce que le nombre des titulaires de professions libérales soit limité²⁰² ne saurait jouer un rôle dans la décision des autorités disciplinaires.

Il ne s'agit pas ici de défendre ceux qui peuvent commettre des fautes disciplinaires mais de rappeler encore qu'une sanction ne doit intervenir qu'après un examen approfondi du cas et en tenant compte de la personne de l'intéressé.

²⁰² En réservant l'exercice de la profession aux plus capables, par exemple.

d) Rapport de la peine disciplinaire avec l'article 54 CP

Le Code pénal prévoit, en son article 54, que lorsqu'un crime ou un délit a été commis dans l'exercice subordonné à une autorisation officielle, d'une profession, d'une industrie ou d'un commerce, et lorsque le délinquant a été à raison de cette infraction, condamné à une peine privative de liberté supérieure à trois mois, le juge, s'il y a lieu de craindre de nouveaux abus, pourra interdire au condamné l'exercice de sa profession, de son industrie ou de son commerce pour une durée de six mois à cinq ans.

Le but de cette sanction, écrit Logoz, n'est pas d'aggraver la peine principale, mais d'assurer au public une protection préventive contre les manquements aux devoirs professionnels dont il est menacé. Plus encore qu'en ce qui concerne la destitution de fonctionnaire, on peut penser ici qu'il s'agit en réalité d'une mesure plutôt que d'une peine accessoire²⁰³.

Nous ne pensons pas que les Tribunaux pénaux, composés parfois de jurés, soient très compétents pour infliger la peine prévue à l'article 54 CP.

Le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 5 novembre 1945 précise que le droit basé sur l'article 54 laisse intact celui des autorités cantonales professionnelles ou de surveillance de retirer momentanément ou définitivement une autorisation précédemment accordée. Cela ressort déjà du fait que l'article 54 ne prévoit l'interdiction judiciaire que pour les professions dont l'exercice dépend d'une autorisation officielle et suppose par conséquent que cette condition est licite²⁰⁴. Si donc, expose le Tribunal fédéral, pour certaines professions une autorisation professionnelle de police doit avant comme après être demandée dans les limites de l'article 31 CF, et peut être subordonnée à certaines exigences, en particulier à certaines qualités personnelles, elle doit aussi pouvoir être retirée par l'autorité qui l'a accordée,

²⁰³ Commentaire du Code pénal suisse, p. 233.

²⁰⁴ JdT 1946, p. 114.

lorsque ces exigences ne sont plus réalisées, à moins que le droit cantonal lui-même ne permette le retrait que par décision judiciaire.

Les points de vue du juge et de l'administration sont différents. Le premier examine si le délinquant peut ou mérite d'être frappé de la *peine* accessoire de l'interdiction, la seconde recherche s'il montre un tel oubli de ses devoirs professionnels qu'on doit, par une mesure de police sanitaire, lui défendre d'exercer sa profession²⁰⁵.

On ne peut déduire de l'article 54 CP une limitation de temps pour le retrait administratif (disciplinaire) de l'autorisation d'exercer une profession²⁰⁶.

e) Demande d'exercer la profession après une interdiction de pratiquer

Il arrive qu'après l'interdiction de pratiquer ou la destitution, la personne qui s'est vu infliger une telle sanction demande à pouvoir exercer à nouveau son ancienne profession. Une décision disciplinaire de retrait de pratiquer une profession n'est, dans la règle, pas limitée. Il est du reste toujours possible à l'intéressé de présenter une demande de réintégration dans ses droits. Notons à ce sujet une exception qui se trouve dans la loi zurichoise. Celle-ci prévoit que la personne, qui se voit interdire d'exercer la profession d'avocat, parce qu'elle n'est plus digne de confiance, ne peut plus recevoir l'autorisation d'exercer avant un délai de dix ans. Dans ces circonstances particulières, ce délai peut être réduit à cinq ans.

Le Tribunal fédéral s'est occupé à plusieurs reprises d'une demande d'exercer à nouveau une profession après une destitution²⁰⁷.

