



HAL
open science

Désobéir à la loi

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Désobéir à la loi. Pouvoir et Liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant, pp. 191-208, 1998, 2-8027-1119-9. hal-01710124

HAL Id: hal-01710124

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01710124>

Submitted on 15 Feb 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Désobéir à la loi

par Danièle Lochak
Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre

En février 1997, à l'occasion de la discussion du texte qui devait devenir la " loi Debré " et qui concernait l'entrée et le séjour des étrangers en France, des artistes et des intellectuels lancèrent un appel à l'opinion dans lequel on lisait notamment : " *Nous sommes coupables... d'avoir hébergé récemment des étrangers en situation irrégulière... Nous demandons à être mis en examen et jugés... Nous appelons nos concitoyens à désobéir et à ne pas se soumettre à des lois inhumaines* ".

Cet appel, tout en recueillant l'adhésion de plusieurs dizaines de milliers de personnes, donna naissance à une controverse sur le bien-fondé d'une démarche qui appelait à la désobéissance. Comment justifier la désobéissance à la loi dans une démocratie ? Contester la loi, n'est-ce pas remettre en cause les principes démocratiques eux-mêmes ? Est-il légitime de refuser d'obéir à la loi pour des motifs de conscience, et si oui, sur quelle base peut-on condamner les actions des commandos anti-IVG ou " *pro-life* " qui, eux aussi, se réclament de leur conscience ?

On a évoqué, à cette occasion, le manifeste sur le droit à l'insoumission par lequel, en 1960, en pleine guerre d'Algérie, 121 écrivains, universitaires et artistes avaient proclamé leur soutien à ceux qui refusaient de prendre les armes contre le peuple algérien. Ou encore le texte dans lequel, en 1971, 343 femmes avaient déclaré avoir avorté en violation de la loi qui réprimait pénalement l'avortement. Le débat a pris, par la presse interposée, un tour mi-philosophique, mi-polémique¹, et on a pu constater que le type d'interrogations qu'il soulevait était relativement inédit en France, à l'image d'une pratique qui ne s'y est jamais beaucoup développée. En effet, si la « désobéissance civile », en tant que concept et en tant que pratique, a alimenté aux États-Unis une importante réflexion théorique, illustrée entre autres par les noms de Rawls, Dworkin ou Hannah Arendt², la théorie politique française a plus souvent mis en avant la problématique de la résistance à l'oppression — concept à l'évidence inadapté pour traiter de la légitimité de la désobéissance à la loi dans un régime démocratique.

¹Voir notamment : Jacques Semelin, « Aux sources de la désobéissance civile », *Libération*, 23 février 1997 ; Etienne Balibar, « État d'urgence démocratique », *Le Monde*, 19 février 1997 ; Tzvetan Todorov, « Institutions et xénophobie », *Le Monde*, 19 février 1997 ; Yves Michaud, « Refonder quoi ? », *Le Monde*, 6 mars 1997.

²De longs développements sont consacrés à la désobéissance civile dans plusieurs de leurs ouvrages. Voir par exemple Hannah Arendt « La désobéissance civile », in *Du mensonge à la violence* (1969), Calmann-Lévy, 1972, rééd. Pocket-Agora, pp. 53-104 ; John Rawls, *Théorie de la justice*, trad. fr. Seuil, 1987, notamment pp. 403 et s. ; Ronald Dworkin, « Désobéissance civile et protestation contre le nucléaire », in *Une question de principe*, trad. fr. PUF, Recherches politiques, 1996, pp. 133-148, et *Prendre les droits au sérieux*, (1977), PUF, Léviathan, 1995, notamment pp. 279-326.

C'est sur cette question, et uniquement sur cette question, que l'on se propose de centrer ici la réflexion. En laissant de côté, parce qu'il ne relève pas du même type d'analyse, cet autre débat qui surgit en France de façon récurrente — et récemment encore à l'occasion du procès Papon — autour du problème de l'obéissance des fonctionnaires aux ordres et aux lois d'un gouvernement qui a rompu avec les principes républicains.

On s'efforcera d'abord de mieux cerner la notion de désobéissance en distinguant les différentes formes qu'elle peut revêtir (*Qu'est-ce que désobéir ?*), avant de s'interroger sur la justification de la désobéissance : à quelles conditions est-elle légitime (*De quel droit désobéir ?*), quels sont ses risques et ses bénéfices pour celui qui désobéit d'un côté, pour la démocratie de l'autre (*A-t-on raison de désobéir ?*).

Qu'est-ce que désobéir ?

Les formes que peut revêtir la désobéissance à la loi sont multiples : depuis la violation pure et simple de la loi, dans le cas du délinquant, jusqu'à la contestation radicale du régime existant par les militants révolutionnaires qui sont prêts à utiliser la violence pour parvenir à leurs fins. Entre ces deux formes extrêmes de désobéissance, on trouve l'objection de conscience et la « désobéissance civile », traduction littérale de l'expression américaine *civil disobedience*.

