

LA DÉSOBÉISSANCE CIVILE

Regards croisés entre la France et l'Italie

Issu d'un colloque tenu à l'Université de Toulon en avril 2024, cet ouvrage collectif plonge au cœur de la désobéissance civile, un concept vibrant d'histoire et de tensions, à travers une analyse comparatiste entre la France et l'Italie. De Thoreau à Gandhi, jusqu'aux combats écologistes d'aujourd'hui, il explore cette pratique subversive, à la croisée de la transgression juridique et de l'aspiration à une justice supérieure. Les contributions scrutent les cadres constitutionnels de la France, portée par son héritage révolutionnaire, et de l'Italie, modelée par sa tradition républicaine antifasciste. Entre la norme juridique et l'élan moral, l'ouvrage interroge la légitimité de ces actes qui défient l'ordre établi pour en révéler les failles. Ce dialogue incisif, mêlant perspectives philosophiques, historiques et juridiques, invite à repenser la citoyenneté, la démocratie et la capacité du droit à se réinventer face aux crises contemporaines.

Julien Giudicelli est Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Bordeaux, membre de l'Institut de Recherche Montesquieu, EA 7434, Faculté de droit et de sciences politiques, Université de Bordeaux et membre associé du Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras, CNRS, UMR DICE 7318, Faculté de droit, Université de Toulon.

Sylvie Schmitt est Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Toulon, et membre du Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras, CNRS, UMR DICE 7318, Faculté de droit, Université de Toulon.

Cet ouvrage a bénéficié de l'appui scientifique et du soutien financier du Centre de Droit et de Politique comparés Jean-Claude Escarras UMR DICE 7318.



ISBN : 978-2-336-57308-3
19 €



LA DÉSOBÉISSANCE CIVILE

Sous la direction de Julien Giudicelli
et Sylvie Schmitt

LA DÉSOBÉISSANCE CIVILE

Regards croisés entre la France et l'Italie

Sous la direction de Julien Giudicelli
et Sylvie Schmitt



L'Harmattan

LA DESOBEISSANCE CIVILE :
REGARDS CROISES
ENTRE LA FRANCE ET L'ITALIE

Droit comparé

Collection dirigée par Arnaud Martin

Parce que le droit ne peut plus être considéré dans sa seule dimension nationale et que son étude doit s'ouvrir aux droits étrangers, que l'analyse comparative permet de s'échapper des déterminismes qui faussent l'étude des systèmes juridiques et que l'étude des systèmes normatifs étrangers peut faciliter la recherche de réponses aux questions juridiques, la collection « Droit comparé » met à la disposition des chercheurs et des praticiens du droit un ensemble de travaux destinés à alimenter leur réflexion tout en donnant aux objectifs, aux méthodes et à l'utilité de l'analyse comparative une plus grande visibilité.

Elle publie des recherches en droit comparé ou accordant une place importante au comparatisme juridique, que ce soit en droit public ou en droit privé, en droit français ou en droit étranger, que celles-ci prennent la forme d'essais, d'actes de colloques ou de séminaires ou de thèses.

Elle est naturellement ouverte à toutes les écoles de pensée juridique, ainsi qu'aux recherches pluridisciplinaires dès lors qu'elles présentent une dominante juridique.

Sous la direction de

Julien Giudicelli

et

Sylvie Schmitt

LA DESOBEISSANCE CIVILE :
REGARDS CROISES
ENTRE LA FRANCE ET L'ITALIE

L'Harmattan

SOMMAIRE

CONTRIBUTEURS.....	11
AVANT-PROPOS (JEAN-JACQUES PARDINI)	13
EN GUISE D'INTRODUCTION	
DESOBEIR AU NOM DU DROIT : LA FORCE SUBVERSIVE DE LA LEGALITE (JULIEN GIUDICELLI)	17
<i>PREMIÈRE PARTIE</i> - RÉFLEXIONS SUR UN POSSIBLE DROIT À LA DÉSOBÉISSANCE CIVILE.....	21
DESOBEISSANCE CIVILE ET DOUBLE AUTORITE (MICHELE DELLA MORTE)	23
LA MOUCHE ET LA BOUTEILLE (PASCAL RICHARD).....	39
LA DESOBEISSANCE CIVILE ET LE DROIT DE RESISTANCE. DES INSTRUMENTS PACIFIQUES POUR L'EMERGENCE DE CONFLITS (INES CIOLLI)	69
LES ANTINOMIES DU DROIT DE RESISTANCE (JULIEN GIUDICELLI).....	83
<i>SECONDE PARTIE</i> - RÉFLEXIONS SUR DES PRATIQUES DE DÉSOBÉISSANCE CIVILE.....	105
DE L'URGENCE A L'ETAT D'URGENCE CLIMATIQUE (ROBERTO LOUVIN)	107
DESOBEISSANCE CIVILE ET NUMERIQUE (MICHAËL BARDIN)	125
LES VOIES DE LA DESOBEISSANCE : LA LIGNE FERROVIAIRE LYON-TURIN ET LE CAS DU MOUVEMENT No TAV (MASSIMO CAVINO).....	143
LA DESOBEISSANCE FISCALE (SYLVIE SCHMITT)	153
TABLE DES MATIERES.....	169

CONTRIBUTEURS

Michaël BARDIN : Maître de conférences en droit public à l'Université de Toulon, membre du Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras (UMR-CNRS 7318 DICE), Université de Toulon, Aix Marseille Univ, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Toulon

Massimo CAVINO : Professeur de droit public à l'Université du Piémont Oriental

Ines CIOLLI : Professeur associé à l'Université La Sapienza, Rome

Michele DELLA MORTE : Professeur de droit constitutionnel et public, Universités des Études du Molise

Julien GIUDICELLI : Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Bordeaux, membre de l'Institut de Recherche Montesquieu, EA 7434 Université de Bordeaux, membre associé du CDPC Jean-Claude Escarras UMR-CNRS 7318 DICE, Université de Toulon

Roberto LOUVIN : Professeur associé de droit public comparé, Université de Trieste

Jean-Jacques PARDINI : Professeur des Universités, Directeur du CDPC Jean-Claude Escarras, Aix Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & des Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon

Pascal RICHARD : Maître de conférences HDR en droit public, Université de Toulon

Liste des contributeurs

Sylvie SCHMITT : Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Toulon, membre du Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras, CNRS, UMR DICE 7318, Faculté de droit, Université de Toulon

AVANT-PROPOS

Jean-Jacques PARDINI

Cet ouvrage collectif, issu des échanges du colloque du 4 avril 2024 organisé par l'Université de Toulon, se propose, à travers un regard croisé entre la France et l'Italie, d'éclairer les multiples facettes de la désobéissance civile. À ce titre, ce livre se situe dans « la masse de granit » (la référence aux institutions et réformes voulues par Bonaparte pour consolider l'État après la Révolution relève évidemment du pur hasard...) des activités de recherche du Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras, dont sont membres les organisateurs de cette manifestation qui ont, par suite, codirigé les Actes qui en sont issus.

La désobéissance civile, précisément, est un sujet qui « sent la poudre ». Cette thématique est en effet d'approche délicate.

D'approche délicate, car la désobéissance civile s'inscrit dans une tradition intellectuelle qui remonte à Henri-David Thoreau, dont l'essai de 1849, *Resistance to Civil Government*, pose les bases d'une réflexion sur le devoir de révolte face aux lois injustes. Cette pensée a inspiré des mouvements historiques majeurs, de la lutte pour l'indépendance de l'Inde sous l'égide de Gandhi aux combats pour les droits civiques et, partant, contre les lois américaines ségrégationnistes menés par Martin Luther King. Que l'on pense également au manifeste sur le droit à l'insoumission de 121 personnalités qui, en France, ont soutenu les hommes refusant d'aller combattre en Algérie ; que l'on songe aussi aux 343 « salopes » ayant déclaré avoir avorté en violation de la loi, auxquelles répondent, après 1975, des commandos anti-IVG qui, au nom du droit à la vie, s'opposent à

la pratique d'avortements devenus légaux entre-temps (ce qui, d'ailleurs, montre bien que la vision de l'injustice n'est pas une).

Depuis quelque temps, les actes de désobéissance civile se sont multipliés, les médias offrant une caisse de résonance d'événements qui, d'ailleurs, amplifie ou altère la représentation de ces actes.

Du point de vue juridique, il importe de souligner le caractère réducteur de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le silence de la Constitution italienne. L'ambiguïté se trouve donc déjà à la source. Mais, outre ces questions, il y a sans doute une autre ambiguïté qui tient au constat fait par certains selon lequel « le temps est passé où la désobéissance civile était mise au service de “grandes causes” qui semblaient se justifier d'elles-mêmes¹ ». Ce qui pose assurément la question du « droit » de contrôle, par les citoyens, du caractère juste des « institutions de base » de la société dans laquelle ils vivent².

Une autre question (redoutable), parmi d'autres, se pose, qui est celle de savoir si le droit peut admettre la désobéissance civile (une question posée en filigrane dans la plaquette de présentation du colloque évoquant la conformité au droit de la résistance civile). À cette question, Hannah Arendt a tenté de répondre à propos des mouvements de contestation qui ont secoué l'Amérique dans les années soixante. Elle propose ainsi de « régulariser » la désobéissance civile en la transmutant en une expression du droit d'association garanti par la Constitution américaine³. Selon elle, un premier pas consisterait à traiter les groupes (le singulier n'est pas de mise) pratiquant la désobéissance civile de la même façon que les groupes de pression dont les représentants ont le droit d'influencer et « d'apporter leur aide » au Congrès. Soit, mais n'est-ce pas là un risque ? Un risque finalement éternel que l'on peut résumer, en étirant quelque peu le propos, par la célèbre formule de Saint

¹ A. Ogien, « La désobéissance civile peut-elle être un droit ? », *Droit et société*, 2015/3, n° 91, p. 588.

² *Ibid*, l'auteur se référant à la *Théorie de la justice* de John Rawls.

³ *Ibid*, v. H. Arendt, *Du mensonge à la violence*, Paris, Calmann-Lévy, 1972, p. 108-109.

Avant-propos

Just : « pas de liberté pour les ennemis de la liberté ». Car, enfin, si, comme le dit très bien Rawls, la désobéissance civile exprime, directement dans l'action, un aspect de la conception que les citoyens se font du politique dans un régime démocratique, comment imaginer accorder un droit à la désobéissance civile à des organisations qui rejettent les principes mêmes de la démocratie ?

Alors oui, la désobéissance civile sent la poudre. Si, dans les faits, elle se répand comme une traînée de poudre, il faut toutefois se garder de la faire parler ou d'y mettre le feu ou, encore, de jeter la poudre aux yeux, sans compter la poudre de perlimpinpin de tous les bonimenteurs.

Cet ouvrage est l'occasion d'obvier à ces dangers et les contributions qui la parsèment ont tenu, sinon à encadrer un possible droit à la désobéissance civile, du moins d'en approcher l'essence.

EN GUISE D'INTRODUCTION DESOBEIR AU NOM DU DROIT : LA FORCE SUBVERSIVE DE LA LEGALITE

Julien GIUDICELLI

La désobéissance civile est un concept instable traversé de tensions théoriques et de paradoxes juridiques. Elle est, pour reprendre l'expression de Jean-Jacques Pardini dans son avant-propos, une notion « qui sent la poudre » : c'est-à-dire un acte potentiellement explosif, à la fois par son pouvoir de subversion symbolique et par la difficulté qu'il pose aux ordres juridiques. De Thoreau à Gandhi, de Martin Luther King à aujourd'hui (songeons aux actions militantes d'activistes écologistes), en passant par les figures controversées de l'insoumission ou de la résistance collective, la désobéissance civile peut inquiéter, en tous les cas interroger. Elle interroge en effet, car elle prétend soumettre la loi à la justice (mais quelle justice ?) ; elle inquiète, parce qu'en contestant les règles, elle menace la stabilité des États. Cet ouvrage collectif se propose de penser cet objet dans une double perspective, à la fois comparatiste et critique, en croisant les regards doctrinaux et constitutionnels de deux traditions juridiques voisines quoique différentes.

Il importe d'abord de clarifier ce dont il s'agit lorsque l'on parle de désobéissance civile. Si l'on admet, avec Rawls, qu'elle désigne un acte public, non violent, conscient et politique, accompli en violation du droit, mais, dans le respect des principes démocratiques fondamentaux, il faut immédiatement alors en marquer les lignes de partage avec d'autres catégories : résistance à l'oppression, rébellion, révolution, illégalité consciente ou objection de conscience. La désobéissance civile

n'est ni un droit de résistance au sens fort — tel que celui inscrit à l'article 35 de la Déclaration de 1793 ou invoqué dans certains moments révolutionnaires — ni une pure transgression. Elle est un acte limite, juridiquement répréhensible et moralement revendiqué, assumant le paradoxe d'enfreindre la loi au nom d'un idéal supérieur de justice. C'est ce statut ambivalent — à la fois acte de rupture et témoignage de fidélité à un ordre de droit plus élevé — qui en fait la difficulté et l'intérêt.

