

Désobéir

Julien JEANNENEY

*Professeur de droit public à l'Université de Strasbourg**

Du point de vue du droit, le fait de désobéir est ambivalent. Il constitue pour lui un risque : la règle refusée est moins effective et moins stable, et la sanction attachée à sa violation perd de sa portée dissuasive. Il se révèle également une ressource pour le droit : ponctuellement suscité par des normes juridiques, cet acte peut conduire à la révolution même du système normatif.

Le fait de désobéir nous ramène à notre condition première. La condition de l'enfant, pour qui la règle inculquée est toujours perçue comme une invitation à sa transgression. La condition de l'être humain, dont notre tradition culturelle et religieuse nous enseigne que, placé dans le paradis terrestre, il a d'emblée cherché à se soustraire à l'obligation qui lui était faite de ne pas toucher au fruit défendu. La condition de tous ceux qui, à des degrés divers, ont pu éprouver quelque délice à la transgression ponctuelle, au fait de ne pas ou de ne plus inscrire leur comportement dans des traces par autrui imposées. Par goût du risque comme de sa liberté, il peut y avoir de la jouissance à désobéir. Je désobéis – un peu – donc je suis et je me sens être. Ma désobéissance est alors proportionnée, adaptée à l'objectif que je lui assigne. Ainsi, de façon générale, l'imaginaire de la déviation nous est culturellement familier.

En outre, au premier regard, désobéir est bien dans l'ère du temps. Alors que le Mur de Berlin a emporté dans ses gravats certaines fractures idéologiques claires, il est aujourd'hui courant de porter la désobéissance en étendard. L'insoumission a son mouvement politique. La désobéissance civile est remise au goût du jour – elle a fait l'objet de travaux philosophiques très récents. Qu'il s'agisse de montrer sa poitrine pour défendre la cause féministe ou de « défendre une zone » pour empêcher la construction d'un aéroport, la transgression mesurée est conçue comme un mode d'expression efficace à l'heure des réseaux sociaux

* Ce texte est la retranscription, à partir de notes manuscrites, d'une « leçon de vingt-quatre heures » prononcée, en théorie du droit, dans le cadre de l'agrégation de droit public. Cette dernière a été préparée du 22 au 23 mars 2018, avec l'aide précieuse d'une équipe coordonnée par Marc-Olivier Barbaud et composée de Claire Cuvelier, Solange Darrigo, Mathilde Laporte, Olga Mamoudy, Florent Masson, Vincent Réveillère, Anne Simon, Edoardo Stoppioni, Raphaëlle Théry et de Laure Weymuller. La gratitude de l'auteur à leur égard est sans limite. Le style oral a été conservé.

Nos régimes politiques et juridiques libéraux garantissent aux individus une sphère de liberté assez grande pour que les contraintes qui leur sont imposées soient, dans l'ensemble, acceptées. Les normes juridiques, en retrait, ne prétendent pas régir l'intégralité de la vie des individus, si bien que l'obéissance au moins globale à ses normes juridiques n'apparaît pas comme déraisonnable. À l'inverse, un régime autoritaire, dont les normes ne seraient pas perçues comme légitimes et justifiées, susciterait davantage de crainte, mais il n'inspirerait pas le même respect. Or, il y a toujours, dans l'obéissance aux règles de droit, quelque chose de l'ordre de la considération globale – ce qui n'empêche pas une gradation au sein de ces dernières. « J'obéis à toutes les lois, affirmait Robespierre, mais je n'aime que les bonne » !

Comment comprendre, alors, que l'on désobéisse ? Il faut se garder de voir dans chaque individu qui désobéit un Gandhi ou un Martin Luther King en puissance. En effet, il est possible de concevoir une échelle des prétentions au nom desquelles s'effectue l'acte de désobéissance, des significations subjectivement données à cet acte par celui qui le commet. Bien souvent, cette signification est inexistante. Tout aussi souvent, elle est strictement égoïste. Mais il est également des cas où l'on désobéit de façon ambitieuse. En secret, lorsqu'il s'agit d'aider un migrant à quitter la montagne qu'il a dû traverser pendant l'hiver. En public, à l'instar du personnage de Boris Vian, dont la « décision est prise », qui « s'en va désertter ». Ou à l'exemple des trois cent quarante-trois femmes qui ont prétendu devant tous avoir recouru à l'interruption volontaire de grossesse cependant qu'elle était prohibée. L'accent est moins mis sur l'acte ponctuel que sur le caractère illégitime de sa qualification juridique

Il est alors possible d'évoluer de la question subjective des mobiles à celle, plus objective, de la signification collectivement donnée à ces actes. Ce qui invite à distinguer quatre figures de l'auteur d'actes de désobéissance. La première est *l'égoïste*. Il s'exempte de la règle, lui désobéit car c'est à son avantage, à l'exemple de celui qui refuse de payer ses impôts, ou en qui cette simple perspective suscite une phobie. La deuxième est le *militant*. Il écarte une norme particulière au profit d'une autre norme particulière qu'il estime préférable. La troisième figure est le *juste*. À l'image d'Antigone, il écarte une norme particulière au profit d'une norme qu'il juge universelle. La quatrième est *l'anarchiste*. Il déteste les normes dans leur ensemble.

