



HAL
open science

La désobéissance civile : une source du droit ?

Rafael Encinas de Munagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Munagorri. La désobéissance civile : une source du droit ?. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2005, pp. 73-78. <halshs-01886334>

HAL Id: halshs-01886334

<https://shs.hal.science/halshs-01886334v1>

Submitted on 2 Oct 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.



HAL Authorization

La désobéissance civile : une source du droit ?

Revue trimestrielle de droit civil 2005, p. 73

Par Rafael Encinas de Munagorri , Professeur à l'Université de Nantes ;
Membre de l'Institut universitaire de France

*

**

Désobéir à une règle juridique peut-il contribuer à la formation du droit ?

L'interrogation pose le paradoxe de la désobéissance civile qui se présente à la fois *contre* le droit et *dans* la perspective de son évolution. Si une règle est désobéie, c'est ici pour appeler à l'affirmation d'un *autre* droit. La désobéissance civile est une stratégie de modification du droit positif.

Voilà sans doute pourquoi la notion intrigue les juristes, inquiète les pouvoirs établis et révolte les esprits conservateurs. Traduction littérale de *civil disobedience*, la notion a pour origine le titre posthume d'un ouvrage d'Henry D. Thoreau paru aux Etats-Unis en 1866 (*Du devoir de la désobéissance civile*, Toulouse, Aldéran éd., 1998). Elle n'est pas une insurrection généralisée, mais une mobilisation non violente contre certaines lois injustes. Sa portée civique est parfois indéniable : la lutte contre des lois esclavagistes et ségrégationnistes en témoigne. Sa portée politique peut être importante : Gandhi a montré l'efficacité de la résistance passive dans la lutte d'indépendance contre l'Empire britannique.

Tantôt approuvé comme un geste courageux, tantôt fustigé comme un agissement néfaste, l'acte du désobéissant ne laisse pas indifférent. Malgré les apparences, il pourrait conduire à renforcer la démocratie plutôt qu'à la déstabiliser (D. Lochak, *Désobéir à la loi*, in *Pouvoir et liberté*. Mélanges J. Mourgeon, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 191 ; P. A. Perrouty (dir.), *Obéir et désobéir. Le citoyen face à la loi*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2000, notamment F. Ost, p. 16). Plus limité est notre propos qui vise à envisager la désobéissance civile parmi les sources du droit. Mais comment s'exprime-t-elle en France ? Quelle est sa dynamique ? Comment mener son analyse juridique ?

Expression de la désobéissance civile en France

Les mouvements de désobéissance civile sont presque toujours liés à l'affirmation d'un droit : droit à l'avortement ou droit à la vie (*pro life*), droit au logement, droit à la solidarité, droit à un environnement sain, droit au mariage des homosexuels. Si les désobéissants civils se placent sur le terrain du droit, c'est d'une manière singulière dont il est possible de recenser quelques modes d'expression.

Un appel à la désobéissance civile est le plus souvent lancé. Sa finalité est d'obtenir une modification du droit : « un million de femmes se font avorter

chaque année en France. Elles le font dans des conditions dangereuses en raison de la clandestinité à laquelle elles sont condamnées... Je déclare avoir avorté. De même que nous réclamons le libre accès aux moyens anticonceptionnels, nous réclamons l'avortement libre ». (Le Nouvel Observateur, 5 avr. 1971).

L'appel vise parfois à faire échec à une disposition législative envisagée. Ce fut le cas de celui du 11 février 1997 publié dans plusieurs journaux afin de s'opposer à l'obligation pour les personnes hébergeant des visiteurs étrangers de déclarer leur départ à la préfecture. « Nous sommes coupables, chacun d'entre nous, d'avoir hébergé récemment des étrangers en situation irrégulière ... nous demandons à être mis en examen et jugés nous aussi. Enfin, nous appelons nos concitoyens à désobéir pour ne pas se soumettre à des lois inhumaines ».

