

« Les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois »

Yves STRICKLER

**Professeur agrégé de droit privé et sciences criminelles, Université Côte d'Azur,
CERDP (UPR 1201), Président de l'Institut fédératif de recherche « Interactions »**

Le dédicataire des présents mélanges a été mon professeur de procédure civile dans ce qui, à l'époque, s'appelait encore un *Diplôme d'Études Approfondies* (DEA à finalité recherche), et qui aujourd'hui est devenu un master 2 indifférencié. Il m'avait alors dirigé, pour mon mémoire de recherche, vers le Doyen Georges Wiederkehr qui devait devenir mon directeur de thèse. Les liens construits à cette occasion et heureusement maintenus depuis font que, lorsqu'il a été question de contribuer à l'hommage ici révélé, les sages mots de Portalis me sont spontanément apparus, tant Claude Lienhard, par ses actions et ses convictions, illustre ce qu'un juriste peut et doit être.

L'extrait complet des propos inspirateurs de la plume de Portalis mérite une citation plus large, tant sa lecture est une constante régénération de l'esprit :

« Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même, qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles ; qu'enfin, il n'appartient de proposer des changements, qu'à ceux qui sont assez heureusement nés pour pénétrer, d'un coup de génie, et par une sorte d'illumination soudaine, toute la constitution d'un État. »¹

Quelques souvenirs et éléments de réflexion compléteront ces directives si sagaces, en suivant une distribution peu académique autour des trois axes majeurs de la question qui en réalité s'interpénètrent : la loi, la jurisprudence et la force des comportements humains.

Lorsque la norme est indigne, lorsque la norme est injuste, lorsqu'elle emporte des conséquences illégitimes, il faut savoir se lever et conserver alors, à côté de la solidarité qui lie les hommes (et les femmes, évidemment, mais l'on conservera, n'en déplaise aux pourfendeurs du genre, le respect du *neutre* conforme aux règles de base de la grammaire française), son nécessaire compagnon d'arme qui n'est autre que la résistance : « *Résistez. Résistez aux séductions moutonnières de la médiocrité, à l'ignominie des retournements intéressés, aux murmures de la lâcheté qui ne recule devant l'effort que pour se trouver tout à coup, mais trop tard, acculée à la tragédie. Résistez. Résistez. Gardez par-dessus tout l'amour*

¹ J.E.M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Discours prononcé le 21 janvier 1801, et le Code civil promulgué le 21 mars 1804, Préf. Michel Massenet, Bordeaux : Éditions Confluences, 2004, 78 pp : http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf, p. 14.

de la liberté et votre sens critique. Combattez par l'ironie des indignations trop légitimes. Combattez par l'espérance un pessimisme trop justifié. »²

La loi est le fruit, souvent si ce n'est toujours, des rapports de force présents dans la société. Quand elle peut créer un équilibre, c'est évidemment mieux que lorsqu'elle soutient un intérêt pour un motif de puissance. Il faut se souvenir de la (trop) belle (?) histoire du *meunier du « Sans Souci »*, poème d'Andrieux qui en 1797 a établi la réputation de Frédéric II dit *Frédéric le Grand*, roi de Prusse et philosophe, comme modèle de « despote éclairé » : Frédéric II désirait se construire un palais loin de la cour ; il souhaitait pouvoir s'y retirer pour y méditer avec son ami Voltaire qui d'ailleurs le surnommait le *Salomon du Nord*. Le lieu retenu par le souverain jouxtait un moulin à vent, le moulin de « Sans Souci ». Le roi s'y est installé en voisin mais, au bout de quelque temps, Frédéric a décidé d'agrandir son château. Le moulin devint alors un obstacle à ses projets. Il allât voir le meunier pour lui demander de lui céder la place. Le meunier refusât de le faire ; échange entre les deux protagonistes :

*« Je suis bon de vouloir t'engager à le vendre !
Sais-tu que sans payer je pourrais bien le prendre ?
Je suis le maître. — Vous !... de prendre mon moulin ?
Oui, si nous n'avions pas des juges à Berlin »³.*

L'élégance du verbe amena Frédéric à changer ses plans. L'intérêt général ne se fonde pas dans celui du puissant, voilà la morale de ce beau poème. Au passage, la garantie de bonne justice que le chef de l'Etat se doit de personifier est ici retracée par la démonstration qu'il n'est de droit sans confiance en l'indépendance de la Justice.

