

Discours prononcé par Mme Hélène Farge, Présidente de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation à l'occasion de la séance solennelle de rentrée de la conférence du stage des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, le 11 décembre 2017

Il y a trois mois, presque jour pour jour, le 10 septembre 2017, l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation a eu deux cents ans.

Le Tribunal de cassation est né en 1790 de l'affirmation révolutionnaire de la séparation des pouvoirs.

Neuf ans plus tard, en l'an VIII, le Conseil d'Etat surgit de l'organisation bonapartiste des pouvoirs qui sonne la fin de la révolution. Le premier n'avait pas trente ans, le second n'en avait pas vingt lorsqu'ils ont été inséparablement liés par un corps d'avocats qui leur a été attachés.

L'ordonnance du 10 septembre 1817, dont nous fêtons le bicentenaire, a fait ce lien. Son article premier réuni « *l'ordre des avocats en nos conseils et le collège des avocats à la Cour de cassation* ». L'article 2, avec la clarté et la concision chère au législateur de l'époque, a posé « *ces fonctions sont désormais indivisibles* ». Les deux hautes juridictions ont été ainsi irrévocablement liées par un barreau commun qui leur a été exclusivement dédié.

C'est ce qui reste aujourd'hui de l'ordonnance de 1817. Seuls ces deux premiers articles, que je viens de citer, n'ont subi aucune modification.

Pour tout le reste, l'ordonnance a été entièrement réécrite par des lois et des décrets successifs. Elle est dans sa rédaction actuelle le reflet exact de la permanence de l'institution et de son adaptabilité. L'utilité originaire de la mission qui lui fut assignée ne s'est donc pas démentie.

La mission de notre Ordre, j'ai déjà eu l'occasion de le dire, mais on ne le redit jamais assez, surtout devant les jeunes qui se destinent à cette profession, c'est d'abord, d'abord et avant tout celle de la qualité et de la compétence. L'avocat aux Conseils a l'obligation de saisir le juge de cassation de moyens adaptés à son contrôle. Cette obligation a pour corollaire le devoir de déconseiller clairement et fermement les pourvois contre des décisions qui échappent à ce contrôle. La compétence est ainsi la condition nécessaire de son rôle de filtre quantitatif et également qualitatif.

Parce que à l'utilité s'ajoute la grandeur de sa mission : proposer des interprétations ou des solutions nouvelles, plaider des revirements de jurisprudence, bref inviter le juge de cassation à

relire la loi au regard des nouvelles sources de droit, à rechercher constamment l'esprit de la loi dans l'esprit de son temps.

Dans le respect de cette mission, dont témoignent les grandes décisions et évolutions jurisprudentielles des deux hautes juridictions, les avocats aux Conseils se sont toujours adaptés aux transformations techniques, juridiques et sociétales. Je ne veux en faire ici ni l'histoire ni le catalogue.

Qu'il me soit cependant permis de rappeler, dans notre passé récent,

- la contribution de notre Ordre à la dématérialisation, pionnière entre toutes, des procédures devant la Cour de cassation,

Qu'il me soit permis de souligner :

- qu'habitué des procédures écrites, les avocats aux Conseils se sont immédiatement emparés de l'oralité des procédures d'urgence devant le Conseil d'Etat, selon la formule la plus moderne d'une discussion avec le juge,
- qu'ils ont été les premiers à mettre en œuvre, dès son entrée en vigueur, la question prioritaire de constitutionnalité,
- que dans toutes les procédures l'Ordre a su organiser des permanences assurant l'accès au juge pour tous les justiciables.

Quant à la physionomie de notre barreau elle n'a plus rien à voir avec celle du XIX^{ème} ni du XX^{ème} siècle.

Finie depuis un décret de 2008 l'irrévocabilité du nombre fixé à 60 des offices, la loi du 6 août 2015 a confié à l'Autorité de la concurrence le soin d'évaluer l'augmentation de leur nombre en fonction notamment de l'évolution du contentieux.

Ainsi de quelques offices, seulement une vingtaine environ d'avocats aux Conseils qui exerçaient réellement avant la deuxième guerre mondiale, - au point qu'à l'époque il s'agissait de réduire le nombre des offices - nous sommes aujourd'hui 119 avocats, dont cinquante et un entrés dans l'Ordre ces dix dernières années, répartis dans 64 offices, et 51 sociétés civiles professionnelles. Nous devrions accueillir prochainement le premier avocat aux Conseils salarié.

