

Solis fas cernere Solem
ou
**Origine et fondement de l'Ordre
des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation**

par

Gilles J. GUGLIELMI
Professeur de droit public

“ Il est [des professions] qui tiennent quelque chose des fonctions publiques et qui ne peuvent être exercées qu'en vertu d'une nomination du pouvoir et par un nombre limité de personnes. Ces fonctions ont pour but d'établir des intermédiaires officiels, intelligents et honnêtes entre certaines personnes pour constater ou faire certains actes qui les intéressent. ”
FOUCART (E.-V.), *Eléments de droit public et administratif*, Paris, Videococq, 4^{ème} éd., 1855, t. I, p. 402.

Introduction

Pourquoi parler *d'Ordre* ? L'expression est forte, elle fut parfois contestée¹. L'Ancien Régime disait aussi *Compagnie* des avocats aux conseils, mais les deux termes recouvrent une réalité encore plus puissante, que décrit bien Domat : “ Comme les Officiers des Compagnies de Justice ont leurs affaires et leurs intérêts qui les lient en Communautés, les Avocats qui exercent leur profession devant les mêmes juges ont aussi la leur pour les affaires qui leur sont communes². ”

Or, une communauté, c'est un “ corps composé de plusieurs personnes pour un bien public, et qui dans un Etat sont considérées comme y tenant lieu de personne³ ”. Issues naturellement d'une nécessité sociale⁴, agréées par la permission du Prince, les

¹ DUPIN, *Profession d'avocat*, 1832, t. I, p. 22, note 1. En revanche, le pluriel ou le singulier appliqués au terme “ Conseil ” dans la locution “ avocats au Conseil ” sont en alternance permanente jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. L'Almanach royal de 1703, certains avocats aux Conseils eux-mêmes, utilisent le pluriel ; les règlements de procédure, notamment celui de 1738, les minutes d'arrêt et les pièces de greffe utilisent le singulier. Ceci peut avoir un sens par rapport à l'interprétation anthropologique et symbolique, proposée plus loin, du fondement de l'Ordre.

² DOMAT, *Le droit public, suite des Lois civiles dans leur Ordre naturel*, Paris, Ganeau, t. II, 1785, Liv. I, Tit. XV, sect. I, art. 10, p. 103.

³ *loc. cit.*, art. 1, p. 102.

⁴ “ L'usage de ces diverses sortes de Corps et Communautés a été naturel dans la société des hommes et a la même origine et les mêmes fondements que l'union de plusieurs familles et même de plusieurs peuples... Car, comme c'est la multitude des besoins des

communautés ont la particularité, par rapport aux sociétés civiles ou commerciales, d'être perpétuelles. Phénomène social, personnalité juridique, éternité de l'être, voilà qui garantit l'existence du "corps constitué" au-delà des vicissitudes et des accidents de l'Histoire, s'il n'est point perdu de vue que cette existence n'est justifiée que par le bien public et dépend toujours de la décision du détenteur du pouvoir suprême.

Le droit romain, qui avait connu la pratique des avocats "indépendants" et même, brièvement sous la République, la loi *Cincia* imposant la gratuité de la représentation, instaura ensuite un système d'avocats officiers publics, quasiment fonctionnaires, qui pouvaient d'ailleurs remplir la double fonction de défenseur et d'avoué. Vers la fin de l'Empire, les *advocati* constituaient de véritables corporations, titulaires de milices générales et vénales. Diverses constitutions du Code de Justinien laissent entendre que les barreaux de l'époque sont appelés *corpus*, *collegium*, *consortium* ou *ordo*. L'*ordo* compte un nombre limité d'avocats, inscrits sur un rôle appelé *matricula fori*, qui jouissent d'un monopole dans le ressort de la juridiction. Pourtant, malgré cette racine profonde, l'appellation d'Ordre, appliquée aux avocats aux conseils, n'est attestée avec certitude qu'en 1626 dans les remontrances adressées au Roi et au Chancelier.

Mais remontons un peu le temps.

L'appel au roi

A la fin du 13^{ème} siècle, le Conseil d'Etat commença à se séparer du Parlement pour traiter de questions proprement gouvernementales et, corrélativement, le rôle de Cour de justice fut attribué au Parlement. Néanmoins, le roi, source de toute justice n'avait fait que déléguer une partie du pouvoir judiciaire. Il demeurait d'usage que le roi "évoque" en son Conseil certaines affaires importantes soit spécialement, soit par catégories. L'origine de la fonction d'avocat aux conseils, et sa distinction par rapport à celle d'avocat au Parlement⁵, se trouve là, dans la distinction des causes présentées soit au Parlement, soit au Conseil. C'est peut-être ce qui explique que la culture judiciaire française répugne, contrairement à ce qui est observé dans d'autres pays, tels les Etats-Unis, à pratiquer un filtrage des requêtes devant les juridictions suprêmes. Le système a en effet été conçu, non pour limiter le nombre de pourvois, mais au contraire pour permettre au monarque de les évoquer à sa guise.

"L'appel au roi" institué par Saint-Louis n'eut pas, aux dires des historiens du Conseil, pour effet immédiat d'attirer les avocats devant le Conseil. "Les parties développent d'abord elles-mêmes leur appel après l'avoir introduit par la voie de

hommes et la nécessité pour chacun du secours de plusieurs autres qui a formé les Monarchies et les Républiques, ces mêmes besoins ont rendu nécessaires des liaisons plus particulières de plusieurs personnes qui formassent des Corps et des Communautés destinées à différents usages pour le bien public." DOMAT, *loc. cit.*, introduction de la sect. I, p. 102.

⁵ Il y aura durablement une rivalité des deux ordres. V. par ex. BOS (E.), *op. cit.*, p. 97-113, et les ouvrages généraux sur l'histoire du barreau de Paris.

requête ou de supplication⁶. ” L'inconvénient du système n'est pas semble-t-il, à cette époque, pour la juridiction, l'imprécision juridique des plaidoyers, mais bien plutôt, pour les plaideurs, la mobilité et l'intermittence de la justice rendue par le Conseil. Ce dernier suivait en effet le roi dans tous ses déplacements (au Louvre, à l'Hôtel Saint-Paul, à Conflans, Pontoise ou Vincennes), quand cela n'était pas dans les campagnes militaires. Les plaideurs devaient, pour être entendus, suivre le Conseil. De plus, celui-ci ne siégeait que pour un temps limité⁷. Si la session était terminée, il n'y avait plus qu'à retourner dans ses foyers sans avoir fait avancer son affaire et sans savoir quand se tiendrait la prochaine réunion. Rapidement, les dangers de la route, les frais de voyage, l'incertitude du résultat révélèrent aux yeux de tous l'inaccessibilité de la justice du roi, ce qui n'était assurément pas le but recherché. Le roi était en position de commencer à agir autrement qu'en simple suzerain féodal, il poursuivait deux objectifs principaux et liés : unifier la législation ; unifier la solution des litiges. Pour cela il se devait de disposer d'un personnel d'exécution industrieux sans obérer massivement le budget de l'Etat.

Dès l'ordonnance de Philippe le Bel en 1302, instaurant un recours en correction et révocation d'arrêts, il apparaît que le Conseil est susceptible de juger non seulement des affaires privées, au fond du droit, mais aussi, en tant que juridiction suprême, des arrêts de Parlement et des actes “ administratifs ”⁸. A l'occasion de la naissance d'un recours pour proposition d'erreur⁹, apparaît progressivement la possibilité de se faire représenter par procureur, à charge de prouver le mandat et d'y être autorisé par la Chancellerie. L'usage des “ lettres de grâce à plaider par procureur ” est alors fixé par Louis XI dans un édit de novembre 1479. Il faut porter une appréciation nuancée sur l'effet principal de ce régime de représentation. Certains y voient l'origine matérielle des avocats aux conseils en ce que “ le mandat de procureur fut presque toujours confié aux avocats qui trouvèrent dans ce nouveau mode de procéder l'occasion de former le premier lien qui devait les unir¹⁰ ”. D'autres affirment que “ les secrétaires du Roi se

⁶ BOS (E.), *Les avocats aux conseils du Roi, étude sur l'ancien régime judiciaire de la France*, Paris, 1881, p. 37, reprenant L'HOPITAL, *Traité de la réformation de la Justice*.