Or, cette difficulté est redoublée lorsqu'on tente d'évaluer, dans un cadre comparatif, les façons dont les ordres juridiques accueillent (ou repoussent) la figure du désobéissant. L'article 2 de la Déclaration française de 1789, s'il mentionne parmi les droits naturels la « résistance à l'oppression », demeure silencieux sur les conditions concrètes de sa mise en œuvre, tandis que la Constitution italienne ne mentionne ni droit de résistance ni droit de désobéissance. L'analyse menée dans cet ouvrage montre combien les traditions constitutionnelles française et italienne divergent quant à l'accueil qu'elles réservent à l'idée d'une transgression d'un ordre établi.

Mais au-delà de cette opposition apparente, une problématique plus profonde irrigue les contributions de ce livre : celle du rapport entre norme et conscience, entre droit et morale, entre légalité et légitimité. Dans un contexte où les lois sont parfois contestées au nom de valeurs supérieures — justice, dignité, liberté, climat —, que vaut encore la normativité du droit si elle ne se confronte pas à ce que certains appellent une « normativité de la transgression » ? Peut-on, comme le propose Hannah Arendt, régulariser la désobéissance civile en l'intégrant aux mécanismes de participation démocratique, ou faut-il en préserver la force critique comme appel au dépassement des normes établies ? Et comment, dans cette tension, éviter que la désobéissance ne serve de paravent à des formes insidieuses d'autoritarisme ou d'antilibéralisme, dès lors que chacun pourrait se prévaloir d'une conscience supérieure pour légitimer l'infraction ?

L'examen croisé des expériences françaises et italiennes permet de mieux cerner les ressorts institutionnels, culturels et historiques qui rendent éventuellement possible l'expression de cette parole dissidente. Tandis que la France, forte de son

En guise d'introduction

héritage révolutionnaire, oscille entre célébration du citoyen insoumis et crispation sécuritaire, l'Italie, marquée par le traumatisme du fascisme, tend à encadrer plus strictement les formes de protestation. Mais dans les deux cas, l'activiste dévoile les contradictions des démocraties libérales : leur attachement proclamé à la liberté, la pérennité de leur système juridique.

Il devient alors nécessaire d'interroger le statut juridique de la désobéissance civile (existerait-il ?), mais aussi sa portée politique. Derrière chaque acte de désobéissance se joue un rapport au droit qui n'est pas celui de l'infraction ordinaire. Il s'agit d'un geste politique, conscient de son illégalité, mais qui vise à dénoncer une injustice entendue sur le plan de la morale. En cela, la désobéissance civile porte en elle une forme de normativité propre, qui s'articule à une conception éthique du droit. Elle n'abolit pas la loi : elle appelle à sa réforme, à son évolution. Elle revendique le droit de dire non pour arrimer l'État démocratique à l'idéal de justice.

Penser la désobéissance, c'est aussi repenser la démocratie. C'est affirmer que toute norme n'est pas nécessairement juste, et que le droit et ses créateurs, nos représentants, doivent savoir dépasser le conservatisme structurel de tout ordre juridique. La question peut néanmoins se déplacer : qui est juge du droit de désobéissance, du droit de résistance, sinon notre seule conscience ? Sont-ce, en propre, des droits ?

PREMIÈRE PARTIE

RÉFLEXIONS SUR UN POSSIBLE DROIT À LA DÉSOBÉISSANCE CIVILE

DESOBEISSANCE CIVILE ET DOUBLE AUTORITE*

Michele DELLA MORTE

Sommaire

- I. La désobéissance comme participation : un regard théorique
- II. Désobéissance et double autorité
- III. La sunthèse rawlsienne

I. La désobéissance comme participation : un regard théorique

Ces dernières années, en Italie et dans d'autres pays, à côté de la conception traditionnelle de la désobéissance comme transgression volontaire de la norme ou, dans un sens plus large, comme refus de se conformer à un ordre de l'autorité, ou encore comme insubordination au nom d'idéaux « élevés » de justice, s'est développée une conception constructive. Selon cette dernière, les sujets, individuels et collectifs, accomplissent des actes de désobéissance volontaire de la loi dans le but d'apporter, directement ou indirectement, des modifications substantielles de la norme ou la nécessité de politiques spécifiques de grande portée. Ces dernières sont considérées comme urgentes et prioritaires, bien qu'elles soient manifestement source de division et, peut-être pour cette raison, insuffisamment relayées par des partis politiques qui subissent, en Italie et ailleurs, une crise perpétuelle de projet et de légitimité¹.

* Traduit par Julien Giudicelli.

¹ F. Biondo, « La disobbedienza civile tra testimonianza ed efficacia », *Ragione pratica*, n° 24, 2005, p. 119-137.

Dans ce sens spécifique, la désobéissance présente des traits constructifs si elle est considérée comme une mode d'action, individuelle et/ou collective, qui utilise de manière instrumentale des méthodes non conventionnelles pour discuter du pouvoir, de sa légitimité, de ses dynamiques, en regard de différentes circonstances, en fonction de nouvelles normes, y compris avant l'instauration d'un nouvel ordre. À l'époque actuelle, toute désobéissance, tout mouvement revendicatif a donc une double finalité : d'une part, dans un sens traditionnel, il implique une force, une impulsion visant à induire des changements généraux du *statu quo* ; d'autre part, de manière complémentaire, des formes de désobéissance peuvent être mises en œuvre pour générer des changements plus circonscrits, relatifs à une norme ou à des groupes de normes.

Dans les deux acceptions, micro et macro, la désobéissance se manifeste non seulement comme une tentative symbolique de discuter de la mesure et de la substance des choix, voire de l'ordre des priorités, dans la perspective de mise en œuvre de parties de la Constitution que les activistes considèrent comme négligées, pour diverses raisons. En ce sens, en regard de ces deux acceptions, ce serait une erreur de séparer la désobéissance des nombreux facteurs contextuels, historiques, sociaux, politiques et juridiques qui expliquent sa « place » et sa fonction dans le système. De même, il serait inadéquat de se dispenser d'une confrontation avec les dynamiques de consensus, de dissidence, de légitimité, de pouvoir, de justice et, enfin, d'héroïsme qui, ensemble, permettent de saisir son extension rationnelle ou, au contraire, irrationnelle dans une forme d'État donnée².

Si, sur le plan de la philosophie politique, à partir de la réflexion bien connue de Thoreau, la désobéissance, en rapport de *species a genus*, est liée au droit plus large de résistance (*Resistance to Civil Government*), théorisé à cette occasion dans le cadre du « radicalisme politique américain³ », sur le plan de la théorie juridique, en entrelaçant le discours des valeurs, de la

² Cf. l'analyse classique d'A. Passerin d'Entreves, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Milano, 1970.

³ Cf. R. Laudati, *Disobbedienza*, Bologna, 2010, p. 105.

morale et de l'éthique, la désobéissance se présente comme un défi à la rigidité du discours positiviste qui, cependant, est destiné à retrouver son hégémonie lorsque l'on aborde les aspects de la sanction liée à la violation ouverte, publique et consciente de la norme⁴.

L'acception participative de la désobéissance civile reflète, aujourd'hui, l'action d'une minorité active qui, « de manière conflictuelle, révèle le caractère arbitraire des vertus dominantes et redéfinit les frontières du sens de l'appartenance à une communauté politique qui se veut démocratique⁵ ». En réaction à une oppression, réelle ou simplement perçue comme telle, la désobéissance explique l'action intentionnelle, publique et spontanée d'individus ou de groupes, visant, comme nous l'avons mentionné, à produire des changements dans les politiques relevant de la compétence de l'autorité légitime en dehors des procédures participatives institutionnalisées, conventionnelles ou démocratiquement autorisées qui, en théorie, devraient ou pourraient tendre vers le même objectif (référendum, initiative populaire de lois, etc.). En ce sens, par rapport à la configuration classique de la désobéissance comme refus d'obéir à un ordre de l'autorité, le thème principal de sa conversion participative est celui de la vérification de sa finalité.

Pour les deux perspectives considérées, la micro et la macrodésobéissance, à classer, comme nous l'avons dit, en fonction du but poursuivi, certaines constantes persistent. La première d'entre elles est la non-violence, théorisée et pratiquée par des figures marquantes du XX^e siècle, parmi lesquelles se distingue le Mahatma Gandhi même si, au fil des ans, la relation entre désobéissance et violence continue de susciter, dans la doctrine, des incertitudes et des ambiguïtés qu'il ne faut pas négliger⁶.

Une autre constante réside dans le fait que la désobéissance n'est jamais un geste isolé. Sur le plan de l'autorité rationnelle, c'est à Harold J. Lasky, défenseur du pluralisme que Schmitt

⁴ V. à cet égard la récente étude de F. Abate, *Il futuro della dignità. Un percorso nell'etica di Martha Nussbaum*, Roma, 2024

⁵ Cf. R. Laudati, *op. cit.*, p. 107.

⁶ Cf. G. Fofi, *Elogio della disobbedienza civile*, Roma, 2022.

combattait tant, que revient le mérite d'avoir souligné les dangers de l'obéissance face à un gouvernement peu disposé à écouter les besoins fondamentaux des citoyens, conçus précisément comme des « désirs rationnels ». Pour ce dernier auteur, qui écrivait à la même époque que Schmitt, la relation entre la société et l'État est clairement identifiée dans la conception de la loi entendue comme la synthèse de certaines expériences sociales, dont la reconnaissance par l'État devient productrice d'ordre démocratique. Dans la perspective de cette doctrine, la légitimité est donc synonyme de loyauté ; les citoyens loyaux sont ceux qui rappellent avec insistance aux gouvernants, selon des modalités différentes, même non conventionnelles, les objectifs fondamentaux sur la base desquels ils ont été placés au pouvoir ; une pensée qui, à bien des égards, s'apparente à la « vigilance permanente » dont parlait Jefferson, ou encore à la « démocratie continue » qui constitue depuis longtemps une caractéristique de la pensée de Dominique Rousseau⁷. Des années plus tard Walzer aborde cette même catégorie, engagé, dans une optique communautariste, à valoriser les loyautés « de groupe, communautaires, en marge de la centralité des institutions étatiques, parallèlement et, parfois, à l'encontre de l'obligation politique » ; et dans le cadre d'une idée globale de la démocratie en tant que forme politique permettant l'expression de la participation active des citoyens. Il s'agit, pour supprimer les obstacles empêchant la conquête de l'égalité, de pouvoir assurer la garantie de la visibilité publique des différentes valeurs, des conceptions distinctes de la morale, des différentes cultures, ainsi que des différents actes tendant à cet objectif⁸.

L'obéissance « pure » constitue, en somme, le trait caractéristique des sociétés despotiques qui, faisant écho à la théorie de l'acclamation schmittienne, présupposent l'absence

⁷ Cf. H. Laski, *La libertà nello stato moderno*, A. Schiavi (dir.), Roma-Bari, 1931 ; D. Rousseau, « Interpretazione e configurazione democratica: il modello della "democrazia continua" », *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, n° 3, 1998, p. 165 et s.

⁸ Cf. T. Casadei, « Doveri di resistenza e comunità democratica: la disobbedienza civile secondo Michael Walzer », in S. Mattarelli (a cura di), *Il senso della Repubblica. Doveri*, Ravenna, 2006, p. 75 et s.

d'espaces de dissidence et, par conséquent, la « parfaite coïncidence » entre la volonté exprimée par leurs chefs et le bien public⁹. En ce sens, l'obéissance aveugle, donc incivile, est le signe essentiel de la rationalité autoritaire, dont la conséquence, sur le plan juridique et social, est la frustration de toute possibilité d'émancipation que prescrit la notion d'égalité substantielle, conformément à l'article 3, deuxième alinéa, de la Constitution italienne. La tyrannie, rappelait Laski, présuppose la torpeur civique ou, selon Walzer, le citoyen silencieux ; l'autocratie naît de la certitude de ne pas avoir à affronter la dissidence contre l'injustice : à cet égard, l'affirmation de Thoreau est lapidaire : « face à un gouvernement qui emprisonne injustement, la place de l'homme juste est la prison¹⁰ ». Seule une citoyenneté active, disposée à surveiller constamment les limites, les confins de la légitimité du pouvoir, peut aspirer à la liberté ; les injustes, contrairement aux justes, rappelait Laski, ne sont jamais inertes.