Dans une affaire X contre Tribunal cantonal de St-Gall²⁰⁸, il dit notamment:

²⁰⁵ Arrêt du Tribunal fédéral, du 20 mai 1943, non publié.

²⁰⁶ JdT 1946, p. 114.

²⁰⁷ Arrêts non publiés des 27 février 1947 et 19 février 1948.

²⁰⁸ JdT 1946, p. 125.

« Il faut nécessairement laisser aux autorités cantonales, responsables de la protection des personnes qui ont besoin de l'assistance juridique, un large pouvoir d'appréciation...

Quant à la bonne réputation exigée pour l'exercice d'une profession, pas plus du point de vue du droit cantonal que de l'article 31 CF on ne peut contester l'opinion selon laquelle en cas d'anciens manquements, le seul fait négatif que le requérant n'a pas commis de nouvelles fautes, est insuffisant, mais qu'on peut exiger, pour pouvoir admettre un changement dans sa mentalité et caractère, la preuve de faits positifs donnant la garantie que la fermeté morale qui lui manquait précédemment existe maintenant.

Les exigences de preuves doivent être à cet égard, à la mesure des anciens manquements.»...²⁰⁹

f) Compétence des autorités disciplinaires

L'autorité disciplinaire ne s'exerce évidemment que contre les membres des groupements qui échappent dans la règle à toute sanction lorsqu'ils ne font plus partie du groupe. Cependant, pour éviter des démissions qui mettraient un avocat à l'abri d'une sanction justifiée, (ce qui lui permettrait de faire, plus tard, une demande de réintégration) l'article 30, alinéa 3 de la loi zurichoise prévoit que la renonciation à l'exercice de la profession peut être refusée lorsque le retrait de l'autorisation d'exercer est imminent.

De son côté la Commission de surveillance de Genève a déclaré que l'avocat répondait de tous les actes qu'il avait commis comme avocat qu'il soit démissionnaire ou non²¹⁰.

Quant à l'effet de la sanction, il se fait sentir à l'intérieur du canton seulement. Les autres cantons sont libres de prendre à leur tour une sanction s'ils le jugent utile.

Le fait qu'un avocat se soit vu infliger une peine dans un canton n'empêche donc nullement qu'il se voie condamné à nouveau pour le même acte dans d'autres cantons. Si la chose ne se produit pas fréquemment, c'est que les

²⁰⁹ La Commission de surveillance de Genève s'est déclarée incompétente pour statuer sur une demande de réinscription au tableau formulée par un avocat à la suite de sa destitution. 17 mai 1923, Perrot, SJ 1943, p. 562.

²¹⁰ Perrot, SJ 1943, p. 561.

avocats ne pratiquent en général que dans un seul canton. Il est sans importance que l'acte ait été commis dans le canton ou hors du canton ou même hors du pays. Le principe de la prescription n'est pas applicable. L'autorité de surveillance pourra cependant tenir compte du fait qu'une faute remonte à un temps éloigné.

Nous avons déjà vu que les autorités disciplinaires avaient essentiellement à juger du comportement *professionnel* de l'avocat ou du médecin. Elles peuvent, cependant, tenir compte également de sa vie privée lorsque celle-ci met en péril la dignité de la profession²¹¹.

8. Procédure disciplinaire

Nous savons que la plupart des règles applicables aux avocats ne sont pas écrites et qu'elles dépendent d'usages locaux ou professionnels. C'est pourquoi le principe *nulla poena sine lege* ne peut pas être appliqué dans ce domaine²¹². De plus, nous l'avons dit, vu la nature du droit disciplinaire, le principe *ne bis in idem*; pas plus que celui de la non-rétroactivité de la loi et celui de la prescription ne peuvent être invoqués.

Le droit disciplinaire des professions libérales et notamment de celles d'avocat et de médecin est mal organisé et l'on peut craindre qu'en méconnaissant les principes les plus courants du droit, on prive les avocats comme les médecins de la possibilité de se défendre selon les règles de la justice et de l'équité.