De façon plus précise, pour saisir l'intérêt que fait naître l'acte consistant à désobéir, il est de bonne méthode de commencer par circonscrire la désobéissance. À cette fin, il convient de partir du mot lui-même. Le verbe « désobéir » s'ancre d'emblée dans le verbe qu'il prend pour opposé : « obéir », se conformer à un ordre, à une prescription, conçue comme dotée d'autorité, au nom de cette autorité – en latin, « écouter » cet ordre, *ob-audere*. Dans le creux de ce dernier, le fait de désobéir se présente comme celui de se soustraire, par son action ou son omission, au respect d'une telle prescription.

L'acte de désobéissance place celui qui désobéit dans une tension qu'il est possible d'analyser comme étant fondée sur deux éléments : la conscience de la règle et la volonté consciente de s'y soustraire. Car la connotation couramment attachée à la désobéissance en général – comme au fait très concret de désobéir un jour, à une règle donnée – est celle de la conscience du caractère illicite de son action.

Cette première approche mérite d'être affinée. En suivant une démarche classique, il est possible de distinguer deux manières d'appréhender le concept de désobéissance. La première relève

de son « intension », à savoir des propriétés qui lui sont couramment attachées dans le langage des juristes. La désobéissance, comme l'acte de désobéir qui l'incarne et la constitue en phénomène digne d'intérêt pour le juriste, repose sur deux éléments constitutifs, deux caractéristiques essentielles qui permettent de la circonscrire.

La première est matérielle. Désobéir, c'est méconnaître une injonction ou une prescription préexistante. Dans le champ du droit, cette prescription est le plus souvent interprétée sous le prisme de la norme juridique, même si, de façon plus large, elle peut prendre la forme de l'ordre donné par l'employeur à son salarié. Or ce dernier ne s'interprète traditionnellement pas comme une norme juridique. Seuls importent alors l'autorité de celui qui prescrit et le lien de subordination en vertu duquel il entend que son ordre soit respecté. Dans cette perspective, la sanction de la désobéissance n'intervient que par surcroît – une norme sans sanction ne perdant pas, n'en déplaise à certains normativistes, toute sa juridicité. En outre, peu importe la norme au regard de laquelle l'acte de désobéissance est évalué – l'abus de droit sanctionnant, par exemple, l'atteinte à l'esprit de la règle en dépit du respect de sa lettre.

À ce premier élément, matériel – la violation d'une prescription qui est souvent, mais pas toujours normative –, s'en ajoute un second, l'élément intentionnel. Au sein du concept plus large de méconnaissance ou de violation des prescriptions, la désobéissance se singularise par son caractère intentionnel. Désobéir prend ainsi une double forme. Celle d'un acte de connaissance – la connaissance de la prescription imposée. Et celle d'un acte de volonté – la volonté de lui échapper ponctuellement.

La seconde approche du concept de désobéissance revient à scruter son « extension », à savoir son champ d'application, les phénomènes qui lui sont couramment attachés. Il convient alors de repartir des deux éléments constitutifs de l'acte de désobéissance.

Premier élément : on ne désobéit qu'à une norme qui prescrit un comportement et dont on est le destinataire. Ce qui peut être ramené à son expression la plus simple : la norme *A* prescrit *x*, et son destinataire commet non-*x*.

A contrario, cela invite à exclure du champ de la désobéissance des actes qui sont – ou ont pu être – perçus comme servant une forme de contestation de l'ordre établi, mais que des normes juridiques garantissent aujourd'hui en précisant les conditions d'exercice, à l'instar de la grève ou de la manifestation. Doivent également en être exclues les exceptions prévues par des normes juridiques dans le creux d'une règle plus générale.

À l'inverse, mérite de lui être rattachée la rébellion, conçue en droit pénal comme le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique. En outre, rien n'empêche d'étendre aux organes institutionnels la possibilité de désobéir.

La difficulté est dès lors la suivante : si nul n'est censé ignorer la loi, encore faut-il que cette dernière soit claire, intelligible, compréhensible. Cela soulève la question difficile des interprétations apparemment *contra legem* de règles juridiques par des interprètes authentiques – ceux dont l'interprétation est dotée d'effets juridiques. Ces interprétations sont des actes de volonté où l'on verra, selon son positionnement théorique, ou bien une violation du droit, ou bien le droit véritable. Ne s'agit-il

pas là d'un mode raffiné de désobéissance ? La position a été suggérée par Jean Carbonnier, qui voyait dans l'interprétation la « forme intellectuelle de la désobéissance ».

Le second élément constitutif de l'acte de désobéissance invite à une précision supplémentaire : on ne désobéit pas involontairement. Désobéissance sans conscience n'est que violation du droit. L'ombre de l'obéissance plane toujours sur la désobéissance. Il convient en outre de préciser que l'acte de désobéissance doit être suffisamment important pour être jugé juridiquement pertinent. Des petites désobéissances, le droit ne se soucie pas, ou si peu.

