HAL
open science

”La contestation du droit”, Le Dossier : A qui profite le droit ?, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 26 mars 2015, textes réunis par F. Brunel, I. Guilhen, D. Huet et P-H. Paulet, La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], 2017, n° 11, pp. 8-18

Lamia El Badawi

To cite this version:

Lamia El Badawi. ”La contestation du droit”, Le Dossier : A qui profite le droit ?, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 26 mars 2015, textes réunis par F. Brunel, I. Guilhen, D. Huet et P-H. Paulet, La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], 2017, n° 11, pp. 8-18. La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], 2017, n° 11, pp. 8-18. hal-01679001

HAL Id: hal-01679001

https://uca.hal.science/hal-01679001

Submitted on 15 Oct 2019

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.

LA CONTESTATION DU DROIT

*Lamia **EL BADAWI**,*
Maître de conférences en droit privé, Centre Michel de l'Hospital EA 4232,
Université Clermont Auvergne

La contestation n'est pas étrangère au droit, elle lui est même étymologiquement liée. Ce terme est en effet issu du latin juridique *contestatio* dérivé du verbe latin *contestari* qui signifie plaider en produisant des témoins. Le sens premier du terme *contestatio* est ainsi judiciaire, avant tout. Introduit comme terme de procédure dès la fin du XVe siècle, son usage s'est répandu dans la sphère judiciaire et a connu une nouvelle vitalité depuis les événements de mai 68[1]. Sortie des prétoires, la contestation dans sa dimension politique sert à qualifier les manifestations d'agitation et de critiques radicales à l'égard des institutions lorsqu'elles s'expriment en dehors des cadres institutionnels d'opposition[2].

Émanation du pouvoir, le droit entretient un rapport d'autorité complexe avec ses destinataires dont les nombreux aspects de la vie n'échappent pas à une forme ou une autre de la régulation juridique. Une tension potentielle entre l'autonomie du citoyen et les prétentions normatives du droit devient alors envisageable[3]. En sa qualité d'instrument de la régulation sociale, le droit est de ce fait exposé à la contestation. Cependant, cette vision réductrice ne rend pas compte de la variété des usages contestataires du droit. En effet, il est courant de l'analyser comme un instrument contesté de la régulation sociale, mais il peut aussi être perçu, à travers son langage et ses institutions, comme une arme de la contestation politique et sociale. L'intégration du droit dans le répertoire des outils de la contestation politique n'est pas aussi évidente. En effet, le droit semble tout l'inverse de la contestation puisqu'il est le plus souvent perçu comme une arme aux mains et au service du pouvoir[4]. Si le droit n'est qu'un vecteur de domination, comment comprendre qu'il puisse parfois être invoqué à des fins contestataires ?

Il est certain que les pratiques politiques contestataires, lorsqu'elles sont tolérées, sont souvent encadrées par un droit qui en limite la portée et l'exercice. C'est, par exemple, le cas de la grève, qui est certes un droit constitutionnellement protégé, mais qui n'est pas non plus absolu[5]. Le droit délimite ainsi les formes de la contestation, et peut aller jusqu'à réprimer celles qui ne respectent pas le cadre qu'il fixe[6]. Les formes de la contestation tenue pour légale constituent par ailleurs indirectement une reconnaissance du rôle de l'État. Utiliser le droit pour contester renvoie dès lors à une double affirmation paradoxale, de défiance et de reconnaissance à l'égard des autorités. Le droit et la contestation, et plus précisément les mouvements contestataires, entretiennent ainsi des relations ambivalentes mais bien réelles. De cette ambivalence découle le grand éventail des modes d'action employés par les mouvements contestataires allant de l'action directe jusqu'au recours aux voies institutionnelles[7].

Le droit ne constitue pourtant pas la limite de l'action de contestation. La plupart des mouvements contestataires tentent en effet de dépasser ces limites par des actions provocatrices, violentes ou pacifiques ou encore par un appel franc à la désobéissance civile pour contester l'application d'une loi considérée comme illégitime. L'actualité nous fournit régulièrement son lot d'individus se réclamant d'une telle désobéissance : que ce soient les faucheurs de champs d'OGM, les activistes en faveur de la régularisation des sans-papiers ou, encore plus récemment, certains opposants au projet de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes ou encore à celui du barrage de Sivens.

Face à la transgression de la loi, le système juridique ne peut qu'affirmer le principe d'une sanction, même si des tolérances sont parfois constatées. Il ne peut en effet laisser subsister en son sein un mécanisme qui subordonne l'application de la loi à la subjectivité de chacun, sauf à lui retirer toute force contraignante.

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

---

[1] A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 1, Le Robert, 2012.
[2] G. LAVAU, « La contestation politique », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1970/15, n° 480, p. 3.
[3] P.-A. PERROUTY, « Légitimité du droit et désobéissance », in *Obéir et désobéir - Le citoyen face à la loi*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 59.
[4] L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, coll. « Contester », 2009, p. 17.
[5] R. COLSON, *La légalisation de la désobéissance à la loi. Le cas du droit de grève et de l'état de nécessité*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1996, n° 36, p. 125.
[6] L. ISRAËL, *L'arme du droit*, *op.cit*., p. 19.
[7] C. SPANOU, « Le droit instrument de la contestation sociale ? Les nouveaux mouvements sociaux face au droit », in *Les usages du droit*, Curapp, PUF, 1986, p. 33.

qu'ils contestent. Selon leur vision, la loi n'est jamais qu'un instrument au service de principes supérieurs de l'humanité. Lorsque cette dernière ne les respecte plus, elle aura beau être légale, elle ne sera plus dotée d'une certaine légitimité.