De plus, les règles de procédure sont extrêmement rares, sinon inexistantes, ce qui enlève aux intéressés des garanties importantes.

Le droit disciplinaire des fonctionnaires, par contre, est organisé en général de façon très précise. Il prévoit les règles de procédure, des recours contre les sanctions du pouvoir exécutif, (que ce dernier ne se permet même pas

²¹¹ ATF 71 I 378; 71 I 10.

²¹² Arrêt TF 6 novembre 1947, non publié.

toujours de prendre lui-même, du moins pas sans l'avis des commissions consultatives). Les professionnels indépendants, par contre, doivent se contenter du recours de droit public et du recours en violation des articles 31 et 33 de la Constitution. Ce système n'est pas satisfaisant, car c'est dans la première phase de la procédure cantonale que l'intéressé doit être à même de faire valoir ses moyens de la façon la plus complète. Dans la phase fédérale, il est souvent trop tard.

Il est absolument anormal qu'il manque une procédure bien organisée dans le domaine essentiel qu'est l'exercice des professions libérales. Certes, on ne saurait prétendre qu'il y ait eu fréquemment des abus, mais des abus sont possibles et cela suffit pour qu'on signale l'imperfection du système. Le fait que toute une série de principes du droit commun ne peuvent être appliqués au droit disciplinaire, vu sa nature particulière, ne doit pas permettre des procédures sommaires où les droits les plus sacrés de la défense sont bafoués. Les professionnels poursuivis dont la situation est malgré tout proche de celle des accusés pénaux, doivent bénéficier des garanties essentielles accordées à ces derniers.

Nézard²¹³ le demandait déjà en 1909 :

«Au nombre de ces garanties fondamentales qui président à l'administration de la justice, il faut placer en premier et au-dessus de toutes les autres parce qu'elles ne sont que des corollaires, celle que la Révolution a inscrite dans l'article 14 de la Déclaration des droits de 1793 et reproduit dans l'article 11 de celle de l'an III, à savoir que «nul ne doit être jugé et puni qu'après avoir été entendu ou légalement appelé».

Ce principe est le principe fondamental du droit disciplinaire ; il est le seul par lequel les juridictions disciplinaires se sont considérées comme liées, parce que libres du côté de l'incrimination, elles ne pouvaient accorder de garanties que du côté de la défense. Or, le principe constitutionnel déjà énoncé par le droit romain réunit à peu près toutes les garanties éventuelles à l'administration d'une bonne justice et la Cour de cassation, qui en fait son seul guide en matière disciplinaire, l'a résumé en celui du respect des droits de la défense.

²¹³ Op. cit. p. 110.

Ce droit naturel et constitutionnel absolu et inviolable, sanctionné par la nullité de toute décision qui l'a violé, se traduit par quelques règles ou actes juridiques imposés à l'accusation et à la juridiction ou permis à la défense. Ainsi, il postule une citation en justice, avec la notification à l'accusé des faits qui lui sont reprochés, car il ne peut se défendre que quand il sait ce dont il est accusé — avec la désignation de la juridiction devant laquelle il doit paraître et l'accord d'un délai nécessaire pour la préparation de la défense, sinon il y aurait lieu à jugement par défaut avec le droit d'opposition pour faire tomber ce dernier.

Il donne à l'accusé le droit de comparaître personnellement, de se défendre lui-même, sauf devant les juridictions où la procédure est écrite ou au contraire, de se faire assister d'un conseil, de contrôler l'instruction et d'avoir communication de toutes les pièces et de tous les témoignages pour les pouvoir discuter.»

Essayons de préciser quels sont les droits de toute personne menacée de sanctions disciplinaires.

1. Dans tous les cas l'intéressé doit être entendu ou dûment convoqué en vue de son audition.

Aucune sanction ne peut être prise contre lui sans qu'il ait eu la possibilité de se défendre et de s'expliquer. Au cas où les faits reprochés à l'intéressé sont d'une gravité particulière, l'autorité disciplinaire pourra prendre, d'urgence, une décision de suspension provisoire.