L'acte interprété au prisme de la désobéissance est un phénomène déroutant pour le juriste. Il s'inscrit, de prime abord, en rupture avec l'ordre des choses. Dans des systèmes normatifs forgés et adaptés par les organes de production des normes, dans des systèmes organisés par la doctrine dans son œuvre de dogmatique juridique, il n'y a *a priori* pas – sauf antinomie irrésolue, hypothèse rare s'il en est – de nécessité de désobéir à la norme *A* afin d'obéir à la norme *B*. La norme appelle l'obéissance à la norme.

Pour autant, la désobéissance n'est pas – loin de là – inconnue du droit. Deux observations permettent d'établir le lien intrinsèque entre norme juridique et désobéissance.

Tout d'abord, la norme juridique fonde la désobéissance. L'acte de désobéissance ne préexiste pas à la norme juridique qui le désigne comme tel. Sans norme juridique, il n'y aurait pas d'acte de désobéissance. C'est l'obligation de s'arrêter au feu rouge qui donne au fait de le brûler sa dimension de désobéissance. La désobéissance est ainsi fondée par la norme qui cherche à en prévenir les manifestations.

Ensuite, l'acte de désobéissance légitime la norme juridique. Il lui donne rétrospectivement sa raison d'être. En effet, sans risque de désobéissance, il n'y aurait pas de norme juridique – en tout cas pas de norme juridique utile, douée de sens.

Ces liens intrinsèques, et apparemment paradoxaux, entre le droit – et en particulier le monde des normes juridiques – et les actes de désobéissance placent le juriste face à plusieurs interrogations.

La première, ici exclue mais qui passionne les auteurs de la doctrine américaine qui se rattachent au mouvement « Droit et société », est celle de savoir s'il existe une obligation morale de se conformer aux règles de droit.

La deuxième, qu'il convient d'affronter même si certains, en doctrine, y voient de la sociologie plus que du droit, est celle de savoir ce que le respect ou le non-respect des règles de droit peut nous apprendre sur ces dernières.

À cet égard, l'acte consistant à désobéir constitue un défi pour la légalité conçue au sens large. Car la désobéissance n'est pas nécessairement démonstration de mépris à l'égard du droit. L'acte de désobéissance est bien souvent présenté comme un hommage à la légalité dans son ensemble – le Droit contre la loi, l'esprit contre le texte. Il est tourné vers un monde normatif meilleur, vers une norme ponctuelle jugée préférable. L'acte consistant à désobéir n'est donc pas toujours anarchiste. Bien souvent, désobéir, c'est prescrire. Prescrire pour réformer. Prescrire pour améliorer.

La Déclaration de 1789 porte la trace de cette tension, elle qui dispose en son article 7 que « tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant », et qui ajoute qu'il « se rend coupable par résistance », tout en faisant, en son article 2, de la « résistance à l'oppression » l'un des quatre droits « naturels et imprescriptibles de l'Homme ».

Confronté quotidiennement à des actes de désobéissance, le droit voit son autorité apparemment mise à mal par ces derniers. Parce que se joue, dans le fait de désobéir, la capacité même du droit à remplir son offic – et donc, en dernière instance, sa légitimité à prétendre régir les comportements des Hommes et les pratiques des institutions. Dans cette perspective, le fait de désobéir n'est pas dénué de risque pour le droit, dont les prescriptions comme les sanctions peuvent alors se voir ignorées.

Il serait cependant limité de s'arrêter à ce constat, tant le droit, dans une perspective dynamique et diachronique, sait souvent s'enrichir d'actes de désobéissance. Et l'on touche ici à la tension centrale suscitée par l'acte consistant à désobéir : *risque pour le droit*, ce dernier constitue également une *ressource pour le droit*. Cela mérite d'être examiné dans le détail, en mettant en perspective ce risque (I), souvent transformé en ressource (II).

I. Un risque pour le droit

Désobéir constitue un risque pour le droit. En effet, l'acte par lequel la désobéissance se manifeste conduit à écarter la règle de droit. Il s'agit là d'un défi majeur pour le système juridique qui entend que ses règles soient respectées. Le droit tend vers la garantie d'un certain ordre. *Refuser la règle* participe donc d'une forme de désordre. S'y ajoute un risque supplémentaire. Son arme principale pour faire face à de telles situations de mise à l'écart de la règle est la sanction. Cette dernière s'interprète comme un rappel à l'ordre. Or, elle risque elle-même d'être ignorée – voire *pleinement acceptée*. Ce risque pour le droit se matérialise donc dans le fait que la règle puisse être refusée (A), et que la sanction puisse être acceptée (B) à l'occasion de l'acte de désobéissance.

A. La règle refusée

Le refus de la règle est un premier risque pour le droit en général, pour l'ordre au service duquel il est institué. Par-delà la diversité des actes qui incarnent la désobéissance, il est possible d'identifier une double ligne de force, qui montre qu'est portée atteinte à deux intérêts couramment reconnus comme étant au fondement des systèmes juridiques.