⁷ Ainsi qu'en témoigne HENRION de PANSEY, *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, Paris, Barrois père, 1810.

⁸ PARDESSUS dans son *Essai sur l'Organisation judiciaire*, soutient à cette occasion l'existence d'un contentieux administratif dès le 14^{ème} siècle. V. aussi LABBE (J.), *Les Origines de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (1302-1817)*, mém. DES, Paris, 1958, p. 5 ; MORNARD (H.), *L'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, (Discours pour l'Assemblée générale du 24 juillet 1919), Paris, impr. de Maréchal, 1919, p. 6.

⁹ Une ordonnance de Philippe V, en décembre 1320, crée les “ lettres de grâce de dire contre les arrêts ” ; Philippe VI de Valois organise le recours par un édit de 1331, modifié en décembre 1344.

¹⁰ BOS (E.), *op. cit.*, p. 39.

servirent de leur fonction [expédition des lettres de grâce] pour s'imposer comme procureurs aux personnes qui formaient un recours devant le Conseil du Roi. Les plaideurs se laissèrent facilement convaincre que là se trouvait leur intérêt¹¹ ". On peut être sûr que les deux tendances étaient présentes et exclusives de tout autre type de mandataires. Mais que l'une ou l'autre tendance l'emporte, les inconvénients du système étaient suffisamment forts pour que les Etats Généraux de 1484 en réclament la clarification. Pour y remédier, Charles VIII détacha du Conseil du Roi, en Cour spéciale et suprême, le Grand Conseil¹². Ce fut un échec. Il disparaîtra en 1560 dans sa fonction de tribunal suprême, pour être remplacé par le Conseil privé¹³. Mais l'épisode du Grand Conseil est instructif. D'une part, la cause de son échec est généralement trouvée dans le fait qu'il n'était pas possible de faire fonctionner un tribunal suprême dans lequel le Roi ne siégeait pas¹⁴. Les plaideurs ne manquaient pas de retrouver le chemin des conseils présidés par le Roi, seuls aptes à leur faire accepter leur sort final. D'autre part, de cette institution date la première manifestation de volonté de ces avocats pour se voir désigner par un titre commun, celui d' "avocats au Grand Conseil". Cette première forme d'unité et l'affaiblissement corrélatif du rôle des procureurs cantonnés à une fonction d'avoué, avaient d'ailleurs été consacrés par une ordonnance de juillet 1539, portant règlement de procédure des avocats plaidant au Grand Conseil.

Les tentatives de spécialisation d'une section du Conseil du roi, quelles que soient leur forme et leur époque, ont toujours échoué, tant le contentieux a suivi une tendance naturelle à "remonter" à la formation du Conseil dans laquelle siégeait effectivement le monarque. C'est pourquoi, dès l'origine, le critère de la nature des affaires à traiter n'est pas technique, mais organique : il est avant tout celui qui sera tranché au plus haut, directement par le détenteur de la justice suprême. Par ailleurs, pour des raisons d'intérêt public, de stratégie politique, et parfois de personnes, le Conseil du roi fit constamment une assez grande part à un type de contentieux que nous dirions aujourd'hui de droit privé. Selon Pasquier¹⁵, le chancelier Guillaume Poyet "commença à prêter l'oreille aux parties privées, pour matières même qui se doivent décider dans un Châtelet de Paris ou une cohue de Rouen, laquelle coutume depuis eut grande vogue sous le roi Henri II¹⁶, tellement que cela a introduit gens à la

¹¹ LABBÉ (J.), *op. cit.*, p. 7.

¹² Edits de Charles VIII, 12 août 1497, et Louis XII, juillet 1498.

¹³ Ordonnance de janvier et règlement du 21 décembre 1560.

¹⁴ MORNARD (H.), *op. cit.*, p. 27 ; DARESTE (R.), *La justice administrative en France*, Paris, Lib. du Recueil des lois et arrêts, 2^{ème} éd. par P. Dareste, 1898, p. 55 ; OLIVIER-MARTIN (F.), *Histoire du droit français, des origines à la Révolution*, Domat-Montchrestien, 1948, p. 437-438.

¹⁵ PASQUIER, *Recherches sur la France*, 1621, livr. II, chap. VI.

¹⁶ C'est-à-dire entre 1547 et 1559.

suite de la Cour qui font acte de procureur et avocats en ce Conseil tout ainsi qu'aux simples juridictions subalternes¹⁷ ”.

Devant le Conseil privé, les parties conservaient la faculté de se présenter seules et de développer leurs requêtes. Elles semblent l'avoir fait souvent sans respecter les principes de modération et de déférence qu'impose la sérénité de la Justice. Par ailleurs, lorsque le Conseil devait se déplacer, les avocats de Province en profitaient pour demander à exercer leur mandat, mais leur niveau de compétence et leur honnêteté variable ne garantissaient pas un résultat franchement supérieur. C'est pourquoi l'accès des mandataires aux conseils était soumis à l'obligation d'obtenir du Chancelier un matricule. Mais malgré son institution ancienne (édit de Philippe VI de Valois, 1331), l'obligation du matricule n'était plus une contrainte à partir de 1560, car il suffisait de payer pour l'obtenir. De plus, bien qu'un collège d'avocats ait toujours plus ou moins clairement existé auprès du Conseil¹⁸, les règlements du Conseil permettaient encore de se passer d'auxiliaires spécialisés. Le règlement du 18 février 1566, par exemple, disposait que “ dorénavant, ceux qui auraient à faire au Roi pour choses qui regarderaient les finances, s'adresseraient et présenteraient eux-mêmes leurs requêtes en plein Conseil auquel ils seraient ouïs si besoin était, et leurs requêtes vues pour leur être pourvu sommairement ”.

Ce mode de procéder ne dut pas être satisfaisant, puisqu'un édit de 1585 prit la peine d'instituer officiellement six avocats aux conseils¹⁹. Tout porte à croire que ce nombre ne fut pas tenu²⁰, comme ne fut pas respecté non plus le nombre de vingt, posé par un règlement du 1^{er} mai et un édit du 30 juin 1597. Il faut avouer que, parallèlement à la vénalité des offices²¹ depuis François 1^{er}, le droit de réception au Conseil payé au Chancelier au titre de ses parties casuelles poussait à la multiplication des charges d'avocats comme de toutes les fonctions publiques. Aussi, dès le règne de Henri IV commence à se constituer dans les faits, et ce, cinquante années avant d'être consacré par un des premiers édits de Louis XIV, l'Ordre des avocats aux conseils. Par analogie avec la présentation des recours devant toute juridiction, par nécessité en raison du développement du contentieux, par déférence pour la plus haute juridiction, si proche du

¹⁷ Cité par DARESTE (R.), *La justice administrative en France*, Paris, Lib. du Recueil des lois et arrêts, 2^{ème} éd. par P. Dareste, 1898, p. 56.

¹⁸ GUYOT, *Traité des Offices*, t. II, Paris, 1786, p. 270 ; BOS (E.), *Les avocats aux conseils du Roi, étude sur l'ancien régime judiciaire de la France*, Paris, 1881.

¹⁹ Quatre secrétaires du roi (Moyen, Hiérosme, Leroy, De Vabres et Perrin) et deux référendaires à la Chancellerie (Lané et Bodart).

²⁰ LABBÉ (J.), *op. cit.*, p. 15.

