

Discours de réception de Monsieur Philippe Bertaud



L'avocat et le droit, entre hier et aujourd'hui

Introduction

L'usage veut que tout nouveau membre d'une Académie prononce un discours de réception ; cet usage est heureux, et j'ai le plaisir d'y souscrire aujourd'hui devant vous.

Mais l'usage veut également que le Président de l'Académie réponde à ce discours ; il était donc naturel qu'il m'en suggérât le sujet, et qu'il me demandât de le consacrer à ma profession d'avocat.

La chose était naturelle, mais à l'épreuve, ce sujet s'avéra singulièrement difficile. En effet, la profession que j'exerce aujourd'hui est depuis une cinquantaine d'années, à l'image de notre droit, en large extension, en profonde mutation, et donc en crise.

Ainsi, le Barreau de Nancy qui comptait dans les années 1960 une soixantaine d'avocats, en compte désormais plus de 300. Certes cette explosion en nombre est pour partie la conséquence de la fusion de la profession d'avocat avec celle d'avoué de première instance en 1971, et en 1992 avec celle de conseil juridique ; mais pour partie seulement, car depuis 1992 le nombre des avocats français a encore plus que doublé^[1].

En fait, cette explosion en nombre suppose un profond changement en nature, non seulement de la profession d'avocat, mais aussi du droit qui en fournit la matière, et donc du rapport que notre société entretient avec le droit. Qu'en est-il de cet éventuel changement de notre rapport au droit ? Qu'est-ce d'ailleurs que le droit ; et qu'est-ce qu'un avocat ? Pour tenter de répondre à ces questions, nous esquisserons une brève histoire de l'avocat et du droit français ; puis nous considérerons quel peut être aujourd'hui, face à un nouveau droit, le rôle des nouveaux avocats.

Histoire de la profession d'avocat et des autres professions du droit

Définition de l'avocat

Qu'est-ce donc qu'un avocat ? Selon le Littré, c'est « *celui qui est appelé au secours* ». L'homme qui appelle ainsi n'est pas menacé dans son corps ; l'avocat n'est ni un guerrier, ni un médecin ; mais cet homme est menacé dans son droit, que ce droit soit conforme à la loi, ou conforme à la justice.

Depuis en effet que le droit existe, depuis qu'il « *régit les rapports des hommes en société* »^[2], depuis surtout que les sociétés se compliquent, l'homme, pour l'assister ou le défendre, mais aussi le souverain, pour dire ou créer ce droit, ont été contraints d'appeler un autre homme à leur secours.

Histoire de la profession d'avocat

Certes pendant longtemps certaines fonctions ou professions relatives au droit ont été ignorées. Ainsi la loi athénienne ignore l'avocat. En revanche la loi romaine le connaît ; elle en règle l'activité, et elle lui donne son nom ; ou plutôt l'un de ses nombreux noms, car on distinguait déjà celui qui plaidait et qui portait le nom de *patronus* ou d'*orator*, et celui qui conseillait et qui s'appelait *advocatus* ou *laudator*.

Toutefois, après la chute de l'Empire romain d'Occident, tous ces juristes disparurent, et en France il fallut attendre l'an 1274, pour qu'une ordonnance de Philippe le Hardi fixe une première réglementation de la profession d'avocat.

Cette profession devint ou redevint alors et non sans paradoxe, à la fois une profession réglementée et une profession libérale : une profession réglementée, parce que le droit et la justice sont des services publics qui sont eux-mêmes réglementés et que, pratiquant la plaidoirie, les avocats sont des « *auxiliaires de justice* » ; mais aussi une profession libérale, parce que, pratiquant également le conseil, cette profession requiert l'intelligence et l'indépendance de ceux qui l'exercent.

Ainsi donc établis, sinon rétablis, les XIV^e et XV^e siècles, puis les XVIII^e et XIX^e siècles furent propices aux avocats. En revanche les XVI^e et XVII^e siècles leur furent moins favorables, ainsi que le XX^e siècle.