La désobéissance civile, qui apparaît *a priori* relever d'un dysfonctionnement des sociétés démocratiques, ne se situe pourtant pas totalement hors du droit. Elle pourrait être un moyen de remédier à la crise de la représentation[8], la désobéissance étant ainsi un moyen pour les citoyens d'exprimer leur désaccord lorsque leurs efforts légaux ont échoué. Ce qui explique que la désobéissance est parfois tolérée, voire même souhaitable, dans une démocratie.

Sans aller jusqu'à lui reconnaître une existence officielle, la désobéissance civile peut ainsi être considérée comme une forme de contestation qui s'inscrit à la périphérie du droit et non en opposition frontale avec lui. Le droit organise ou subit ainsi sa propre contestation (**I**), mais peut tolérer, sous certaines conditions, des contestations qui se situent à sa périphérie (**II**).

I. LA CONTESTATION « FIDELE » AU DROIT

Le recours au droit à des fins de contestation peut être perçu comme une illusion, car le système judiciaire peut ne paraître pour les contestataires ni politiquement neutre ni même équitable. Ces derniers ne s'attendent pas à une remise en cause de l'ordre établi, et bien au contraire le droit et la justice peuvent être dénoncés dans ce cadre pour leur reproduction ou leur aggravation des inégalités sociales. Pourtant, le droit peut être utilisé contre le pouvoir et peut, dans certaines circonstances, être retourné contre l'État et devenir un instrument de contestation. Il y a donc une certaine ambiguïté à utiliser le langage même du pouvoir pour le retourner contre lui (**A**), surtout que, dans les sociétés démocratiques, les motifs de la contestation dépassent souvent le cadre de la seule contestation des normes juridiques (**B**).

A. Les ambiguïtés de la contestation par le droit

Le droit occupe une place importante parmi les outils de la contestation sociale et politique. Il demeure en effet l'instrument privilégié de régulation des rapports sociaux, il est donc difficile pour les mouvements contestataires de ne pas formuler leurs revendications en termes juridiques[9].

Ces mouvements de contestation peuvent ainsi se trouver piégés entre la méfiance qu'ils affichent vis-à-vis de l'État et une demande d'intervention de celui-ci qui semble parfois inévitable. Il y a surtout une méfiance vis-à-vis de toute tentative de récupération. L'attitude de méfiance vis-à-vis d'une prise en charge par l'État caractérise essentiellement la frange la plus contestataire de ces mouvements, mais qui s'étend bien au-delà. Par exemple, selon les époques, les syndicats du monde du travail ont oscillé entre la revendication de réformes législatives protectrices et la critique du droit perçu comme un produit de l'État faisant obstacle à l'action syndicale[10].

Le droit n'est donc pas épargné par la contestation puisqu'il est perçu comme le reflet des intérêts sociaux établis, mais paradoxalement, les mouvements contestataires sont de fait obligés de le solliciter pour satisfaire leurs revendications.

Rappelons par exemple que les mouvements féministes, très méfiants à leurs débuts à l'égard de l'État, n'ont obtenu les réformes législatives souhaitées que lorsqu'il y a eu une prise en charge par l'État et la création d'une structure ministérielle. Or accepter les règles du pouvoir n'est pas sans risque. Les contestataires se voient obligés de nuancer, de réviser certaines positions parfois peu compatibles avec leurs affirmations idéologiques originelles. Les contestataires sont eux-mêmes conscients de cette ambivalence, certaines féministes ont d'ailleurs pu exprimer ce paradoxe en ces termes : « *d'un côté notre intérêt de femmes à la recherche de l'égalité des droits, de la justice sociale, de l'autonomie, nous pousse à nous opposer fortement aux institutions. D'un autre côté, la réalité nous oblige à en tenir compte, ne serait-ce que pour s'y faire entendre* »[11]. Il s'agit manifestement d'une ambiguïté intrinsèque à tout mouvement contestataire qui ne souhaite pas s'enfermer dans la marginalité. Or, cet appel à la fonction protectrice du droit oblige les contestataires à accepter de nuancer certaines positions et à se

[8] D. BOUGNOUX, *La crise de la représentation*, La Découverte, 2006.
[9] C. SPANOU, *op.cit.*, p. 32.
[10] L. ISRAËL, *op.cit.*, p. 23.
[11] Rencontre des lieux d'expression et d'initiatives de femmes, 7 et 8 décembre 1985, à l'initiative de la Maison des femmes de Paris (Texte imprimé), p. 4.

plier aux exigences institutionnelles en réduisant l'intensité de leur critique initiale et l'étendue de leurs revendications.

Pourtant, le droit peut, dans certaines circonstances, être opposé au pouvoir sans que ne soit engagé un processus de compromis. Ces usages militants du droit ont été analysés et regroupés sous l'appellation de « *cause lawyering* », notion issue d'un courant nord-américain de recherche en sociologie juridique[12]. Ce courant vise à analyser certains mouvements sociaux qui se saisissent du droit pour appuyer la cause qu'ils portent ou afin de défendre des personnes considérées comme victimes en utilisant les compétences spécifiques issues du savoir-faire juridique. C'est dans ce cadre que l'on trouve la figure de l'expert militant qui met son savoir au service d'une activité militante[13]. Le *cause lawyer* est donc un avocat, à la fois militant et professionnel, qui défend une cause dans et hors des prétoires[14]. Le *cause lawyering* contredirait l'idée selon laquelle le droit et les avocats sont des agents neutres au travers desquels sont résolus les conflits qui traversent la société tout en n'étant pas affectés par ces derniers[15]. La figure du juriste engagé au côté d'organisations militantes n'est en effet pas rare. L'un des moyens d'action privilégié de cette stratégie est l'affaire judiciaire devenant le symbole d'une cause. Cette stratégie aboutit ainsi à une imbrication entre causes judiciaires ou juridiques et causes politiques[16].