2. L'intéressé doit pouvoir se faire assister par un avocat.

L'exclusion de l'assistance d'un avocat est absolument inadmissible lorsque des intérêts essentiels sont en jeu.

3. L'intéressé doit pouvoir offrir de prouver des faits pertinents, selon les règles usuelles de la procédure. Au cas où l'intéressé est soumis à une instruction pénale, la commission disciplinaire pourra, dans la règle, se référer à cette instruction.

Dans certains cas cependant, lorsque l'intéressé rendra vraisemblable qu'une instruction disciplinaire spéciale est nécessaire (malgré l'instruction pénale déjà faite) une telle mesure sera ordonnée. Le jugement pénal n'a pas d'influence nécessaire sur la décision disciplinaire. Il se peut parfaitement que l'intéressé soit acquitté pénalement et soit néanmoins l'objet d'une instruction et d'une sanction disci-

plinaires. On peut également prévoir le cas inverse, quoique plus rarement, puisque par définition, le droit disciplinaire est plus sévère que le droit pénal.

4. L'intéressé doit pouvoir être confronté avec les plaignants, les accusateurs ou les témoins et prendre connaissance de toutes les pièces dont il est fait état auprès des autorités disciplinaires.

*

Dans le Canton de Genève la loi prévoit la possibilité d'une enquête préparatoire à laquelle procèdent un ou plusieurs membres de la Commission.

A Zurich, des témoins et des experts peuvent être entendus selon les prescriptions de la loi de procédure pénale. L'intéressé a le droit de prendre connaissance des actes et de présenter un mémoire sur les résultats de l'enquête dans un délai convenable. Il peut recourir contre la décision de suspension de la Commission de surveillance au Tribunal suprême dans un délai de 10 jours.

Dans le Canton de Berne, la procédure est orale ou écrite, selon ce que décide la Chambre des avocats. Une fois terminée l'administration des preuves, l'occasion sera donnée aux parties, dans une mesure égale pour l'une et l'autre, de présenter leurs observations.

Dans le Canton de Neuchâtel, c'est le Tribunal cantonal qui, après avoir reçu la plainte, délègue un de ses membres pour procéder à une enquête au cours de laquelle l'avocat doit être entendu.

A Genève et à Neuchâtel, les dispositions concernant la récusation des juges sont applicables aux membres de l'autorité disciplinaire.

Selon la loi fribourgeoise du 17 novembre 1898, la plainte ou dénonciation est adressée par écrit au Tribunal cantonal. Le président en fait remettre une copie à l'inculpé en fixant un délai pour la réponse. En cas de silence, le Tribunal peut admettre les faits incriminés. Le président instruit et soumet le résultat de l'enquête au Tribunal cantonal. Celui-ci fixe dans chaque cas la procédure à suivre.

On voit par ces quelques exemples que la procédure disciplinaire prévue dans les cantons nommés ci-dessus est très incomplète; dans d'autres cantons, elle est inexistante.

Pour les médecins, la procédure disciplinaire n'est pas mieux organisée.

La question n'est pas tellement de prévoir tous les détails de la procédure que de donner pratiquement à l'intéressé la possibilité de s'expliquer, de se défendre, de connaître les faits qui lui sont reprochés et de pouvoir justifier son attitude. Les autorités doivent «connaître» l'intéressé de même qu'un tribunal pénal doit «connaître» l'accusé.

Si les règles élémentaires de la justice et de l'équité ne sont pas observées, on devra admettre alors que la décision est entachée d'arbitraire et qu'un recours de droit public devrait entraîner son annulation. Mais comme déjà dit, le contrôle du Tribunal fédéral dans de telles conditions ne nous paraît pas suffisant.