Toutefois, l'auteur de cette histoire relativise la force de la démonstration en fin de poème :

*« Ce même Frédéric, juste envers un meunier,
Se permit maintes fois telle autre fantaisie :
Témoin ce certain jour qu'il prit la Silésie ;
Qu'à peine sur le trône, avide de lauriers,
Épris du vain renom qui séduit les guerriers,
Il mit l'Europe en feu. Ce sont là jeux de prince ;
On respecte un moulin, on vole une province ».*

Ce poème, dans son intention initialement exprimée, trouve un écho dans la célèbre pensée de Blaise Pascal :

« Il est juste que ce qui est juste soit suivi. Il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante. La force sans la justice est tyrannique. (...) Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste (...). Et ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste »⁴.

Ces divers éléments ont été une constante dans l'élaboration tant du projet qui est devenu le premier Code civil de la République de Djibouti, que du Code de procédure civile pour ce pays⁵. Un droit respectueux des traditions mais volontaire dans ses finalités et des principes fondamentaux qui doivent à tout instant être le guide de l'humanité, tant dans ses dimensions de protection de l'individu que d'efficacité de l'économie dans l'organisation des relations humaines.

² Jean d'Ormesson, « Résistez », Figaro magazine, 4 juillet 1981.

³ https://www.titudorancea.org/z/francois_andrieux_le_meunier_sans_souci.htm

⁴ *Pensées*, Le Livre de Poche, coll. Classiques, présentation et note de G. Ferreyrolles, n° 16069, Pensée n° 135.

⁵ Élaborés par le soussigné, en qualité d'expert international, avec Me Alain et Marie-Paule Martinet, en qualité d'experts nationaux et d'avocats à Djibouti.

Ces codes sont entrés en vigueur le 12 avril 2018.

La réflexion touche aussi à la jurisprudence. Elle sera soutenue ici par l'affaire dite du *Médiateur*, pour laquelle le dedicataire des présentes lignes n'a pas été le dernier au front. Plusieurs arrêts porteront l'idée⁶. Le premier, conforme à une jurisprudence prudente pour ne pas adopter un ton de reproche, a considéré que l'analyse technique nécessaire pour établir le lien entre le médicament et les soucis de santé subis par les patients, était par trop complexe pour pouvoir établir de manière suffisamment certaine un éventuel lien de causalité entre la prise du médicament et la pathologie développée, de sorte que ce constat a conduit à retenir le caractère sérieusement contestable de l'obligation d'indemnisation du fabricant. La conséquence juridique a été le rejet de la demande de provision formulée pour couvrir les frais d'instance⁷ ceci alors même que, si la défense s'était retranchée derrière les avis des autorités de santé et de pharmacovigilance datés de la fin de l'année 2009, dès 1977, la revue *Pratiques ou les cahiers de la médecine utopique* du Syndicat de la médecine générale, attirait l'attention sur la nature amphétaminique et anorexigène du benfluorex, ce qu'il ne semblait pas présenté sur la notice du médicament⁸. L'arrêt de janvier ne pouvait donc raisonnablement éteindre la cause. En concluant notre commentaire de cette décision, nous avons laissé place à ces mots, puissants, de Victor Hugo : « *Pour que tout soit sauvé, il suffit que le droit surnage dans une conscience* ». Puisqu'il fallait une certitude, les demandeurs, partie faible dans ces procédures, ont décidé de se placer sur le terrain de la responsabilité – de plein droit –, responsabilité liée aux produits défectueux et plus spécialement en associant les articles 1386-11 du Code civil (devenu 1245-10 avec l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016) et 809, alinéa 2, du Code de procédure civile⁹. Il ressort de la décision que les juges du fond avaient retenu que « *l'historique et le contenu des premiers signalements publiés, de ses propres recherches, des études menées et publiées en France et à l'étranger ayant conduit au retrait du Médiateur du marché ne permettant pas d'établir à l'évidence que l'état des connaissances scientifiques et techniques n'aurait pas permis à la société de déceler l'existence du défaut au moment de la mise en circulation du Médiateur à l'occasion de chacune des prescriptions dont a bénéficié Mme X.* ». Les juges ont alors estimé que la société ne rapportait pas la preuve des conditions d'exonération de sa responsabilité civile de plein droit prévues à l'article 1386-11 du Code civil. Hélas, la Haute juridiction cassait la décision en affirmant, ce qui laisse toutefois une ouverture, « *que l'invocation d'une cause d'exonération de responsabilité constitue une contestation dont le sérieux doit être examiné par le juge des référés sans que puisse être exigée l'évidence de la réunion des conditions de l'exonération* ». Autrement dit, si l'invocation d'une cause d'exonération ne paraît pas sérieuse aux juges du fait, l'octroi d'une provision *ad litem* devient possible. Une voie était tracée. Il restait à l'emprunter et la conforter.