Richard ABEL, qui a étudié plusieurs exemples historiques à l'échelle internationale, écrit ainsi que : « *parce que le droit est la matière même de l'État, il peut reconfigurer le pouvoir de l'État. Parce que l'État agit le plus souvent par l'intermédiaire de la loi, il peut être contraint par la loi* »[17]. Selon lui, droit et État sont si liés qu'il est possible de retourner le premier contre le second qui en est pourtant la source. Il cite à cet effet de nombreux exemples historiques dont les objecteurs de conscience pendant la guerre du Vietnam, GANDHI et ses disciples en Afrique du Sud puis en Inde, les militants pour les droits civiques aux États-Unis, les suffragettes, les campagnes anti-nucléaires, les militants pour les droits des animaux, etc. Des causes variées ont ainsi bénéficié de cette stratégie à des époques et dans des pays différents. Il existe ainsi un large éventail dans lesquelles peuvent se déployer la pratique du *cause lawyering*. Cette stratégie du retournement du droit contre l'État porte toutefois en elle ses propres limites.

Le caractère symbolique de ces victoires judiciaires, la légitimité que les juristes fournissent au système juridique et judiciaire qu'ils utilisent ou encore la dépendance vis-à-vis du juge ou du législateur, sont en effet autant de freins à l'obtention de résultats substantiels par le biais de ce mode d'action[18]. Le retournement du droit contre le pouvoir apparaît ainsi comme une stratégie « *plus utile comme bouclier contre les abus que comme un glaive* »[19]. Les marges de manœuvres dont disposent les juges et leur indépendance à l'égard du pouvoir constituent certes des avantages sur lesquels s'appuient les mouvements contestataires, mais l'institution judiciaire peut parfois manifester quelques hésitations à l'idée de s'exprimer sur des questions politiques de fond. Cette dernière peut cependant être utilisée afin de faire émerger une cause dans l'espace public et ainsi sensibiliser l'opinion publique.

En réalité, la contestation par le droit est susceptible d'avoir des effets positifs lorsque le pouvoir est engagé dans une démarche de réformes, ou du moins serait enclin à en accepter le principe. En dehors de ce cadre, l'usage du droit comme instrument de contestation paraît plus efficace afin d'assurer la défense contre les atteintes aux libertés que d'en conquérir de nouvelles[20]. Le résultat du recours au droit est ainsi incertain, car il dépend de la décision des magistrats lorsqu'il s'agit d'un procès. Derrière le procès, ce sont parfois les autorités publiques qui sont interpellées et les enjeux et motifs de la contestation peuvent dépasser le cadre de la seule cause soutenue.

B. Les motifs de la contestation du droit dans les sociétés démocratiques

Dans les États démocratiques, le pouvoir s'exerce par le biais des normes juridiques, avec pour conséquence que la légitimité du pouvoir est intrinsèquement liée à celle du droit. Par ailleurs, comme la norme juridique formule

---

[12] L. ISRAËL, « Usages militants dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Droit et société*, n° 49/2001, p. 793.
[13] D. LOCHAK, « La profession d'universitaire face à la question de l'engagement », in *Au cœur des combats juridiques - Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, 2007, p. 38.
[14] L. ISRAËL, « Le droit mis au service de causes politiques - Un détour par le *cause lawyering*, un modèle d'origine nord-américaine », in *Au cœur des combats juridiques - Pensées et témoignages de juristes engagés*, *op.cit*., p. 9.
[15] S. SCHEINGOLD, « The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left-Activist Lawyering in Seattle », *in* A. SARAT & S. SCHEINGOLD (dir.), *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*, Oxford University Press, 1998, p. 118.
[16] L. ISRAËL, « Le droit mis au service de causes politiques - Un détour par *le cause lawyering*, un modèle d'origine nord-américaine », *op.cit*., p. 8.
[17] R. ABEL, « Speakin Law to power. Occasion for cause lawyering », in *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsabilities*, *op.cit*., p. 103.
[18] L. ISRAËL, « Usages militants dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *op.cit*., p. 798.
[19] R. ABEL, *op.cit*., p. 103.
[20] L. ISRAËL, *L'arme du droit*, *op.cit.*, p. 31.

un impératif censé exprimer la volonté générale, elle ne devrait, dès lors, pas trouver lieu à contestation. En sa qualité d'expression de la volonté générale, la loi devient ainsi l'incarnation de la raison, elle ne saurait être injuste ou oppressive et se trouve mise à l'abri de toute contestation[21].