*

Si l'on pense aux différentes lacunes du droit disciplinaire des professions libérales, on doit admettre que les abus dont nous avons parlé plus haut peuvent facilement se produire:

1^o tout d'abord, du fait que l'avocat ou le médecin sont parfois comparés à des fonctionnaires soumis à l'autorité de l'Etat;

2^o du fait de l'absence inévitable de règles professionnelles précises;

3^o du fait que les règles professionnelles ne peuvent être définies en principe que par les pairs et non par des étrangers à la profession;

4^o du fait que la juridiction disciplinaire est exercée dans certains cantons par le pouvoir exécutif incompétent en la matière et éventuellement partial;

5^o du fait de la conception erronée que l'on a fréquemment de la nature du droit disciplinaire qui constituerait un droit administratif fondé sur le seul principe de l'opportunité.

Toutes ces circonstances s'ajoutant parfois les unes aux autres, il n'y a pas de doute que la situation actuelle offre un réel danger auquel il convient de remédier.

Conclusion

Les professions libérales, si elles ont perdu leur caractère de « carrières distinguées » dont l'exercice est réservé à certaines catégories de personnes, ont conservé par contre toute leur importance sociale au cours des siècles. Le développement de la science, du commerce et de l'industrie, ainsi que des besoins humains, n'a fait qu'étendre le champ d'activité des médecins, des avocats, des architectes et ingénieurs et provoqué la création de nouvelles carrières libérales.

Ces professions sont de plus en plus scientifiques, ce qui explique qu'elles ne puissent être normalement pratiquées que par des personnes ayant une formation particulière. Le professionnel tend à devenir toujours davantage un spécialiste non seulement à l'égard de la collectivité mais même de ses confrères. Cette spécialisation n'exclut du reste pas des connaissances et une culture générales.

Celui qui exerce une activité libérale ne saurait oublier qu'il accomplit une mission sociale en raison de la confiance qu'il inspire, des connaissances scientifiques qu'il a acquises et de la grande utilité des services qu'il peut rendre. Si l'importance de certaines carrières justifie que l'Etat s'assure qu'elles sont exercées avec compétence et dignité, ces carrières n'en restent pas moins des activités privées, soumises aux seules règles professionnelles. Le contrôle disciplinaire devra être exercé par les professionnels eux-mêmes.

Le droit disciplinaire est d'une nature assez spéciale car, s'il se distingue par de nombreux côtés du droit pénal, il n'est pas moins influencé par lui à certains égards. Celui qui a obtenu l'autorisation d'exercer une profession libérale ne peut être, dans la règle l'objet d'une sanction qui ne soit pas adaptée à sa faute. La sanction disciplinaire ne saurait

être infligée sans que l'intéressé ait bénéficié des garanties usuelles qui sont données aux accusés dans les pays civilisés.

Certes, le droit disciplinaire est en partie inspiré par les principes de l'opportunité et de la nécessité, mais cela ne justifie pas des décisions arbitraires ou hâtives prises sans égard aux principes classiques de justice et d'équité.

Si l'on admet que les titulaires des professions libérales jouent un rôle utile aujourd'hui comme par le passé, on leur reconnaîtra aussi l'indépendance la plus grande qui seule peut leur permettre d'accomplir convenablement leur mission ²¹⁴.

²¹⁴ Nous nous sommes laissé dire par des confrères que dans un de nos cantons un « ancien » escroc exerçait la profession libre « d'avocat » (comme il avait purgé sa peine, rien ne s'y opposait, en l'absence d'autorités et de sanctions disciplinaires). Dans un autre canton, un avocat (diplômé) était menacé de se voir suspendre ou radier parce qu'il avait tenu des propos violents à l'égard du Gouvernement. Les deux exemples dont nous n'avons pas pu vérifier la réalité, sont de toute façon vraisemblables.

L'état actuel de la législation et la conception que l'on se fait parfois du rôle de l'avocat rendent possibles de telles situations. Ces deux exemples illustrent de façon frappante la nécessité de certaines réformes.

Thèses

Nous terminerons ce travail en présentant quelques propositions:

I

La profession libérale est une profession scientifique qui ne peut être exercée que par ceux qui ont acquis les connaissances nécessaires dans les Universités et Hautes Ecoles et par des stages pratiques.

Les professionnels qui répondent à ces conditions jouissent d'un monopole. Il découle notamment de cette règle que l'avocat est seul habilité à représenter les parties devant les tribunaux et que son activité ne saurait être exclue de certaines juridictions.