Le premier de ces intérêts est **l'effectivité du droit**. Cette dernière est affectée par les actes de désobéissance les plus courants, les plus anodins – et pourtant, apparemment, les moins politiques. En effet, on ne saurait, sans dommage, universaliser la maxime selon laquelle les normes juridiques ne s'imposent que sur un mode facultatif.

Cela ne correspond pas aux conceptions orthodoxes de nos systèmes normatifs. Il existe une règle implicite, au frontispice de toute Constitution et de tout système normatif dont elle constitue le fondement : du respect de la norme procède en grande partie la normativité. L'idée inspire le premier Kelsen qui, dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye prononcé en 1926, fait du principe *Pacta sunt servanda* le fondement de l'ordre juridique international.

Cette idée simple est le corollaire de la fiction selon laquelle chacun est supposé avoir consenti – implicitement et avant sa naissance – à l'intégralité des normes qui lui sont imposées.

Le lien entre contrat social et prohibition de la désobéissance aux injonctions du souverain, fruit d'un transfert accepté par la multitude des membres de la communauté, est ancien dans notre culture juridique et politique. Thomas Hobbes l'exprime sans ambages au chapitre XIV de son *Léviathan*. Le passage de l'individu à la multitude suppose l'acceptation presque absolue des règles posées par le souverain. C'est une conception peu libérale, où est pourtant concédée, au chapitre XXI, une possibilité de désobéir si le souverain porte atteinte à la vie de l'individu. On désobéit donc peu dans le système proposé par Hobbes.

L'idée triviale, et pourtant fondamentale, selon laquelle nous avons collectivement intérêt à ce que soient effectivement respectées les normes juridiques s'incarne aujourd'hui, par exemple, dans la lutte contre le recours au travail dissimulé pour les emplois à domicile – phénomène qui soustrait une part de recettes à l'État, sans compter les questions qu'il soulève en matière de protection sociale.

Outre l'effectivité du droit, le second intérêt couramment protégé, au fondement des systèmes normatifs, est **leur stabilité**. Or nul ne peut nier que les actes publics de mise en cause de l'ordre établi – c'est même leur fonction première – cherchent à mettre à mal cette stabilité jugée funeste – ou plutôt considérée comme le moteur d'un projet funeste.

Les actes violents en constituent la manifestation la plus patente. Le choix privilégié par Malcolm X, ou par des organisations séparatistes dans plusieurs régions européennes, de recourir à la violence comme moyen de faire avancer leurs idées, incarne à l'évidence cette atteinte à la stabilité de l'ordre garanti par le droit.

L'observation vaut également, de façon moins intuitive, pour les actes de désobéissance civile. Quel que soit le regard collectivement porté sur ces derniers, lors de leur commission ou rétrospectivement – un regard généralement sympathique – ils ont pour ambition, et pour caractéristique première, de mettre à mal la stabilité du système normatif à un instant donné.

En effet, en dépit de leur caractère non-violent – caractéristique que John Rawls plaçait au cœur de sa définition de la désobéissance civile –, ces actes sont tournés vers la mise en valeur du caractère illégitime du droit en vigueur, afin d'inciter à une prise de conscience collective quant à la nécessité de le faire évoluer. La stabilité du droit est ainsi affectée par la désobéissance civile, qui se présente comme une perturbation pour le système juridique, à plusieurs titres.

Une perturbation fiscale tout d'abord. L'acte de naissance de la désobéissance est couramment rattaché à l'écrit que lui a consacré Henry David Thoreau. Ce dernier avait refusé de payer un impôt destiné à financer la guerre des États-Unis contre le Mexique. Il fut emprisonné pendant

une nuit, avant que l'une de ses tantes ne paie à sa place cet impôt, conduisant ainsi à sa libération. Plus tard, l'un des actes les plus fameux de Mohandas Karamchand Gandhi a été d'organiser une marche contre le paiement d'une taxe sur le sel imposée par l'Empire britannique.

Une perturbation sociale ensuite. Le mouvement des droits civiques, influencé par Martin Luther King, et l'opposition des jeunes Américains contre la guerre au Vietnam – qui a laissé, dans le souvenir collectif, l'image de gigantesques « sit-in » devant le Congrès fédéral – tendaient à mettre en cause un équilibre social structurant de la société américaine d'alors. Avant de contribuer à faire évoluer le droit, ces actes ont constitué pour ce dernier une menace.

Une perturbation à l'unité nationale enfin. Le « mouvement des parapluies », par lequel de jeunes habitants de Hong-Kong ont manifesté, en 2014, leur opposition à ce que la Chine imposât la nomination de Chinois dans des positions-clés de l'administration à Hong-Kong, en constitue une illustration récente.

Cette mise à mal de la stabilité du système juridique se manifeste, à une échelle encore plus large, dans l'ordre international. Symptomatique est à cet égard le mouvement de désobéissance aux sources classiques du droit qui s'est déployé aux lendemains de la décolonisation. La contestation de la loi du plus fort dans la société internationale s'est alors traduite par la remise en cause de la coutume – dont l'élément matériel, selon les nouveaux États, ne pouvait leur être opposé, puisqu'ils n'existaient pas auparavant. En droit international économique, la coutume « sauvage » identifiée par René-Jean Dupuy est révélatrice d'un mouvement équivalent – comme l'incarnent les résolutions de l'assemblée générale des Nations unies des années 1970 adoptées dans le cadre du « Nouvel ordre économique international ».