²¹ L'explication juridique en fut donnée que les rois étaient propriétaires de la souveraineté (LOYSEAU, *Traité des Offices*, liv.2, chap. 2, n^{os} 21 et 28). Les fonctions dont sont revêtus les agents du pouvoir manifestent une puissance publique qui fait partie du domaine incorporel de la couronne : elles peuvent donc être aliénées comme les fiefs.

corps du roi, se dégage une fonction d'avocat aux conseils et se regroupent des hommes de loi suffisamment bien en Cour pour jouer ce rôle. C'est que la justice du Roi est matière d'importance. Au nom de celle-ci, diverses voix s'élèvent pour lutter contre l'inutile abondance des charges d'avocats aux conseils. Le débat est public : il donne lieu à de nombreux écrits²², mémoires et articles, et il motive finalement des mentions aux cahiers des trois Ordres pour les Etats généraux de 1614. Le résultat ne fut certainement pas de limiter les charges – qui passèrent des vingt officielles depuis 1597 à 100 par le règlement du 26 juillet 1626, puis à 160 en 1632 –, mais, plus discrètement, d'assurer l'homogénéité de l'Ordre naissant, car le principe de non-cumul entre les fonctions de secrétaire du roi et d'avocat aux conseils fut adopté en 1618.

Le point d'aboutissement de ce processus est l'édit du 2 septembre 1643²³ qui, en même temps qu'il attache spécialement des avocats aux conseils du roi, érige leur fonction en office. Mais, bien qu'il marque un instant important de l'apparition de l'Ordre, l'essentiel était déjà acquis à cette date, comme en témoigne son texte même : “ Nous [Louis] avons résolu (...) de créer un titre d'office, formé par un nombre certain d'avocats en nos Conseils d'Etat et Privé, pour en pourvoir par préférence ceux qui ont exercé lesdites charges d'avocat par matricule jusqu'à présent (...) et, à leur refus, autres personnes de mêmes qualités ”. On ne peut pas s'empêcher de penser que le roi ait été influencé dans sa décision par le rôle qu'avaient joué les avocats au conseil dans l'extension de la juridiction du Conseil du roi au détriment des Parlements. Leur patiente industrie avait permis de surmonter les nombreux règlements prescrivant, depuis Henri II, le renvoi des affaires contentieuses aux juges compétents pour en connaître²⁴. Son renforcement, la stabilité que conféra l'instauration des offices détourna les remontrances des Parlements, de 1615 à 1658, vers la fonction de cassation exercée par le Conseil, contre laquelle elles ne purent, logiquement, qu'échouer²⁵.

Quant au nombre fixé, de 160 offices, il est identique au dernier contingent atteint en 1632, et suffisamment élevé pour contenter tous les anciens avocats. Enfin, lorsque les besoins financiers porteront à accroître ce nombre, c'est le Roi qui sera seul compétent pour y pourvoir par un édit. De fait, après l'institution des offices et donc l'officialisation de l'Ordre, le nombre des avocats aux conseils fut variable : 160 en 1643 ; 200 en 1644²⁶ ; 230 en 1646²⁷ ; 200 en 1650²⁸ ; 160 en 1672 ; 170 en 1673 ; 70 en 1738²⁹ ; 98 en 1768³⁰ ; 70 en 1774 ; 73 en 1789.

²² DE MAINFERME (C.), Remontrances pour la réformation et remontrances sérieuses

²³ Edit de Louis XIV, Paris, septembre 1643, portant création de 160 avocats au conseil du roi, pour occuper et plaider à l'exclusion de tout Procureur (*Isambert*, t. XVII, p. 34, n° 11).

²⁴ DARESTE (R.), *op. cit.*, p. 57.

²⁵ Louis XIV y mit un terme dans un arrêt du Conseil du 8 juillet 1661.

²⁶ Edit de Louis XIV, Paris, janvier 1644, portant création de 40 offices d'avocats aux conseils qui, avec les 160 créés par l'édit de septembre 1643, formeront le nombre de 200 établis à perpétuité (*Isambert*, t. XVII, p. 50, n° 11).

Ce que les Valois, depuis l'invention d'une représentation devant le Conseil sous Philippe VI, n'avaient pas réussi à conclure en deux siècles et demi, les Bourbons l'ont réalisé en cinquante ans, et ils le rétabliront deux cents ans plus tard.

L'âge d'or de l'Ordre

Comme une chose naturelle, le ministère des avocats aux conseils a presque toujours exclu celui des autres auxiliaires de justice devant le Conseil d'Etat, les commissions du Conseil et le Conseil des prises³¹ (maritimes). Bien mieux, ils ont pu plaider concurremment avec les avocats au Parlement devant les maîtres des Requêtes de l'hôtel (affaires concernant les offices royaux), devant le Grand Conseil, et obtenir le droit de préparer et présenter au Sceau les lettres de chancellerie. En revanche, devant le Conseil privé ou des parties, les avocats au Parlement pouvaient plaider après autorisation du Chancelier et ils ne s'en privaient pas.

Contrairement à ce qu'on pourrait attendre, la procédure suivie devant le Conseil était, au moment de la fondation formelle de l'Ordre, beaucoup moins complexe que la procédure ordinaire. Le premier règlement de procédure fut arrêté en Conseil privé par 19 articles le 30 juin 1597. Le deuxième, plus fourni (85 articles), "règlement Séguier", date du 27 février 1660. La procédure devient plus délicate encore dans un troisième règlement en 164 articles, du 17 juin 1687. Enfin, parut le règlement du 28

²⁷ Edit de Louis XIV, Fontainebleau, août 1646, portant augmentation de 30 avocats sans création d'offices (*Isambert*, t. XVII, p. 59, n° 72) ; Edit de Louis XIV, Paris, novembre 1646, portant création de 30 avocats aux conseils en exécution de l'édit d'août 1646 (*Isambert*, t. XVII, p. 60, n° 76).

²⁸ Edit de Louis XIV, Bourges, septembre 1650, portant suppression des 30 nouveaux offices d'avocats aux conseils créés par les édits d'août et novembre 1646 (*Isambert*, t. XVII, p. 225, n° 193).

²⁹ Edit portant suppression de 170 charges d'avocats aux conseils et création de soixante-dix autres, Louis XV, Versailles, septembre 1738 (*Isambert*, t. XXII, p. 115, n° 530).

³⁰ Edit de Louis XV, portant règlement pour la police et discipline du Grand Conseil, Versailles, janvier 1768, qui permet aux avocats au Conseil d'exercer près le Grand Conseil, à charge d'y prêter serment (*Isambert*, t. XXII, p. 471, n° 940). Pour absorber la suppression des Procureurs au Grand Conseil, leur nombre est porté à 98.

³¹ V. par ex. ord. Henri III de 1579, édit Louis XIV de 1643, arrêts du Conseil des 2 mars et 17 septembre 1660, 3 janvier 1682, 9 mars 1723, 7 mai 1725, 23 février 1739, 27 février et 17 octobre 1740, 10 décembre 1743, 24 mai 1745, 16 juin 1746, 25 février 1758, déclarations du Roi 24 juillet 1771 et 18 mars 1774.

juin 1738, préparé par d'Aguesseau³², qui fournira ultérieurement le modèle du décret du 22 juillet 1806 sur la procédure devant le Conseil d'Etat³³ et demeurera une référence en matière disciplinaire.