Le penseur anglais était conscient des critiques potentielles pouvant être opposées à la justification de la désobéissance dans le domaine étatique. La principale d'entre elles étant l'accusation de dérive anarchique, de désordre insoluble, d'effondrement des fondements d'une vie ordonnée et civile à la base du bien-être public et collectif. Pour l'auteur, cependant, il fallait répondre à cette critique en interprétant le sentiment de justice à la lumière de l'expérience, en considérant que la désobéissance organisée impliquait toujours et en tout cas une injustice vécue comme telle et, donc, une violation des lois de la *polis*¹¹. En somme, la désobéissance reflétait toujours l'échec de l'action d'un État incapable, volontairement ou non, de satisfaire les besoins et les aspirations de ses citoyens, même à travers l'acte qui représentait le plus sa puissance, la loi ; elle représentait, en ce sens, l'effet et

⁹ Qu'il soit permis de renvoyer à M. Della Morte, « Il popolo impotente. L'acclamazione e il Capo », in G. Azzariti, M. Della Morte (dir.), *Il Führerprinzip. La scelta del Capo*, Napoli, 2024, p. 229 et s.

¹⁰ H. J. Laski, *op. cit.*, p. 33, citant Thoreau.

¹¹ Cf. M. Serres, *Morale per disobbedienti*, Torino, 2019, p. 34 et s. Cf., sur la thématique de l'expérience, G. Capograssi, *Saggi sull'esperienza giuridica*, V. Omaggio (dir.), Napoli, 2023.

certainement pas la cause de politiques de division, fragiles, inadéquates, visant à anéantir la conscience civile.

II. Désobéissance et double autorité

À cet égard, les considérations de Laski sont incroyablement modernes : elles portent sur la capacité du pouvoir à agir avec subtilité en fonction de l'affirmation de vérités universelles, éliminant le doute que le pluralisme, au contraire, admet et stimule. C'est précisément cette conception qui, au cours du XX^e siècle, a été au centre de reconstructions psychologiques fondamentales. Pour reprendre les termes de Fromm, ou encore d'Anders ou de Reich, si le problème est la liberté de conscience, la solution imaginée par le pouvoir dès ces années-là est de rendre cette même conscience librement encline à se conformer au mode autoritaire, en intériorisant ses prémisses¹². Chez tous ces auteurs, on retrouve le thème de la liberté comme fondement de la désobéissance et celui de l'autonomie comme projet, pour reprendre ce que dira Castoriadis des décennies plus tard, comme prémisses pour échapper au grave danger de l'autorité intériorisée et pour envisager une obéissance démocratique¹³.

Chez Fromm, en particulier, la relation entre obéissance, désobéissance et double autorité ressort avec force. En effet, pour l'auteur allemand, l'obéissance n'est pas *ipso facto* une soumission, car on peut distinguer entre autorité irrationnelle et autorité rationnelle, la première étant illustrée par la relation entre esclave et maître, la seconde par la relation entre maître et élève. L'autorité rationnelle, qui agit au nom de la raison, n'implique pas la soumission, mais tout au contraire l'élévation de la personne soumise à l'autorité, c'est-à-dire son émancipation. La seconde, au contraire, représente la condition de son exploitation¹⁴.

¹² Sur ces thèmes, la lecture de E. Fromm, *Fuga dalla libertà*, Milano, 1987, reste incontournable.

¹³ Cf. C. Castoriadis, notamment *L'enigma del soggetto. L'immaginario e le istituzioni*, Bari, 1998, p. 165 et s.

¹⁴ Cf. E. Fromm, *La disobbedienza e altri saggi*, Milano, 1981, p. 16. Sur la relation entre le droit et le devoir d'obéissance, dans la conception de Locke revisitée par Walzer, voir T. Casadei, *op. cit.*, p. 81.

En reprenant l'enseignement d'une doctrine constitutionnelle italienne faisant autorité, si l'égalité sociale est le fondement et l'objectif de l'action de l'État, l'obéissance à l'autorité engagée dans la mise en commun des efforts à mener en vue de cet objectif est constitutionnellement logique ; si, au contraire, l'objectif de l'autorité est la désintégration, dans le but de dissoudre le lien social dont l'égalité de dignité constitue le principe incontestable, la désobéissance devient un acte justifiable et moralement rationnel, bien que juridiquement illicite, et en tant que tel passible de sanctions administratives ou, dans des cas extrêmes, pénales.

En poursuivant l'examen théorique, certaines réflexions de Walzer sur le lien et la distinction entre autorité et désobéissance civile peuvent aider à clarifier davantage le tableau d'ensemble. Le cœur du raisonnement du philosophe américain est en effet représenté par le thème des revendications (*claims*) que l'on entend faire valoir. En ce sens, la désobéissance civile se distingue de l'expression de la dissidence radicale en tant que contre-pouvoir global, la désobéissance pouvant se justifier comme « l'avancement d'une prétention partielle contre l'État qui ne vise pas à renverser sa configuration globale, mais plutôt à l'améliorer (et, le cas échéant, à la restaurer, en prenant comme référence ses anciennes valeurs fondamentales, condensées, par exemple, dans sa Constitution)¹⁵ ».

Ce qui ressort de la lecture de la dimension croisée de l'obéissance et de la désobéissance au cours de l'histoire du XX^e siècle, c'est qu'avec la disparition des prémisses rationnelles de l'autorité, l'injustice est simplement éliminée, absorbée par des concepts qui, déjà à l'époque, commençaient à révéler leur caractère managérial et qui, avec le développement de la technologie, allaient devenir les éléments d'une nouvelle grammaire de la relation entre pouvoir et individus, destinée à trouver, plusieurs années plus tard, dans l'ordre néolibéral, le terrain le plus fertile pour s'enraciner.

Déjà à cette époque, certains auteurs, parmi lesquels ceux auxquels nous avons fait référence jusqu'à présent,

¹⁵ *Ibid.*

commençaient à percevoir l'ambiguïté reflétée par des mots « nouveaux » : talent, mérite, efficacité, gouvernance, mots empruntés au monde des affaires et destinés à bouleverser l'axe des relations entre l'État et la société. Tant aux États-Unis qu'en Angleterre, une nouvelle « religion » commençait à faire son chemin : l'échec et la frustration étaient le résultat de l'incapacité des individus à cultiver leur talent individuel, la pauvreté devenait synonyme de « tare morale ». Doubter du « nouvel évangile » signifiait, pour Laski, être fou ou mauvais ; quiconque osait contester ces prémisses devenait immédiatement un mauvais citoyen, malsain d'esprit ; l'injustice n'était rien d'autre que l'incapacité individuelle à agir dans le sillage de la nouvelle idée de justice politique et sociale¹⁶.

Les critiques de Schmitt à l'égard de Laski sont bien connues, et se résument dans l'éloge que le juriste de Plettenberg adresse, à la même époque, au concept d'acclamation.

La rationalité de la désobéissance implique l'existence d'individus conscients des causes de la justice dans une société organisée de manière pluraliste, ainsi que l'existence permanente du doute et l'idée de l'État comme entité politique non présupposée, c'est-à-dire dépendante de l'action participative de forces en concurrence ou même en conflit entre elles quant à la signification, aux méthodes, aux instruments et aux finalités de l'union politique elle-même. La rationalité acclamante, au contraire, que Schmitt considérait comme « un phénomène éternel de toute communauté politique », présuppose l'existence d'un chef, réel ou intériorisé, destiné à résoudre toute crise d'autorité dans une société fragmentée qui, en tant que telle, avait le pouvoir d'acclamer, mais pas la possibilité correspondante de se définir de manière autonome dans une relation dialectique et démocratique avec le pouvoir.

Si le pouvoir agit en revanche en fonction de la légitimité provenant de la société, la désobéissance, dans les termes décrits, est toujours une perspective plausible, même si elle nécessite des justifications normatives et morales qui, d'ailleurs, pour revenir aux liens entre droit et conscience, peuvent être prises en

¹⁶ Cf. H. J. Laski, *op. cit.*, p. 41 et s.

considération par les juridictions si elles sont invoquées par les désobéissants eux-mêmes en raison de violations présumées de la proportionnalité de la sanction.

III. La synthèse rawlsienne

De nombreux arguments, passés précédemment en revue, convergent dans la théorie normative la plus influente sur la possibilité de concevoir la désobéissance comme un élément quasi incontournable d'un système libéral *juste* : théorie exposée par John Rawls dans sa *Théorie de la justice*. Selon Rawls, la désobéissance est un acte politique, public, non violent, organisé et délibéré. C'est un acte guidé et justifié par des principes politiques, c'est-à-dire par les principes de justice qui régissent la Constitution et les institutions sociales. C'est encore un acte qui doit être accompli en public, dont le paramètre est la loyauté et non la loi, qui est délibérément enfreinte. Cette loyauté implique la volonté du désobéissant d'accepter les conséquences juridiques de son comportement¹⁷.

La description de Rawls saisit certaines constantes du phénomène, telles que : a) la non-violence, comme conduite moralement acceptable ; b) l'organisation, au moins partielle ; c) la subsidiarité (elle doit être la seule et dernière option praticable) ; d) et, surtout, le fait qu'elle soit un acte visant à stimuler le sens de la justice, afin de parvenir à retrouver un consensus sur les finalités d'un système politique presque juste.

Pour Rawls, les questions qui peuvent être prises en considération par la désobéissance civile sont en effet toutes celles qui concernent les principes fondamentaux, contenus dans les *Constitutional Essentials*. Les autres, quoique tout aussi importantes, restent en arrière-plan, comme celles qui concernent la fiscalité, questions centrales, comme on le sait, dans la réflexion de Thoreau.

Comme chez Walzer, Rawls privilégie également une perspective réformiste, visant à considérer la désobéissance comme une violation de la loi nécessaire pour respecter non pas

¹⁷ J. Rawls, *A theory of justice*, Harvard, The Belknap Press of Harvard University, 1971.

des conceptions métaphysiques ou religieuses, à la manière de Gandhi, mais des principes de justice «qui régissent une communauté politique selon des critères d'équité¹⁸». La désobéissance, tout comme la participation, est donc présentée comme une condition nécessaire dans un système qui n'écoute pas, mais qui pourrait et devrait écouter, compte tenu de sa structure démocratique.

Révolte, subversion — la différence est également relevée par Hannah Arendt dans ses études sur la désobéissance — sont au contraire considérées comme des options « destructrices ». Elles sont envisageables et praticables, voire souhaitables, au sein d'une société définitivement injuste car réfractaire à toute réforme ou amélioration, et dans laquelle l'autorité se définit de manière irrationnelle et, par conséquent, despotique.

IV. La désobéissance civile à l'époque du Décret sécurité

Dans le sillage des théories exposées jusqu'à présent, l'histoire de la désobéissance civile au XX^e siècle est faite de gestes emblématiques, de pratiques concrètes, qui ont engagé femmes et hommes en Italie, en Europe et dans le Monde. C'est l'histoire de sujets qui ont agi en faveur de la justice et continuent de le faire, à titre individuel ou collectif, et qui choisissent volontairement de subir les sanctions liées à leurs gestes. L'histoire de la désobéissance est, en somme, une histoire d'unité entre théorie et praxis ; une histoire de créativité, de responsabilité, d'espoir et de souffrance. Une histoire de luttes, de revendications, de rupture (selon les termes de Benjamin) du circuit du droit considéré comme dissonant par rapport à la justice, et de prise en charge — dans le sillage de Kelsen — de la valeur sociale à mettre en œuvre, du refus de transférer définitivement la responsabilité de sa propre conscience à une autorité extérieure « compétente pour dire ce qui est juste et ce qui est injuste¹⁹ ».

¹⁸ Cfr. F. Biondo, *op. cit.*, p. 126.

¹⁹ H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature - Sa valeur* - Réimpression de la 2^e édition de 1932, Paris, Dalloz.

Mais l'histoire de la désobéissance est aussi, d'une certaine manière et avant tout, l'histoire des stratégies et techniques déployées à cette fin. La difficulté de procéder à une taxinomie des différents aspects de la désobéissance résulte de l'extrême variété de la situation, de la multiplicité des contextes, également historiques, de référence ; mais aussi des caractéristiques des systèmes constitutionnels, des formes d'État et de gouvernement, de la difficulté de définir la désobéissance, une fois pour toutes, comme un acte destiné à témoigner ou comme un acte productif d'efficacité, ce dernier étant entendu comme une capacité effective à forcer les gouvernants à changer de direction quant à l'élaboration de politiques ou de normes déterminées, avant même leur mise en œuvre.