Ce dernier terme fut introduit dans le vocabulaire politique par Henry D. Thoreau en 1849 : ayant refusé de payer l'impôt électoral à un gouvernement qui reconnaissait l'esclavage et passé pour cette raison une nuit en prison, il théorisa son attitude dans un essai intitulé *On the Duty of Civil Disobedience*³. Plus tard, Gandhi se réclamera de lui en lançant, à partir des années 20, un vaste mouvement de désobéissance civile contre le colonialisme britannique et en appelant au boycott des institutions coloniales. Aux États-Unis mêmes, ont été considérés comme des actes de désobéissance civile aussi bien la violation des lois ségrégationnistes dans le cadre du combat mené pour les droits civiques des Noirs sous l'égide de Martin Luther King que le refus des Témoins de Jéhovah de se plier à la loi qui oblige les enfants à saluer la bannière américaine ou encore la désobéissance aux lois sur la conscription pendant la guerre du Vietnam.

Ce qui permet de distinguer entre les diverses formes de la désobéissance, y compris entre celles qui se présentent comme des actes de désobéissance civile mais qui ne sont pas toutes équivalentes, ce sont d'une part les motivations et les objectifs de celui qui désobéit, d'autre part les modalités concrètes d'expression de la désobéissance, qui peut être individuelle ou collective, clandestine ou publique, violente ou non violente. C'est par référence à ces deux axes : pourquoi on désobéit, comment on désobéit, qu'on peut tenter une classification.

Le plus simple est de partir de la définition de la désobéissance civile proposée par Rawls, qui en dégage clairement les éléments constitutifs : « *un acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement* »⁴. Le but, précise-t-il, est bien de s'opposer à la loi, et non pas seulement de la contester par des moyens juridiques en la soumettant à un juge. Il s'agit d'un acte politique, dans le double sens où il s'adresse à la majorité qui a le pouvoir politique et

³ Traduit en français sous le titre *La désobéissance civile*, J.-J. Pauvert, 1968, rééd. Climats, 1992.

⁴ *Théorie de la justice*, p. 405.

parce qu'il est guidé et justifié par des principes politiques et non par des principes tirés de la moralité personnelle ou de doctrines religieuses. C'est un acte public, et non pas caché ou secret. La désobéissance civile est non violente, parce que se livrer à des actes de violence est incompatible avec le caractère d'un appel public mais aussi parce qu'elle exprime la désobéissance à la loi dans le cadre de la fidélité à la loi : celui qui s'y livre est prêt à assumer les conséquences légales de sa conduite, et c'est ce qui aide à prouver à la majorité que l'acte est en réalité sincère.

On peut encore, en suivant Dworkin, distinguer trois types de désobéissance civile⁵ selon les motivations qui animent ceux qui la pratiquent. Elle peut être fondée sur la *conscience morale* de celui qui pense qu'il commettrait une faute morale grave s'il obéissait à la loi : c'est le cas de ceux qui assistaient les esclaves en fuite ou refusaient de les livrer aux autorités, ou encore des soldats qui refusent de faire une guerre qu'ils estiment profondément injuste. Elle peut être fondée sur un *sentiment d'injustice* : ainsi, les Noirs qui enfreignaient les lois sur la ségrégation, ou les civils qui s'opposaient à la guerre du Vietnam en enfreignant la loi entendaient s'opposer à un projet qui consacrait à leurs yeux l'oppression d'une minorité par la majorité. Elle peut enfin être justifiée d'un point de vue *pragmatique* : les contestataires — ceux par exemple qui protestaient contre l'implantation de missiles nucléaires américains en Europe — veulent changer une politique qu'ils estiment dangereuse et mal avisée ; ils ne défendent pas les droits d'une minorité mais les intérêts de la majorité toute entière, qu'ils estiment mieux connaître que la majorité elle-même. Contrairement à la désobéissance fondée sur le sentiment moral, qui est purement défensive et se borne à refuser de commettre un acte que l'on réprouve moralement, les autres formes de désobéissance visent à obtenir le démantèlement d'une politique injuste ou dangereuse.

A vrai dire, la première forme de désobéissance décrite par Dworkin est plus proche de l'objection de conscience. D'autres auteurs s'appliquent, justement, à faire la distinction entre l'objection de conscience et la désobéissance civile. L'objection de conscience, dit Rawls, consiste dans le fait de ne pas obéir à une injonction légale ou à un ordre administratif (tels les Témoins de Jéhovah qui refusent de saluer le drapeau, le pacifiste qui refuse de servir dans l'armée, ou Thoreau qui refusait de payer un impôt parce qu'il ne voulait pas entretenir un gouvernement qui admettait l'esclavage). Comme dans le cas de la désobéissance civile l'acte est revendiqué publiquement, mais l'objecteur ne fait pas appel au sens de la justice de la majorité, mais à sa seule conscience ; de plus, son opposition à la loi n'est pas nécessairement fondée sur des principes politiques, et il n'attend pas que la majorité comprenne ses revendications et accepte de changer la loi.

Pour Hannah Arendt, de même, la désobéissance civile est le fait de minorités organisées, unies par la volonté de s'opposer à la politique gouvernementale alors même qu'elle aurait le soutien d'une majorité ; l'objection de conscience, au contraire, est le fait d'un seul. Et surtout, l'objecteur — tel Thoreau, dont le cas illustre une forme d'objection de conscience, bien qu'il ait créé le terme de « désobéissance civile » — se place sur le seul terrain de la conscience individuelle. C'est un « homme vertueux », qui vise uniquement à garder les mains propres, tandis que celui qui fait acte de désobéissance civile agit comme « bon citoyen », préoccupé des intérêts de la collectivité toute entière.