Le refus de la règle n'est pas le seul risque présenté par l'acte consistant à désobéir pour les systèmes juridiques. S'y ajoute en effet un risque peut-être moins intuitif, mais tout aussi déterminant : le fait que la sanction soit *acceptée* par celui qui désobéit.

B. La sanction acceptée

L'acte de désobéissance provoque le risque que la sanction, acceptée, ne remplisse plus sa fonction cardinale : dissuader. Le caractère subversif de la désobéissance affecte jusqu'à la sanction même qui est supposée garantir le respect – donc l'effectivité – de la règle de droit. Pour le droit, il s'agit en quelque sorte d'un risque « au second degré ».

On sait, en effet, la place traditionnellement donnée à la sanction dans l'identification des normes juridiques. Du positivisme de Bentham – qui connaissait bien les dimensions les plus punitives du droit – au normativisme de Kelsen – très clair sur ce point dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit* –, la sanction en est même venue à prendre une valeur symbolique dans l'appréhension des règles de droit. Les représentations théoriques ont fait fond sur une intuition, résumée par Alexander Hamilton dans *Le Fédéraliste* n° 15 : « si à la désobéissance n'est annexée aucune peine, les résolutions ou les ordres qui prétendent être des lois ne seront en réalité rien d'autre que des conseils ou des recommandations ».

Dans cette perspective, la sanction institue la règle qu'elle complète en règle obligatoire. C'est en tout cas l'effet qu'elle est supposée avoir : à titre préventif, dissuader de désobéir, et à titre punitif, sanctionner celui ou celle qui a désobéi. Or, toute cette dialectique entre sanction et obéissance est sapée par les actes de désobéissance, à un double égard.

Tout d'abord, l'acte consistant à désobéir met souvent en lumière **l'insuffisance de la sanction**.

L'analyse économique du droit – dont les postulats sont certes discutés – présente l'intérêt de révéler le calcul rationnel qui conduit bien souvent à désobéir. L'*homo juridicus*, ainsi assimilé à l'*homo economicus*, procède à un calcul coût/bénéfice, au terme duquel il peut estimer qu'il trouve un avantage au fait de désobéir. C'est l'hypothèse de la « faute lucrative », qui s'explique par l'intérêt bien compris que l'on peut éprouver à désobéir, et non par une opposition de principe à la règle.

Cette observation permet d'expliquer que l'on désobéisse en ayant quasiment la certitude d'être sanctionné, dès lors que l'on sait la sanction moindre que le gain. Que l'on pense aux organes de presse qui, publiant en « une » telle photographie propre à faire vendre un numéro, se savent en contradiction avec l'article 9 du Code civil qui protège le droit au respect de sa vie privée. Ils provisionnent par avance les dommages et intérêts qu'ils seront condamnés à payer – une somme qu'ils savent moindre que celle qu'ils comptent tirer de la vente du magazine. Désobéir rapporte alors de façon certaine.

De façon moins intuitive, mais empiriquement constatable, le doute même quant à la sanction exacte à laquelle s'expose celui qui désobéit peut être intégré dans un calcul de probabilité. Que l'on pense à la figure du « délinquant calculateur » mise en avant par l'économiste Gary Becker. C'est le cambrioleur qui évalue sa probabilité d'être arrêté à la lumière de ce qu'il espère trouver dans l'appartement. C'est l'automobiliste parisien, fâché avec les horodateurs, qui préfère prendre le risque d'une sanction ponctuelle plutôt que de payer son stationnement de façon pérenne. Désobéir paie alors – c'est, en tout cas, fort probable. Dans ces deux cas de figure, on peut s'attendre à ce que le crime paie.

Outre l'insuffisance de la sanction, l'acte de désobéissance cristallise ce qui s'apparente de prime abord à un échec encore plus grand du système juridique : **l'indifférence suscitée par la sanction**.

La remarque vaut pour les situations dans lesquelles aucune sanction ne peut raisonnablement éviter l'acte de désobéissance. Même à être conscient du risque du peloton d'exécution, on peut imaginer le mobile du mutin de 1917. Dans un cadre évidemment moins dramatique, le syndrome du martyr peut subjectivement pousser celui qui désobéit à rechercher la sanction. Il n'est pas indifférent à la sanction, mais il l'est à ses conséquences. En manifestant récemment contre la présence de migrants à Calais, en méconnaissance des obligations de réserve attachées à sa fonction, le général Piquemal savait qu'il s'exposait à un décret de radiation – il le recherchait probablement.

Cette indifférence suscitée par la sanction a un spectre très large pour le droit, puisqu'elle affecte ses destinataires aussi bien individuels qu'institutionnels.