Ceci a été réalisé par l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 25 février 2016¹⁰. La patiente avait sollicité la désignation d'un expert et le paiement de provisions à valoir sur la réparation de son dommage et les frais de procédure, ce que le

⁶ Pour plus de détails, lire Y. Strickler, « Pour une nouvelle approche de la provision ad litem. Les soubresauts du volet civil de l'affaire du Médiateur », *D.* 2013. Chron., p. 2588.

⁷ Cass. 2^e civ., 29 janv. 2015, n° 13-24.691, FS-P+B : JurisData n° 2015-001053 ; *Procédures* 2015, comm. 109 ; *Responsabilité civile et assurances* 2015, comm. 159, S. Hocquet-Berg.

⁸ <http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20110909.OBS0048/mediator-la-preuve-des-mensonges-de-servier.html>, avec un lien vers le texte de la revue.

⁹ Cass. 2^e civ., 4 juin 2015, n° 14-13.405, F-P+B : JurisData n° 2015-012986 ; *Procédures* 2015, comm. 254.

¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2016, n° 15-11.257, FS-P+B+I : JurisData n° 2016-003156 ; *Responsabilité civile et assurances* 2016, comm. 161, L. Bloch.

premier juge avait admis. La cour d'appel, statuant à l'issue de l'expertise médicale ordonnée, devait confirmer cette position en constatant que l'expert judiciaire avait imputé la pathologie de Mme X... à la prise du Médiateur (qui osera alors encore contester l'utilité, ici, de la provision *ad litem* ?), « rejoignant ainsi à cet égard l'avis du collège d'experts désigné par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, à l'occasion de la procédure amiable antérieure engagée par l'intéressée ». L'expert avait ici fixé à 80 % la part des préjudices imputables au Médiateur et la cour, estimé que le lien de causalité entre la pathologie et la prise du médicament pendant dix années, dans la limite du pourcentage proposé par l'expert, n'était pas sérieusement contestable. Surtout, la Haute juridiction affirme que pour le Code civil, un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et qu'il doit être tenu compte, dans l'appréciation de ceci, de toutes les circonstances, et que cette responsabilité « n'implique pas que le producteur ait eu connaissance de ces risques lors de la mise en circulation du produit ou de sa prescription ». En l'espèce, la société défenderesse, constate la Cour, « ne s'était pas prévalu d'une exonération de responsabilité fondée sur l'article 1386-11, 4°, du code civil ». L'hebdomadaire *Le point* annonce, le 10 avril 2019, que désormais, près de 115 millions d'euros ont été versés par les laboratoires aux victimes, en attendant l'ouverture du procès pénal d'ici la fin de l'année¹¹. L'histoire tisse son fil.

Et le temps est la marque de la continuité de l'esprit humain. En droit romain, ce n'était pas la loi qui contenait la plupart des normes : « *Le peuple du droit n'est pas le peuple de la loi* »¹². C'est là qu'il se situe, le droit, naturel, germinant la société. Ceci étant, comme de nos jours il faut une loi pour répondre à toute émotion – alors même qu'un rétrécissement du volume normatif est sollicité de manière récurrente et à raison (“one in, two out” !) –, il faut bien écrire et annoncer les nouveautés. L'exposé des motifs d'un texte est en effet un document essentiel en ce qu'il est la première prise de contact par le citoyen d'une réforme et la synthèse de l'objet et des visées de ce qui a été conduit au nom du et pour le peuple. Il en incombe forcément et logiquement la charge à nos représentants et aux administrations qui en sont les forces d'appui. Or, on apprend que, récemment, il a été fait appel à une officine extérieure pour cette mission¹³. Est-il sain d'externaliser un tel texte ? N'est-il pas d'excellents fonctionnaires dans nos ministères et administrations qui pourraient en être la plume ? Il nous semble que l'argent public est ici détourné de ses missions premières et fondamentales, au profit de partenaires dont la compétence n'est certainement pas à nier mais qui n'est évidemment pas supérieure à celle qui permettrait un meilleur usage des deniers publics !