L'appel à la désobéissance civile peut être à l'origine d'un groupe dénué de la personnalité morale comme celui des faucheurs volontaires d'OGM. Lancé à l'été 2003, l'appel énonce des justifications générales : « quant la loi privilégie l'intérêt particulier au détriment de l'intérêt général, criminalisant ceux qui, en nombre restreint, ont osé l'enfreindre. Que reste-t-il aux citoyens responsables pour que le droit redevienne la référence de régulation entre les personnes et les biens, pour que l'Etat ... soit cette instance de défense et de préservation du bien commun ? Il ne reste plus en conscience aux citoyens que d'affronter cet Etat de non-droit pour rétablir la justice au risque des amendes et des peines de prison possibles... La désobéissance civile est une action citoyenne réfléchie » (José Bové et Gilles Luneau, Pour la désobéissance civique, Paris, La découverte, 2004, p. 14). L'appel était ici doublé d'une lettre d'engagement, informant des délits et peines encourues, par laquelle les faucheurs en herbe déclaraient leur intention de passer à l'acte en connaissance de cause.

Si *les actes* de désobéissance civile évitent le recours à la violence, ils ne sont pas moins contraires à la loi, y compris parfois pénale. Ces violations délibérées des lois et règlements *provoquent* la réaction des autorités publiques. Les pouvoirs législatif, exécutif et l'autorité judiciaire réagissent diversement selon les cas.

L'avortement fournit ici un cas exemplaire. La désobéissance civile fut d'abord employée par des femmes pour inciter à l'adoption d'une loi - qui sera celle du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse. Elle a été ensuite exercée par ses détracteurs qui n'ont pas hésité à recourir à des actions plus ou moins virulentes pour y faire obstacle, comme l'enchaînement volontaire aux tables d'opérations médicales. Afin de combattre ces pratiques, le législateur a créé le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse (art. 37 L. n° 93-121 du 27 janv. 1993) qui figure aujourd'hui à l'article L. 2232-2 du code de la santé publique. Ce délit a suscité un contentieux assez fourni (O. Dhavernas, Entrave à l'interruption volontaire de grossesse, RSC 1997.821) à l'occasion duquel les juges français ont retenu la constitution de l'infraction même lorsque l'avortement n'est pas pratiqué dans les conditions de la loi (Crim. 7 avr. 1999, Bull. crim. n° 70 ; Dr. pén. 1999, n° 102 ; RSC 2000.209, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire). La sévérité à l'encontre des désobéissants n'est pas toujours de mise : l'abandon des poursuites, la relaxe des prévenus, la condamnation à des peines

symboliques signalent le fléchissement des autorités étatiques dans leur volonté de faire appliquer le droit contesté. Un jugement du Tribunal correctionnel de Boulogne-sur-Mer du 20 août 2004 permet d'illustrer le propos. Après le démantèlement par l'Etat du centre de Sangatte, deux militants associatifs étaient venus en aide à des étrangers en les hébergeant et en leur servant d'intermédiaire financier. Mis en examen pour aide directe et indirecte à l'entrée, au séjour d'étrangers en situation irrégulière (art. 21 ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945), les prévenus furent déclarés coupables *mais* dispensés de peine. Il est à noter que le substitut du procureur de la République ne requit pas de condamnation pour l'hébergement des étrangers en situation irrégulière. Selon sa curieuse déclaration : « on n'est pas ici pour juger les délinquants de la solidarité ». Le propos fait écho au slogan des mouvements citoyens : « si la solidarité est un délit, je demande à être poursuivi(e) pour ce délit ». L'un des procédés des désobéissants consiste en effet à s'exposer à des poursuites, à rechercher une mise en accusation. Le combat mené contre les OGM en fournit l'illustration. Malgré le caractère collectif des campagnes de fauchage, opérations organisées visant la destruction de plants ou récoltes, seules quelques personnalités furent poursuivies. Sur le fondement de la comparution volontaire prévue par l'article 388 du code de procédure pénale, plus de deux cents « faucheurs » ayant participé aux opérations demandèrent à être, eux aussi, mis en examen. Les juges d'instruction de Toulouse et de Riom ont accédé à ces demandes. Des appels sont en cours, mais les désobéissants ont déjà exprimé leur satisfaction : le procès engagé prend la tournure politique souhaitée.

La désobéissance civile s'exprime parfois par des actes juridiques audacieux à la légalité contestée. Ces actes émanent parfois d'autorités administratives au niveau décentralisé. Mentionnons ici les arrêtés municipaux d'interdiction des OGM qui ont donné lieu à une jurisprudence administrative nuancée et invitent à une clarification juridique des compétences respectives des autorités locales, nationales et communautaires en la matière (F.-G. Trébulle, OGM : une illustration de la mise en oeuvre du principe de précaution, Environnement, oct. 2004.9 ; R. Romi, Droit et administration de l'environnement, Montchrestien, 5e éd. 2004, p. 336 et s.).