Marches, sit-in, grèves, boycotts, stand-in, jeûnes, rassemblements, etc. sont des stratégies symboliques et opérationnelles qui ont marqué la désobéissance civile tout au long du XX^e siècle, avec des approches et des résultats très différents, y compris en ce qui concerne l'autorité des figures de référence. Il est difficile de penser, aujourd'hui, à la reproduction de ce que Danilo Dolci²⁰ a fait en Sicile, à Partinico, au milieu des années cinquante, ou à la réitération de l'action de Martin Luther King. Aujourd'hui, la désobéissance doit se mesurer à un pouvoir, celui de l'ordre néolibéral déterminé à nier par la force

²⁰ Note du traducteur : Danilo Dolci est très connu en Italie. Sociologue, adepte de la non-violence, il refusa en 1943 — il était encore adolescent — de s'enrôler dans l'armée fasciste de la République fantoche de Salò. C'est surtout l'action qu'il mena dans le village sicilien de Partinico, près de Palerme, qui le fit connaître. Il le considérait comme emblématique de la pauvreté de l'île. Il y construisit un orphelinat, se livra à de nombreuses grèves de la faim qui le firent comparer à Gandhi, la première en réaction à la mort d'un enfant mort de malnutrition. Il y mit fin lorsque les autorités s'engagèrent à construire quelques infrastructures. En 1956, plusieurs milliers de personnes, suivant son exemple, entamèrent une grève de la faim pour protester contre les pêches frauduleuses les privant de leurs moyens de subsistance. Il fut poursuivi pour avoir suscité la même année une « grève inversée », basée sur le travail bénévole de centaines de chômeurs restaurant, en réponse à l'inactivité des autorités publiques, une route de campagne laissée à l'abandon. Sa condamnation à 50 jours de prison pour occupation d'un terrain appartenant à l'État suscita une énorme émotion, tant nationale qu'internationale. Il reçut l'appui de grandes figures intellectuelles, tel Alberto Moravia.

— en ce sens, les conclusions de la Trilatérale²¹ en est un exemple — le potentiel de conflictualité. Un système sournois qui, en tant que tel, n'hésite pas à s'emparer des mots d'ordre de la démocratie progressiste : participation, coopération, collaboration, transfigurés dans leur signification parce que réduits à n'être rien d'autre que les conditions nécessaires pour garantir la reconnaissance, avant même l'autonomie du sujet ; le vrai grand problème de notre temps que la doctrine constitutionnaliste italienne a abordé à l'aune de la crise globale de la représentation²².

Pourtant, comme l'a démontré de manière emblématique ces dernières années l'affaire Cappato (une affaire très connue en Italie concernant l'aide au suicide assisté), la désobéissance est encore nécessaire, notamment pour déclencher des réactions qui, autrefois, auraient été considérées comme inouïes. De la part même d'organes juridictionnels, telle la Cour constitutionnelle, qui se sont désormais montrés disposés à adopter leurs techniques de jugement en fonction de la garantie d'un ordre ; lequel, en l'absence de désobéissance, n'aurait pas été tel et qui, malheureusement, ne l'est toujours pas en raison de l'inertie persistante du Parlement à agir conformément aux indications

²¹ Note du traducteur (source : Wikipédia) : la Commission trilatérale (parfois abrégée en Trilatérale) est une organisation privée créée en 1973 à l'initiative des principaux dirigeants du groupe Bilderberg et du Council on Foreign Relations, parmi lesquels David Rockefeller, Henry Kissinger et Zbigniew Brzezinski. Regroupant 300 à 400 personnalités parmi les plus influentes — personnalités du monde des affaires, politiques, décideurs, intellectuels — de l'Europe occidentale, de l'Amérique du Nord et de l'Asie du Pacifique (États dont la plupart sont également membres de l'OCDE), son but est de promouvoir et construire une coopération politique et économique entre ces trois zones clés du monde, pôles de la Triade. À l'instar du groupe Bilderberg, il s'agit d'un groupe partisan du mondialisme, auquel certains attribuent, au moins en partie, l'orchestration de la mondialisation économique.

²² Cf. M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon et F. Biondi (dir.), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, p. 109 et s. ; Id., *Quale identità?*, in G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno Zencovich (dir.), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, 2018 (e-press), p. 343 et s.

fournies par la *Consulta** sur le thème délicat, mais fondamental de la fin de vie.

On commettrait une erreur si l'on confondait cependant la valeur de la désobéissance avec celle des techniques de son expression. En ce sens, même l'intervention législative très récente opérée sur l'impulsion du Gouvernement Meloni en matière d'augmentation des sanctions en cas de destruction, dispersion, détérioration, dégradation, souillure et usage illicite de biens culturels ou paysagers (loi n° 6 de 2024²³) ne doit pas être identifiée comme un coup final à la désobéissance, mais plutôt comme une manœuvre visant à frapper certaines modalités d'action déterminées ; lesquelles présentent d'ailleurs des ambivalences notables en regard de la construction du consensus généralisé qui, comme on l'a dit, représente un point important surtout pour la conception de la désobéissance politique dans le cadre de la conception argumentative du discours public.

Il est peut-être plus intéressant de vérifier l'attitude des organisations les plus actives face à des dispositions de ce type. En regard de cette réponse étatique, la possibilité de passer de la protestation à la participation structurée pourrait, en effet, devenir un objectif plausible dans un proche avenir.

Le thème général est donc aujourd'hui celui du droit à la loi, que l'affaire Cappato a implicitement mis en évidence. En effet, de plus en plus souvent, plutôt que de symboliser le refus conscient, public et délibéré de se conformer à un ordre des autorités, les actes de désobéissance civile, qu'ils soient commis par sujets privés ou publics (question qui renvoie à d'autres problèmes théoriques qui ne peuvent être approfondis ici), semblent servir à demander des interventions réglementaires générales sur des questions particulièrement controversées liées aux droits ou aux biens communs. C'est le cas, par exemple, des actes de désobéissance accomplis par de nombreux maires

* Le *Palazzo della Consulta* est le siège de la Cour constitutionnelle italienne [N.d.T].

²³ Loi du 22 janvier 2024, n° 6, « Sanctions en cas de destruction, dispersion, détérioration, dégradation, souillure et usage illicite de biens culturels ou paysagers et modification des articles 518-duodecies, 635 et 639 du Code pénal ».

italiens à l'égard de l'interdiction de transcrire les certificats de naissance étrangers des enfants nés de couples homoparentaux, une question qui a impliqué les sections réunies de la Cour de cassation, le gouvernement, le Parlement européen lui-même et la Cour européenne des droits de l'homme (Nutti et Dallabora contre Italie)²⁴. Dans ce cas, comme dans d'autres, la désobéissance a remplacé ce qui, dans une démocratie mature, devrait être la tâche des partis, à savoir la mise en évidence de la demande sociale.

Cet objectif risque toutefois d'être marginalisé à la suite de l'adoption par décret-loi, par le gouvernement italien actuellement en fonction, d'une disposition monstrueuse visant à étouffer dans l'œuf toute forme de protestation collective désobéissante.

Il s'agit bien sûr du décret-loi « sécurité » n° 48 de 2025, converti en loi n° 80 de 2025, adopté par le gouvernement présidé par Giorgia Meloni, au mépris des conditions d'urgence et de nécessité exceptionnelles qui devraient caractériser le recours à cette source, conformément à l'article 77 de la Constitution.

À cet égard, un appel signé ces derniers mois par plus de deux cent cinquante publicistes, qui a recueilli plus de dix mille signatures en quelques jours, a mis en évidence les nombreuses raisons pour lesquelles cette mesure est inconstitutionnelle. La décision de précipiter les choses, de regrouper dans un décret-loi les mesures faisant l'objet du projet de loi précédent, ne s'explique que par la volonté d'exposer à la population un manifeste symbolique d'un tournant néoautoritaire du gouvernement italien. Concrètement, la loi n° 80 de 2025 introduit 14 nouveaux types d'infractions et alourdit de manière disproportionnée les sanctions pour d'autres infractions déjà prévues par la loi (neuf circonstances aggravantes) et, enfin, relativement à ce dont nous discutons ici, risque d'empêcher définitivement, ou en tout cas de restreindre considérablement, les actes de désobéissance civile et de dissidence sociale et

²⁴ Cf Cour européenne des droits de l'Homme, *Ettore Nutti c. Italie* et *Sara Dallabora et autres c. Italia*, arrêt du 30 mai 2023, Recours 47998 /2020 et 23142/2021.

politique, même s'ils sont exprimés de manière pacifique. La criminalisation d'une série de comportements de résistance passive qui, dans l'histoire de la République, ont permis à des personnes de toutes les classes sociales de s'opposer au bouleversement des valeurs fondatrices de la Constitution, constitue en effet un précédent très grave.

Suite à l'entrée en vigueur de la loi sur la sécurité, les piquets de grève, barrages routiers, sit-in, manifestations et même les grèves risquent de se heurter à une opposition très dure des forces de l'ordre, malgré le fait que l'article 52 de la Constitution rappelle que « L'organisation des Forces armées se conforme à l'esprit démocratique de la République ». Il faudra nécessairement s'y référer, afin d'éviter — en attendant que la Cour constitutionnelle se prononce sur la constitutionnalité de la loi — que ces normes finissent par réduire au silence cette partie de la société italienne qui refuse de se taire face aux abus et aux manifestations d'un pouvoir autoritaire et répressif incompatible avec la Constitution²⁵.

²⁵ Cf. M. Ruotolo, « Sicurezza e disprezzo dell'altro », *Costituzionalismo.it*, n° 1, 2025.

LA MOUCHE ET LA BOUTEILLE

Pascal RICHARD

« Une source majeure d'incompréhension est que nous ne prenons pas une vue synoptique de l'usage des mots. Notre grammaire manque de transparence [...]. Une représentation synoptique [...] produit un type de compréhension qui consiste à voir des liaisons. [...] Le concept de présentation synoptique [...] marque notre forme de représentation, notre façon de voir les choses (est-ce une vision du monde ?) »
L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, § 122

La vie universitaire est faite de rencontres et de bifurcations, au même titre que le droit. Ce texte est le fruit de ces rencontres et de ces bifurcations.

Une rencontre essentielle, qui a profondément infléchi mon parcours universitaire, réside dans l'apport décisif de l'école italienne développée par le professeur A. Conte à ma conception du droit. Aujourd'hui, des chercheurs éminents s'efforcent de rendre hommage à la pensée et aux réflexions de ce philosophe et juriste italien¹. Ma propre recherche se nourrit de leurs travaux

¹ Que ce texte soit l'occasion de remercier nos collègues, les professeurs Lorenzo Passerini Glazel et Paolo Di Lucia, pour leur amitié et pour m'avoir associé à leurs passionnantes réflexions.

et de la qualité de leurs analyses. Pour une large part, mon travail n'est qu'un exercice d'érudition visant à faire connaître la richesse de ces contributions.

Dans l'exergue de l'un de ses textes, citant Paul Celan, le professeur Conte mettait en lumière ce qui caractérise peut-être le plus fortement ces recherches : « *Parle, mais ne sépare pas le non du oui.* » Ce faisant, il revenait à cette construction propre à la pensée dialectique, selon laquelle il convient, pour traiter d'une chose, de la rapporter d'abord au genre auquel elle appartient, puis de l'analyser à travers une série d'oppositions entre les types qui composent ce genre.

C'est dans cette dynamique dialectique que se manifeste le réel de la pensée : ce qui, nécessairement, échappe à la rigueur logique de la distinction, mais qui constitue pourtant l'essentiel à comprendre.

Sur un navire, la structure émergente se nomme *œuvre morte* ; la partie immergée, quant à elle, demeure toujours en contact avec la vie et le milieu dans lequel elle évolue². Ce que donne à penser l'œuvre du professeur Conte, c'est que cette part de réel qui échappe à la logique du discours juridique ne prend sens que dans la vie même du droit. C'est à partir de ce constat que se pense la transgression.

Aborder la question de la transgression³ implique certaines clarifications préalables. Prendre au sérieux ce concept suppose d'abord la capacité de le distinguer de notions proches, telles que la violation ou la subversion. La transgression exprime, étymologiquement (du latin *transgredi*), l'idée de franchir ou de dépasser une limite. Il ne s'agit donc ni de renverser un ordre établi (comme dans la subversion), ni de profaner ou d'enfreindre un objet porteur de sens (comme dans la violation).

² A. G. Conte, « Opera morta : tre temi emergenti in deontica filosofica », *Filosofia del linguaggio normative*, III, Studi 1995-2001, Giappichelli ed., Torino 2001, p. XXV-XLI.

³ Sur la thématique inhérente à la transgression, qu'il me soit permis de me référer à un ouvrage déjà ancien, dans lequel avait été ébauchée une partie de cette réflexion. P. Richard, et J.-J. Sueur, (dir.). *La Transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 548 p.