Histoire des autres professions du droit

Très tôt en effet, les avocats durent compter avec d'autres professions : d'abord avec les notaires et les procureurs ; plus tard avec les agents d'affaires et les conseils juridiques.

Les notaires seront ainsi établis « *officiers publics, pour recevoir et passer les*

contrats, les obligations et toutes sortes d'actes»^[3] ; quant aux procureurs, ou avoués, ils seront « *chargés de représenter les parties (.) et de faire en leur nom les actes de procédure civile* »^[4].

Mais si de telles distinctions de fonctions, et donc de professions, sont possibles, elles ne sont pas nécessaires ; ainsi en France la profession d'avoué a récemment fusionné avec celle d'avocat, et en Angleterre les fonctions de notaire et d'avoué sont assumées par les *solicitors*.

Il existe en revanche une autre distinction, plus fondamentale et déjà en germe en droit romain, celle entre la plaidoirie et le conseil, entre l'avocat « judiciaire » et le conseil « juridique », entre ce « qui se fait en justice » et ce « qui relève du droit » ; ce qui nous conduit à notre seconde question : qu'est-ce que le droit ?

Histoire du droit

Distinction du judiciaire et du juridique

Le droit en effet n'est pas que le procès ; il est évidemment bien plus large, puisqu'il « *régit les rapports des hommes en société* ». Pour user d'une métaphore, le « judiciaire » consisterait, pour un avocat, à tenter de sortir l'homme du trou où il est tombé ; tandis que le « juridique » consisterait non seulement à éviter que l'homme n'y tombe, mais aussi à l'aider, grâce au droit, ou malgré le droit, à avancer, à progresser, à s'affairer.

Certes, tant que ces « affaires » resteront limitées ; tant que « *la masse des actions des hommes rest(era) contenue, engloutie, dans l'immense domaine de -ce que Fernand Braudel appellera- la vie matérielle* »^[5] ; tant que, fondée sur cette matière et sur les lois de la nature, la coutume, simple et constante, patiemment édictée par l'expérience des peuples, sera la principale source du droit, le « juridique » restera confondu avec le « judiciaire » ; nos dictionnaires en témoignent^[6].

La séparation du « juridique » et du « judiciaire » fut donc lente et progressive ; elle le fut d'autant plus que pour affranchir le droit de la coutume et de la nature, il fallait le créer.

Histoire du droit : l'Ancien Régime

En France « *les premiers textes législatifs apparurent au XII^e siècle* » ; ils seront édictés par les rois, mais ils « *ne concerneront qu'exceptionnellement les matières de droit privé* »^[7] ; en effet, à l'image du géant Gulliver, le pouvoir législatif des rois restera longtemps enserré dans les liens des lilliputiens que constituaient les coutumes^[8] ainsi que la « *nature des choses* »^[9].

C'est pourquoi, sous l'Ancien Régime, le droit était certes inégalitaire, mais il était relativement simple, constant, naturel et limité. Or l'homme moderne résolut de bousculer cette « nature des choses ».

Les Révolutions

D'une part, la Révolution française priva les rois de leur pouvoir législatif qu'elle attribua à la souveraineté nationale ou populaire ; mais ce faisant, elle « renforça les pouvoirs de l'Etat », de sorte que, selon Jacques Ellul, on s'est trouvé « en présence de la continuation de la croissance étatique commencée au XIV^e siècle »^[10] ; sauf que le droit n'était plus limité par la coutume, dorénavant écrite et codifiée, mais fixé par la loi, une loi désormais sans limites.

Dans le même temps, la Révolution industrielle bouleversa les cadres sociaux hérités de l'Ancien Régime ; du fait du développement économique et technique, la société était désormais en crise permanente ; le travail fut constamment délocalisé, mécanisé, de plus en plus divisé, et lentement fonctionnarisé ; dès lors les relations humaines se sont multipliées, dénaturées, et dépersonnalisées.