La désobéissance civile se laisse facilement distinguer de la délinquance : certes, celui qui fait acte de désobéissance civile viole la loi et lance un défi lancé aux autorités tout autant que le délin-

⁵ « Désobéissance civile... », précité.

quant de droit commun. Mais il lance ce défi à partir d'un désaccord fondamental et non parce qu'il entend personnellement bénéficier d'un passe-droit. De plus, alors que le criminel prend soin de dissimuler ses actes répréhensibles, le « désobéissant » défie publiquement les autorités en s'instituant lui-même porteur d'un autre droit.

La désobéissance civile se distingue enfin de la résistance organisée par la force, de la rébellion, de la révolution. D'abord en raison des moyens utilisés, dans la mesure où, comme on l'a vu, la non-violence est en général considérée comme une caractéristique nécessaire de la désobéissance civile. Mais aussi parce que, pour reprendre la formule de Rawls, le « résistant » ou le « rebelle » ne fait pas appel au sens de la justice de la majorité puisqu'il pense que leur sens de la justice est erroné. Enfin parce que, au contraire des « désobéissants » qui acceptent la légitimité d'ensemble du gouvernement et de l'organisation sociale et qui désobéissent pour accomplir plutôt que pour refuser leur devoir de citoyen⁶, les révolutionnaires contestent l'autorité de façon radicale. Cette dernière affirmation mérite cependant d'être nuancée car, comme le rappelle Hannah Arendt, celui qui fait acte de désobéissance civile peut lui aussi vouloir produire des changements radicaux, à l'image de Gandhi qui voulait mettre fin à la domination coloniale britannique.

De toutes ces formes de désobéissance à la loi, on ne retiendra que celles qui expriment la conviction, de la part de leurs auteurs, qu'ils ont le droit et qu'ils ont raison de désobéir, à l'intérieur même du système démocratique existant, fondé sur la règle de la majorité. Ce qui conduira à laisser de côté aussi bien l'hypothèse de la délinquance classique que la désobéissance motivée par une contestation globale des principes de la démocratie. Rappelons en effet que notre objectif est de mettre en lumière ce qui, dans une démocratie, peut justifier la désobéissance des citoyens. On peut tenter de la justifier d'un point de vue déontologique, sur le terrain d'une éthique de la conviction, qui renvoient à la question : de quel droit désobéir ? Ou bien d'un point de vue téléologique, en tenant compte des conséquences, négatives et positives, de la désobéissance, en se plaçant en somme sur le terrain d'une éthique de la responsabilité, qui se résume dans la question : a-t-on raison de désobéir ?

De quel droit désobéir ?

Ceux qui désobéissent sont mus par l'idée qu'ils ont le droit, sinon même le devoir, de désobéir. Mais d'où tirent-ils ce droit ? S'agit-il d'un droit au sens strict du terme, c'est à dire d'un droit qui leur serait reconnu par le système juridique lui-même, ou d'un droit simplement « moral » ? La première hypothèse, qui paraît *a priori* devoir être écartée comme absurde, mérite malgré tout qu'on s'y attarde un instant. La seconde renvoie à la question classique du conflit entre légalité et légitimité.

Le droit face à la désobéissance

L'idée que le droit pourrait entériner la désobéissance à la loi, que l'on pourrait trouver à l'intérieur même du système juridique la justification de cette désobéissance ne peut être rejetée sans examen préalable. La résistance à l'application d'une loi peut ainsi être justifiée, dans le cadre du système juridique américain où le contrôle de la constitutionnalité des lois s'exerce par voie

⁶ Dworkin, *ibid.*

d'exception. En dehors de ce contexte particulier, l'objection de conscience ou la reconnaissance de l'état de nécessité peuvent également apparaître comme des cas-limites où la violation de la loi ne débouche sur aucune sanction.

Le droit pour un individu de transgresser une obligation juridique pour satisfaire à un impératif de conscience n'est jamais reconnu en tant que tel. Sans doute certaines formes d'« objection de conscience » ont-elles été codifiées par le législateur — on peut citer, dans le droit français, l'objection de conscience au service militaire ou la clause de conscience qui autorise les médecins à refuser de participer à une interruption volontaire de grossesse. Mais à partir du moment où l'objection est entérinée par le droit, il n'y a plus, par hypothèse, désobéissance à la loi. Et si elle ne l'est pas, l'individu ne peut échapper à la sanction de ses actes ou se soustraire à ses obligations en invoquant un scrupule de conscience⁷. En matière pénale, notamment, l'élément moral de l'infraction est indifférent aux mobiles et l'intention délictueuse existe dès lors que l'agent a voulu accomplir l'acte illicite. Il reste vrai, néanmoins, que les mobiles peuvent conduire à atténuer la sévérité de la sanction si le juge tient compte du caractère désintéressé de l'acte.

L'état de nécessité, en revanche, permet d'échapper à la sanction en anéantissant l'élément légal de l'infraction⁸ : la violation de l'obligation juridique est ici justifiée par la nécessité de sauvegarder une valeur socialement jugée supérieure ou égale à celle protégée par le droit strict. Mais cette valeur ne peut consister dans la volonté d'obéir à une injonction de sa conscience : seule la nécessité dans le sens le plus matériel du terme est ici recevable. L'illustration canonique de l'état de nécessité est fournie par la fameuse sentence du « bon juge » Magnaud qui, en 1898, relaxa un homme qui avait dérobé un pain alors que, faute d'argent, lui et sa famille n'avaient pas mangé depuis deux jours : « *le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi... Un acte ordinairement répréhensible perd beaucoup de son caractère frauduleux lorsque celui qui le commet n'agit que poussé par l'impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité* ».