Les individus tout d'abord. Que l'on pense aux faucheurs d'organismes génétiquement modifiés. Le dispositif punitif mis en place à leur rencontre était important. Le Code rural prévoyait une

première sanction – le « délit de destruction de parcelles d’OGM autorisées » étant puni de deux ans d’emprisonnement et de 75 000 euros d’amende – et, jusqu’en 2008, une seconde sanction – des réquisitions de prélèvements génétiques destinés au fichier national des empreintes génétiques. Leur effet a été nul. Les faucheurs, récidivistes, ont encouru des peines de plus en plus lourdes, indifférents à ces dernières en regard de leur ambition politique. Dans un ordre de choses différent, le projet de déchéance de nationalité envisagé par le président François Hollande pour répondre à la menace terroriste s’exposait au risque d’être affecté du même défaut.

Les institutions ensuite. Terrain d’élection privilégié de la désobéissance institutionnalisée, les rapports de système illustrent la portée de ce phénomène. Révélateur en est le refus longtemps manifesté par le Conseil d’État de se saisir du mécanisme du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes, même lorsque les traités l’y obligeaient, au nom de la théorie de « l’acte clair ». Les conclusions de commissaires du gouvernement de l’époque portent la trace de cette désobéissance, en connaissance de cause, au mépris d’éventuels recours en manquement engagés contre l’État français. Une illustration plus récente est offerte par la faculté que s’est récemment reconnue la Cour constitutionnelle russe, sur le fondement d’une loi fédérale, de bloquer la mise en œuvre d’arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l’Homme au nom du principe de primauté de la Constitution russe. L’indifférence à la sanction affecte les institutions autant que les hommes.

Parce que la règle est refusée, parce que la sanction est acceptée, désobéir constitue donc bien un risque pour le droit. Il convient pourtant, au terme de ce réquisitoire, de nuancer une telle appréciation. En effet, dans une perspective dynamique, diachronique, les actes de désobéissance apparaissent également, pour le droit, comme une source matérielle qui s’analyse, de façon globale, comme une *ressource*. Surgit alors le paradoxe suivant : risque pour le droit, le fait de désobéir s’apparente également à une ressource pour ce dernier.

II. Une ressource pour le droit

En dépit des apparences, le droit peut s’accommoder du fait que ses destinataires lui désobéissent. Mieux : le droit réussit à transformer ce fait en ressource. Loin de se crispier, de s’émouvoir, de sanctionner plus fermement les actes de désobéissance que constatent les organes qui y sont habilités, l’ordre juridique se nourrit de ces actes. Il les transforme, non pas en combattant les manifestations, mais en les intégrant, en modifiant ses prescriptions. Par un retournement qui donne rétrospectivement à celui qui a désobéi et à son acte de désobéissance une portée nouvelle, il confère au fait de désobéir une signification juridique qui contraste avec l’opinion communément portée sur la désobéissance. Ce retournement peut prendre deux formes. Dans un premier ensemble de cas, le droit incorpore les actes de désobéissance. Il prévoit ses manifestations, lorsqu’elles lui semblent ponctuellement légitimes, pour mieux en déterminer les manifestations. Désobéir devient un acte *juridiquement encadré*. Dans d’autres cas, la tension entre l’acte de désobéissance et les normes juridiques en vigueur se résout non par une tolérance nouvelle, mais par une

restructuration de l'ordre juridique lui-même. Désobéir devient alors un acte *juridiquement sublimé*. Il convient de mettre en lumière la façon dont l'acte de désobéissance peut être ainsi encadré (A), voire sublimé (B).

A. Un acte encadré

Le droit ne prête pas toujours sourde oreille aux actes de désobéissance. Il fait de ces derniers une ressource, en s'appropriant ce qui, au préalable, ne relevait que du fait.

À titre minimal, d'abord, le droit **excuse des actes de désobéissance**. Causes exonératoires de responsabilité pénale, certaines justifications générales des infractions – la légitime défense et l'état de nécessité – se situent certes aux frontières du concept de désobéissance. En effet, ces exceptions sont prévues par avance, à titre générique, pour bloquer l'application de la norme générale. En tant que telles, elles méritent de prime abord d'être exclues du champ de la désobéissance. Pourtant, il est possible de les concevoir d'une façon différente, propre à justifier qu'elles soient ramenées au sein de ce dernier. La légitime défense et l'état de nécessité offrent une marge de manœuvre au juge afin d'excuser des comportements assimilés à une désobéissance en matière pénale dans certains cas de figure précis : lorsque, au regard d'un intérêt supérieur, il lui semble juste d'atténuer la portée de la punition infligée en réponse à ces derniers, tout en reconnaissant qu'ont été violées, dans le cas d'espèce, des normes pénales. Ces catégories juridiques permettent ainsi au juge de donner à de tels actes la valeur d'une désobéissance excusée par le droit.