Par la contrainte, le droit force ainsi ses destinataires à prendre en compte les conséquences attachées à la transgression d'une norme juridique. La force obligatoire de la norme n'est en principe pas subordonnée à son acceptation par le corps social. L'approbation de la règle juridique ne conditionne pas de ce fait son caractère contraignant, contrairement à la règle morale. Le droit devrait ainsi être obéi pour lui-même en dehors de tout jugement d'ordre moral ou politique. Les excès de cette approche, dénoncée après la Seconde Guerre mondiale pour avoir permis au régime nazi de produire un droit valide selon les critères du positivisme juridique idéologique selon la classification de Norberto BOBBIO[22], ont eu pour effet de réintroduire une réflexion sur la nécessité d'une référence à des valeurs et d'une adhésion à la norme juridique. La validité formelle de la norme juridique conditionne certes sa force contraignante, mais cela n'est plus suffisant pour assurer son effectivité, encore faut-il qu'elle rencontre l'adhésion de ses destinataires[23].

Par la recherche d'adhésion, le droit cherche à ce que ses destinataires se conforment aux normes juridiques, non pas pour éviter une sanction, mais parce qu'ils estiment que le droit en vigueur est légitime et sont de ce fait prêts à lui reconnaître une véritable autorité. La prétention du droit à la légitimité a longtemps reposé sur des systèmes de légitimation qui lui sont exogènes, principalement d'ordre religieux ou métaphysique. Cette méthode pour asseoir la légitimité du droit produit inévitablement un certain nombre de conséquences. Tout d'abord, l'aura et le respect que ces systèmes exogènes inspirent aux destinataires rejaillissent sur le droit, lui permettant de bénéficier d'une autorité qu'il aurait été incapable de susciter du seul fait de ses qualités formelles. Ensuite, cette méthode permet de lier la question de la légitimité à celle de l'obéissance. En effet, si les destinataires adhèrent au système exogène invoqué, il leur sera difficile de contester les normes juridiques qui s'en imprègnent. Contester la norme juridique revient ainsi à contester le système de légitimation qui le sous-tend, ce qui peut être dangereux dans des sociétés profondément marquées par les préceptes religieux[24].

Dans la mesure où la légitimité du droit ne peut plus reposer ni sur la religion ni sur la raison, il convient de repenser la légitimité du droit. Divers auteurs ont tenté de proposer de nouvelles réflexions à la question de la légitimité du droit.

Parmi eux, Jürgen HABERMAS constate en effet que la légitimité des normes ne peut découler que de la procédure démocratique[25]. Dans le cadre de sa théorie de la discussion, les citoyens peuvent se concevoir comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que destinataires[26]. Ces derniers en devenant aussi les auteurs du droit, ils peuvent plus aisément s'en approprier également le contenu. Pour que les lois deviennent légitimes, il convient dès lors qu'elles soient discutées rationnellement par les citoyens, et que l'intérêt de tous soit pris en compte équitablement durant la discussion. Ce postulat n'est pas à l'abri de la critique, car si la légitimité des normes repose sur le consentement des citoyens, comment contester la légitimité d'une loi qui a été adoptée dans les formes démocratiques et résultant d'un vote majoritaire sans remettre en cause en même temps les principes démocratiques ? On peut également relever 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 confection de la loi, ce consentement semble tout à fait illusoire.

Dans sa *Théorie de la justice*[27], John RAWLS reconnaît que le gouvernement par la majorité est sans doute le meilleur moyen pour assurer une législation juste, mais il convient de 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 droit d'obéir aux lois promulguées par une majorité[28]. Pour être

---

[21] J. CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », *in* Ch.-A. MORAND (dir.), *Figures de la légalité*, Publisud, 1992, p. 62.
[22] N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, préf. R. GUASTINI, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 24.
[23] S. CHASSAGNARD-PINET, La désobéissance civile face à la normativité du droit, *in* D. HIEZ et B. VILLABA (dir.), *La désobéissance civile - Approche politique et juridique*, Presses universitaire du Septentrion, 2008, p. 56.
[24] P.-A. PERROUTY, *Légitimité du droit et désobéissance*, *op.cit*., p. 60.
[25] D. ROUSSEAU, « Penser le droit avec Habermas ? », *RDP*, n° 6, 2007, p. 1476.
[26] J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, 1997, p. 97 et *seq*.
[27] J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Seuil, 1987, rééd. Points Essais, 2009.
[28] *Ibid.,* p. 392.

légitime et incontestable, il ne suffit donc pas que la loi ait été adoptée selon les formes prescrites par la Constitution, encore faut-il que son contenu soit conforme à des principes et des valeurs faisant l'objet d'un consensus[29].

Ce qui laisse une place à la contestation de la loi au nom de ces valeurs et principes communs, d'autant plus que ces valeurs et principes peuvent évoluer dans le temps et ne plus être en accord avec la loi. Cela ne résout pourtant pas la question de la légitimité du droit, car à 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. Invoquer ces principes supérieurs 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 que ces valeurs et principes communs aient été inscrits dans les textes constitutionnels ou dans des conventions internationales, ce qui fournit un fondement solide à la contestation.

Mais même inscrits dans un texte, ces principes n'échappent pas à l'interprétation du juge. En cas de conflit, c'est au juge qu'il revient de donner l'interprétation adéquate à ces principes. À partir du moment où existe un contrôle de constitutionnalité des lois permettant de vérifier que celles-ci n'ont pas violé les principes constitutionnels, 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 ? C'est sur cette interrogation qu'achoppent les tentatives de légitimation des mouvements refusant l'obéissance au droit, plus précisément à la loi. Tout un courant de pensée, celui de la désobéissance civile, s'est intéressé aux raisons qui peuvent justifier de refuser de se plier à certaines règles du droit positif considérées comme illégitimes.