Ce que manifeste la transgression, c'est un paradoxe inhérent à la norme juridique : sa transgression peut constituer une forme de réaffirmation du droit à un niveau supérieur. Il s'agit de passer « outre » la norme afin d'en renforcer le fondement.

Face à ce paradoxe d'un droit qui, pour s'accomplir pleinement, requiert sa propre transgression, il devient nécessaire de déterminer avec précision les éléments constitutifs de cette transgression. Répondre à cette problématique suppose, a minima, une réflexion sur l'espace objet de la transgression, ainsi que sur le sujet qui en est porteur. Plusieurs interrogations s'imposent alors :

Transgresser quoi ? Transgresser pourquoi ? Transgresser pour qui ?

À la première question, on peut répondre ainsi : c'est la pluralité des significations attribuables à la norme qui rend la transgression possible (I).

À la deuxième question : la transgression exprime, à sa manière, le caractère impérativement réglé des comportements humains (II).

À la troisième : le sujet se fonde toujours sur un ordre, fût-ce pour le transgresser c'est ce qui est constitutif de son éthique (III).

En ce sens, ce que nous donne à voir la métaphore de la transgression — car telle est bien la fonction de toute métaphore : rendre visible —, c'est la complexité des rapports juridiques. C'est l'ordinaire même de la pratique juridique qui obscurcit parfois le sens de la transgression et notre capacité à nous y orienter.

I. Transgresser quoi ?

De manière triviale, il apparaît que la transgression peut porter sur une pluralité d'objets renvoyant, par métonymie, à la norme. Il est ainsi possible de transgresser un « commandement », la portée prescriptive d'une « norme », une « valeur » véhiculée par celle-ci, la « signification » ou le « sens » de la norme ou de la règle (les deux termes seront, dans ce texte, considérés comme équivalents), le « droit » lui-même en sa généralité ou une règle juridique particulière. Il est également

envisageable de transgresser l'un des « droits » reconnus par le « droit positif » (A). Sur la base de cette ambiguïté référentielle reconnue, il conviendra dès lors d'élaborer une théorie de la norme susceptible d'intégrer l'ensemble de ces dimensions, en vue d'une analyse cohérente de la transgression (B).

A. La norme une ambiguïté référentielle qui asque une structure différentielle de sens

Au regard de cette énumération, il apparaît que l'objet de la transgression ne relève pas d'un concept unitaire⁴ — c'est-à-dire d'un concept doté d'une référence unique ou centrale, d'une compréhension nette et d'une extension stable —, mais d'une structure de sens complexe, façonnée par les contextes d'énonciation.

Essayons de clarifier la manière dont les diverses formes de la transgression, en raison de leur ambiguïté référentielle, s'expriment au sein de ce que nous désignerons comme une structure différentielle de sens.

S'agissant des différentes déclinaisons de l'objet de la transgression.

Commençons par la transgression d'un commandement. Cette forme de transgression renvoie à la transgression d'un ordre. Il s'agit, selon la présentation désormais classique du professeur Amselek⁵, de considérer le commandement comme

⁴ Sur cette question, cf. A. G. Conte, « Studio per una teoria della validità », in *Filosofia del linguaggio normativo, I, studi 1965-1981*, en particulier les développements qui concernent à partir de la page 60 ; et surtout du même auteur : « Norma, cinque referenti », in G. Lorini et L. Passerini Glazel Giappichelli (ed.), *Filosofie della norma*, Torino, 2012, pp. 57-65. Pour une traduction française : A. G. Conte, *Recherches sur la philosophie du langage normatif*, pp. 39-50 (anthologie de textes du professeur Conte sous la direction de L. Passerini Glazel et P. Richard, PUL, Dikè, 2021. Pour un développement de cette réflexion sur la norme : L. Passerini Glazel, *Le realtà della norma, le norme come realtà*, saggio di filosofia del diritto, LED, Nomologica, 2020.

⁵ Parmi une très importante production scientifique nous nous permettrons de ne signaler que le texte suivant qui nous semble synthétiser la pensée de l'auteur sur cette question. P. Amselek, « Comment je vois le monde du droit », *Phenomenology and Mind*, n° 13, 2017, p. 33-40. Notons le passage dans lequel le professeur Amselek observe que « l'étymologie est à nouveau très édifiante : commander dérive de l'ancienne expression latine *manum dare*, mettre en

cet « objet » déposé par une autorité entre les mains d'un sujet, afin que ce dernier puisse l'entendre et l'appréhender pour mesurer ce qu'il lui est possible de faire ou de ne pas faire — autrement dit, pour situer sa place dans l'ordre des choses, dans la succession des événements « ordonnés » selon un choix politique.

Dans cette perspective, le commandement est, d'une part, un objet public, tandis que la norme correspond, d'autre part, à la réception subjective du commandement : la norme — ou la règle — qu'il véhicule relève ainsi d'une dimension privée.

Dès lors, deux formes de transgression peuvent être envisagées : d'une part, la transgression de la signification publique du commandement ; d'autre part, la transgression de la règle privée — l'outil de mesure à partir duquel le sujet évalue sa marge d'action au regard de ce qu'il comprend du commandement. La première transgression est, en un sens, politique et sociale, car elle concerne la traduction collective de l'ordre qu'incarne le commandement. La seconde, quant à elle, relève de l'usage singulier du cadre normatif par le sujet.

Dans cette logique, la transgression est principalement conçue comme une transgression sociale, voire politique — au sens où le politique fonctionne comme un miroir que la société se tend à elle-même pour se penser comme corps politique.

Il semble également possible de transgresser des valeurs. Cette approche est toutefois plus délicate. Le rapport du droit aux valeurs est en effet complexe : il conditionne la théorie du droit à laquelle on adhère, et donc le point de vue à partir duquel s'élabore un discours juridique. Dans une approche positiviste, par exemple, les valeurs ne sont pas en relation nécessaire avec la norme, contrairement à une théorie du droit qui s'ancrerait dans le jusnaturalisme. Le lien entre norme et valeur est ainsi contingent, et en partie idéologique⁶.

main, donner, d'où sont issus par contraction les verbes *mandare* et *commandare*. C'est littéralement donner aux adressataires des règles à observer, les leur mettre en mains pour qu'ils y ajustent leur conduite [...], *op. cit.*, p. 39.

⁶ Droit et moral forment deux ordonnancements qui sont différents au regard du contenu et vis-à-vis de la structure qu'ils adoptent. En général, la morale

Au-delà de cette remarque, somme toute assez triviale, on peut considérer que les valeurs n'expriment pas des entités en soi, mais se construisent à partir d'un rapport. Ce rapport peut être appréhendé, dans une perspective phénoménologique, comme la manière dont il apparaît à la conscience du sujet. La méthode phénoménologique implique une immersion dans le monde de la vie (*Lebenswelt*) afin de dégager une connaissance eidétiquement fondée : il s'agit d'identifier ce qui constitue l'essence d'un phénomène, en mobilisant les outils que sont l'épochè, la réduction phénoménologique et les variations eidétiques.

Ainsi, une chose n'a de valeur que dans le rapport intentionnel qu'un sujet établit avec elle. Ce qui se manifeste alors, c'est un jugement de valeur, issu de ce rapport. Il est possible de faire le lien entre cette conception de la valeur et la construction phénoménologique de la norme, dès lors que cette dernière permet de mesurer la normativité induite par notre rapport à une réalité.

En ce sens, la norme devient l'instrument de mesure de la transgression elle-même. Les valeurs se manifestent lorsque l'objet à partir duquel se construit cette mesure, c'est nous-mêmes. De même que la norme se « remplit » d'une réalité, notre conscience — pour employer un terme commode — se constitue à partir de notre rapport à cette réalité.

La transgression de ces valeurs apparaît alors comme une forme de reniement. C'est ainsi que les valeurs se manifestent pour nous.

Les valeurs inscrites dans le droit sont, pour leur part, d'une nature différente.

Certaines se révèlent dans l'usage même de la norme — par exemple : le caractère raisonnable d'un comportement, son excès, ou encore sa loyauté. Ces valeurs se manifestent dans

n'implique pas l'usage de la coercition et elle ne met pas en place de normes sur la production et l'application des normes. On estime que le droit positif à la différence du droit naturel considère que pour identifier la règle de droit il n'est pas *nécessaire* de recourir à une évaluation morale mais que le constat de son appartenance à un ordonnancement juridique.

l'évaluation concrète des conduites juridiques à l'aune de l'étalon de la norme.

Il est naturellement possible de percevoir ces valeurs à l'aune également de nos propres convictions morales, bien qu'elles relèvent, ici, d'une construction normative spécifique (nous sommes alors l'outil de mesure).

La transgression de la norme, entendue comme signification prescriptive — généralement véhiculée par un texte —, soulève d'autres difficultés. Dans cette approche, il convient de distinguer les deux attributs de la norme ainsi transgressée : la signification et la prescription.

En premier lieu, transgresser une norme revient à transgresser une prescription. Toutefois, il faut constater que toutes les normes ne sont pas structurées selon une modalité déontique. Certaines sont constitutives de l'objet sur lequel elles portent : elles ne prescrivent pas un comportement, mais définissent les conditions mêmes d'existence ou d'intelligibilité de cet objet. À ce titre, elles sont « constitutives » ou encore « constatatives » d'une réalité⁷.

La norme ne peut donc être réduite à sa seule dimension déontique⁸. Certaines normes énoncent les conditions de possibilité de ce qu'elles régissent. Enfin, la prescription elle-même revêt une forme logique : elle repose sur une proposition normative, c'est-à-dire une structure formulable dans un langage

⁷ S'agissant des normes constitutives : A. G. Conte, « Regola costitutiva in Wittgenstein », in Francesca Castellani (ed.), *Uomini senza qualità : la crisi dei linguaggi nella grande Vienna*, Uomo Città Territorio, 1981, pp. 51-68. « Konstitutive Regeln und Deontik », in Morscher/Stranzinger (ed.), *Ethik, Akten des Fünfter Wittgenstein Symposiums : Ethik, Wie*, 1981, pp. 82-86. « Regola costitutiva, condizione, antinomia », in *Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Scarpelli éd., Milano, 1983, pp. 21-39. « Regole eidetico-costitutive », *Nuova civiltà delle machine*, 3 (3-4), 1985, pp. 26-33. En langue française, « Phénoménologie du langage déontique », in *Recherches sur la philosophie du langage normatif*, op. cit., p. 175-193. Également, A. G. Conte, A. G. « L'enjeu des règles ». *Droit et Société*, 1991, n° 17-18, p. 125-146.

⁸ Sur cette question : Cf., G. Lorini, *Anankastico in deontica*, in O. G. Loddo, R. Pusceddu (dir.), *Nomologica*, LED, 2017. Pour une analyse des relations entre le concept de devoir anankastique et le concept de devoir déontique en particulier p. 64-96.

permettant d'exprimer une obligation, une permission ou une interdiction.

Ces diverses perceptions de la norme posent des problèmes différents à l'égard de la transgression⁹.

En second lieu, il convient d'évoquer la transgression d'une signification. Dans ce cas, c'est le rapport de dénotation de la norme qui semble en cause : c'est la manière dont la norme se réfère à un objet qui devient elle-même l'objet de la transgression. Cette problématique engage une certaine conception ontologique de notre rapport au monde.

Abordons ensuite la question de l'unification des références normatives au sein d'une structure différentielle. Il apparaît, à travers la pluralité des objets susceptibles d'être transgressés, que la norme ne se réfère pas à un énoncé juridique simple, mais à une diversité de phénomènes. La norme (au sens strictement juridique, c'est-à-dire telle qu'elle est posée par le droit positif) peut ainsi renvoyer à plusieurs types de réalités : un noème déontique, une énonciation déontique, un énoncé déontique, une proposition déontique, un état de choses déontique ; elle peut

⁹ Est-il ainsi possible de violer une norme constitutive ? la réponse est d'évidence : non. Il s'agirait, en l'espèce, non pas d'une violation mais du respect d'une autre règle appartenant à un autre jeu. Le sujet ici ne triche pas (il joue simplement à autre chose). Cette analyse est naturellement liée à ce que nous avons développé dans le cadre de la transgression des valeurs. La norme constitutive (sous ces diverses formes) est un outil de mesure qui constitue ce qu'elle offre de mesurer. Elle apparaît comme l'expression d'une normativité *top-down* qui se présente comme indépendante vis-à-vis du dynamisme spontané de la société et des interactions sociales. Certains auteurs, distinguent ces « règles constitutives » des « règles constituées » (qui expriment une normativité réflexive qui est orientée *bottom-up*) qui émergent spontanément des interactions sociales. C'est la relation entre ces deux types de règles qui offre, selon nous, une clé de compréhension à la transgression : ainsi, il est possible de mettre en évidence une dialectique entre les règles constitutives et les règles constituées. Elles expriment un *a priori* phénoménologique du droit (au sens de Reinach) qui se manifeste comme une espace de transgression qui apparaît comme le passage d'un « jeu » à une « forme de vie » et d'une « forme de vie » à un « jeu ». L'*a priori* normatif offre ainsi de passer « outre » le droit posé. De la même manière existe un espace entre la dimension logique de la proposition et la dimension sémiotique de l'énoncé qui permet la transgression.