Plus spectaculaire encore est le mariage de deux personnes de même sexe célébré par M. le député-maire Noël Mamère en qualité d'officier d'état civil de la ville de Bègles. Malgré l'opposition signifiée par le procureur de la République du Tribunal de grande instance de Bordeaux, le mariage fut célébré le 5 juin 2004 pour le bonheur des époux et des médias. La réaction des autorités centrales et judiciaires ne se fit guère attendre. En premier lieu, le ministre de l'Intérieur prononça à l'encontre du maire de Bègles, par un arrêté du 15 juin 2004 la suspension d'un mois de ses fonctions. (B. Seiller, Le pouvoir disciplinaire sur les maires, AJDA 2004.1637). En second lieu, le Tribunal de grande instance de Bordeaux annula le mariage par un jugement du 27 juillet 2004, au motif que la différence de sexe entre les époux est une condition de fond du mariage, ce qui reste discuté (D. 2004.2392, note E. Agostini et 2965, obs. J.-J. Lemouland ; Dr. fam. 2004, n° 138, note V. Larrribau-Terneyre ; RTD civ. 2004.718, obs. J.

Hauser). Par ailleurs mis en examen pour avoir participé aux opérations de fauchage d'OGM, M. Mamère considère que la fonction d'un homme politique est de savoir prendre des risques pour ouvrir des débats démocratiques, défendre des causes justes et l'égalité des droits. Le débat sur la désobéissance civile est relancé (Le Monde, 26-27 sept. 2004) : mode normal d'évolution du droit pour certains ; il n'est, pour d'autres, envisageable que par exception, après avoir épuisé tous les moyens démocratiques traditionnels.

Définition et dynamique de la désobéissance civile

Selon Rawls, « la désobéissance civile peut être définie comme 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 » (Théorie de la justice, trad. Audard, Seuil, 1987, p. 405). Le but principal de la désobéissance consiste en effet à modifier le droit existant. C'est pourquoi elle occupe une place singulière parmi les cas de désobéissance à la loi. Par ses intentions, le désobéissant ne saurait être assimilé au délinquant, au révolutionnaire, à l'insurgé, à l'insoumis, au résistant, ni même au sens strict à l'objecteur de conscience qui adopte une attitude individuelle sans prétendre dépasser son cas particulier par un appel à un changement du droit (M. J. Falcón y Tella, La désobéissance civile, RIEJ 1997.39, p. 27, spéc. n° 10 et s.). La désobéissance civile a une dynamique propre.

Le premier ressort de la désobéissance civile est la référence à un *droit injuste*. Les désobéissants dénoncent le caractère injuste du droit positif en vigueur. Ils oeuvrent pour « rétablir la justice », pour « défendre des causes justes ». Il importe cependant de préciser que cette référence à la justice ne prend pas appui sur une négation du droit positif au profit du droit naturel. Le droit positif est reconnu comme tel même s'il est considéré comme injuste. A la différence de Saint Augustin selon lequel une loi injuste n'est pas une loi - *lex injusta non est lex* - (ce qui justifie que l'on n'est pas tenu d'y obéir), les désobéissants ne contestent pas le caractère *juridique* du droit en vigueur. Ce serait d'ailleurs plutôt l'inverse : la reconnaissance du droit positif en tant que tel est précisément ce qui rend nécessaire sa modification dans le cadre des institutions existantes. La contestation des désobéissants prend place à l'intérieur de l'Etat de droit et de ses procédures, y compris répressives. Elle vise à montrer aux yeux de l'opinion publique et des gouvernants l'injustice du droit et de ses conséquences. Cet appel à la justice a souvent été retenu comme un trait caractéristique de la désobéissance civile « en agissant ainsi, on s'adresse au sens de la justice de la majorité de la communauté » (J. Rawls, préc.).