II. LA CONTESTATION A LA PERIPHERIE DU DROIT

Les mouvements de désobéissance civile sont presque toujours liés à l'affirmation d'un droit : droit à l'avortement ou droit à la vie, droit à un environnement sain, droit au logement, etc. Si les désobéissants se placent sur le terrain du droit, c'est bien parce que le but principal de la désobéissance consiste à modifier le droit existant. De par son objectif, ce mode de contestation occupe une place particulière parmi les cas de désobéissance à la loi (**A**). La plupart des théoriciens de la désobéissance civile se sont pourtant attachés à démontrer que la désobéissance peut être analysée comme un élément de la vie démocratique et un facteur d'évolution du droit (**B**).

A. Le droit confronté à la désobéissance

Obéir apparaît toujours comme une nécessité pour les tenants du pouvoir qui présentent l'obéissance comme une règle sociale indispensable à la cohésion de la société[30]. L'idée de désobéir remonte pourtant au fond des âges, d'aussi loin qu'il y a eu des chefs et des sujets. On attribue traditionnellement à Étienne DE LA BOETIE, dans son *Discours de la servitude volontaire*, les fondements d'une réflexion sur les caractéristiques et les raisons de l'acte d'obéissance. D'autres auteurs classiques avant lui, et notamment SOPHOCLE, dans *Antigone*, ont mis en lumière la nécessité d'une remise en cause des lois injustes qui contrediraient des principes supérieurs.

L'expression « désobéissance civile », dans son acception moderne, a été introduite dans le vocabulaire politique par Henry David THOREAU en 1849. Pour protester contre la guerre qui opposait les États-Unis au Mexique et la politique esclavagiste pratiquée par les États du Sud, il a refusé de payer ses impôts. Après avoir passé une nuit en prison, il théorise son action, et invite, dans un pamphlet « *On the Duty of civil disobedience* » traduit en français sous le titre désobéissance civile[31], à la désobéissance face aux lois injustes.

Les différents mouvements de désobéissance civile continuent depuis lors à se réclamer de son inspiration à commencer par GHANDI qui lance un mouvement d'action non-violente contre les britanniques[32]. Martin Luther KING prône également le recours à la désobéissance civile pour dénoncer les lois américaines ségrégationnistes. Les actes de désobéissance civile, longtemps restés étrangers aux pratiques françaises, vont apparaître en France dans la seconde moitié du XXe siècle. On peut mentionner à titre d'exemple, le manifeste sur le droit à l'insoumission de 1960 par lequel 121 personnalités expriment leur soutien aux hommes qui refusent de combattre en Algérie. Ce sont également en 1971, les 343 femmes qui déclarent avoir avorté en violation de la loi qui

[29] D. LOCHAK, « Désobéir à la loi », in *Pouvoir et Liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 202.
[30] J. BOVE, G. LUNEAU, *Pour la désobéissance civique*, La découverte, 2004, p. 50.
[31] H.-D. THOREAU, *La désobéissance civile*, Paris, Mille-et-une-nuits, 1997.
[32] C. MELLON, « Émergence de la question de la désobéissance civile », in *La désobéissance civile - Approches politique et juridique*, *op.cit*. p. 37 et *seq*.

réprimait alors l'IVG. Ce sont aussi, après 1975, les commandos anti-IVG qui, au nom du droit à la vie, s'opposent à la pratique d'avortements désormais légaux[33]. Depuis la découverte de ce mode d'action, ces actes n'ont cessé de se multiplier.

La résistance à la loi est certes un thème aussi vieux que la pensée politique depuis qu'Antigone s'est opposée à Créon, mais tous ces mouvements se suivent sans pourtant se ressembler. Dans les sociétés contemporaines, la notion de désobéissance civile est certes souvent mise en avant par les contestataires, mais en réalité tous les modes de contestation des normes juridiques ne relèvent pas de cette catégorie. Il est donc nécessaire de préciser les caractéristiques de la véritable désobéissance civile.

Dans la *Théorie de la justice*, John RAWLS a dégagé les éléments constitutifs de la désobéissance civile en élaborant la définition suivante qui recueille un large consensus. Il s'agit d'un « *acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener à un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement »*[34]. Cette définition a le mérite d'insister sur les caractéristiques fondamentales de ce mode d'action.

L'acte de désobéissance serait ainsi tout d'abord un acte public et collectif qui vise à dénoncer une loi considérée comme injuste et à obtenir sa révision. Son caractère public permet de le distinguer d'une autre forme majeure de contestation de la norme juridique : l'objection de conscience. Comme le relève Hannah ARENDT[35], l'objection de conscience, qui est souvent confondue avec la désobéissance civile, résulte d'une démarche personnelle, fondée sur la conscience individuelle de l'objecteur alors que la désobéissance civile suppose un mouvement collectif d'opposition à la loi. En d'autres termes, l'objecteur de conscience peut s'estimer satisfait si on lui permet, à lui personnellement, par une exception à la loi commune, d'agir sans avoir à aller à l'encontre de ses convictions. Le désobéissant, lui, ne peut se satisfaire d'une exception individuelle tant que la loi contestée reste inchangée, il cherche à initier un mouvement de protestation. La législation prévoit d'ailleurs la possibilité de faire valoir cette objection de conscience dans certains domaines : citoyens appelés à porter les armes, les médecins appelés à pratiquer des avortements[36] ou, plus récemment, les maires qui ont invoqué en vain l'objection de conscience pour refuser de célébrer les mariages entre personnes de même sexe[37]. Si la loi autorise la désobéissance, c'est qu'il ne s'agit plus de désobéissance mais d'une simple exception légale.