Dans une affaire récente, le tribunal correctionnel de Poitiers avait cru devoir relaxer, sur la base de l'état de nécessité, une femme qui avait dérobé de la viande pour ses enfants dans un supermarché⁹ ; le jugement fut annulé en appel. En revanche, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 17 septembre 1993, a fait sienne cette notion dans le cas de squatters, estimant que si l'occupation était contraire à la loi, elle avait été « *dictée par l'état de nécessité* » et ne justifiait donc pas l'évacuation forcée de l'immeuble par la ville de Paris à laquelle il appartenait¹⁰.

Dans ce dernier cas, on peut parler d'une forme de reconnaissance, par le juge, du droit de désobéir à la loi. Mais il s'agit de cas-limites à partir desquels il est difficile de bâtir une véritable théorie du droit à la désobéissance. Aux États-Unis, en revanche, certains auteurs ont tenté d'inscrire la désobéissance à la loi dans un cadre juridique et de justifier par le droit la violation de la loi en se fondant sur la dualité de l'ordre normatif et sur les modalités du contrôle de constitutionnalité des

⁷ Pour une démonstration de ce qu'il n'y a « pas d'objection de conscience sans texte », voir la thèse de Dominique Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, LGDJ, Bibl. de droit privé, 1993.

⁸ La jurisprudence sur l'état de nécessité a trouvé son expression législative dans l'article 122-7 du nouveau code pénal : « *n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ».

⁹ *Le Monde* des 28 février, 1er mars, 2-3 mars 1997.

¹⁰ Cette décision a été reproduite dans *Droit ouvrier*, février 1994, avec un commentaire de Sylvia Laussinotte.

lois¹¹. En effet, la loi d'un État peut se trouver en contradiction avec la loi fédérale, et, comme le rappelle Hannah Arendt, le mouvement des droits civiques, à ses débuts, contestait la validité des lois applicables dans les États du Sud en se référant à un droit supérieur : le droit fédéral. Et comme le contrôle de la constitutionnalité des lois s'opère par voie d'exception, aussi longtemps que la Cour suprême n'a pas tranché, on peut opposer à la loi sa propre interprétation de la constitution, c'est-à-dire sa propre conception du juste. On pourrait même, disent certains, adopter la même attitude après qu'elle a tranché, en alléguant qu'un revirement de jurisprudence est toujours possible — de fait, il y en a eu sur des sujets aussi importants que la ségrégation raciale, sur la peine de mort ou sur l'avortement.

On peut donc résister à l'application d'une loi — la loi d'un État, mais aussi le cas échéant une loi fédérale — pour provoquer et en attendant une sentence par laquelle les tribunaux prendront finalement parti pour les opposants en déclarant que la loi est inconstitutionnelle. Et puisqu'on ne peut pas affirmer, avant que le juge se soit prononcé, que l'action contraire à la loi est illégale au regard de la loi supérieure, on ne peut pas déclarer par avance que la désobéissance est illégale.

Reste que les actes de désobéissance civile peuvent se poursuivre même après que la Cour suprême ait tranché, et dans ce cas la construction juridique ne tient plus. Hannah Arendt, malgré son souhait que l'on puisse découvrir une formule permettant de constitutionnaliser la désobéissance civile, reconnaît que si « *la désobéissance civile est compatible avec l'esprit des lois américaines, la difficulté de l'incorporer dans le système juridique américain et de lui trouver une justification purement juridique apparaît insurmontable* ». Car à l'évidence « *le droit ne saurait justifier la violation de la loi, même si cette violation a pour objectif d'empêcher celle d'une autre loi* »¹².

Dworkin peut bien affirmer que « *dans notre société un homme a quelquefois le droit, au sens fort, de désobéir à une loi... chaque fois que cette loi empiète à tort sur ses droits contre le gouvernement* » et que « *le droit de désobéir à la loi [est] simplement un aspect de ces droits contre le gouvernement* » : il ne se situe déjà plus, ici, sur le plan du droit positif¹³. Il le reconnaît d'ailleurs ouvertement dans un texte ultérieur : s'élevant contre le positivisme juridique qui entraîne à dire qu'une fois que les tribunaux ont interprété la Constitution d'une certaine manière cette interprétation est désormais la seule valable, il encourage les juristes allemands devant lesquels il s'exprime à adopter un point de vue inverse qui conduit à légitimer la désobéissance civile même après que les tribunaux ont tranché¹⁴.

La légitimité contre la légalité ?

Le droit de désobéir est donc plus souvent entendu, par ceux qui le revendiquent, comme un droit moral. Il s'agit de prendre le contre-pied de l'idéologie positiviste¹⁵ qui, assimilant légalité et légi-

¹¹ On trouve une illustration de cette tentative de justifier par le droit la violation du droit dans un numéro spécial de la *Rutgers Law review* intitulé « La désobéissance civile et le droit », vol. 21, automne 1966, cité par H. Arendt, *op. cit.* p. 55, note 3.