En revanche, il est certain que le fond du droit applicable, celui que les avocats attachés au Conseil devaient connaître dans leurs grandes principes pour répondre sans erreur aux demandes de leurs clients, était extrêmement vaste. “ La variété et la multiplicité des objets dont s'occupent les différents conseils du roi et les bureaux du ministère, exigent qu'un avocat aux conseils ait au moins une idée très étendue de toutes les parties de l'administration : ainsi les affaires ecclésiastiques et civiles, la théorie du commerce et celle des finances, les lois forestières, les lois domaniales, les lois criminelles, les lois bursales, les usages maritimes, les statuts des colonies, etc. tout est de son ressort³⁴. ”

Tout cela explique peut-être le prestige de ces hommes de loi, qui ne dédaignaient pas les belles lettres. Au cours du 17^{ème} siècle, quatre d'entre eux sont à l'Académie française. Pour ne rien gâter, le revenu de ceux qui travaillent effectivement à leur charge est très élevé. Enfin, le roi confirme le privilège de *committimus*³⁵ pour les deux cents avocats aux conseils, dérogeant ainsi à l'article 13 du titre IV “ Des *committimus* et gardes gardiennes ” de l'ordonnance d'août 1669, qui n'accordait ce droit qu'aux quinze plus anciens de la compagnie³⁶. Ce siècle est sans doute l'âge d'or de l'Ordre des avocats aux conseils.

Toute cette bonne fortune leur tourna-t-elle la tête ? Toujours est-il que la préparation, puis l'adoption du règlement de 1738 leur donnèrent l'occasion de mesurer les limites de leur puissance. Il semble avéré que l'Ordre des avocats aux conseils intrigua pour éviter la parution du règlement en question, sur lequel il n'avait pas été consulté. L'un des membres de l'Ordre œuvra publiquement à la disgrâce du Chancelier d'Aguesseau sans que ce dernier puisse l'en empêcher. L'Ordre adressa, comme il le

³² Règlement concernant la procédure du Conseil, Louis XV, Versailles, 28 juin 1738, titre XVII, seconde partie (*Isambert*, t. XXII, p. 42, n° 517).

³³ V. pour les textes anciens, GAURET, *Le Style du Conseil*, Paris, 1700 ; pour une étude récente, DURAND (C.), “ La procédure contentieuse devant le Conseil d'Etat de 1800 à 1814 ”, *Ann. Fac. Droit Aix*, 1953.

³⁴ Répertoire universel de jurisprudence, cité par MACAREL (L.-A.), *Des Tribunaux administratifs*, Paris, Roret, 1828, p. 317.

³⁵ *Privilegium fori aut jus revocandi domum* : Privilège de faire évoquer une cause écrite devant une haute juridiction. On distingue les lettres de *committimus* au Grand sceau, qui permettent une évocation devant les requêtes du Parlement de Paris ou devant les requêtes de l'Hôtel, des lettres de *committimus* au petit sceau, qui l'autorisent seulement devant le Parlement désigné par le lieu de résidence.

³⁶ Arrêt du Conseil (Louis XIV), Saint-Germain-en-Laye, décembre 1671, *Isambert*, t. XIX, p. 25, n° 711 ; on note que l'article 17 de l'ordonnance de 1669 ne l'accorde qu'aux douze plus anciens avocats de la Cour de Parlement de Paris.

pouvait, des “ Lettres de très humbles représentations ” au Roi, en fait au Chancelier. Il n'en fut tenu aucun compte et le règlement fut imposé et même antidaté du 28 juin 1738. Comme les avocats aux conseils avaient clairement fait savoir qu'ils n'appliqueraient pas ce règlement, ce dernier fut assorti, le 10 septembre 1738³⁷, de la suppression des 170 anciens offices et de la recréation de soixante-dix nouveaux. L'épreuve de force était donc patente. Depuis l'été, le fonctionnement judiciaire du Conseil était interrompu. D'Aguesseau avait inspiré, ou peut-être rédigé, une “ Lettre d'un ancien avocat au Conseil à un de ses amis ” qui argumentait très clairement sa position et se terminait par le rappel de la condamnation que le Roi, “ premier et universel magistrat ” avait prononcée contre eux. Il attendit, non sans risque, que d'anciens avocats postulent aux nouveaux offices en nombre suffisant pour reprendre l'activité du Conseil. En deux mois, trente-trois s'étaient proposés. Ils furent complétés par trente-sept nouveaux venus. En décembre 1738, l'Ordre des avocats aux conseils était reconstitué.

Cet incident de parcours, qui trouve une origine anecdotique dans deux articles du règlement que les avocats aux conseils avaient jugés injurieux pour leur dignité³⁸, montre clairement que, même au faite de leur puissance, les avocats aux conseils ne pouvaient pas emporter une épreuve de force qui les opposerait au roi, ou même seulement au Chancelier, y compris sur des questions touchant à ce qu'ils connaissaient et maîtrisaient le mieux, à savoir le fonctionnement judiciaire.

Il faut enfin, par contraste, évoquer une dernière péripétie de l'Ancien Régime qui complète l'appréciation du rapport de forces qu'entretenait l'Ordre avec d'autres institutions publiques. Il s'agit de l'affaire qui opposa le chancelier Maupeou au Parlement qu'autrefois il avait pourtant présidé. L'exil des membres du Parlement de Paris eut pour conséquence que les officiers du Conseil du Roi furent envoyés pour tenir la Cour de Parlement dont les charges étaient confisquées. C'est tout naturellement que les membres du Conseil souhaitèrent avoir pour interlocuteurs leurs avocats habituels, et que le roi jugea utile de s'attacher les services d'avocats qui n'avaient pas la “ culture de Parlement ”. Aussi une déclaration du 22 février 1771 donna aux avocats aux conseils le droit de plaider et d'écrire devant le Parlement en concurrence avec les avocats ordinaires³⁹. Il est clair que l'Ordre avait retrouvé, trente ans après le désastre du règlement d'Aguesseau, la faveur du roi⁴⁰ et qu'il comptait bien continuer à la mériter, si cela pouvait lui donner l'occasion à la fois : de montrer le rôle éminent qu'il

³⁷ Edit de Louis XV, Versailles, septembre 1738 (*Isambert*, t. XXII, p. 115, n° 530).

³⁸ Ces articles fixaient un minimum de lignes, et même de syllabes, par page, laissant entendre que les avocats, par des artifices calligraphiques, allongeaient abusivement leurs mémoires. Maintenus dans le règlement, ils ne furent cependant jamais appliqués.

³⁹ Déclaration concernant les avocats au Conseil, Louis XV, Versailles, 22 février 1771, *Isambert*, t. XXII, p. 511, n° 997.

⁴⁰ Confirmée par lettres patentes du 24 juillet 1771, enregistrées le 1^{er} août, le roi “ voulant seconder les sentiments d'honneur et de désintéressement dont les avocats aux conseils n'ont cessé de nous donner des preuves, aussi bien que de leurs talents. ”

jouait au plus haut niveau de l'Etat, contre les institutions, même les plus prestigieuses, qui se dresseraient contre l'autorité royale⁴¹ ; et de l'emporter de façon éclatante sur les avocats au Parlement.

L'intermède du Parlement Maupeou prit fin. Lorsque Louis XVI accéda au trône, il rappela le Parlement à Paris et un édit de novembre 1774 rétablissant les procureurs supprima les avocats du Parlement⁴². En conséquence, le nombre d'avocats aux conseils qui n'avait été augmenté que pour faire face à la situation précédente fut ramené à soixante-dix sans que cela provoque aucune réaction. Les historiens du Conseil estiment en général que ce nombre était largement suffisant pour couvrir l'activité contentieuse concernée.

Ainsi exposée, l'histoire des avocats aux conseils, qui est aussi celle de l'émergence de l'Ordre, livre dès l'Ancien Régime les cinq traits essentiels qui fondent leur ministère. Une vocation générale à représenter les particuliers devant tous les conseils du roi, nonobstant le fond du droit, privé ou public. Une fonction qui réunit les aspects tenant à la postulation et ceux qui relèvent de la défense et de la représentation. Un monopole de représentation devant certaines formations du Conseil. Une participation au service public de la Justice qui comprend nécessairement un certain loyalisme vis-à-vis du détenteur du pouvoir. Une stabilité et un contrôle dus à l'obligation, pour exercer, d'être titulaire d'un office public ministériel transmissible.