Les petits arrangements aux grandes conséquences financières ont émaillé les récents temps ; le *Grand débat* a ajouté la connaissance placée aux yeux de tous des montants sans doute exagérés que s'octroie le personnel politique lorsqu'il n'est plus élu ou en complément de mandats électifs en cours et ceci, au nom de fonctions variées, sans compter les avantages liés et qui perdurent pour certains d'entre eux à l'issue des fonctions. Il faut tout de même, aux près de 15 000 euros mensuels apparus pour diverses missions, tracer en perspective la rémunération fixée pour les universitaires et par exemple ceux que sont les maîtres de conférences : au jour de sa nomination, après avoir soutenu une thèse qui a été appréciée par

¹¹ https://www.lepoint.fr/sante/mediator-des-millions-d-euros-deja-verses-aux-victimes-10-04-2019-2306820_40.php

¹² F. Schulz, *Principles of Roman Law*, Oxford, 1936, p. 7.

¹³ <https://www.franceculture.fr/emissions/les-nouvelles-de-leco/les-nouvelles-de-leco-du-lundi-14-janvier-2019> : « Quand le gouvernement sous-traite l'écriture de ses lois », publié le 14/01/2019, consulté le 30 mars 2019.

un jury composé de 4 à 8 membres¹⁴ puis par le Conseil national des universités qui a aussi jaugé son dossier (implication administrative, pédagogique, scientifique, outre qualité des écrits et apport doctrinal et pratique de ses travaux), la personne qui est alors déjà titulaire d'un « bac + 8 » peut espérer se voir remettre le sésame pour être autorisée à se présenter devant les comités de sélection et donc, de recrutement, des établissements qui cette année là proposent des emplois. S'ensuit un « tour de France » des universités qui n'est évidemment pas offert aux impétrants et qui génère un important coût suivi, en cas de succès et de classement par un des établissements, pour l'universitaire fraîchement nommé, à un déménagement dont aucun des aspects financiers ne donne lieu à une aide. Tout ce *cursus honorum* pour finalement voir arriver son premier traitement d'un montant que l'on pouvait s'attendre à la hauteur des exigences et de la mission de formation de nos jeunes et à la valorisation de la richesse essentielle d'une nation qu'est la Recherche : 1 783 euros net¹⁵ ! Voilà donc la hauteur à laquelle les choix politiques conduisent à valoriser la recherche scientifique de haut niveau en France.

La passion qui anime les chercheurs, le sacerdoce qu'ils embrassent, ne sauraient tout justifier. Faut-il, parce que l'on a la passion de la transmission (enseignement) et de la découverte (recherche et applications) avoir l'esprit d'un dominicain et le goût du sacrifice de sa propre famille ? En début de carrière, un collègue me disait haut et fort : « les avocats croient tous que nous roulons en Rolls, et je ne les contredis pas car l'apparence financière et ses représentations, cela compte ». Il est préférable que les choses soient dites pour qu'elles puissent évoluer dans un sens que la logique et l'intérêt de tous commandent ! Pour la petite histoire, dans le même temps qu'une jeune maîtresse de conférences nouvellement nommée avait accepté son poste, à Doha, une entreprise française lui proposait un recrutement ouvert pour un titulaire de PHD français à 7 000 euros par mois. Il n'est toutefois pas utile de s'éloigner tant d'un point de vue géographique : le contrat précaire mis en place pour accompagner les magistrats, l'emploi d'*assistant de justice*, est rémunéré à près de 1 900 euros par mois. Or, ce recrutement se fait au niveau master 2 (bac + 5)... chacun en tirera ses conclusions comparatives.