Le désobéissant serait ensuite celui qui commet une infraction de manière consciente et intentionnelle et qui est prêt à assumer la sanction à laquelle il s'expose. Il œuvre pour « défendre des causes justes » et « rétablir la justice »[38], ce qui permet de le distinguer du délinquant de droit commun, même si la distinction peut parfois être juridiquement délicate[39]. Les désobéissants n'ont pas l'intention de renoncer à leur action, même s'ils prennent le risque d'être condamnés par les tribunaux. Depuis l'arrêt *Boissin* rendu en 1817[40], la Cour de cassation n'a jamais admis le principe de la résistance légale et la résistance aux ordres des autorités publiques, même manifestement illégaux, constituent une rébellion en vertu de l'article 433-6 du *Code pénal*[41]. Les procès sont d'ailleurs l'occasion pour les désobéissants de faire entendre publiquement leurs revendications et de produire des arguments favorables à leur cause tout en invoquant les exceptions à la loi pour leur défense, telles que l'état de nécessité[42].

Enfin, l'action de désobéissance menée est, en principe, non-violente, même si ce critère ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs. Pour RAWLS, la désobéissance civile est non violente parce qu'elle exprime une « *désobéissance à la loi dans le cadre de la fidélité à la loi, bien qu'elle se situe à sa limite extérieure* »[43]. Le

---

[33] O. DHAVERNAS, « Entrave à l'interruption volontaire de grossesse », *RSC*, 1997, p. 821.
[34] J. RAWLS, *op.cit*., p. 405.
[35] H. ARENDT, *Du mensonge à la violence*, Calman-Lévy, 1972, rééd. Pocket-Agora, p. 58 ; J. RAWLS, *op.cit*., p. 408.
[36] Art. L. 2212-8 du *Code de la santé publique*.
[37] F. DIEU, « Opposition des officiers d'état civil au mariage entre personnes de même sexe : vers la reconnaissance de l'objection de conscience ? », D. 2013, p. 1643 ; Cons. const., 18 octobre 2013, n° 2013-353 QPC, Dr. fam., 2013, n° 12, p. 14, obs. J.-R. BINET ; RJPF, 2013, n° 12, p. 12, obs. E. PUTMAN.
[38] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « La désobéissance civile : une source du droit ? », *RTDciv.*, 2005, p. 73.
[39] H. ARENDT, *op.cit*., p.75.
[40] Cass., 13 mars 1817, S. 1817, I, 188, note Sirey.
[41] L'article 433-6 du *Code pénal* dispose que : « Constitue une rébellion le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant, dans l'exercice de ses fonctions, pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions ou mandats de justice ».
[42] V. par exemple : T. corr. Orléans, 9 décembre 2005, n° 2345/S3/2005, *Société Monsanto*, D. 2006, p. 814, note J.-F. FELDMAN - Décision infirmée par la CA Orléans, 27 juin 2006, Rev. jur. Env., 2007, p. 53, obs. S. MONTEILLET ; RD rur. 2006, comm. 358. Refus de reconnaître l'état de nécessité : Cass. crim., 7 février 2007, n° 06-80.108, D. 2007, p. 1310, note J.-F. FELDMAN ; Cass. crim., 31 mai 2007, n° 06-86.628, Rev. jur. Env., 2008, n° 4, p. 509, obs. V. JAWORSKI ; Cass. crim., 3 mai 2011, n° 10-81.529, Rev. jur. Env., 2012, n° 1, p. 195, obs. V. JAWORSKI.
[43] J. RAWLS, *op.cit.,* p. 407.

désobéissant enfreint certes la loi, mais la fidélité à la loi est illustrée par l'acceptation des conséquences légales de sa conduite. La désobéissance civile, selon cet auteur, ne saurait ainsi s'exercer que dans le cadre général d'un respect pour l'autorité établie et ne vise donc pas à susciter des changements radicaux. Cette caractéristique fondamentale permet de distinguer la désobéissance civile des mouvements révolutionnaires qui tendent à contester les fondements même du système politique en place et non à le faire évoluer. La non-violence ne semble pourtant pas être si déterminante pour d'autres auteurs. Ainsi, pour Hannah ARENDT, la distinction entre le révolutionnaire et le désobéissant n'est pas aussi aisée à établir. Sans admettre que la désobéissance civile puisse inclure la lutte armée, elle relève que le désobéissant, comme le révolutionnaire, peut souhaiter lui aussi des changements radicaux sans avoir à respecter le cadre de l'autorité établie. C'est par exemple le cas de GANDHI, dont l'action est souvent citée en modèle de la non-violence : il est difficile de soutenir qu'il respectait le cadre légal constitué à l'époque par la domination coloniale britannique[44]. Enfermer dès lors la désobéissance civile dans le respect du cadre légal établi semble discutable. Il est certain que la non-violence est toujours préférable, mais il peut être excessif de vouloir exclure toute forme de violence à la désobéissance[45].