La plupart de ces caractéristiques ont été mises entre parenthèses pendant la Révolution, mais elles n'ont pas pour autant perdu leur caractère fondateur, si bien que lors du rétablissement de l'Ordre, elle firent spontanément leur réapparition.

Les plumes du Phénix

L'Ordre des avocats aux conseils ne pouvait pas manquer d'être affecté par la rupture institutionnelle de la Révolution. En effet, furent successivement supprimés : les

⁴¹ Les occasions les plus courantes, pour les avocats aux conseils, de rappeler aux Parlements les bornes de leurs pouvoirs manquaient parfois d'éclat, si elles n'étaient pas dépourvues d'effets pratiques et vexatoires : V. Mandement portant confirmation d'arrêt du Conseil, pour les amendes de la Cour (Compiègne, 1^{er} août 1658), qui dut défendre aux avocats de signer les requêtes tendant à se pourvoir contre les amendes ordonnées par le Parlement de Paris (*Néron et Girard*, t. II, p. 66).

⁴² Edit portant suppression des avocats au Parlement et rétablissement des procureurs, Louis XVI, Fontainebleau, novembre 1774, au nombre de 400, réductible à 200, *Isambert*, t. XXIII, p. 68, n° 78.

offices vénaux et héréditaires de judicature⁴³, qu'il fallut rembourser⁴⁴; le titre d'avocat⁴⁵; le Conseil du roi lui-même⁴⁶.

Survivant de peu à la suppression des avocats ordinaires, l'Ordre des avocats aux conseils, dans son ultime version antérieure à la Révolution, vivait ses derniers jours. Il n'aurait pas été impossible de le conserver, car la suppression des offices ministériels ne recueillait pas un accord aussi large que celle des offices de judicature⁴⁷. Mais pour trouver une position médiane, Tronchet intervint solennellement⁴⁸ et proposa de remplacer les anciens offices ministériels par de nouveaux auxiliaires de justice : les avoués. Ce faisant, même si la question particulière des avocats aux conseils n'était pas tranchée, aucun ancien office ne pouvait à terme subsister.

La sort des avocats aux conseils fut de nouveau évoqué lorsque la question se posa d'instituer ou non des avoués près le Tribunal de cassation. Le projet de décret prévoyait que les avocats aux conseils obtiendraient de droit cette fonction. Un député intervint alors pour faire retirer la mention des avocats aux conseils dans le texte du décret⁴⁹.

Enfin, le 15 février 1791, le Comité de Judicature proposa au Comité de Constitution la suppression des avocats aux conseils⁵⁰. Elle fut présentée à la Constituante, le 14 avril 1791, par Dumenier au nom du Comité de constitution⁵¹ et adoptée selon une modalité très simple. Les offices des avocats aux conseils furent

⁴³ Loi des 16-24 août 1789, tit. II, art. 2 ; des 15-18 décembre 1790, du 29 janvier 1791 ; confirmation définitive dans la loi du 20 mars 1791.

⁴⁴ Décret du 2 septembre 1790 ; rapport Gossin in *Arch. Parl.*, t. XXI, p. 110 et s.

⁴⁵ Décret des 2-11 septembre 1790.

⁴⁶ Après avoir été progressivement dépouillé de ses compétences à la fin de l'année 1789, sa suppression est presque réclamée par un mémoire des ministres annexé à la séance du 15 octobre 1790 (*Arch. Parl.*, t. IX, p. 451). L'article 30 du décret du 27 novembre 1790 supprime d'abord le Conseil des parties pour le remplacer par le Tribunal de cassation. L'article 1^{er} du décret du 27 avril 1791 supprime le reste du Conseil.

⁴⁷ Débat ouvert le 13 décembre 1790, rapport Dinocheau, *Arch. Parl.*, t. XXI, p. 437.

⁴⁸ Discours du 16 décembre, *Moniteur* du 18.

⁴⁹ *Arch. Parl.*, t. XXI, p. 524, interventions de Prieur et Prugnon.

⁵⁰ LABBÉ (J.), *op. cit.*, p. 45, citant A. N. D17, 8, n° 109.

⁵¹ *Arch. Parl.*, t. XXV, p. 360.

supprimés⁵² et leurs titulaires admis à exercer la fonction d'avoué au Tribunal de cassation et auprès des tribunaux de district. Sur les soixante-treize que comptait l'Ordre en 1789, une cinquantaine se firent inscrire au Tribunal de cassation⁵³. L'Ordre fut ainsi, du fait même de la suppression des offices, dissout par l'article 5 de la loi du 14-27 avril 1791.

Mais la disparition institutionnelle de l'Ordre n'était pas encore tout à fait consommée. Il fallut que la nouvelle fonction des anciens avocats aux conseils fût, elle aussi, soumise à la tourmente révolutionnaire. La loi du 3 brumaire an 2⁵⁴, qui supprime les requêtes dans toutes les affaires et devant tous les tribunaux, ainsi que les avoués, vint retirer aux anciens membres de l'Ordre toute attribution officielle et les fonda dans la troupe des "défenseurs officieux". Certes, en réalité, s'était reconstitué un barreau officieux d'avocats qui s'intitulaient "hommes de loi près le Tribunal de cassation", dont la liste fut publiée dans les almanachs nationaux de l'an 5 jusqu'à l'an 8, mais à leurs côtés pouvaient intervenir des intermédiaires peu scrupuleux. Le résultat ne dut pas être fameux, puisque le tribunal de cassation, par une délibération du 15 messidor an 5, exprima clairement au Corps législatif le souhait de retrouver des auxiliaires de justice, au moins dans une fonction d'avoué.

"La justice souffre, les citoyens sont livrés à une oppression qu'il importe de faire cesser et nous représentons au corps législatif que le rétablissement des officiers ministériels auprès des tribunaux est l'un des objets les plus urgents de son travail réparateur... Il y a longtemps que le Tribunal voit avec douleur des fonctions délicates partagées entre des hommes irréprochables et qui ont fait leurs preuves et des vagabonds que le hasard de leur fortune a poussés dans une carrière qu'ils déshonorent. Les prévarications se répètent d'autant plus que les prévaricateurs, indépendants de toute surveillance, sont plus assurés de l'impunité⁵⁵."

C'est dans ce contexte de suppression peu concluante que la loi du 27 ventôse an 8, sur l'organisation judiciaire (article 93), complétée par un arrêté du 9 prairial institua près le Tribunal de cassation, avec le titre d'avoué, cinquante officiers ministériels chargés en réalité de remplir les mêmes fonctions que celles exercées par les avocats aux conseils sous l'Ancien Régime près le Conseil privé : postulation et représentation. Ils semblent avoir été, en fait, moins d'une vingtaine⁵⁶. Un arrêté du 7 ventôse an 12 prit même la peine d'étendre leur ministère au monopole de la représentation devant le

⁵² Sur le remboursement, V. LABBE (J.), *op. cit.*, p. 44-52 ; rapport Régnier du 5 mai 1791, *Arch. Parl.*, t. XXV, p. 613 ; intervention Abbé Maury 7 mai 1791, *loc. cit.*, p. 659.

⁵³ Institué par le Décret des 27 novembre-1^{er} décembre 1790.

⁵⁴ *Arch. Parl.*, t. LXXVII, 3 brumaire an 2 (24 octobre 1793).

⁵⁵ cité par VERLINE (C.), *La nécessité du monopole des avocats aux conseils devant l'Histoire*, mém. DEA, Paris-XI, 1998.

⁵⁶ MAILHE (J.), *L'Etat et les offices ministériels du 17^{ème} au 19^{ème} siècles*, th. droit Paris-2, 1982, t. II, p. 391.