Ainsi la ville, lieu de la culture, a progressivement supplanté la campagne, lieu de la nature, et par la force de ce développement et la volonté du législateur, la loi, quoique dite parfois « naturelle », devint artificielle et progressive.

Et aujourd'hui

Cette loi fut d'abord « libérale » ; elle fut ensuite « sociale » ; et les avocats contribuèrent à son établissement. Mais selon Lucien Karpik, « l'avènement de la V^e République consacra leur quasi-exclusion d'un Etat désormais largement dominé par une haute administration venue de l'ENA »^[11].

Et de fait, depuis maintenant une trentaine d'années, la loi est devenue résolument administrative ; désormais tout est réglementé : notre éducation, notre santé, notre travail, nos loisirs, notre nourriture, nos transports, notre habitation, nos constructions, tout ! On assiste à une véritable « inflation normative » : le Recueil des lois de l'Assemblée nationale est passé de 433 pages en 1973 à 3721 pages en 2004 ; « le stock est évalué à 400 000 normes »^[12].

Des normes donc trop nombreuses, souvent coûteuses, mais aussi bavardes et mal rédigées ; des normes à peine votées et déjà amendées, parfois inappliquées, voire inapplicables, souvent inefficaces ; des normes qui peuvent être fondées sur de beaux principes, mais qui méconnaissent la nature^[13] et la réalité, et surtout qui dédaignent ceux qui doivent les appliquer : la récente loi Hamon et le « compte pénibilité » en sont des exemples : « ils lient de pesants fardeaux et les imposent aux épaules des gens, mais eux-mêmes se refusent à les remuer du

doigt»^[14] observait déjà le Christ ; selon le Conseil d'État « *la France légifère trop et légifère mal* »^[15].

L'évolution du droit et les entreprises

Tant qu'elle fut libérale et même sociale, tant qu'elle fut de liberté et d'égalité, les entreprises, comme les avocats, ont plus ou moins soutenu cette évolution de la loi. Mais les entreprises l'ont ensuite combattue.

Certes pour partie les « PME » ont dû s'en accommoder ; mais pour une autre partie, les multinationales, ces « *templiers des temps modernes* » dont les relations avec les États mériteraient une autre communication, se sont employées à la contourner, par exemple en s'expatriant ou en se « délocalisant ».

Cette dialectique de la loi et de son contournement alimenta encore la production du droit.

Mais l'évolution des faits l'alimenta aussi : en effet les rapports des entreprises entre elles, ou avec leurs salariés, leurs clients ou leurs fournisseurs, se sont également multipliés, et donc leurs problèmes juridiques, bien plus que judiciaires. Ainsi en France, en 1867, il se créait une centaine de sociétés anonymes par an, aujourd'hui, toutes formes confondues, il s'en crée plus de 150.000.

Aujourd'hui de nouveaux avocats pour un nouveau droit

La fusion des avocats et des conseils juridiques

Dans un premier temps les avocats n'ont pas su répondre à ces nouvelles nécessités du droit, ni à ces nouvelles demandes des entreprises ; leurs règlements leur interdisaient en effet de s'associer^[16], « *de rencontrer (leurs) clients en dehors de (leurs) cabinets, de manier des fonds, de recevoir une procuration (ou) d'assister à un conseil d'administration* »^[17].

C'est pourquoi, les avocats - mais aussi les notaires - abandonnèrent le juridique des entreprises aux agents d'affaires^[18] et plus tard aux conseils juridiques et fiscaux ; les avocats se limitèrent au judiciaire, et les notaires au droit patrimonial, et cela suffit longtemps à leur prospérité.

Cependant, à la « *fin des années 80, les perspectives du marché unique se concrétisèrent (et) pour affronter une concurrence internationale (.) désormais inéluctable, la fraction réformiste du barreau se mobilisa à nouveau autour du projet d'une "grande profession"* »^[19]. En 1992 les avocats ont donc fusionné avec les conseils juridiques, et les anciennes interdictions professionnelles ont été abrogées.