Il demeure que dans les instances nationales, on se plairait à voir les membres de divers conseils proposer des mesures davantage tournées vers l'avenir et la reconnaissance des missions et du métier d'universitaire ainsi que sa défense. Évidemment les appels à participer à la *Nuit du droit*¹⁶ ou à organiser la *fête du droit* (idée soutenue par le Conseil national du droit), sont des initiatives à visibilité, intéressantes en soi ; mais n'y aurait-il pas plus utile à songer dans un souci d'intérêt collectif ? Ne pourrait-on valoriser davantage le fruit des années de réflexion qui sont autant d'apports possible à l'amélioration des normes au bénéfice des citoyens et des institutions ? Ainsi et par exemple, une initiative visant à faire remonter des propositions de réforme utiles sous forme de carnets annuels des professeurs des Facultés de droit et science politique, en concertation avec la conférence des doyens aurait sans doute été plus porteuse pour tous et surtout pour la société que nous avons à servir.

¹⁴ Art. 8 de l'Arrêté du 25 mai 2016 *fixant le cadre national de la formation et les modalités conduisant à la délivrance du diplôme national de doctorat*.

¹⁵ Avant mise en œuvre du prélèvement à la source ; montant communiquée par une collègue nouvellement nommée, valeur au mois de décembre 2018.

¹⁶ À l'initiative du président du Conseil constitutionnel et que le soussigné a organisé à Nice, en 2018 et 2019, avec ses collègues de l'IFR « Interactions ».

De manière comparable, une lutte a opposé récemment et sur plusieurs années, un petit groupe d'universitaires et une structure qui prétendait nous affilier automatiquement à la Caisse nationale de retraite complémentaire des artistes-auteurs, en retenant pour seuil d'affiliation un certain montant de revenus annuels¹⁷. Or, entre autres éléments, les fonctions d'universitaire ne figuraient pas parmi les professions tenues de cotiser auprès de ces organismes collecteurs, puisque les professions visées étaient les professions artistiques et littéraires. Le Code de la sécurité sociale (art. L. 382-1 et L. 382-12) n'évoque en effet pas les productions scientifiques, mais seulement celles littéraires ou artistiques et assimilées¹⁸. En réaction, l'auteur de ces quelques lignes avait demandé au référent-ministère de son université de prendre attache avec le ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche pour que soit tiré au clair le bien ou mal fondé de cette demande. La réponse, claire et nette, est venue du ministère : les professeurs d'université ne relèvent pas de ce régime. Ce qui n'a pas empêché la structure demanderesse de continuer à harceler les collègues. L'on doit à un petit groupe d'avoir agi dans l'intérêt de tous, celle-ci en engageant un procès devant un TASS, cet autre en menaçant la directrice de la structure de l'exercice des voies de droit et spécialement devant le tribunal correctionnel, pour faits de concussion, infraction clairement constituée ici (art. 432-10 du Code pénal). Devant ces initiatives, les demandes ont cessé et les sommes indument perçues ont fini par être restituées.

Mais qu'ont fait les conseillers, professeurs de droit, alors non seulement informés mais à proximité du ministre de tutelle ? Qu'ont fait les ministères et la tutelle elle-même qui pourtant avait répondu que la demande était illégitime et même illégale, et qui a entre autres missions celle de protéger ses agents contre les attaques dont ils peuvent faire l'objet dans l'exercice de leurs fonctions ? Et encore, qu'ont fait les syndicats, dont l'un a été vainement contacté par mes soins à plusieurs reprises en vue d'une action collective, mais n'ayant obtenu que l'assurance de m'épauler dans toute action que je pourrais être conduit à entreprendre ? Juristes, que ces mots de Victor Hugo raisonnent sans cesse à vos oreilles¹⁹ :

*« Ceux qui vivent, ce sont ceux qui luttent ; ce sont
Ceux dont un dessein ferme emplit l'âme et le front »*

Nice, 10 avril 2019

¹⁷ De l'ordre de 9 000 euros, ce qui suppose une activité de publication et donc de recherche particulièrement forte.

¹⁸ Spécialement « Les artistes auteurs d'œuvres littéraires et dramatiques, musicales et chorégraphiques, audiovisuelles et cinématographiques, graphiques et plastiques, ainsi que photographiques ».

¹⁹ V. Hugo, *Les châtiments*, Livre IV « La religion est glorifiée », IX, nrf, Poésie/Gallimard, éd. établie par R. Journet, 1977, pp. 143-144.