¹² *op. cit.* p. 55-56 et p. 101.

¹³ *Prendre les droits au sérieux, op. cit.*, pp. 289.

¹⁴ « Désobéissance civile... », p. 148.

¹⁵ Qu'il convient de distinguer du positivisme comme conception du droit et de la science du droit, et qui est au demeurant vigoureusement récusée par les théoriciens du droit appartenant au courant positiviste. Voir par exemple : Alf Ross, « Validity and the conflict between legal positivism and natural law », *Revista juridica de Buenos Aires*, 1961-IV,

timité, commande d'obéir à la loi simplement parce qu'elle est la loi, de récuser le précepte « *Gesetz ist Gesetz* » qui engendre la soumission à l'ordre établi et signe la démission du citoyen. Mais comment, en sens inverse, fonder le droit moral de désobéir à la loi, comment décréter qu'une loi est injuste sans retomber dans les errements du jusnaturalisme ?

Car au nom de quoi peut-on dire qu'une loi est injuste, sinon en se référant à la subjectivité de sa propre conscience, ou encore à des valeurs, c'est-à-dire à une forme de droit supérieur aux lois positives ? Dans les différents appels lancés en février 1997 contre la loi Debré, on trouvait bien cette référence à des principes supérieurs. Les cinéastes et réalisateurs parlaient de désobéir à des « *lois inhumaines* », les magistrats affirmaient que « *dans un Etat de droit digne de ce nom toute loi est bornée par des principes fondamentaux qui lui sont supérieurs* ». Etienne Balibar écrivait, en rappelant Antigone, qu'« *un pouvoir est légitime dans la mesure où il n'entre pas en contradiction avec certaines lois supérieures de l'humanité... De telles lois non écrites sont au-dessus de toute législation de circonstance, et généralement de toute loi positive. C'est pourquoi dès lors que les citoyens constatent une flagrante contradiction entre les deux, ils ont pour devoir de porter le conflit sur la place publique en proclamant leur obéissance aux lois non écrites, serait-ce au détriment de l'obéissance aux lois positives* »¹⁶.

Mais cette référence au droit naturel est une référence ambiguë, voire dangereuse. Car chacun interprète les normes du droit naturel en fonction de sa propre subjectivité. Peut-on reconnaître à chaque membre de la société le droit de décider selon sa conscience ou les valeurs auxquelles il adhère que telle loi mérite d'être obéie et telle autre non ? Les valeurs, en effet, ne sont ni immuables, ni forcément partagées par tous : mieux encore, le pluralisme des valeurs est la marque de nos sociétés laïques et démocratiques qui refusent toute référence à une transcendance ou à une tradition.

A une époque où « *les éthiques dotées de force obligatoire collective se sont désintégrées et où la morale [...], fondée sur la seule conscience morale de chacun, n'offre plus de base suffisante pour fonder un droit naturel, autrefois légitimé par la religion ou la métaphysique* », constate Habermas avec raison, la légitimité des normes ne peut découler que de la procédure démocratique par laquelle le droit est généré. Mais d'où cette procédure tire-t-elle sa force légitimante ? De ce que, répond-il, dans le cadre de sa « *théorie de la discussion* », les citoyens peuvent se concevoir à tout moment comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que destinataires. La procédure démocratique est celle qui permet le libre jeu des thèmes et des contributions, des informations et des raisons et qui, assurant à la formation de la volonté politique son caractère de discussion, permet d'aboutir à des résultats raisonnables que toutes les personnes susceptibles d'être concernées pourraient approuver¹⁷.

Mais si la légitimité des normes découle de l'assentiment des citoyens, comment contester la légitimité d'une loi qui a été adoptée dans les formes démocratiques et résulte d'un vote majoritaire sans se mettre en contradiction avec les principes démocratiques eux-mêmes ? On peut d'abord relever, avec Hannah Arendt, le caractère largement fictif du consentement à la loi. Compte tenu de la crise du gouvernement représentatif et de l'absence de participation effective des citoyens à la con-

pp. 46-92 ; Michel Troper, "Le positivisme juridique", *Revue de synthèse*, tome CVI, n° 11-119, avril-septembre 1985, p. 187.

¹⁶ « *État d'urgence démocratique* », précité.

¹⁷ *Droit et démocratie*, pp. 478-480.

fection de la loi, dit-elle, ce consentement a perdu toute plausibilité. L'obligation morale d'obéir aux lois, qu'on justifie traditionnellement par l'idée que le citoyen a consenti à s'y soumettre et qu'il a fait lui-même œuvre de législateur, se trouve ainsi privée de son fondement. Même sans adhérer à un constat aussi pessimiste, force est d'admettre - et c'est l'une des objections qu'oppose Rawls aux thèses d'Habermas - que les procédures et les débats d'une démocratie constitutionnelle restent toujours, en pratique, très éloignés de l'idéal communicationnel de la parole défini par Habermas¹⁸. Si, dit Rawls, le gouvernement par la majorité est sans doute le meilleur moyen pour assurer une législation « juste », à condition que le débat législatif soit conçu non comme un combat d'intérêts mais comme un effort pour trouver la meilleure décision conformément aux principes de la justice — ces principes sur lesquels Rawls postule que peut s'opérer un accord originel entre les membres de la société, il n'en résulte pas que ce que veut la majorité est forcément juste¹⁹. Il faut donc distinguer la légitimité et la justice : les décisions et les lois sont légitimes dans une démocratie parce qu'elles sont promulguées en accord avec une procédure légitime et acceptée ; mais la légitimité admet une certaine marge d'injustice. Et c'est parce que cette marge existe que se pose la question de savoir à partir de quel moment le droit de défendre ses libertés et le devoir de lutter contre l'injustice l'emportent sur le devoir d'obéir aux lois promulguées par une majorité.