Et ses ambiguïtés

Pour certains observateurs cette fusion aurait réconcilié le judiciaire et le juridique. Mais pour d'autres cette fusion aurait été faite « *au prix d'un compromis qui ne tranche pas entre deux (domaines d'activité) et deux (modes d'exercice) : l'auxiliaire de justice et le conseil aux entrepreneurs ; l'artisan et l'usine* »^[20]. Et surtout, ce compromis ne nous dit rien sur le but de ces nouveaux avocats : est-il la liberté, l'égalité, ou le profit ? Que ce profit soit le leur ou celui de leurs clients ; et que ceux-ci soient des entreprises ou des particuliers, tous soucieux de faire « valoir » leurs droits.

En tous cas, depuis 1992 le nombre des avocats français a encore doublé. Mais cette augmentation de leur nombre, et celle de leurs honoraires, sont-elles le signe d'un progrès du droit ? Cela semble douteux et surtout, face à ce nouveau droit, qu'est-ce qui caractérise l'avocat actuel ?

Conclusion : l'avocat, la loi et la justice

La question

Nous avons dit que la profession d'avocat était à la fois une profession réglementée et une profession libérale. En tant que profession réglementée, l'avocat est proche de l'État ; il jouit en effet de prérogatives exorbitantes du droit commun. Mais en tant que profession libérale, l'avocat est aussi proche de ses clients ; en effet, selon le Règlement Intérieur National de la profession^[21], il « *est le confident nécessaire du client* ».

Cependant, quel que soit son but, son domaine d'activité ou son mode d'exercice, il n'est ni l'un, ni les autres ; il leur est extérieur. C'est pourquoi, selon le même Règlement Intérieur, « *lorsqu'il a des raisons de suspecter qu'une opération juridique aurait pour objet (.) la commission d'une infraction, l'avocat doit (.) s'efforcer d'en dissuader son client. A défaut (.) il doit se retirer du dossier* »^[22].

Mais alors, comment l'avocat peut-il concilier la confiance de ses clients, la légalité de leurs opérations, et le fait qu'aujourd'hui la loi confine parfois à l'absurde ? Doit-il se retirer ? Doit-il appliquer une telle loi ? Ou peut-il, sinon l'enfreindre, du moins la contourner ?

Esquisse d'une réponse

A cette question je répondrai que l'avocat n'est pas un « auxiliaire de la loi », mais qu'il est, ou qu'il doit être un « auxiliaire de la justice ». Déjà l'ordonnance de 1274 stipulait que « *les avocats (.) ne se chargeront que des causes justes* »^[23] ; non pas des causes « légales », mais des causes « justes ».

Certes nous savons avec Pascal que « *la justice est sujette à dispute* », tandis que « *la force est très reconnaissable et sans dispute* »^[24]. Nous savons aussi que

ce qui est fort aujourd'hui, théoriquement fort, c'est la loi. Mais cette loi, ou plutôt ces lois souvent « *inutiles* » qui « *affaiblissent les lois nécessaires* »^[25], sont-elles encore la force ; sont-elles a fortiori la justice ?

En fait nous aurions d'un côté, les théoriciens du droit, ceux qui parlent et qui font la loi, mais qui ignorent la réalité ; d'un autre côté, nous aurions les praticiens du droit, ceux qui savent mais qui ne parlent pas^[26] ; et entre les deux nous aurions les citoyens.

Aussi, pour conclure, je dirais que s'il appartient à l'État de dire le droit et de faire la loi, c'est à l'avocat qu'il appartient, non plus de se taire, mais de dire, en son âme et conscience, parfois contre ses propres intérêts financiers, d'abord à son client, mais surtout à l'État si cette loi est conforme à la justice, voire conforme au bon sens.

C'est à l'avocat qu'il appartient de faire, non seulement que ce qui devrait être fort le redevienne, mais aussi que cette force nouvelle soit juste.

C'est donc à l'avocat qu'il appartient de faire que la loi, toujours égalitaire, soit à nouveau simple, constante, naturelle et limitée, et donc bien connue, sinon mieux, des avocats certes, mais surtout des citoyens ; car « *nul n'est censé ignorer la loi* », c'est la condition de la démocratie.