également être incarnée dans un objet au sein d'une sémiotique juridique¹⁰.

Ce que révèle cette série d'objets — tous susceptibles d'être transgressés —, c'est le caractère polysémique ou l'ambiguïté référentielle du concept même de norme.

Cette polysémie peut être éclairée par des notions susceptibles d'en atténuer l'ambiguïté. Le concept de norme, central dans l'analyse de la transgression, peut ainsi être appréhendé comme une structure de sens — une matrice différentielle dans laquelle le sens se construit par une série d'oppositions structurées. La sémantique structurale parlerait alors de sémène.

Il s'agit dès lors d'identifier les traits de sens constitutifs du concept de norme, pour montrer qu'il n'est que le produit du jeu différentiel d'une structure signifiante, agissante dans le langage. Cette structure différentielle constitue la règle émergente qui rend possible l'intelligibilité du concept.

Les manifestations de cette structure sont affectées par les contextes d'énonciation : la norme fonctionne alors comme un déictique, dont le sens varie selon les contextes dans lesquels elle est mobilisée — qu'ils soient politiques, juridiques ou techniques¹¹.

Cette dernière analyse met en lumière la difficulté à distinguer clairement entre sens et signification. La norme peut ainsi faire l'objet d'une transgression, soit au regard de sa signification — son rapport au monde, sa capacité à désigner une réalité —, soit au regard de son sens — c'est-à-dire la manière dont un sujet s'oriente dans l'univers normatif. Tandis que la signification renvoie à l'arrimage de la norme à une réalité dans le langage, le sens correspond à une capacité de repérage et d'orientation dans l'action.

Dès lors que cette ambiguïté référentielle est établie, il devient essentiel, pour pouvoir appréhender la transgression de manière

¹⁰ Sur cette question : L. Passrini Glazel, *Le realtà delle norma, le norme come realtà, op. cit.*, en particulier le chapitre 2, « I referenti della parola "norma" » et plus spécifiquement la norme comme objet déontique, p. 44.

¹¹ Sur les normes techniques G. M. Azzoni, *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, 1991, Franco Angeli.

cohérente, de proposer une théorie englobante de la norme, capable d'intégrer la complexité de ses formes de transgression.

B. Une théorie intégrée de la norme au bénéfice de sa transgression

La norme doit être appréhendée à partir d'une structure différentielle, analysable selon deux axes complémentaires : une perspective diachronique et une perspective synchronique.

Dans une approche diachronique, la norme s'inscrit dans une chaîne de normativité, qui débute par un noème déontique et se clôt par la mise en acte de ce noème sous la forme d'un état de choses déontique. Ce rapport témoigne de l'effectivité de la norme.

Entre ces deux pôles s'articulent, généralement : une énonciation déontique, qui procède à un acte thétique, un énoncé déontique, qui exprime, une proposition déontique, portant le contenu normatif.

Cette articulation intermédiaire rend compte de la validité¹² de la norme, en tant qu'elle est énoncée, formulée et objectivée.

¹² Cette question de la validité semble généralement posée de manière maladroite. Kelsen lui-même semble hésiter entre une conception ontologique et une conception sémantique de la validité (la validité comme mode d'existence de la norme dans l'ordre du droit et validité comme prédicat de l'énoncé à la manière de ce que peut être la vérité). Pour appréhender convenablement cette notion le professeur Conte propose de mettre en relation ce concept avec la norme entendue à partir de son ambiguïté référentielle. Dès lors, il propose d'appréhender la validité à partir de différentes dimensions : la validité pragmatique (qui concerne les énonciations déontiques : les actes). Il est à noter, comme l'observe le professeur Conte, qu'il est plus simple de parler « d'invalidité pragmatique » pour rendre compte de cette dimension. C'est la position de celui qui réalise l'acte qui va engendrer l'invalidité de l'acte. Cette invalidité est liée aux conditions propres à l'auteur de l'acte. Ces conditions sont posées comme conditions nécessaires à la validité de l'énonciation. Elles sont ainsi posées par des règles anankastico-constitutives qui posent un devoir anankastique et non déontique), sémantique (qui concerne les énoncés déontiques) et ontologique ou syntaxique (qui s'attache à ce que produisent les actes : les status déontiques). Sur ces questions : A. G. Conte, *Lezioni di deontica, dagli appunti de Marco Q. Silvi (1996-1997)*, a cura di Marco Q. Silvi, LED, Nomologica, 2021, « lezione 2 : validità », p. 43-57.

La mouche et la bouteille

Dans une approche synchronique, la norme se présente comme l'expression d'une pluralité de déclinaisons de l'intentionnalité. En tant qu'objet intentionnel déontique — un noème, au sens phénoménologique — la norme est d'abord un objet de mesure de ce qu'il est possible de faire. Elle est le résultat de la visée intentionnelle d'une conscience orientée vers un objet d'action.

Ce noème est strictement privé, et se distingue fondamentalement du commandement, entendu comme énoncé public, formulé par une autorité compétente et interprété à partir des usages sociaux de la langue.

L'intentionnalité qui anime le noème permet à la conscience de se rapporter à la réalité, de la conformer, voire de la former (dans le cadre d'un réalisme modéré). Dans le discours philosophique, cette intentionnalité désigne habituellement la capacité « d'être-à-propos de quelque chose ».

Cette intentionnalité attribuée à la norme opère à deux niveaux :

- Elle permet de former une représentation de la réalité, fondée sur une croyance constitutive. La norme émergente, structure la réalité par le biais d'une habitude

d'action : elle devient croyance¹³, puis règle constitutive¹⁴, et non simplement constituée.

- Elle permet de mesurer la correction de l'action, au moyen de jugements de valeur. L'action est ainsi guidée par la force intentionnelle propre à la norme, laquelle articule disposition à agir et avantage retiré de cette action dans la construction du réel.

De cette dynamique émergent deux types de normes :

- Des **normes régulatrices**, qui orientent nos comportements,
- Des **normes constitutives**, qui participent à la formation même de notre réalité.

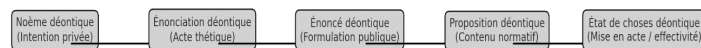
¹³ Dans le cadre de la philosophie de l'esprit les croyances se présentent à partir des « états de choses ». Au sein de ceux-ci se manifestent des « états de choses physiques » et des « états mentaux ». Les croyances se présentent ainsi comme des états mentaux (elles sont à ce titre dépendantes de nos facultés subjectives mentales. Les croyances en outre se présentent comme des « états mentaux propositionnels » (elles sont des états de pensée). Enfin, les croyances sont des états mentaux propositionnels « conceptuels » (car elles ont un contenu représentationnel). En ce sens, nous croyons que les choses sont telles ou telles. Il est également possible d'appréhender les croyances comme dispositions. Sur cette question : W. V. O. Quine et J. S. Ullian, *La fabrique des croyances : une introduction au raisonnement scientifique*, collection Inférences, éditions Markus Haller, Genève, 2021 pour l'édition française. Dans cette perspective croire n'est pas une action, mais une disposition à réagir. Cette disposition est comme la charge d'une batterie susceptible de perdurer un certain temps. La croyance ne tient pas tant à son objet qu'aux critères qu'elle dispose et dont elle dispose.

¹⁴ Les règles constitutives permettent d'apprécier la validité des règles présentent dans un ordonnancement. En effet, elles posent des conditions de ce sur quoi elles portent. Elles expriment une structure spécifique qui implique une forme déontique ou ontique. Elles engendrent ainsi une règle ou un statut. Ces règles engendrent des devoirs. Les règles anankastico-constitutives engent : un devoir anankastique, un devoir technique ; un devoir déontique. Pour expliciter cette situation reprenons l'exemple développé par le professeur Conte dans ses leçons. S'agissant de l'énoncé « le professeur doit signer le registre ». Celui-ci exprime une règle ananka-constitutive qui détermine les conditions de validité du registre. Le devoir anankastique que supporte la règle est celui qui concerne l'acte (la signature) ; le devoir technique concerne l'agent ; le devoir déontique concerne l'agent soit au regard d'un *status* qu'il adopte (il va agir comme professeur) soit au regard d'une « situation contingente » (par exemple un examen). A. G. Conte, *Lezioni di deontica, « Regola costitutiva »*, op. cit., p. 69-74.

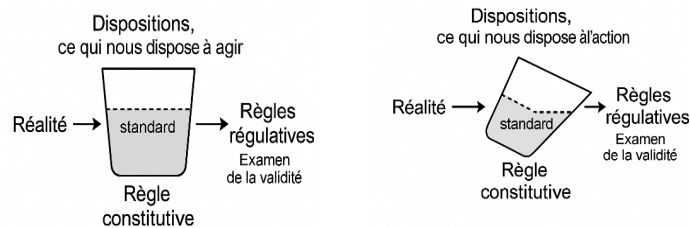
La mouche et la bouteille

En ce sens, la croyance (entendue comme habitude d'action orientée vers un monde structuré par la norme) et le désir d'agir (mesuré par cette même norme) sont intentionnellement intégrés dans l'outil de mesure qu'est la norme.

Chaîne diachronique de la normativité



Chaîne de validité et d'effectivité de la norme



Dans cette conception, la norme permet de prendre la mesure des situations standardisées et de juger le caractère excessif de certaines situations, en les évaluant par rapport à cette moyenne implicite. La règle régulatrice, quant à elle, correspond à la situation normée actualisée dans le monde de l'action. Elle est

appréciée au regard de sa conformité à ce que prescrit l'outil de mesure normatif.

Ces normes possèdent une force propre — la normativité —, qui s'exprime à travers la disposition inhérente à la norme. Cette disposition¹⁵ est une force potentielle, susceptible de s'actualiser ou non selon le contexte. Elle dépend ainsi du rapport que nous entretenons avec la norme.

Dès lors, il s'agit de nous situer soit par rapport à ce qui est institué, soit par rapport à ce qui est provoqué par cette institution.

Il est donc possible de transgresser chacune des dimensions de la norme, sans pour autant échapper à l'influence de la norme entendue comme structure de sens. En ce sens, transgresser une dimension de la norme peut, paradoxalement, permettre d'en respecter la structure complexe.

¹⁵ La réhabilitation des dispositions a été réalisée sous la poussée conjointe de divers facteurs et de divers champs disciplinaires : La science physique, en premier lieu, avec la compréhension qu'il était, in fine, difficile de se débarrasser totalement des dispositions (non seulement dans le discours des scientifiques, mais également dans l'image du monde qu'elle offre aujourd'hui avec la « physique quantique ») il s'agit là de la prise de conscience de cette habitude de pensée que nous avons préalablement signalée (Sur une présentation historique des dispositions : cf. Bruno Gnassounou et Max Kistler (dir.), *Les dispositions en philosophie et en sciences*, Paris, CNRS Éditions, 2006. Comme l'observe B. Gnassounou dans l'introduction : « [...] il est quelque peu douteux que les scientifiques eux-mêmes aient renoncé à parler le langage des dispositions et des pouvoirs d'agir. Non seulement, on se demande comment le chimiste pourrait ne plus parler d'acide, de base ou de catalyseur, le pharmacien d'anti-dépresseur, d'analgésique ou de reconstituant, mais la physique elle-même, en particulier dans sa partie quantique, semble ne pas pouvoir se passer de dispositions (masse, spin) portées par les particules élémentaires. », *op. cit.*, p. 5.). Au-delà de la science physique, l'essor des probabilités et du concept de « propension » va également favoriser ce renouveau (Sur cette question : M. Belis, « Causalité, propension, causalité », in *Intellectica. Revue de l'Association pour la Recherche Cognitive*, n°21, 1995/2, « Fonctionnalismes », p. 199-231). Enfin, les développements récents de la « philosophie de l'esprit » vont prendre acte des impasses du cartésianisme (et de son théâtre) ainsi que du behaviorisme. Ces développements manifestent un intérêt particulier pour les dispositions à partir de l'examen spécifique des états intentionnels.

II. Transgresser pourquoi ?

Si la transgression se caractérise par l'acte de passer « outre », elle suppose logiquement l'existence d'un espace — complexe et articulé — de transgression. Cet espace est celui que tisse, à notre bénéfice, la structure de sens qu'incarne la norme. Comme nous l'avons vu, celle-ci exprime un espace différentiel, révélant non seulement les différents aspects de la chaîne normative, mais aussi les relations que la norme entretient avec la réalité — par l'intermédiaire du langage et de la conscience.