S'il a fallu attendre 1976 pour qu'une femme, Martine Luc-Thaler, franchisse enfin le seuil de l'Ordre et le deuxième millénaire pour en voir une, Elisabeth Baraduc, élue présidente, elles représentent aujourd'hui un quart des effectifs. Nous attendons les arrêtés de nomination de trois

nouvelles avocates aux Conseils, trois de nos cinq diplômés de cette année sont des femmes : la parité n'est pas en marche, elle court.

L'association européenne des barreaux de cours suprêmes créée, il y a près de 30 ans est plus que jamais active. Nos échanges et nos rencontres sont fréquents.

L'Ordre fête aujourd'hui ses deux cents ans avec une figure plus jeune, plus européenne et plus moderne qu'elle n'a jamais été.

Avec la force que lui donnent deux siècles d'existence, notre Ordre se tourne vers l'avenir avec optimisme, un optimisme de combat pour reprendre les mots de Michel Serres, et avec espoir, l'espoir d'une Europe qui unit les peuples, l'espoir d'une meilleure justice. Ce sont les deux défis essentiels lancés aujourd'hui à la communauté des juristes.

L'Europe est un enjeu crucial. Nous savons tous à quel point elle est incomprise, rejetée par tous ceux qui ne s'y reconnaissent pas. Dans quoi ne se reconnaissent-ils pas ? Dans une Europe qui aurait pour seule vision globale la liberté du marché, et qui pour le reste régleme les détails, bien souvent dans « *des dérives bureaucratiques* » je cite ici notre président de la République.¹

Ce qui lui manque, le diagnostic est quasi unanime, c'est une adhésion des peuples, soit une véritable démocratie.

Certes, il y a un consensus sur les droits fondamentaux, exprimés par la Convention européenne des droits de l'homme ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Mais ces droits si fondamentaux soient-ils ne pourront suffire à créer le lien social, celui qui par lequel chacun connaît ses droits et ses devoirs, celui qui crée une identité dans laquelle chacun peut se repérer. Les droits fondamentaux, comme leur nom l'indique sont les fondations d'une organisation politique et sociale démocratique. Ils ne peuvent suffire en eux même ni à faire une société, ni à créer une véritable identité.

A l'heure où l'Europe est tant à la peine il importe plus que jamais de trouver les moyens d'harmoniser autrement que dans les détails les droits et obligations de chaque citoyen européen, c'est-à-dire de dégager au moins dans les domaines fiscal, social et commercial une loi européenne. Bien sûr il faut d'abord une volonté politique, qui relève des gouvernements, pas

¹ Discours du président de la République Emmanuel Macron à Athènes le 7 septembre 2017

des juristes. Mais pour pouvoir tenir ce cap, nous devons veiller à ne pas faire perdre de force à la loi. J'entends par loi toute règle qui est une émanation de la volonté des peuples. Dans cet esprit, il faut certainement accepter de rapprocher nos droits, et les deux grands systèmes que l'on oppose du droit de la common law et du droit continental. Mais méfions-nous de la tentation d'un juge qui se prononce au cas par cas, et ne se réfère qu'à une équité guidée par les critères des droits fondamentaux sans dégager d'interprétation ou d'application uniforme des règles.

La construction européenne redémarrera avec des objectifs clairs, précis, applicables à tous et soumis aux peuples européens. Pour les juristes qui croient aux principes d'égalité et de légalité c'est là que réside l'espoir, pas dans l'équité casuistique.

La justice, le mot est cher à tous, surtout nous, ici rassemblés, acteurs de la vie judiciaire. Et le juge de cassation, crée pour dire le droit, n'y est pas indifférent. Il exerce son contrôle « *pour assurer continument le bon fonctionnement du système judiciaire et la garantie des droits accordés à chaque citoyen* », pour maintenir « *l'équilibre entre l'intérêt de la loi et l'intérêt des parties* »².

Notre système judiciaire est en crise depuis plusieurs années devant les juridictions judiciaires du fond : pénurie de moyens, sous-effectifs de magistrats et de greffiers avec la perte de confiance qu'elle engendre pour les justiciables qui ne retiennent que le délai d'attente de la décision, tout en regrettant souvent, auprès de nous, qu'il n'a pas été porté assez d'attention à leur affaire, qui se plaignent encore de l'impossibilité d'obtenir l'exécution de la décision qui leur a donné satisfaction.