Toute réflexion sur la désobéissance vient donc buter sur la question de la nature et des limites du gouvernement par la majorité. On pourrait avancer que la désobéissance se justifie, même dans une démocratie, par le fait que le système démocratique ne se résume pas dans la règle de la majorité mais implique aussi le respect des droits de l'homme et la garantie des droits de la minorité contre la majorité. L'expérience a montré, de fait, que la loi pouvait être oppressive, et qu'elle ne méritait pas la confiance que les révolutionnaires avaient placée en elle en tant qu'« expression de la volonté générale ». Et chacun admet, aujourd'hui, que ni la démocratie, ni l'Etat de droit ne peuvent se définir exclusivement par des mécanismes procéduraux ou le respect formel de la hiérarchie des normes.

Pour être incontestable, il ne suffit donc pas que la loi ait été adoptée selon les formes prescrites par la Constitution : il faut encore que son contenu soit conforme à des principes, à des valeurs autour desquels s'est forgé un consensus. Ce qui laisse une place à la contestation de la loi au nom de ces valeurs et principes communs. C'est au fond ce qu'exprime Rawls lorsqu'il voit dans la désobéissance civile un moyen de faire prévaloir les principes de justice fondamentaux d'un régime démocratique qui sont à la base de la constitution, ou encore Dworkin pour qui des actes de désobéissance se justifient lorsqu'ils visent à faire prévaloir sur la loi adoptée par la majorité les principes de justice contenus dans la constitution²⁰.

Mais ceci ne résout pas toutes les contradictions. A supposer que ces principes fassent l'objet d'un consensus, ils sont en général suffisamment vagues pour donner lieu à des interprétations différentes, voire même opposées (tel le principe du « droit à la vie », le plus incontestable de tous, et pourtant susceptible d'interprétations parfaitement contradictoires). Invoquer les principes contre la loi de la majorité, n'est-ce pas tout simplement faire prévaloir sa propre interprétation de ces principes sur celle de la majorité, et donc sa propre subjectivité ? Il se peut, il est vrai, que ces valeurs et principes communs aient été inscrits dans les textes constitutionnels - ou, désormais, dans des conventions internationales. La désobéissance peut alors trouver dans ces principes — auxquels il est

¹⁸ Voir Jürgen Habermas et John Rawls, *Débat sur la justice politique*, Cerf, 1997, p. 132

¹⁹ *Théorie de la justice*, p. 397-398.

²⁰ « Désobéissance civile... », précité, p. 142.

possible de se référer sans s'exposer au grief de faire prévaloir un insaisissable droit naturel sur les lois positives — un fondement plus solide. Mais ils n'échappent pas pour autant à la nécessité d'une interprétation, de sorte que l'objection tirée d'un conflit potentiel entre des interprétations divergentes demeure. En cas de conflit, c'est au juge qu'il revient en dernière instance de donner l'interprétation authentique des principes. Mais précisément, à partir du moment où il existe un contrôle de constitutionnalité des lois permettant de vérifier que celles-ci n'ont pas violé les principes inscrits dans le droit positif, qu'est-ce qui peut encore autoriser un individu ou un groupe à déclarer « injuste » la loi adoptée par les représentants du peuple et dont la conformité à la Constitution a été reconnue ?

Ainsi, la question de savoir si l'on a le droit de désobéir à la loi ne peut recevoir de réponse satisfaisante sous cette forme. Opposer un hypothétique droit de désobéir à un devoir général d'obéissance ne débouche que sur des impasses. Ce n'est pas dire que la désobéissance doit être nécessairement proscrite mais qu'il faut lui trouver une autre justification. Et cette justification n'est ni juridique, ni morale : elle ne peut être que politique. A défaut d'avoir le droit de désobéir, et au-delà des raisons subjectives que l'on peut avoir de désobéir, il se pourrait qu'on ait raison de désobéir.

A-t-on raison de désobéir ?

Ceux qui désobéissent à la loi cherchent à mettre leurs actes en conformité avec leur conscience ou leurs convictions. Mais ils visent aussi dans la plupart des cas un résultat concret : le changement de la loi ou des lois qu'ils contestent. Ainsi, puisqu'il y a toujours une dimension stratégique dans la désobéissance, il paraît légitime de poser la question de ses conséquences, de ses coûts et bénéfices pour ceux qui désobéissent. Mais de ses conséquences, également, pour l'ensemble de la collectivité : la désobéissance, qui paraît *a priori* révéler un dysfonctionnement des sociétés démocratiques, ne contribue-t-elle pas, sous certaines conditions, à renforcer la démocratie en ce qu'elle exprime une certaine forme de civisme ?

La désobéissance comme stratégie

A-t-on raison de désobéir ? La réponse doit d'abord prendre en considération le point de vue de ceux qui désobéissent puisqu'ils peuvent avoir à subir la sanction de leur désobéissance mais aussi en recueillir les fruits.