Cet espace est à la fois celui de nos raisons et celui de nos actions. Pour reprendre une formule classique : c'est la même rue que nous parcourons, mais dans un sens différent. En la montant, nous traversons un espace réel composé de régularités et générateur de règles émergentes ; en la descendant, que nous connaissons désormais, nous découvrons ces règles — constitutives ou régulatrices — qui structurent l'expérience¹⁶.

L'espace dans lequel se présente la transgression permet ainsi de dégager l'existence d'une échelle de causalité à laquelle nous répondons. Face à un événement, trois niveaux d'analyse peuvent être mobilisés pour en comprendre la causalité : le niveau du constat des régularités ; le niveau de l'action, qui permet un ajustement à la réalité et met à l'épreuve certaines causalités ; le niveau contrefactuel ou projectif, qui engage l'imagination normative¹⁷.

La transgression permet de dépasser la simple observation des régularités, en testant la normativité dans l'action et dans l'imaginaire. Transgresser, c'est ainsi mieux comprendre l'échelle des causes qui déterminent nos actions et engagent nos raisons.

¹⁶ A. G. Conte dans un texte précité (la leçon sur la validité) formule cette thématique de la manière suivante : « l'ordonnement est un schéma neutre où tout peut advenir ». *Lezioni di deontica, op. cit.*, p. 53.

¹⁷ Sur cette question : J. Pearl, *Le livre des pourquoi, la nouvelle science des causes et des effets*, Hermann, Paris : 2024. Cette question des contrefactuels est également essentielle dans le cadre de l'analyse des dispositions. En effet, les contractuels peuvent permettre de mettre en évidence une disposition qui n'est pas encore, dans un certain contexte, manifestée.

C'est au sein de cet espace sémantique de sens, porteur d'une force dispositionnelle, que se manifeste la dimension qui nous permet de nous orienter dans le labyrinthe de l'action (A). Cette dimension constitue le lieu d'émergence d'une stratégie intentionnelle, inhérente à la condition humaine et à la vie elle-même (B). S'ouvre alors un espace nomotrope, qui apparaît comme la clé du mystère de la transgression à l'égard des différents codes déontiques (C).

A. Une dimension sémantique de sens dans laquelle nous nous orientons

Cette structure sémantique de sens nous semble être l'espace même de la normativité. C'est elle qui se présente comme « ce ciment des choses¹⁸ » qui nous rend capables de nous projeter avec efficacité dans le futur et dans un monde qui apparaît dès lors comme doté d'une certaine continuité¹⁹.

Le droit est fait pour les hommes et son sens (ou son « intension » : *Sinn*) nous semble devoir se manifester ainsi dans « le sens commun » que l'usage lui accorde. Dans cette perspective, les normes en lien avec les « dispositions » livrent certains de leurs secrets lorsque l'outil qu'elles supportent (ou engendrent) livre lui-même sa fonction au bénéfice des hommes. Cet outil nous dispose alors à agir dans un certain sens. La disposition des philosophes, nous offre, non seulement, de mesurer l'existence et la présence d'un rapport dans le monde, mais également de présumer que cette mesure sera réalisée par celui qui sera destinataire du commandement.

Cette dimension de l'intentionnalité a parfaitement été développée par E. Anscombe²⁰ dans son approche phénoménologique célèbre de l'intention. Dans la thèse centrale

¹⁸ C. Tiercelin, *Le ciment des choses : petit traité de métaphysique scientifique réaliste*, collection Science et métaphysique, éd. D'Ithaque, Paris, 2021.

¹⁹ Il s'agit d'envisager la possibilité d'une pensée dotée d'une « longue vue » afin de permettre la création d'une continuité dans le but de disposer d'informations pertinentes.

²⁰ G. E. M. Anscombe, *L'intention*, trad. de l'anglais par Cyrille Michon et Mathieu Maurice, préface de Vincent Descombes, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », n° 681, 2022, 224 p.

de son ouvrage elle déclare ainsi : « en gros, l'intention d'un homme c'est son action ». Dans cette affirmation deux éléments apparaissent éclairants. D'une part, c'est la partie la plus évidente, l'intentionnalité semble se présenter comme un antécédent causal de l'action dans un espace des raisons, d'autre part, cette affirmation ne vaut « qu'en gros ». Le dernier aspect est assez classique pour une étudiante de Wittgenstein comme E. Anscombe il signifie que nous ne devons pas, dans l'étude des phénomènes humains, aller trop loin et que nous devons examiner ceux-ci sans les couper de la forme de vie qui offre le sens. Souvent les choses ne sont ainsi que ce qu'elles sont.

B. La transgression comme affirmation d'une stratégie intentionnelle

Pour le philosophe D. Dennett²¹, l'esprit ne comporte pas réellement de vie consciente, mais des propriétés dispositionnelles réactives. Dès lors, il n'y a pas une véritable conscience réflexive rendant compte d'une volonté intentionnelle de « viser » une réalité (une intention consciente et volontaire), mais une information inconsciente (une mise en forme inconsciente qui offre un rapport au réel). En outre, ces dispositions n'ont pas une réalité intrinsèque, mais n'existent que par l'entremise d'un usage social partagé : d'un rapport, d'une organisation des choses en relation dans le monde. En outre, elles permettent le développement d'une stratégie que la vie elle-même adopte.

En ce sens, le philosophe américain estime que l'intentionnalité n'est pas tant le fait de celui qui produit une chose (un artefact ou une norme), que de celui qui va l'interpréter et lui donner du sens. De façon synthétique la pensée de Dennett est la suivante : il est stratégique pour l'homme (comme animal

²¹ Les travaux de D. C. Dennett, publié en France : *Théorie évolutionniste de la liberté*, Paris, O. Jacob, 2003 ; *La diversité des esprits : une approche de la conscience*, Paris, Hachette, 1996 ; *La conscience expliquée*, Paris, O. Jacob, 1993 ; *La stratégie de l'interprète : le sens commun et l'univers quotidien*, Paris, Gallimard, coll. « NRF essais », 1990 ; *De beaux rêves : obstacles philosophiques à une science de la conscience*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 2012.

rationnel habité par le langage) d'attribuer à des choses diverses des croyances ou des désirs. Attribuer à une chose une croyance (au sens large) transforme celle-ci en système intentionnel (en un système dont il est possible d'apprécier le rapport qu'elle va susciter dans sa relation avec son environnement). On va ainsi considérer que « l'autre » (ce qui est pour nous objet de notre réflexion) a des « croyances » et des « désirs » et que sur cette base son fonctionnement est prévisible, et ceci rapidement et sans trop de défauts (c'est l'intérêt essentiel de la présence de ce système intentionnel). Le rapport à l'autre, ainsi tissé, offre des aspects prédictifs qui favorisent la survie de l'espèce et de l'homme dans sa singularité.

L'intention attribuée à la norme (par l'entremise du système intentionnel) serait alors de coller à la réalité et de la normer : de faire apparaître des régularités au bénéfice des hommes qui percevraient et interpréteraient ce système intentionnel. Il s'agira de poursuivre dans une régularité afin de pouvoir postuler la présence d'une règle que nous pourrions suivre.

Cette stratégie intentionnelle ne peut se développer que sur un fond de dispositions. Notre nature nous dispose ainsi à accepter la présence d'une intentionnalité qui offre de développer cette stratégie au bénéfice de notre survie. Cette intentionnalité implique alors une homéostasie entre les entités et leur environnement (une recherche d'équilibre, la manifestation du *conatus* chez Spinoza). Ainsi, cette homéostasie exprime ce « ciment des choses » ou cet « ordre étrange du monde » que certains questionnent aujourd'hui. La norme, dans son ambiguïté référentielle, incarne, à sa manière, cette recherche d'équilibre et elle sert de support à cette stratégie de l'interprète qu'a parfaitement décrit D. Dennett. Dès lors, cette stratégie permet à « l'animal rationnel et cérémoniel » que nous sommes de nous orienter dans un système de sens sans jamais perdre de vue le réel de l'action. La transgression de la règle se fait toujours au bénéfice du sens.

Cette capacité à garder ainsi la chose dans le viseur de son intentionnalité implique des ajustements et ceci dans le but de parvenir, convenablement, à maintenir le contact (et donc le développement des concepts juridiques par extension du fait de l'opacité référentielle des conceptions intensionnelles). Ce

phénomène explicite la marge qu'offre l'outil normatif dans notre mesure du réel (il se manifeste dans le langage juridique par l'usage de certains termes comme : « standards », « étalons », « règles »). Avec les normes entendues comme « système dispositionnel » il s'agirait pour reprendre l'élégante formule de Dennett de laisser « le monde nous avertir²² ». La transgression offre malgré les règles du droit positif de permettre à la règle de normer notre rapport à la réalité afin de nous avertir d'éventuels décalages et du besoin de régler autrement notre rapport à cette même réalité.

C. La nécessité du maintien d'un espace nomotropique

Ainsi, la transgression exprime, selon nous, la force dispositionnelle de l'intentionnalité, telle qu'elle se manifeste dans un espace nomotropique²³.

L'espace nomotropique désigne le cadre dans lequel s'élabore une explication des actions humaines. Il constitue une clé de lecture des comportements, en posant que ceux-ci sont toujours engendrés par un positionnement du sujet à l'égard d'une règle — entendue ici dans toute sa complexité, comme nous le verrons.

Il conviendra, dans un premier temps, d'examiner le concept d'espace nomotropique (1), puis, dans un second temps, d'étudier la manière dont les comportements humains s'orientent en fonction de la présence des codes déontiques, constitutifs de cet espace (2).

1. La notion d'espace nomotropique

La perspective du nomotropisme est ainsi parfaitement cohérente au regard de la construction d'un concept de norme rendant compte d'une ambiguïté référentielle. Les

²² D. Dennett, *La conscience expliquée*, op. cit., p. 225.

²³ Sur cette question du nomotropisme : A. G. Conte, « Nomotropismo : agire in funzione di regole », *Sociologia del diritto*, n° 27, 2000, pp. 1-27. Également, P. Di Lucia, *Normatività : diritto linguaggio azione*, Torino, Giappichelli éd., Serie teorica, 2003, p. 60, en particulier pp. 183-209. L. Passerini Glazel, *Atto norma tipo*, Aracne éd., 2012. En particulier « norme in disuso : agire nomotrofico e atrofizzazione di norme » (sur la distinction entre nomotropisme et le nomotrophisme).

comportements se développent dans un espace normatif complexe caractérisé par une influence homogène des règles et une influence combinée des règles²⁴.

En ce sens, les comportements humains sont liés intentionnellement à une exigence homogène et complexe de normativité.

Cette influence de la complexité normative s'analyse, conformément à deux questions : les actions sont-elles *toutes* liées à la présence d'une règle (c'est la dimension d'homogénéité) et agit-on toujours en fonction *d'une* seule règle (c'est la dimension combinée de complexité)²⁵ ?

Les réponses à ces deux interrogations semblent pouvoir être formulées dans les termes suivants.

S'agissant de l'homogénéité de la présence des règles : soit le comportement humain est normé et suit une règle posée *a priori*, auquel cas il devra, sur cette base, opérer des choix (dans un espace de bifurcation) ; soit il poursuit une action régulière dans une certaine régularité, laquelle pourra être constitutive, *a posteriori*, d'une raison formulée au bénéfice de ces actes²⁶. La simple observation d'un jeu n'est donc pas, en elle-même,

²⁴ Elle se déduit de l'idée selon laquelle se conformer à la prescription véhiculée par la norme n'explique pas la dimension causale propre à la norme. La normativité va ainsi au-delà de la simple perception déontique de l'obligation. Cette situation est engendrée par le fait que dans la théorie de la norme que nous défendons la norme n'est pas uniquement liée à la prescription. En ce sens, la question de la normativité est proche de la question classique en philosophie de la force causale des dispositions. On sait que diverses thèses (parfaitement assimilables à la normativité selon nous) ont été développées afin de traiter, dans le champ de la philosophie contemporaine, de la question des dispositions. Parmi les plus importantes certains estiment qu'il est possible d'éliminer celles-ci (en récusant leur existence au bénéfice d'un effet du langage) ou de les réduire à une base matérielle.

²⁵ Cf. G. A. Conte, « Nomotropismo, agire in funzione di regole », *Filosofia del linguaggio normative*, III, op. cit., p. 893-920. Dans ce texte essentiel le professeur Conte s'attache à l'examen des travaux de Th. Geiger afin de dégager par interprétation divers paradigmes.