Conseil des prises. Le renouveau de l'activité pleine et entière des avocats aux conseils connut son aboutissement lorsque, à la suite du rétablissement du titre d'avocat (loi du 22 ventôse an 12), de la transformation du Tribunal en Cour de cassation (Sénatus-consulte organique du 28 floréal an 12), le décret du 25 juin 1806 leur rendit par la même occasion leur titre ancien : les avoués près le Tribunal de cassation furent admis au serment devant la Cour sous le nom d'avocats à la Cour de cassation.

Simultanément, - et à cela on mesure la volonté de maintenir séparées les juridictions administratives et judiciaires -, le décret du 11 juin 1806, qui organise le Conseil d'Etat, fonde en même temps des avocats attachés à ce Conseil (art. 33). Leur rôle était initialement de signer les requêtes et mémoires portés au contentieux. Le décret du 24 juin 1806 ajouta que toute demande présentée au conseil du Sceau seraient également formées par ceux-ci. Il ne restait plus à un décret du 8 juillet 1806 qu'à reconnaître un barreau particulier au Conseil d'Etat, comportant dix-huit charges, dont dix furent immédiatement attribuées à des avocats à la Cour de cassation ; et à celui du 22 juillet 1806 qu'à requérir leur ministère pour introduire les recours des parties au Conseil d'Etat.

A partir de 1806, il existe donc deux compagnies d'avocats, l'une attachée à la Cour de cassation, l'autre au Conseil d'Etat, la somme des deux totalisant ainsi les attributions des anciens avocats aux conseils. L'ordonnance du 29 juin 1814 réorganisant le Conseil d'Etat, ne modifia pas la compagnie des avocats y attachée, même si les affaires de la compétence du conseil du Sceau – reconnaissance et confirmation des titres de noblesse – furent attribuées à de nouveaux officiers ministériels créés sous le nom de référendaires au Sceau⁵⁷, mais elle rétablit (art. 21) dans son principe l'ancienne Compagnie des avocats aux conseils.

Alors que l'ordre des avocats près les tribunaux et cours d'appel avait été reconstitué par le décret impérial du 14 décembre 1810 – dans des conditions, il est vrai, contestées –, il fallut attendre, après des mesures préparatoires prises par ordonnances du 10 juillet 1814 et du 13 novembre 1816, l'ordonnance du 10 septembre 1817, toujours en vigueur dans ses principales dispositions, pour qu'apparaisse l'Ordre actuel, qui englobe les deux précédentes compagnies. “ L'ordre des Avocats en nos Conseils [au conseil d'Etat] et le collège des avocats à la Cour de cassation sont réunis sous la dénomination d'ordre des avocats aux conseils du Roi et à la Cour de cassation ” (art. 1^{er}).

Comme le montre l'évolution précédente, l'Ordre n'aura été supprimé que l'espace d'une quinzaine d'années et n'aura été “ dédoublé ” entre les juridictions administratives et judiciaires que pendant onze ans. Encore faut-il remarquer que, durant ces périodes, et par des moyens plus ou moins détournés, les fonctions exercées par les avocats aux conseils ont presque toujours été assurées. De plus, une particularité de l'ordonnance est d'être, aux dires même de son préambule, un “ acte négocié ”. Elle a été rendue possible parce que “ la Chambre et le banc syndical des deux compagnies ont pris de gré à gré des arrangements qui permettent d'opérer la réunion définitive des deux collèges sans excéder le nombre fixé par notre ordonnance du 10 juillet 1814 ”.

⁵⁷ Ils seront supprimés par le décret du 30 octobre 1935.

L'ordonnance de 1817 organise la discipline intérieure de l'Ordre de manière claire et forte : un conseil composé du président et de neuf membres, dont deux ont la qualité de syndic et un troisième celle de secrétaire trésorier⁵⁸. Néanmoins, il serait excessif de conclure que le fondement de l'Ordre des avocats aux conseils se limite à cette dernière ordonnance unificatrice⁵⁹. Les principes des anciens règlements, tels que les synthétise celui du 28 juin 1738, sont restés applicables au fond. Simplement, le président et le conseil de discipline de l'Ordre seront ultérieurement, en application du décret du 28 octobre 1850, élus directement et à la majorité absolue des suffrages⁶⁰, par l'assemblée générale de l'Ordre.

L'unité de l'Ordre est assurée par la limitation à soixante charges, contenue dans une ordonnance du 10 juillet 1814, puis dans le préambule de l'ordonnance de 1817, et par l'interdiction expresse de séparer le titre d'avocat aux conseils et celui d'avocat à la Cour de cassation, initialement prévue par une ordonnance du 18 octobre 1816, et reprise dans l'article 2 de l'ordonnance de 1817. La pérennité de l'Ordre est assurée par l'application de la loi de finances du 28 avril 1816 (art. 91), qui autorise les titulaires de charges à présenter leurs successeurs. Mis à part la période qui s'étend de 1817 à 1830, qui connut soixante-douze mutations, et les deux années qui suivirent, pendant lesquelles un quart de l'Ordre se renouvela⁶¹, ces deux caractéristiques lui donnèrent jusqu'à aujourd'hui une remarquable stabilité.

Des arrêtés spéciaux ont conféré aux avocats au Conseil d'Etat et à la cour de cassation, le droit exclusif d'instruire les affaires contentieuses devant les ministères de la Justice, de l'Intérieur et des Finances⁶². Une loi du 21 avril 1810 (art. 28) leur a accordé le droit de représenter les parties devant toutes les sections du Conseil d'Etat. Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ont par ailleurs récupéré le droit de plaider et consulter concurremment avec les autres avocats devant les tribunaux et cours d'appel de l'ordre judiciaire⁶³. Néanmoins, une délibération du conseil de discipline de l'Ordre, prise en 1826, leur a recommandé de ne pas user de cette faculté.

⁵⁸ Mais il a vite été acquis que ces organes ont un simple pouvoir de proposition. Pour leur discipline, les avocats de l'Ordre ne sont justiciables que de la juridiction devant laquelle ils exercent leur fonction (Cass. 15 juillet 1812).

⁵⁹ Modifiée, pour certains détails par des arrêtés des 29 sept. 1823, 13 mai 1824, 22 juillet 1824, 7 sept. 1824 ; pour l'élection du président, par le décret du 28 oct. 1850, *Duvergier*, p. 447.

⁶⁰ Les avocats devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire l'avaient obtenu par l'ordonnance du 27 août 1830.

⁶¹ BORE (J.), " L'Ordre des avocats aux conseils ", *Le Conseil d'Etat, 1799-1974*, éd. CNRS, 1974, Annexe VI, p. 952.

⁶² Arrêtés ministériels des 29 sept. 1823, 13 mai et 22 juillet 1824, 10 janvier 1831.

⁶³ Ordonnances des 14 mars 1822, 20 novembre 1822, 27 août 1830.

Enfin, même si, progressivement, se sont dégagés devant le Conseil d'Etat des cas de dispense du ministère d'avocat, ces dispenses ne s'appliquaient qu'à la partie écrite de la procédure. A partir de l'ordonnance du 2 février 1831 (art. 3), qui unifie formellement devant cette même juridiction la fonction d'avoué et d'avocat, seul un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation pourra présenter des observations orales pour une partie, quelle qu'elle soit, y compris l'Etat⁶⁴. Il en sera de même devant le Conseil des prises (maritimes)⁶⁵. Autant dire que, même dans les cas de dispense, les parties étaient incitées à se réserver la possibilité d'utiliser le peu de procédure orale mis à leur disposition. De plus, le ministère d'un membre de l'Ordre permettait d'éviter le sort des affaires sans avocat, qui pouvaient être jugées par la section du contentieux en séance non publique. Le calcul n'était peut-être pas erroné : le rapport Dufaure⁶⁶, étudiant la période du 10 août 1872 au 31 décembre 1877, fait ressortir que sur 5903 pourvois introduits contre l'Etat, 2156 l'ont été par un avocat et 3747 directement par le requérant. Or, le taux de rejet des pourvois directement présentés par les parties s'établit à 68% contre 45% pour ceux présentés par un avocat⁶⁷.