Le premier but que poursuit la personne qui désobéit à la loi, c'est de ne pas cautionner une loi qu'elle estime contraire à l'idée qu'elle se fait de la justice ou du bien commun. C'est à l'évidence le cas de l'objection de conscience, mais c'est vrai aussi des formes collectives de désobéissance. La désobéissance est d'abord l'expression d'une protestation, d'un refus : la première satisfaction qu'on en tire est une satisfaction morale, et à cet égard on pourrait dire qu'on a toujours raison, subjectivement, de désobéir.

Mais dans la mesure où la désobéissance vise aussi un objectif concret (même l'objecteur isolé peut espérer, par l'exemplarité de sa conduite, influencer ses concitoyens et obtenir la remise en cause de la loi qu'il conteste), il faut aussi s'interroger sur son efficacité en mettant en balance son coût - ou ses risques - et ses avantages. Les avantages s'apprécient au regard du résultat obtenu, de la victoire remportée ou perdue, de la capacité que l'on a démontrée de faire prévaloir les valeurs et

principes que l'on voulait affirmer ; les coûts doivent tenir compte non seulement de la répression à laquelle on s'expose, mais aussi du fait qu'il n'est jamais anodin, dans une démocratie, d'entraver la règle du jeu majoritaire et de violer ouvertement la loi.

La décision de désobéir, dit Rawls, doit être soigneusement pesée en fonction de considérations stratégiques et tactiques qui dépendent des circonstances particulières. Il faut penser aux désordres qu'elle peut entraîner dans le fonctionnement de la constitution, mais aussi, plus prosaïquement, à l'état des rapports de force : il serait déraisonnable de désobéir si cela aboutit à provoquer la réplique cruelle de la majorité ; et puisque la désobéissance civile est une forme d'appel au public, il faut veiller à ce qu'elle soit comprise²¹.

Habermas insiste lui aussi sur la dimension stratégique de la désobéissance²² lorsqu'il analyse les interactions entre la société civile, l'espace public et le système politique et la façon dont un problème est inscrit à l'ordre du jour et amené au stade de la décision. Examinant les conditions dans lesquelles des problèmes nouveaux, d'abord identifiés au niveau de la société civile — réarmement nucléaire, recherche génétique, menaces écologiques, appauvrissement du tiers-monde, féminisme, diversification ethnique... — ont fini par accéder à l'agenda public, il constate qu'il faut parfois l'appui d'actions spectaculaires, de protestations de masse avant que les thèmes ne pénètrent dans le centre du système politique. Et parmi ces actions spectaculaires, il y a, dit-il, les actes de désobéissance civile, « *le dernier moyen à la fois de faire entendre plus puissamment et de conférer une influence politico-journalistique aux arguments oppositionnels* ». Ces actes de transgression symbolique et non violente des règles, ajoute-t-il, s'adressent d'abord aux responsables, qu'ils invitent à « *reprendre les consultations politiques formellement achevées afin de réviser le cas échéant leurs décisions, compte tenu d'une critique publique persistante* » ; simultanément « *ils en appellent au "sens de la justice de la majorité de la communauté", comme s'exprime Rawls, autrement dit au jugement critique d'un public de citoyens que l'on souhaite mobiliser par ces moyens inhabituels* ».

Dworkin distingue de son côté deux grands types de stratégies de désobéissance : la première, fondée sur la persuasion, vise à contraindre la majorité à écouter les arguments de la minorité et à la faire changer d'avis ; la seconde, fondée sur la dissuasion, vise à accroître le coût de la politique approuvée et suivie par la majorité avec l'espoir qu'elle finira par trouver les nouveaux coûts inacceptables et qu'elle sera contrainte d'y renoncer.

La dissuasion peut elle-même être mise en œuvre par différentes tactiques. La première vise à placer les autorités devant l'alternative qui consiste soit à abroger les lois contestées, soit à traduire en justice et le cas échéant envoyer en prison les membres du groupe contestataire. Accepter d'être jugé, voire demander à être jugé, comme le faisaient les signataires de l'appel lancé en février 1997 ou du manifeste sur l'avortement en 1971, peut être une façon de prouver la sincérité de ses convictions et de donner ainsi plus de poids à un geste dont on est prêt à assumer les conséquences ; mais c'est aussi, si le contexte est favorable, placer le gouvernement devant un dilemme, en lui donnant le choix entre poursuivre l'ensemble des signataires, ce qui est politiquement impossible, ou renoncer à sanctionner, ce qui équivaut à reconnaître que la loi n'est pas ou plus applicable. Et même si, finalement, des sanctions sont prononcées, comme ce fut le cas à la suite du Manifeste des 121, elles

²¹ *Théorie de la justice*, pp. 414-416.

²² *op. cit.* p. 410-412.

peuvent susciter un élan de solidarité avec les victimes d'une répression qui apparaît comme disproportionnée et donner un écho supplémentaire à des thèses pourtant minoritaires dans l'opinion.