Les professions libérales ne peuvent être exercées que dans la liberté et l'indépendance et ne sauraient notamment être soumises au pouvoir de l'Etat.

II

Les professions libérales sont des professions privées, même lorsque leur importance justifie une intervention de l'Etat. Cette intervention ne doit consister que dans l'organisation du contrôle de capacité et du contrôle disciplinaire.

Ce contrôle, à caractère officiel, doit être exercé par les professionnels ou par leur Conseil.

III

Le droit disciplinaire est un droit à caractère spécial qui, s'il se distingue du droit pénal à de nombreux égards, n'en doit pas moins être soumis à des principes de justice et d'équité.

Celui qui exerce une profession libérale et qui est menacé d'une sanction disciplinaire doit bénéficier des protections généralement accordées aux accusés en vertu des droits de la défense.

L'autorité disciplinaire en fixant la peine, ne tiendra pas compte uniquement des principes d'opportunité ou de nécessité, mais également de la situation personnelle de l'intéressé et de son comportement.

Bibliographie

- Appleton, Jean: Traité de la profession d'avocat, Paris 1923.
- Blass, Robert: Avant-projet d'un texte nouveau de l'article 33 de la Constitution fédérale concernant l'exercice de la profession d'avocat et d'une loi fédérale sur les avocats.
- Blumer, J.J.: Staats- und Rechtsgeschichte, tome II, St-Gall 1858.
- Braun, André: L'Ordre des Médecins, Paris 1941.
- Burckhardt, Walther: Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung, Berne 1931.
- Burckhardt et Salis: Droit fédéral suisse, tome II, Neuchâtel 1931.
- Cicéron: Les Offices (traduction Du Bois), Paris 1714.
- Cornu, Charles: Semaine Judiciaire 1942, p. 609 et ss.
- Davatz, Florian Emil: Die Rechtsanwaltschaft im Gebiete des Kantons Tessin.
- Desplas et Robin: L'avenir de la Médecine en France.
- Fehlmann, Max: Die rechtliche Stellung der freien wissenschaftlichen Berufe, Berne 1946.
- Fleiner et Giacometti: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich 1949.
- Fleiner, Fritz: Droit administratif allemand.
- Fleiner, Fritz: Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.
- Guhl, Théo: Traduction Des Gouttes, Le Droit fédéral des Obligations.
- Guilloud, Dr: Semaine médicale, dès le 30 septembre 1950.
- Haftner, Ernst: Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Berlin 1926.
- Jaspers, Karl: Die Idee der Universität.
- Logo, Paul: Commentaire du Code Pénal Suisse.
- Magnus, Julius: Die Rechtsanwaltschaft, Leipzig 1929.
- Martin-Achard, Edmond: Le rôle de l'avocat, Genève 1950.
- Nef, Hans: Fiche Juridique 619.
- Nézar, Henry: Les principes généraux du droit disciplinaire, Paris 1903.
- Oser et Schönenberger: Obligationenrecht V 2.

304a Edmond Martin-Achard: La discipline des professions libérales

Pâyen, Fernand: Le Barreau.

— Les règles de la profession d'avocat, Paris 1936.

Perrot, Raymond: Semaine Judiciaire 1943.

Plagnol, Ruppert et Rouast: Traité élémentaire de droit civil, tome XI.

Rolland, Louis: Précis de droit administratif, Dalloz 1943 p. 1.

Rosenstiel, Hugo: Fiche Juridique 846.

Salis et Burckhardt: Droit fédéral suisse 1905.

Savatier, Jean: Etude Juridique de la profession libérale, Paris 1947.

Savatier, R.: Cours de droit civil.

Schollenberger, J.: Bundesverfassung der Schweiz.

Spielmann, F.: Organisation du notariat en Suisse, Lausanne 1936.

Thélin, Marc Henri: La responsabilité civile du médecin, Lausanne 1943.

Thilo, Emile: La responsabilité professionnelle du médecin, Lausanne 1936.