La dénomination, aujourd'hui consacrée, d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, née en 1848, semble définitivement acquise après la loi du 18 juin 1850 sur les patentes et le décret du 28 octobre 1850 précité, dans lesquels elle remplace celle d'avocats aux conseils. La remarque vient donc que l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation bénéficie d'un quasi monopole sur une représentation obligatoire avant que le Conseil d'Etat ne soit une juridiction indépendante, avant même que ne soit fixée et étendue la voie de recours essentielle qui permettra son émancipation : le recours pour excès de pouvoir.

Trois conclusions

Quant aux évolutions longues et aux tendances " lourdes ".

Les étapes de la fondation de l'Ordre, aussi bien que ses rares réformes, peuvent être caractérisées par leur caractère anticyclique. Elles ne se produisent jamais simultanément avec les modifications de l'organisation interne du Conseil du Roi, ou

⁶⁴ Malgré la dispense générale des art. 16 et 17 du décret du 22 juillet 1806 ; jurisprudence constante, V. CE, 27 févr. 1930, *Trémège*, Rec. p. 225.

⁶⁵ Décret impérial du 18 juillet 1854 instituant un Conseil des prises (art. 7), qui réserve aux seuls avocats au conseil d'Etat le droit de signer les mémoires et requêtes (*Bull. lois*, X, 506, 3839 ; *Duvergier*, t. LII, p. 245)

⁶⁶ *J.O.* 9 décembre 1878, cité par AUCOC, *Conférences sur l'Administration et le droit administratif faites à l'Ecole impériale des Ponts et Chaussées*, Paris, Dunod, 1885, t. I, p. 691.

⁶⁷ BLOCK (M.), *Dictionnaire de l'Administration française*, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., 1877.

ultérieurement, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation⁶⁸. Il n'est évidemment tenu compte d'aucune protestation du Parlement de Paris⁶⁹. Seule la tourmente révolutionnaire qui affecte à la fois toutes les professions judiciaires et tous les offices publics crée une discontinuité juridique dans l'existence de l'Ordre. Une interprétation peut ainsi être avancée quant aux liens entre l'Ordre des avocats aux conseils et le pouvoir judiciaire : c'est que l'Ordre a toujours été le soutien des détenteurs du pouvoir judiciaire, quels qu'ils furent. Précisément dans les circonstances de crise politique, l'Ordre a servi d'appui et de facteur de stabilité en préservant la sérénité de la fonction judiciaire au plus haut niveau. Précisément dans les moments de réformes institutionnelles de l'appareil judiciaire, la permanence de l'Ordre a toujours été une garantie de la transmission d'un certains nombres de pratiques, mais surtout dirait-on aujourd'hui d'une éthique du service de la Justice. Et précisément parce que la compétence technique de l'Ordre en termes de procédure n'est pas déterminante, les différents règlements de procédure devant les Hautes juridictions n'ont jamais affecté profondément son existence ou son identité.

En revanche, si on recherche l'origine de l'entrée de l'Ordre dans la société contemporaine ne faut-il pas se tourner vers des modifications plus récentes, telles l'autorisation spéciale donnée par le loi du 20 mars 1948, à l'autre moitié du ciel, c'est-à-dire aux femmes, de devenir officier ministériel et donc " avocates " au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ; ou encore décret du 15 mars 1978, rendant applicable à l'Ordre la loi du 29 novembre 1966 sur les sociétés civiles professionnelles ?

Quant au contenu juridique de l'activité des avocats aux conseils.

La distinction générale entre postulation et représentation n'a jamais, dans la fonction d'avocat aux conseils, recouvert une réalité pertinente. Aux origines de l'Ordre, que ce soit à la fin du 16^{ème} siècle ou en 1817, la procédure est simple, la fonction d'avoué ne se distingue pas de la représentation. Il pourrait en être déduit que les questions juridiques majeures posées par cette activité ne sont pas relatives à la distinction entre procédure (au sens large : compétence, recevabilité, procédure juridictionnelle) et fond du droit. Plus exactement, si les difficultés juridiques de procédure sont importantes, elles ne doivent pas sortir d'un débat d'experts, elles ne doivent pas déterminer la solution du litige, elle ne doivent pas affaiblir, ternir ou dissimuler l'image de la Justice suprême. Bien plutôt, si l'Ordre a retrouvé son unité en 1817, c'est précisément parce que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation avaient

⁶⁸ Sauf en ce qui concerne, sous l'Ancien Régime, les fréquentes variations du nombre des charges, toujours formellement motivées par une modification de l'organisation du Conseil du roi.

⁶⁹ Notamment sous Louis XIII et Louis XIV : remontrances de 1615 (*Isambert*, Recueil des anciennes lois françaises, t. XVI, p. 61), résolution des Cours souveraines réunies en la Chambre de Saint-Louis le 7 juillet 1648 (*Isambert*, t. XVII), remontrances de l'avocat général Omer Talon en août 1657 (*Isambert*, t. XVII, p. 343). Un arrêt du Conseil du 8 juillet 1661, Louis XIV y étant, mit fin aux vellétés des Parlements en confirmant la souveraineté du Conseil dans sa fonction de cassation.

expérimenté des difficultés de compétence majeures⁷⁰, que le pouvoir politique de l'époque, tout comme ces juridictions, voulait voir surmonter au stade de l'admission des requêtes.

En revanche, il est une fonction, souvent sous-estimée, des avocats aux conseils qui donna lieu à de nombreux arrêts et qui faisait l'objet d'une surveillance constante : celle de l'authentification, en cas de diffusion des contenus et argumentations juridiques. Elle contribuait, par la multiplication des mémoires imprimés, à la connaissance du droit. Cette tâche, certes commune à plusieurs officiers publics et ministériels, montre l'importance déterminante, pour la fonction judiciaire, non seulement de l'exactitude du droit produit, mais aussi de la solennité de la justice rendue⁷¹. Elle n'a disparu qu'assez tard dans le 19^{ème} siècle.

Quant à la fonction symbolique de l'avocat aux conseils.

L'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation a pu entretenir et transmettre pendant plusieurs siècles à tous les intervenants du système judiciaire, une éthique de la Justice. A destination des usagers du service public de la Justice, il contribue à la clarté et à la magnificence d'une Justice suprême. Ses rapports avec cette justice sont bien illustrés par le jeton de présence que recevaient les avocats aux conseils assistant aux assemblées générales de l'Ordre. La devise gravée sur ce jeton était *Solis fas cernere solem*, c'est-à-dire "à eux seuls, il est permis de regarder le soleil", avec un jeu de mots sur *sol*, qui est une allusion évidente au Roi-Soleil.⁷²

C'est peut-être parce que l'avocat aux conseils remplit une très ancienne fonction sociale, antérieure même au phénomène juridique, qui est celle d'intercesseur.

Intercedere possède, en droit romain, deux sens différents selon qu'il s'agit d'un usage institutionnel et public ou d'un usage familial et privé. D'une part, dans les magistratures, qui sont (sauf exception de la dictature et de la préture entre 367 et 242 av. n.-è.) collectives, chaque membre dispose du pouvoir de bloquer les décisions de son collègue en prenant la décision inverse : c'est l'exercice de l'*intercessio*. D'autre part, dans le mariage, le fait pour une épouse de s'engager pour son mari est qualifié

⁷⁰ GUGLIELMI (G. J.), " Le rôle du Conseil d'Etat dans la constitution de la distinction entre droit public et droit privé (1800-1830) ", *RFD adm.* 1996, p. 305-310.