Notes

- [1] *La machine judiciaire*, Paris, Seuil, 1968 : « *En 1968, sont dénombrés, 6.625 avocats répartis en 153 barreaux (la moitié étant inscrits à Paris), 1.781 avoués, 173 agréés et environ 4.000 conseils juridiques et fiscaux (répartis comme suit : 3.000 conseils juridiques et 1.000 conseils fiscaux)* ». Entre 1968 et 1988, le nombre des avocats en France passe de 6.625 à 17.863, et le nombre des conseils juridiques passe de 3.000 à 4.850 ; en 1994, après la fusion des avocats et des conseils juridiques, leur nombre total était de l'ordre de 25.000 ; il était de 39.000 en 2002, et de 56.000 en 2012.
- [2] Larousse.
- [3] Littré.
- [4] Décret du 15 décembre 1790 et 29 janvier 1791, in Duvergier, *Collection des lois*, t. 2, p. 184.
- [5] Fernand Braudel, *La dynamique du capitalisme*, 1976, Champs histoire, Flammarion, 2009, p. 43.
- [6] Pour le Robert, *juridique* signifie d'abord « *qui se fait en justice* » ; il aura encore ce sens dans le Littré à la fin du XIX^e siècle ; mais ce sens sera progressivement supplanté par *judiciaire*, et *juridique* prendra alors le sens plus général de « *qui a rapport au droit* ».

- [7] Pierre-Clément Timbal, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Précis Dalloz, 1969, p. 263.
- [8] Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, XIX, 16. « *Les mœurs et les manières sont des usages que les lois n'ont point établis, ou n'ont pas pu, ou n'ont pas voulu établir.* »
- [9] Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, I, 1. « *Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses.* »
- [10] Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, PUF Thémis, 1969, T5, p. 9.
- [11] Lucien Karpik, *Les avocats*, NRF Gallimard, 1995, p. 458.
- [12] Alain Lambert et Jean-Claude Boulard, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, La Documentation française.
- [13] Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, Livre II, Chapitre VII. « *Celui qui ose entreprendre d'instituer un peuple doit se sentir en état de changer, pour ainsi dire, la nature humaine.* »
- [14] Evangile selon saint Mathieu, 23-4.
- [15] Rapport public 2006 du Conseil d'État intitulé « *Sécurité juridique et complexité du droit* ».
- [16] Décret n° 54-406 du 10 avril 1954.
- [17] Anne Boigeol et Yves Dezalay, *De l'agent d'affaires au barreau : les conseils juridiques et la construction d'un espace professionnel*, in Genèses, 27, 1997. Outils du droit. pp. 49-68.
- [18] ADLA, 83]112, syndicats et associations, pré-projet de création de l'Association Nationale des Avocats, 14 mai 1921. « *Il n'est pas téméraire de penser que le développement intense des agents d'affaires s'explique avant tout par le renoncement du barreau.* »
- [19] Anne Boigeol et Yves Dezalay, Ibid.
- [20] Anne Boigeol et Yves Dezalay, Ibid.
- [21] Nouveau Règlement Intérieur National adopté par décision à caractère normatif n° 2005-003 du Conseil national des barreaux.
- [22] C'est pourquoi les juristes d'entreprises, qui sont liés à leur employeur par un contrat de travail et qui sont donc soumis à lui par un lien de subordination, ne peuvent être des avocats.
- [23] Ordonnance de Philippe III le Hardi du 23 octobre 1274, in Patrick Michaud, *Le serment de Badinter*, Gazette du Palais, 3-5 septembre 2006, p. 2-5.
- [24] Pascal, *Pensées, Raisons des effets*, Brunschvicg 298, Lafuma 103.
- [25] Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, XXIX, 1.
- [26] Lao Tseu, *Tao-tö king*, LVI. « *Celui qui sait ne parle pas, celui qui parle ne sait pas.* »