Les autres tactiques sont moins pacifiques : il s'agit du recours à diverses formes d'obstruction, voire même à des méthodes d'intimidation ou à la violence. Aux yeux de Dworkin, le recours à ces moyens non pacifiques n'est justifié qu'à certaines conditions : si la désobéissance vise à dénoncer l'injustice d'une situation et ne se fonde pas simplement sur une critique d'ordre pragmatique de la politique suivie, si la situation est bloquée (comme elle pouvait l'être en Afrique du sud à l'époque de l'apartheid), si le recours à la persuasion paraît vain, enfin si les techniques autres que persuasives semblent présenter une chance raisonnable de succès sans risquer de nuire à leur but final²³. Cette dernière condition renvoie bien à un calcul en termes de coûts-avantages. De fait, aux yeux de Dworkin — et à moins que la désobéissance ne soit dictée par l'impossibilité morale d'obéir à la loi — il ne faut pas enfreindre la loi si l'on risque d'aggraver la situation plutôt que de l'améliorer.

En somme, si la désobéissance s'inspire avant tout d'une éthique de la conviction, elle doit aussi se laisser guider par une éthique de la responsabilité. Car ceux qui désobéissent le font avec la conscience d'accomplir leur devoir de citoyen, non en vue de déstabiliser la démocratie.

La désobéissance, facteur de déstabilisation ou de renforcement de la démocratie ?

L'idée que la désobéissance pourrait avoir des conséquences positives pour la démocratie paraît *a priori* paradoxale. En désobéissant on se dresse contre la décision de la majorité, on brave ouvertement les lois : la désobéissance apparaît donc au mieux comme le signe d'un dysfonctionnement des mécanismes démocratiques, au pire comme un acte de rébellion contre les institutions démocratiques. Et cela, quel que soit le résultat de l'action entreprise : si l'on perd, c'est la preuve que ce qui n'a pu être obtenu par les voies légales n'a pas pu l'être non plus par les voies illégales et qu'on a pris en vain le risque de déstabiliser les institutions ; si l'on gagne, c'est le signe que le recours à l'illégalité est plus efficace que les protestations légales, ce qui est aussi un signe de faiblesse de la démocratie.

Mais on peut proposer une autre lecture, plus optimiste, de la désobéissance. La plupart des théoriciens de la désobéissance civile s'attachent ainsi à montrer qu'elle peut être analysée comme un élément de la vie démocratique, voire un facteur de renforcement de la démocratie. D'abord — et c'est la thèse de Rawls — en contribuant à maintenir et à renforcer des institutions « justes », au même titre que des élections libres et régulières ou qu'un pouvoir judiciaire indépendant : en résistant à l'injustice au nom de la fidélité aux principes politiques fondamentaux d'un régime démocratique, elle servirait à empêcher ou corriger les manquements vis-à-vis de la justice. Mais aussi en permettant de remédier à la crise de la représentation : la désobéissance civile serait un moyen de réaffirmer le lien entre société civile et société politique lorsque les efforts légaux pour exercer l'influence de la première sur la seconde ont échoué et que toutes les autres voies ont été épuisées²⁴. Reconnaître aux citoyens la possibilité effective d'exprimer leur désaccord, y compris par des

²³ « Désobéissance civile... », précité, p. 140-141.

²⁴ J.L. Cohen et A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, Mass. MIT Press, 1992. Cité par Jürgen Habermas, *Droit et démocratie*, p. 411.

moyens non légaux, dit en substance Hannah Arendt, c'est une façon de faire perdre au consentement tacite qui fonde l'obéissance aux lois son caractère fictif.

La désobéissance civile s'inscrirait ainsi parfaitement, selon elle, dans l'esprit de la constitution américaine, dont les auteurs s'étaient montrés particulièrement sensibles aux dangers que pouvait présenter le règne sans entraves de la majorité. Rappelant le rôle des associations volontaires souligné par Tocqueville, qui y voyait la source de la force spécifique du régime politique américain, elle analyse la pratique de la désobéissance civile comme la forme la plus récente de l'association volontaire : la désobéissance civile permet, au même titre que la liberté d'association, de garantir les citoyens contre la tyrannie de la majorité. Et de conclure que si la désobéissance civile comporte des dangers, elle pourrait aussi constituer le remède — spécifiquement américain, précise-t-elle — aux défaillances des institutions.

Sans aller jusqu'à préconiser, comme elle le fait, une sorte de reconnaissance officielle de la désobéissance civile, à l'instar de celle dont bénéficient aux États-Unis les groupes de pression, il ne paraît décidément pas incongru d'admettre que ceux qui désobéissent exercent une forme de civisme. Et c'est pour cela que la désobéissance est parfois acceptable, voire même souhaitable, dans une démocratie. A certaines conditions, bien sûr, liées essentiellement aux modalités de la désobéissance et à l'adaptation des moyens utilisés aux fins poursuivies. Il n'y a pas de commune mesure, en effet, entre l'obstruction, *a fortiori* la violence, qui visent à exercer une contrainte sur autrui, et le simple refus de se plier soi-même à la loi en endossant par avance les conséquences de ses actes et en acceptant l'éventualité d'une sanction.

Ceux qui désobéissent réveillent la conscience endormie de leurs concitoyens, dérangent le consensus tranquille, mettent en garde l'opinion contre les fausses évidences. Car les majorités n'ont pas forcément raison, le consensus n'est pas une garantie infaillible contre les erreurs et les égarements. Et les démocraties ne sont pas immunisées contre les dérives autoritaires ni contre les violations des droits de l'homme perpétrées avec l'assentiment de la majorité silencieuse : l'histoire, y compris récente, est là pour nous le rappeler.