La désobéissance civile se situerait ainsi entre la protestation légale et le déclenchement d'un procès, d'une part, et l'objection de conscience et les autres formes de résistance, d'autre part[46]. Parmi les différentes méthodes d'expression d'un rejet de la norme juridique, la désobéissance civile est celle qui affronte le plus directement la force contraignante de la loi tout en lui restant fidèle. D'abord, en raison de la motivation de la contestation puisqu'il s'agit de dénoncer le contenu d'une loi par une action collective. Ensuite, en raison de son objectif qui est d'écarter une loi considérée comme injuste et permettre l'émergence d'une loi juste. L'objectif paraît louable mais comment justifier une telle évolution dans un système démocratique ?

B. L'évolution du droit sous l'effet de la désobéissance

Victor HUGO disait avec regret que : « *La loi ignore presque le droit. Il y a d'un côté la pénalité, de l'autre l'humanité [...], il se passera du temps encore avant que la justice des hommes ait fait sa jonction avec la justice* »[47]. La même idée est exprimée par Henry David THOREAU qui considérait que « *le respect de la loi vient après celui du droit »*[48].

Cette distinction entre droit et loi, connue des juristes, correspond également à l'appréhension que se font les désobéissants de la valeur du droit. Que l'on se place du côté des jusnaturalistes ou des juspositivistes, la loi n'apparaît que comme une partie du droit[49]. Dans sa dimension formelle, la loi établit des dispositions présentant un caractère général, abstrait et permanent, tandis que le droit renvoie à une notion plus vaste regroupant l'ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées s'imposant aux membres d'une société[50]. Il est dès lors parfaitement concevable qu'une disposition particulière entre en contradiction avec le droit, le juge chargé de trancher le litige pourra statuer sur cette contradiction[51].

La justification de la désobéissance civile serait donc à trouver dans un référentiel surplombant la loi. Il s'agirait de défendre les valeurs immuables et les principes intangibles du droit, contredits par une législation de circonstance. Car au nom de quoi peut-on dire qu'une loi est injuste, sinon en se référant à la subjectivité de sa propre conscience, en encore à des valeurs, c'est-à-dire à une forme de droit supérieur aux lois positives ?

Léon DUGUIT relevait dans son traité de droit constitutionnel[52] que : « *La loi n'est point, parce qu'elle est loi, vérité absolue. Demander à tous l'obéissance passive à la loi, c'est vouloir faire un peuple d'esclaves. L'obéissance à la loi est une nécessité sociale, mais chacun est libre d'apprécier la valeur d'une loi et de faire tout ce qu'il pourra, sans recourir à la violence, pour se soustraire à l'application d'une loi qu'il considère comme contraire au droit »*. Tout individu pourrait ainsi s'ériger en juge de la pertinence du contenu de la loi et refuser de s'y soumettre en raison d'une non-conformité de la loi au droit.

---

[44] H. ARENDT, *op.cit*., p. 78.
[45] P.-A. PERROUTY, *Légitimité du droit et désobéissance*, *op.cit*., p. 73.
[46] J. RAWLS, *op.cit.,* p. 407.
[47] V. HUGO, *L'Homme qui rit*, Gallimard, rééd. Folio, 2002, p. 506.
[48] H.-D. THOREAU, *op.cit*., p. 12.
[49] D. HIEZ, « Les conceptions du droit et de la loi dans la pensée désobéissante », in *La désobéissance civile - Approches politique et juridique*, *op.cit*., p. 76.
[50] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, 2014, p. 373.
[51] D. HIEZ, *op.cit*., p. 75.
[52] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Librairie E. De Boccard, t. III, 3e éd., 1923, p. 745.

La justification de la désobéissance civile est au demeurant souvent à rechercher hors du système juridique. Des préceptes religieux sont parfois invoqués pour légitimer la transgression de la norme juridique à l'image d'Antigone qui, pour contester le décret de Créon, en appelle aux lois non écrites et intemporelles des dieux. Le droit naturel est, lui aussi, invoqué pour apporter une justification à la transgression de la loi. La conception traditionnelle du droit naturel considéré comme abstrait, immuable et universel a cependant évolué pour laisser place à un droit naturel contingent et variant selon les époques et les lieux. Par ailleurs, la référence au droit naturel peut être dangereuse, car chacun interprète les normes du droit naturel en fonction de sa propre subjectivité. Le caractère évolutif de son contenu ne permet pas dès lors d'en faire un fondement objectif à la désobéissance civile.

Ce qui explique peut-être les raisons pour lesquelles les désobéissants invoquent plus fréquemment les droits fondamentaux. Sont ainsi invoqués le principe de la dignité humaine, le droit à la vie ou encore le droit à un environnement sain. Dans l'esprit des désobéissants, le conflit entre la loi et le droit peut se résoudre à l'intérieur du système juridique par une confrontation des normes en présence. Les procès intentés contre les désobéissants sont autant d'occasion de contester le bien-fondé de la loi en vigueur. Les partisans de la désobéissance civile s'appuient d'ailleurs sur le développement d'un ordre public à l'échelle européenne qui renforce les obligations des États, notamment au regard des droits de la personne. Les désobéissants invoquent en effet des interprétations plausibles de dispositions constitutionnelles et des droits fondamentaux, même si elles ne sont pas retenues par les juges[53]. Le caractère abstrait des droits fondamentaux et leur développement ainsi que l'inflation des droits subjectifs contribuent très certainement à conférer un caractère plausible aux revendications exprimées par les désobéissants[54].