De façon plus aboutie, le système juridique peut **consacrer un droit de désobéir** – tout droit étant un pouvoir donné à son bénéficiaire –, au nom de la défense de la légalité ou d'un intérêt supérieur. *Prima facie* considéré comme suspect, l'acte qui incarne la désobéissance est alors rendu permis à des conditions souvent très strictes, comme le révèle l'encadrement juridique des « lanceurs d'alerte », témoins d'actes illicites ou dangereux pour autrui dans le cadre de leurs activités professionnelles. Protégés par le Code du travail contre un risque de licenciement (art. L. 1132-3-3), ils le sont désormais également par l'article 6 ter 1 du statut général des fonctionnaires depuis la loi « Sapin 2 » de 2016. Désobéir en alertant une autorité judiciaire ou administrative des agissements de son supérieur est désormais un droit. Ce droit de désobéir a même pu être reconnu aux détenus, au sein des établissements pénitentiaires. Le Conseil d'État a ainsi admis, dans une décision du 20 mai 2011, le droit d'un détenu de refuser de se soumettre à l'ordre d'un membre du personnel de l'établissement pénitentiaire manifestement de nature à porter atteinte à la dignité humaine, dans le creux d'une prohibition générale qui s'appliquait dans le cas d'espèce. Le prisonnier peut ainsi désobéir, dans une telle hypothèse, sans méconnaître le droit.

Dans l'ordre juridique international, une telle possibilité de désobéir a été reconnue de façon contrastée. La liberté de conscience, garantie par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme, n'a pas conduit à une reconnaissance directe d'un droit à l'objection de conscience au sens de la Convention – un droit de refuser d'accomplir des actes prescrits par la loi ou par les représentants de l'autorité, au nom du fait que ces actes seraient contraires à des normes morales, éthiques ou religieuses, à l'image du médecin refusant de pratiquer une interruption volontaire de grossesse, ou du maire refusant de marier un couple homosexuel. La Charte

des droits fondamentaux de l'Union européenne, quant à elle, consacre explicitement, en son article 10, alinéa 2, une telle objection de conscience, et le Comité des droits de l'Homme des Nations unies l'a inférée du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en 2012.

Au-delà de ce droit de désobéir, le système juridique peut même aller jusqu'à **imposer un devoir de désobéir**. Le paradoxe est alors à son comble. Le système normatif intègre la dichotomie entre le droit et la loi – chère à Victor Hugo – qui constitue la ressource argumentative traditionnelle de ceux qui lui désobéissent.

Faculté aux conséquences potentiellement dangereuses, obligation aux effets parfois improbables, ce devoir de désobéir fait peser sur son destinataire le soin de garantir la légalité. C'est la portée de l'arrêt *Langneur* rendu par le Conseil d'État le 10 novembre 1944, dont la solution a été codifiée à l'article 28 de la loi « Le Pors » du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Deux conditions strictes sont alors mises à cette obligation : l'illégalité manifeste de l'ordre hiérarchique, et le fait qu'il soit de nature à compromettre gravement un intérêt public. L'article 122-4, alinéa 2 du Code pénal s'inscrit dans le même mouvement, en disposant que « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ». Même le règlement de discipline générale de l'armée française, codifié sur ce point à l'article D. 4122-3 du Code de la défense, oblige le subordonné à ne « pas exécuter un ordre prescrivant d'accomplir un acte manifestement illégal ou contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés et aux conventions internationales en vigueur ».

En droit international, l'article 33 du Statut de la Cour pénale internationale fait de la désobéissance à l'ordre manifestement illégal de commettre un crime réprimé au sens de ce texte – crime de génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre ou crime d'agression – une obligation juridique sous certaines conditions. Plus tôt, les ordres donnés par Adolf Hitler aux accusés de Nuremberg n'avaient pas exonéré ces derniers, comme le réclamaient leurs avocats, de leur responsabilité propre. Devoir ponctuel dans l'ordre interne, le fait de désobéir à l'ordre illicite est donc un devoir envisagé comme premier en droit international pénal.

Encadré, suscité, l'acte de désobéissance peut même acquérir une valeur transformatrice, plus profonde, plus structurante pour l'ordre juridique. Désobéir n'est plus une curiosité ponctuelle, destinée à rester rare et confiée au sein du droit. L'acte par lequel on désobéit est placé au cœur des dynamiques normatives – il est en quelque sorte *sublimé* par le droit.

B. Un acte sublimé

L'acte de désobéissance est sublimé lorsqu'il prend la signification d'un fait générateur de modification du droit. Il se présente alors comme une ressource pour le droit à deux égards – en suscitant son évolution ou sa révolution.

Premièrement, cet acte conduit à une **évolution du droit** lorsque ce dernier, par assimilations successives, incorpore des actes devenus légitimes au gré des évolutions politiques et sociales. Ce qui est prescrit rejoint le réel. La récurrence, la répétition d'actes de désobéissance ne doit-elle

pas conduire, au-delà d'un certain seuil, à une réappréciation du droit et de ses interdictions ? La légalisation récente de l'usage récréatif du cannabis en Californie a été ouvertement présentée comme fondée sur un tel mobile.