Face à cette justice en crise, qui appelle d'abord et d'urgence que l'administration de la justice rattrape son abyssal retard informatique pour être gérée avec l'efficacité que permettent les nouvelles technologies, c'est la fonction de juger et l'accès au juge qui sont interrogés.

Durant les dernières décennies, l'accès au juge n'a cessé de se développer. Ainsi de l'ouverture du recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'Homme, de la question prioritaire de constitutionnalité, de la création du juge des référés administratifs et du juge des libertés et de la détention, l'un et l'autre aux compétences de plus en plus étendues. Ici ce sont

² Jean-Louis Halperin, « Histoire de la Cour de cassation : du tribunal de cassation à la cour de cassation », in *Bicentenaire de la Cour de cassation*, la documentation française

bien sûr la montée en puissance des droits fondamentaux et des libertés individuelles. Mais le droit à un recours effectif, tel qu'il est protégé par le Conseil constitutionnel³, concerne l'ensemble des normes juridiques, sans distinction en fonction de leur nature ou de leur valeur, et va désormais jusqu'au « *droit souple* ».

En même temps – litanie à la mode – ou parce qu'on ouvre de plus en plus largement l'accès au juge, la bonne administration de la justice commanderait de l'encadrer et pose la question de limiter l'exercice des voies de recours.

Le droit à une voie de recours juridictionnel est pourtant indissolublement lié à l'accès au juge. L'exercice de la voie de recours concourt à l'intérêt du justiciable et à la bonne administration de la justice : elle tend à la réparation d'une erreur de fait, d'une erreur de droit ou d'une iniquité.

Inscrit à l'article préliminaire du code de procédure pénale comme une garantie du procès équitable, dans les autres matières le principe du double degré de juridiction n'est pas « *sans valeur constitutionnelle* »⁴, tandis que le recours en cassation « *constitue pour les justiciables une garantie fondamentale dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient seulement à la loi de fixer les règles* »⁵.

L'exercice d'un recours, appel ou pourvoi, érigé en garantie fondamentale se doit, lorsqu'il est ouvert, d'être effectif : être jugé dans un délai raisonnable, contribuer à l'objectif de l'amélioration du droit.

Si cette exigence d'effectivité peut imposer de s'interroger sur la régulation des recours, cette régulation ne peut se faire qu'en gardant à l'esprit que le droit au recours est une garantie fondamentale, participant à l'exercice des droits de la défense. Les restrictions, qui même en matière civile relèvent de la loi lorsqu'elles sont substantielles, ne peuvent se faire qu'en respectant les principes constitutionnels : d'abord, d'abord et avant tout, celui, inscrit dans notre devise républicaine et qui irrigue tous les autres, l'égalité, égalité sans laquelle il n'y a pas de procès équitable.

³ Conseil constitutionnel, DC 93-373, 9 avril 1996.

⁴ Nicolas Molfessis, « La protection constitutionnelle du double degré de juridiction », *Justices* 1996, n°4, p.17 ; adde Conseil constitutionnel, QPC n° 2014-387, 4 avril 2014.

⁵ Conseil constitutionnel, DC 88-157, 10 mai 1988.

C'est parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir.⁶

Pour respecter cette maxime de Jean-Jacques Rousseau, les réformes attendues, à la suite des chantiers ouverts par la Ministre de la justice, ne doivent pas céder à la force des contraintes budgétaires. Le réaménagement de l'exercice des voies de recours, s'il s'avère nécessaire, ne peut se faire, pour respecter le principe d'égalité, que sur des critères clairs, transparents, non discriminatoires. Des règles objectives qui seront prévisibles et les mêmes pour tous. C'est la sécurité juridique, le respect de notre principe de légalité.

J'ai bon espoir que dans les années qui viennent notre justice saura retrouver dans le respect de ces principes fondateurs toute son effectivité et la confiance accrue de nos concitoyens.

Voilà les défis immédiats lancés à la communauté des juristes à tous les acteurs du monde judiciaire.

L'Ordre des avocats aux Conseils, fort de ses deux cents années d'expérience, se projette avec confiance dans ces évolutions technologiques, institutionnelles et européennes.

Je cède alors la parole aux secrétaires de la conférence, puis au premier secrétaire. Ces jeunes évoqueront les lieux et les gloires du passé qui éclairent encore notre avenir.

⁶ Rousseau, *Du contrat social*, chapitre IX des divers systèmes de législation.