Le deuxième ressort est celui par lequel les désobéissants défient les autorités *d'appliquer les conséquences injustes du droit*. C'est pourquoi ils souhaitent être mis en examen et jugés pour leurs actes de transgression, si possible dans des conflits collectifs : tous coupables, tous solidaires, tous citoyens. Dans les cas extrêmes, la privation de liberté devient un horizon recherché. Selon la forte formule de Thoreau : « sous un gouvernement qui emprisonne injustement n'importe qui, la vraie place d'un homme juste est aussi en prison ». De manière classique si l'on songe à Antigone ou au procès de Socrate, la condamnation met en scène l'opposition entre la conception commune de la justice défendue par les

désobéissants et la justice rendue par les tribunaux sur le fondement du droit en vigueur. Lorsque des procès sont engagés, le tribunal devient la chambre d'écho de revendications visant à faire évoluer le droit. Les juges sont appelés à prendre en compte au stade de l'application du droit les arguments avancés par les désobéissants. Ces procès sont aussi l'occasion pour les désobéissants d'invoquer les cas d'exceptions à la loi (état de nécessité, légitime défense, erreur de droit, circonstances atténuantes, interprétation restrictives de la règle) et de produire les arguments de droit favorables à leur cause (S. Turenne, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américains et français comparés*, th. Paris II, 2005).

Un troisième ressort de la désobéissance civile est l'invocation de *principes* ou de fondements justifiant le non-respect de la règle de droit. Considérés comme supérieurs ou autorisant la dérogation, ces principes peuvent être d'ordre moraux, éthiques, mais aussi juridiques. Pour justifier leurs actes de désobéissance, les personnes en appellent à leur conscience, à des lois plus humaines, à des droits fondamentaux. Or, la désobéissance civile peut-elle se prévaloir du droit positif ? Peut-on sans contradiction logique désobéir au droit tout en l'invoquant à son profit ? Pour les uns, la contradiction est certaine : celui qui désobéit à la loi se place hors du droit, et ne peut l'invoquer à son profit. Il y aurait logomachie à dire le contraire pour reprendre le mot utilisé par Planiol à propos de l'abus de droit. Pour d'autres en revanche, la désobéissance civile peut prendre appui sur des fondements juridiques.

Pour une analyse juridique de la désobéissance civile

D'abord, le droit positif n'est véritablement connu qu'après avoir été interprété et appliqué par les tribunaux (S. Turenne, préc.). L'attitude des désobéissants peut être comprise comme la contribution de la société civile pour parfaire un ordre constitutionnel par définition inachevé (J. Habermas, *Droit et démocratie*, 1992, Gallimard, 1997, p. 410). Les désobéissants invoquent des interprétations plausibles de dispositions constitutionnelles et de droits fondamentaux qui contribuent à la formation du droit, quand bien même elles ne seraient pas retenues par les juges. Ils participent ainsi à l'évolution du droit par une série d'interprétations constructives. Ensuite, selon l'excellente formule de Ronald Dworkin, il faut prendre les droits au sérieux, en particulier le droit à la désobéissance civile. « Dans notre société un homme a quelque fois le droit, au sens fort, de désobéir à une loi. Il a ce droit chaque fois que cette loi empiète à tort sur les droits contre le gouvernement » (*Prendre les droits au sérieux*, 1977, PUF, 1995, p. 289). Or, les droits fondamentaux sont surtout des droits qui protègent le citoyen contre l'Etat. Les autorités publiques n'en ont pas le monopole ce qui pose le problème de la justification de l'obéissance à loi. « Un citoyen doit obéissance au droit, non à l'opinion d'une personne particulière sur ce qu'est le droit [ajoutons fut-elle un juge ou un gouvernant], et il n'agit pas injustement, s'il fait application de sa propre interprétation, réfléchie et raisonnable, de ce qu'exige le droit » (*op. cit.* p. 316). Par voie de conséquence, la réaction de l'Etat à la désobéissance civile devrait consister à prendre au sérieux le droit invoqué et non à condamner aveuglément tout écart avec la règle de droit en vigueur. Le raisonnement peut aussi être mené sous l'angle du droit

subjectif (M. J. Falcón y Tella, Un droit à la désobéissance civile ? Quelles conséquences juridiques ?, RIEJ 2000.45, p. 87).

Du refus d'obéir à sa formalisation juridique, la désobéissance civile acquiert-elle la consistance d'un acte juridique prenant place parmi les sources du droit ? Si l'interrogation étonne, elle a le mérite d'ouvrir une analyse juridique de la désobéissance civile sous deux aspects.