Selon le philosophe du droit Ronald DWORKIN, le droit de désobéir à la loi n'est pas un droit fondé sur la conscience, qui s'ajouterait aux autres droits contre le gouvernement. Il s'agirait d'un aspect des droits fondamentaux contre le gouvernement et il ne peut être nié en principe, sans que soit niée l'existence de tels droits[55]. Autrement dit, la désobéissance civile deviendrait le garde-fou des droits fondamentaux dans les sociétés démocratiques. Son acceptation dans les sociétés démocratiques reposerait dès lors sur les motifs à l'origine de la désobéissance. Il distingue à cet effet la désobéissance civile motivée par des raisons d'intégrité (« *integrity-based disobedience* »), qui intervient lorsque le gouvernement impose à un individu de choisir entre sa conscience et la règle de droit ; la désobéissance en réaction à une injustice commise envers l'ensemble de la société (« *justice-based disobedience* »), et enfin, la désobéissance justifiée par des raisons pragmatiques (« *policy-based disobedience* ») qui survient seulement en opposition aux politiques gouvernementales. Ce dernier cas étant le plus problématique, car la désobéissance peut empêcher la réalisation de politiques décidées par l'État dans l'intérêt général[56]. Une telle classification peut sembler séduisante, mais elle est difficile à mettre en œuvre, car elle suppose de sonder les intentions profondes des désobéissants.

Ce faisant, même si l'on admet que les destinataires de la loi puissent procéder à une appréciation de la légitimité de la norme juridique, faut-il pour autant admettre que le constat du caractère inique de la loi puisse légitimer sa transgression. En d'autres termes, le caractère injuste de la loi justifie-t-il la désobéissance civile ? Autoriser les citoyens à s'organiser pour faire changer une loi, par d'autres moyens que ceux qui sont prévus par la Constitution et les institutions, pourrait incontestablement conduire à affaiblir les régimes démocratiques. La désobéissance apparaît alors comme un dysfonctionnement des mécanismes démocratiques, et dans le pire des cas, comme un acte de rébellion contre le pouvoir et ses institutions.

La plupart des théoriciens américains de la désobéissance civile se sont pourtant attachés à réfuter cette objection en démontrant que la désobéissance civile pourrait au contraire être analysée comme un élément de la vie démocratique, voire un facteur de renforcement de la démocratie[57]. La désobéissance civile permet en effet de renouveler le discours sur la légalité en déniant aux autorités institutionnelles le monopole du droit[58]. Pour John RAWLS, il est possible de reconnaître à des citoyens le droit, au sens moral du terme, de ne pas respecter une loi dans le seul cas où les autorités publiques prennent des décisions portant gravement atteinte aux libertés individuelles et qu'aucun moyen légal pour tenter de remédier à la situation n'a été suivi d'effet. La désobéissance

---

[53] S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américains et français comparés*, LGDJ, Bibl. dr. privé, Tome, 479, 2007, p. 50.
[54] *Ibid.*, p. 72.
[55] R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 289.
[56] D. DWORKIN, *Une question de principe*, PUF, 1996, p. 137 et *seq.*
[57] D. LOCHAK, *Désobéir à la loi*, *op.cit.*, p. 207.
[58] S. TURENNE, *op.cit.*, p. 311.

civile serait donc à manier à titre d'arme principalement « défensive » : elle doit défendre les droits contre un excès de pouvoir des gouvernants qui est toujours possible dans un régime démocratique[59]. Encore faut-il qu'il s'agisse d'atteintes graves, car RAWLS estime qu'il vaut mieux obéir à des lois injustes quand cette injustice reste limitée. La désobéissance civile doit dès lors intervenir seulement en dernier recours afin d'empêcher les manquements graves vis-à-vis de la justice.

La réflexion d'Hannah ARENDT est quelque peu différente. Elle considère que reconnaître à la désobéissance civile une utilité purement défensive, ce serait méconnaître son rôle politique positif qui est de faire progresser la démocratie[60].

La désobéissance civile serait même essentielle, selon elle, dans des sociétés qui évoluent rapidement, pour favoriser l'adaptation des lois et institutions aux évolutions sociales. Elle donne l'exemple de la grève, qui constituait hier une désobéissance à la loi, et qui est aujourd'hui légale. Elle s'efforce cependant de démontrer que la désobéissance s'inscrit parfaitement dans l'esprit de la Constitution américaine. Elle estime que la notion de consentement est « *à la base même du système de gouvernement américain et de l'esprit des lois »*[61], ce qui suppose la possibilité d'exprimer son désaccord. Elle préconise donc que l'on reconnaisse à la désobéissance civile un rôle proprement politique, analogue à celui que jouent les groupes de pression[62].

La désobéissance civile ne peut pourtant prétendre à la légalisation ou à la reconnaissance d'un nouveau « droit à », car l'illégalité est constitutive de ce mode d'action. La transgression, même non violente, de la loi demeure très certainement un acte grave, rien qu'en raison du risque de voir une minorité imposer son point de vue à la majorité. Cependant, il n'est plus possible de s'en tenir à une simple répression des désobéissants. C'est par la réflexion que suscite la transgression que l'on est amené à examiner le bien-fondé d'une loi. Loin d'être dangereuse pour la démocratie, la désobéissance civile peut contribuer à la nourrir et à la maintenir en vie. Désobéir à la loi ne doit peut-être pas être perçu comme un mode de contestation « hors la loi », mais à la périphérie du droit.

---

[59] J. RAWLS, *op.cit.,* p. 411 et *seq*.
[60] H. ARENDT, *op.cit.*, p. 84.
[61] *Ibid.,* p. 90.
[62] *Ibid.*, p. 102.