Par un effet de généralisation, des actes motivés par un intérêt purement particulier peuvent entraîner des transformations générales de l'ordre juridique. La question de savoir s'il serait opportun de faciliter un jour le recours à l'euthanasie ou à la gestation pour autrui est aujourd'hui nourrie par la tendance de certains Français à se rendre dans des pays étrangers, où elles sont légales, afin de les pratiquer – comme jadis l'interruption volontaire de grossesse. Au-delà de l'interrogation sur les conditions de reconnaissance, en France, de situations constituées à l'étranger en application du droit de ces États, une interrogation peut naître quant à l'opportunité de tirer les conséquences juridiques de ces actes. Ce qui est courant ne devrait-il pas devenir permis ?

C'est que l'écoulement du temps conduit à modifier les perceptions collectives de certains types de comportements. Ce qui est d'abord débattu devient l'évidence, qui invite à mettre en adéquation le droit positif et les représentations contemporaines. Soixante ans après qu'elle a refusé de quitter la section de son bus réservée aux blancs, Rosa Parks a marqué le droit. Son acte a montré comment le fait de désobéir peut contribuer, par sa portée symbolique et politique, à une évolution du droit – être, en somme, sa source matérielle. Le droit américain en porte aujourd'hui la trace.

En outre, la transformation du droit dans de telles circonstances peut être imputable à des institutions. Les effets de la décision *Solange I* de 1974, rendue en contradiction avec les exigences de primauté du droit de l'Union européenne, en constituent un témoignage exemplaire : selon le Tribunal constitutionnel fédéral allemand, « aussi longtemps » que ne sera pas assurée une protection effective des droits fondamentaux à l'échelle communautaire, les tribunaux nationaux contrôleront les actes de la Communauté au regard des droits fondamentaux protégés par la Loi fondamentale. Les progrès européens ont, par la suite, été constatés par le Tribunal constitutionnel fédéral dans sa décision *Solange II* de 1986 : en rupture avec la décision de 1974, la juridiction allemande, alors satisfaite de la protection des droits fondamentaux garantie en particulier par la Cour de justice, a établi une présomption de constitutionnalité des actes de droit dérivé. Les effets dynamiques de la désobéissance sont ici éclatants.

Deuxièmement, à un degré encore plus poussé, l'acte ou les actes de désobéissance peuvent entraîner un bouleversement du système juridique, **une révolution**.

L'acte de désobéissance soulève ainsi l'une des questions les plus épineuses de la théorie constitutionnelle : comment appréhender d'un point de vue normatif et institutionnel ce qui s'apparente à l'origine comme un pur fait ? Pensons aux Trois Glorieuses de 1830, à la Révolution de 1848, à la Commune de 1871. Songeons aux coups d'État du 18 brumaire et du 2 décembre. Examinons le 18 juin. Individuels ou collectifs, chacun de ces actes de désobéissance ont eu, du point de vue du régime politique et du système constitutionnel, des conséquences profondes.

Négation apparente du droit – ou plutôt négation du système juridique tel qu'il existe à un instant donné –, la Révolution incarne le défi ultime de la désobéissance. Le juriste, en effet, est alors confronté à un dilemme. Ignorer la dimension juridique de l'acte révolutionnaire, comme nous y invite notamment Raymond Carré de Malberg, c'est se priver de la possibilité de penser en juriste

le processus constituant originaire. Il convient dès lors de prendre au sérieux l'acte insurrectionnel auquel est rétrospectivement donnée la valeur d'un acte structurant.

À court terme, ce dernier a certes un effet déconstructeur. La « *Boston Tea Party* » ou le refus de consentir à l'impôt britannique sont, à l'origine, des actes de désobéissance perçus comme tels du point de vue du droit en vigueur. Ils ont pourtant contribué de façon déterminante à la dynamique révolutionnaire. Ces actes ont emporté un slogan et une idée : « Pas de taxation sans représentation ».

À plus long terme, cette désobéissance change néanmoins de sens du point de vue du système juridique. En effet, elle est politiquement pensée comme un acte fondateur – ou comme l'un des actes qui ont permis de fonder la validité et la légitimité du nouvel ordre politique.

L'acte de désobéir est ainsi sublimé par la Révolution. Il devient une ressource argumentative, une ressource symbolique. Il acquiert la valeur d'un fondement et contribue ainsi paradoxalement à l'établissement d'un nouveau système qui prétend à son tour à l'obéissance. Qu'il soit glorifié par les colons américains, ou par les révolutionnaires russes, un tel acte contribue à établir un paradigme juridique nouveau, qui remplace le précédent. De la désobéissance est né l'acte prescripteur suprême : la Constitution nouvelle.

Risque pour le droit, ressource pour le droit, l'acte de désobéissance se situe donc dans le clair-obscur de la pensée juridique française, souvent prompte à rejeter à ses marges ce qu'elle assimile au « fait ». Cela est fâcheux. Car désobéir remplit indirectement une fonction critique. L'acte de désobéissance rappelle à la doctrine l'exigence qui devrait toujours être la sienne : mettre en perspective ce qui, dans le droit, ne semble pas immédiatement fonctionner. Sans doute le fait de désobéir ramène-t-il la doctrine, à cet égard, à sa responsabilité première – partant, à sa condition première.