Le premier est celui de la théorie des actes juridiques. La désobéissance civile est-elle une manifestation de volonté ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique ? La volonté du désobéissant ne fait pas de doute : son acte est voulu et intentionnel. Cette volonté est d'ailleurs tendue vers la production d'un effet de droit, ce qui la distingue de celle de l'auteur d'un délit. L'acte du désobéissant est accompli *dans le but* de produire un effet de droit ; effet recherché qui n'est donc pas une conséquence fortuite de l'agissement. Quel est cet effet juridique voulu ? Il est selon les cas d'abolir une règle juridique existante, de modifier l'ordre juridique en vigueur, de rendre effectif la valeur d'un droit fondamental. De nombreuses objections peuvent être avancées à l'encontre de cette qualification improbable d'acte juridique : la volonté des désobéissants ne concerne pas à une opération juridique au sens d'un *negotium* ; elle n'a pas pour objet direct de créer du droit ; elle n'est ni suffisante ni nécessaire à la production d'un effet de droit, fut-il d'anéantir une norme existante. En partie pertinente, ces objections prennent sens dans le cadre d'une conception étatique où le droit émane d'autorités centrales qui s'imposent aux citoyens. L'Etat affirme alors un monopole sur l'édiction et l'application du droit. Toutefois, la désobéissance civile a pour ambition de réaliser un renversement de perspective juridique : le droit émane aussi des citoyens et les autorités publiques sont appelées à le reconnaître, le cas échéant au terme d'un rapport de force. Ce qui est en jeu dans cette lutte pour le droit, c'est donc le contrôle des modes de production du droit valide. Dans l'ordre interne, la clef de la validité juridique est dans les mains des juges, la serrure étant forgée par le législateur. Les désobéissants cherchent, par une sorte d'effraction démocratique, à forcer l'un et l'autre pour trouver un chemin vers le droit.

Le second aspect envisage la désobéissance civile comme une source du droit. Il convient d'emblée d'écarter toute analogie avec une source formelle du droit. La désobéissance civile ne s'apparente ni à la loi, ni la jurisprudence, ni à la coutume. Un doute pourrait surgir pour cette dernière qui procède d'une situation de fait. Toutefois la désobéissance civile ne relève pas du droit spontané (P. Deumier, Le droit spontané, Economica, 2002). De plus, à la différence de la coutume, la désobéissance civile signale le borbier de l'application d'une loi injuste plus qu'elle ne trace un chemin à suivre pour l'avenir. Pourrait-on alors la concevoir comme une coutume négative, un ensemble de pratiques répétées susceptibles de produire une abrogation par résistance ? Il est permis d'en douter, même si la question renvoie au difficile problème du maintien dans l'ordre juridique d'une règle de droit dénuée d'effectivité. Reste que le combat mené par l'Etat pour faire appliquer une règle de droit à ses limites, en particulier lorsqu'il présente un coût économique et politique disproportionné au regard des intérêts en cause.

Si la désobéissance civile ne semble pas être une source *formelle* du droit, peut-elle l'être au sens *matériel* d'une condition à l'origine de sa formation ? Fait-elle partie des forces créatrices du droit pour reprendre le titre d'un ouvrage de Georges Ripert qui n'envisage pas sérieusement la question ? (Les forces créatrices du droit, 2e éd. 1955, LGDJ, reprint, n° 166 et 173). Répondre par l'affirmative nous semble à la fois réaliste et raisonnable. La désobéissance civile semble bien contribuer à la formation d'une règle de droit et à sa modification. Mais ce sont surtout les positions extrêmes et tranchées qui donnent à réfléchir. Au nom de quoi le juriste pourrait-il condamner par principe la désobéissance civile ? Est-il bien raisonnable de l'encourager ou de la conspuer selon qu'elle entre ou non en congruence avec ses propres valeurs et opinions ? Le juriste ne doit-il pas, avec les nuances qui s'imposent, analyser et prendre part aux débats entre citoyens qui s'engagent sous l'étendard du droit ? Dans le concert de plaintes lénifiantes sur la perte de valeurs, l'anomie, le déficit de démocratie, n'est-il pas stimulant d'avoir à discuter et à penser les fondements des règles qui sont les nôtres ?