⁷¹ Arrêts du Conseil qui renouvellent les défenses faites aux imprimeurs d'imprimer aucun mémoire pour les affaires portées devant les conseils, si la minute n'a été préalablement signée par un avocat aux conseils : 9 mars 1723, 7 mai 1725, 27 février et 17 octobre 1740, 27 novembre 1741, 10 décembre 1743, 24 mai 1745, 16 juin 1746, 24 juillet 1747, 24 octobre 1749, 4 septembre 1752, 25 février 1758, 30 avril 1759, 14 septembre 1761, 18 mars 1774, 8 août 1777, 2 juillet 1786 (*Isambert*, t. XXVIII, p. 209, n° 2242).

⁷² " On y voyait des aigles dirigeant leur vol et leur regard vers le soleil et l'inscription annonçait qu'il n'était donné qu'aux avocats aux conseils d'envisager cet astre. " BOS (E.), *op. cit.*, p. 426.

d'intercession *pro marito*. Elle est d'ailleurs interdite, de façon à protéger la femme contre les actions en paiement qui l'obligeraient à la place de son mari (édits d'Auguste et Claude, sénatus-consulte Velléien). L'exception du Velléien s'est maintenue assez longtemps en France, dans les pays de droit écrit jusqu'à ce que, l'usage contraire se développant, un édit de Henri IV l'abolisse en 1604 (époque où d'ailleurs, émerge l'Ordre).

Le point commun de ces *intercessio* est de prendre un engagement pour autrui, de se charger d'une dette sans y avoir intérêt. D'une certaine façon, c'est bien ce que fait l'avocat aux conseils, qui, sans y avoir un intérêt personnel, se charge, vis-à-vis d'un pouvoir suprême, d'une dette : celle qui résulte de l'obtention d'une décision donnant terme à un litige, décision souveraine et unilatérale, dont le requérant restera redevable au pouvoir judiciaire et plus largement à la société.

Il n'est pas impossible, pour éclairer le fondement non pas historique, mais symbolique de l'Ordre des avocats aux conseils, de tenter un parallèle avec la figure du prêtre⁷³ dans la loi juive. " Le roi, le prêtre, le prophète ... ne correspondent pas à un système de division des pouvoirs. En fait, ils sont tous trois, sous diverses modalités, responsables d'une seule fonction : la justice ". C'est bien en ce sens que l'Ordre des avocats aux conseils a toujours été un organe collaborant à l'œuvre royale, puis républicaine, de justice⁷⁴, dont on veut croire qu'elle est la justification fondamentale du pouvoir dans une société organisée. Les enseignements de l'Histoire ne seront pas tout à fait oubliés si, alliant la tradition au symbole, le rappel de l'origine et du fondement de l'Ordre vous convainc encore aujourd'hui que sa fonction essentielle se trouve dans la mise en scène, par l'avocat aux conseils, du *rapprochement*⁷⁵ entre le justiciable et son juge.

⁷³ Cela n'est pas si original. Domat n'avait pas manqué de le faire à propos de la rémunération de l'avocat (*Le droit public*, Liv. II, Tit. VI, introduction, p. 182) et de ses devoirs (Tit. VI, 4, p. 185).

⁷⁴ " Le roi est avant tout chargé du *michpat*, de réaliser la justice. Le roi n'est pas le but de la création... Il est l'agent du devenir, conscient que l'Eternel ne se trouve pas ailleurs que dans cette justice destinée à transformer deux hommes opposés en prochain l'un pour l'autre. " R. DRAÏ, *Freud et Moïse*, Anthropos, 1997, p. 213.

⁷⁵ " Le prêtre, le *cohen*, est chargé d'une autre fonction... Le sens de cette fonction n'apparaîtrait pas si on ne la restituait pas au mot hébreu *korbanot*, bâti sur la racine *KRB*, proximité. Le prêtre est chargé... du rapprochement et les *korbanot* n'ont d'autres finalités que de faire finalement prévaloir la proximité sur le séparatisme. " *ibid.*

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

Association des magistrats à la Cour de cassation, *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990, Volume jubilaire*, Litec, 1990.

BORE (J.), “ L’Ordre des avocats aux conseils ”, *Le Conseil d’Etat, 1799-1974*, éd. CNRS, 1974, Annexe VI, p. 949 ; “ La fonction d’avocat auprès des cours suprêmes ”, *D.* 1989, chron.159 ; “ L’Ordre des avocats aux conseils ”, *Rev. des deux mondes*, 1968, p. 62.

BOS (E.), *Les avocats aux conseils du Roi, étude sur l’ancien régime judiciaire de la France*, Paris, 1881 ; *Introduction à l’histoire de l’Ordre des avocats au Conseil*, Versailles, impr. de Cerf, 1871.

CALON (J.-P.), V° Avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation, *Encyclopédie Dalloz de droit administratif*.

DOUCELIN (M.), *Le ministère de l’avocat devant les juridictions administratives*, th. Paris-I, 1980.

GUILLARD (R.), *Histoire du Conseil du Roi*, Paris, 1718.

LABBE (J.), *Les Origines de l’Ordre des avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation (1302-1817)*, mém. DES Paris, 1958.

LAPANOUSE (J. de), “ L’Ordre des avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation devant l’Histoire ”, *Le Conseil d’Etat. Livre Jubilaire. Publié pour commémorer son 150ème anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, p. 351.

LE GRIEL (H.), *Des avocats aux conseils du Roi aux avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation*, discours prononcé le 12 décembre 1961, éd. Ordre des avocats, impr. Bronette, 1961.

MARTINEAU (A.), *Idées sur l’organisation du Conseil d’Etat*, 1806.

MORILLOT, “ La collaboration de l’Ordre avec le Conseil d’Etat ”, *Le Conseil d’Etat. Livre Jubilaire. Publié pour commémorer son 150ème anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, p. 367.

MORNARD (H.), *L’Ordre des avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation*, (Discours pour l’Assemblée générale du 24 juillet 1919), Paris, impr. de Maréchal, 1919, 129 p.

MOUSNIER (R.), *Le Conseil du roi, de Louis XII à la Révolution*, Paris, 1970.

PEROUSE (G.) et MIMEREL (A.), *Ordre des avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation : le centième anniversaire de sa réorganisation, Notes historiques*, Le Puy-en-Velay, impr. Peyrellier, 1923.

SEGOGNE (R. et B. de), V° Avocats au Conseil d’Etat, *Rép. Dalloz de droit public et administratif*, 1958.

VERLINE (C.), *La nécessité du monopole des avocats aux conseils devant l’Histoire*, mém. DESS, Paris-XI, 1998.

VIDAILLAN (AZA de, C.), *Histoire des Conseils du Roi depuis l’origine de la monarchie jusqu’à nos jours*, Paris, Amyot, 1851.

TABLEAU de l'Ordre depuis le 10 sept. 1817, précédé d'une Introduction historique contenant l'indication des membres des compagnies antérieures depuis 1738, Versailles, 1880.

- BATAILLARD (C.), Histoire des Procureurs et Avoués (1483-1816), xxx
- DELACHENAL (R.), Histoire des avocats au Parlement de Paris (1300-1600), 1885.
- DELOM de MEZERAC, Le barreau pendant la Révolution.
- FOURNEL, Histoire du barreau de Paris dans le cours de la Révolution.
- FOURNEL, Histoire des avocats au Parlement et au barreau de Paris depuis Saint-Louis jusqu'au 15 octobre 1790, 1813.
- JUILLET SAINT-LAGET, De la situation de l'avocat devant les Conseils de Préfecture, 1885.
- LOUIS-LUCAS (P.), Etude sur la vénalité des charges et fonctions publiques et sur celles des offices ministériels depuis l'Antiquité romaine jusqu'à nos jours, th. Paris, 1882.
- DE MAINFERME (C.), Remontrances pour la réformation et remontrances sérieuses.
- PROUST, Etude sur l'organisation du barreau de la Cour de cassation, 1864.
- QUILLARD (G.), Les défenseurs et avocats de 1790 à 1830, th. Paris, 1949.
- SELIGMANN, La Justice en France pendant la Révolution (1789-1793), xxx