²⁶ Cf. sur cette question les réflexions du professeur Conte sur le paradoxe pro hairetique. Par exemple, dans le cadre de son étude « Code deontici » précitée. S'agissant de l'analyse de divers paradoxes déontiques au regard de la question du vrai et de la vérité : A. G. Conte, *Adelaster il nome del vero*, LED, Nomologica, 2016.

susceptible de manifester la présence d'une norme, mais elle peut fonder la déduction d'une pluralité possible de règles comme raisons du jeu. Cette question a été abordée, entre autres, par des philosophes comme W. Quine et R. Brandom. Il apparaît que soit les règles préexistent au comportement qu'elles norment, soit le comportement exprime une régularité qui trouvera une raison dans une règle.

En ce sens, il apparaît que les actions peuvent toujours être appréhendées à partir d'une règle ou d'une régularité (d'une norme ou d'un comportement perçu comme normal dans un « jeu » se développant au sein d'une « forme de vie »). La régularité constitue alors le « fond » susceptible d'être cristallisé dans une règle constitutive, laquelle sera elle-même le préalable de ce sur quoi elle portera. La règle constitutive s'analyse à travers la perception de diverses dichotomies. Ainsi, ces règles peuvent être « ontiques » ou « déontiques » (les règles constitutives « déontiques » pouvant elles-mêmes être « paradigmatiques » ou « syntagmatiques ») ; elles peuvent être « eidétiques » (la norme constitutive étant la condition de possibilité de penser ce sur quoi elle porte) ou « thétiques » (la norme constitutive constituant alors la condition suffisante d'actualisation de ce sur quoi elle porte). On comprend alors que la règle régulative n'est jamais qu'un des facteurs susceptibles d'expliquer ou d'analyser une situation. Cette règle régulative peut parfaitement conditionner une action, mais elle n'en est pas la condition nécessaire en termes de pensée ou de possibilité logique. Réduire une action à cette forme revient à ne retenir qu'un des facteurs d'explication du comportement des opérateurs.

Par ailleurs, les comportements s'analysent bien souvent comme le résultat d'une pluralité de normes. En ce sens, le schéma de causalité visant à expliciter un comportement est toujours complexe et permet de distinguer une échelle de causalité²⁷. Un exemple évident peut être déduit du fait suivant : dès lors que les règles constitutives déontiques (celles qui

²⁷ Au-delà des analyses de Pearl précitées il est possible d'identifier l'ordonnancement comme un schéma neutre dans lequel tout peut apparaître selon la formule du professeur Conte.

engendrent les règles régulatrices) peuvent être syntagmatiques ou paradigmatiques, il en résulte qu'un comportement peut respecter simultanément deux types de règles : d'une part, celles déduites d'une classe de règles normant un comportement de manière paradigmatique (une tour, dans le jeu d'échecs, doit se déplacer soit horizontalement, soit verticalement) ; d'autre part, celles qui se déduisent de la situation spécifique et singulière dans laquelle se trouve un opérateur. Comme l'observe le professeur Conte, les normes syntagmatiques ne déterminent pas une forme d'action, mais déterminent la norme de l'action. Dans la conformité requise aux règles, l'opérateur doit respecter ces deux dimensions.

De même, force est de constater que les comportements humains se positionnent de différentes manières au regard de la norme. Ils peuvent s'y conformer : il s'agit alors de suivre un modèle, un patron, ou de se situer à partir d'un outil de mesure indiquant ce qu'il est possible de faire. Il est également possible — et c'est l'un des aspects de la transgression — de ne pas se conformer à cet outil de mesure ; dans ce cas, il conviendra néanmoins de mesurer ce nouveau comportement à l'aune d'un autre modèle. La transgression n'est ainsi que la réaffirmation d'une règle à un niveau différent, et suppose un positionnement à partir de la norme récusée. Le comportement est dès lors, pour partie, conditionné par la norme violée, même s'il ne s'y conforme pas. On peut également considérer que la transgression ou la violation d'une norme constitue une réaction à un éventuel décalage entre celle-ci et le *noème* déontique qui lui avait donné naissance. Dès lors, la transgression engendre un effet paradoxal d'activation de la norme en cause. Ce mouvement met l'accent sur cette norme afin d'en démontrer les défauts et d'en provoquer l'évolution. Les diverses dimensions ainsi décrites relèvent de ce que la doctrine qualifie de *nomotropisme* et de *nomotrophisme*²⁸. Il s'agit, dans un cas, d'orienter son comportement en fonction de la norme ; dans l'autre, de nourrir la norme à partir de sa négation.

²⁸ Conformément aux analyses développées par le professeur L. Passerini-
Glazel dans l'ouvrage : *Le realtà della norma, le norme come realtà, op. cit.*

En ce sens, les comportements s'orientent toujours dans un espace nomotropique, qui constitue finalement l'espace même de nos raisons. Se pose alors une dernière question : la transgression se fait-elle au bénéfice de quel sujet ?

III. Transgresser pour qui ?

La transgression s'effectue au bénéfice d'un sujet normé, qui développe une liberté d'action éthique au sein d'un espace qui, selon les termes de Spinoza, exprime l'intellection de la nécessité. L'espace normatif nomotropique se présente alors au sujet non plus seulement sous la forme d'un code déontique, mais également comme porteur de la présence d'un code sémiotique. Le droit, au-delà de sa force déontique, en vient à lui faire signe (A) C'est dans cet espace que le sujet pourra par l'entremise de la transgression développer une éthique de la transgression (B).

A. L'orientation transgressive des comportements face à un « code déontique »

L'espace nomotropique est engendré par la présence d'un code déontique²⁹. Il s'agit ici de faire référence à un ensemble organisé de règles et d'énoncés normatifs : un « jeu » inhérent aux obligations juridiques, qui ne serait, en définitive, que l'ensemble codifié de ces règles constitutives. Ces codes déontiques sont également, nécessairement, des codes sémiotiques, pour trois raisons parfaitement exposées par le professeur Conte. Ils nous font signe à partir du langage et nous permettent de nous orienter dans un espace de sens — ce que traduit notre conception de la norme comme espace différentiel de signification. C'est cette dimension sémiotique qui justifie l'importance de la traduction et de l'interprétation.

- En premier lieu, cette situation s'explique par le fait que les énoncés normatifs prennent la forme de la langue

²⁹ Sur cette question l'étude du professeur Conte qui nous offre notre cadre d'analyse : « Codici deontici », in *Intorno al « codice » Atti del III Convegno della Associazione italiana di studi semiotici*, Pavia, 26-27 settembre 1975, Firenze, La nuova Italia, 1976, p. 13-25. Également in *Filosofia del linguaggio normativo, I, studi 1965-1981*, Giappichelli, p. 147-161.

vernaculaire ordinaire. À ce titre, le code est un code de qualifications déontiques.

- En deuxième lieu, les codes déontiques sont également des codes de codification déontique : ils posent des critères permettant une certaine catégorisation à travers un agencement déontique particulier.
- Enfin — et c'est l'aspect qui va principalement nous intéresser — ces codes se présentent également comme des codes de décodification déontique selon, là aussi, l'expression du professeur Conte. Par cette expression, A. Conte désigne l'action réalisée, par exemple, par l'anthropologue, la psychologue ou le sociologue face à un code déontique. Cette dimension manifeste la possibilité d'un regard externe sur le droit, à partir d'un système de sens différent de celui mobilisé par le « juriste ». L'opérateur peut ainsi appréhender le code comme un ensemble de signes, interprété à partir d'un autre système de valeurs ou de significations.

L'opérateur dont le comportement est observé suit-il une règle ou poursuit-il une régularité ? Est-il en train de transgresser une norme ou d'évoluer dans une « forme de vie » ? Règle-t-il son comportement ou répond-il à un signe ?

Cette manière d'articuler la question de la transgression autour des relations entre codes déontiques et codes sémiotiques constitue, en réalité, une relecture de la célèbre interrogation formulée par Wittgenstein³⁰, inhérente à une certaine mythologie des règles : les règles seraient-elles des « rails » de la pensée (vision platonicienne), ou bien des « panneaux indicateurs » permettant de s'orienter dans un espace de sens — auquel cas la

³⁰ L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, trad. de l'allemand par Françoise Dastur, Maurice Élie et al., Paris, Gallimard, coll. « Tel », 2004. (1^e éd. française en 1961). Par exemple, § 201 : « Ce n'est pas une règle qui peut déterminer une manière d'agir pour toute la suite. Cela signifie que toute interprétation d'une règle est, à son tour, tributaire d'une autre interprétation. » Ce questionnement est essentiel dans la seconde philosophie de Wittgenstein. Il va naturellement nourrir des discussions importantes dans le champ de la philosophie du langage. Par exemple, Saul Kripke, dans *Wittgenstein on Rules and Private Language* (1982), qui formalise ce problème sous la forme d'un « scepticisme wittgensteinien ».

règle ne serait rien d'autre que son interprétation ? Wittgenstein, en réalité, ne répond pas à cette question : il en révèle les présupposés et en met en lumière le problème.

C'est à ces interrogations que semble répondre la distinction opérée par le professeur Conte entre règle et régularité, et entre norme et normalité. Selon le philosophe et juriste italien, ce qui distingue fondamentalement ces concepts tient au fait que la régularité est, par définition, unitaire — puisqu'elle relève d'un donné réel : *le monde est ce qu'il est* — tandis que la règle peut être, déontiquement, « une » et, selon d'autres aspects, « binaire ». C'est ce que montre, par exemple, le célèbre paradoxe d'Oreste, fondé sur l'énoncé déontique suivant : « *Il est obligatoire d'honorer ses parents.* » Pour respecter cette obligation, Oreste, dont la mère a tué le père, doit la transgresser : il est en effet interdit de tuer ses parents, mais il lui faut, pour satisfaire l'obligation initiale, tuer sa mère³¹.

Si la régularité s'impose, dès lors qu'elle découle nécessairement de la *forme de vie* elle-même, le choix opéré pour rendre effective une norme déontique dépend, quant à lui, de la disposition de la norme, c'est-à-dire des contextes de son énonciation.

À travers ces distinctions, ce que semble manifester le professeur Conte, c'est la séparation entre une *forme de vie* — arrière-plan des règles — et les règles elles-mêmes. Poursuivre une régularité revient à accepter qu'elle doive être décrite dans l'arrière-plan qu'est le flux même de la vie, en cohérence avec celui-ci. En ce sens, ce que poursuit l'opérateur dans une régularité, c'est le mouvement même d'« une vie ». Suivre une règle, en revanche, c'est suivre les interprétations qui se déploient à partir de cette base, dans un univers de possibles bifurcations.

³¹ Pour une présentation des paradoxes dans le domaine de la philosophie du langage normatif : A. G. Conte, « Ricerca d'un paradosso deontico », in *filosofia del linguaggio normativo, I, op. cit.*, pp. 79-116. Sur le « paradoxe » : A. G. Conte, « Codici deontici », *op. cit.*, p. 150 et s.

B. Une éthique de la transgression

Dans un texte désormais classique, le professeur Conte reprenait à son compte en la renversant la célèbre métaphore de Wittgenstein de la mouche et de la bouteille³². Pour le juriste et philosophe italien, le rôle attribué aux règles serait alors de permettre à la mouche d'entrer dans la bouteille et d'offrir aux hommes une grammaire pour leurs raisons et leurs actions.

Dans cette perspective, le rôle de la transgression ne serait pas de faire disparaître la bouteille, mais d'agir comme si celle-ci était une bouteille de Klein. Par la transgression, l'opérateur a l'impression de passer « outre » la règle à laquelle il s'oppose ; il se rapporte toutefois toujours à une règle, vis-à-vis de laquelle il se positionne. Ce faisant, il ne fait que réaffirmer, à un autre niveau, la normativité de la *forme de vie* dans laquelle les régularités sont décrites et les règles interprétées, dans laquelle des normes émergent et structurent une part de notre ontologie. Croyant sortir de la bouteille, il n'en modifie que les limites. Dans cet espace normatif non orientable, il est impossible de se situer en définissant clairement la présence d'un intérieur et d'un extérieur.

Cette situation impose la compréhension d'une éthique spécifique. Par l'éthique, il s'agit de répondre pleinement du lieu où se développent notre discours, nos pensées et nos actions. Ce qui est connu — la conscience réflexive que nous avons de nos pensées, de nos actions et de nos paroles — ne peut l'être qu'à travers nos énoncés, tandis que ce qui est inconnu se présente comme une structure du langage lui-même (c'est l'inconscient structuré comme un langage). L'éthique du sujet consiste ainsi à prendre conscience du lieu d'où il parle. Le sujet « de droit », l'opérateur juridique, doit donc être en mesure de rendre compte de ses actions et de son discours à partir de la configuration que constitue l'espace normatif nomotropique. Dans ce mouvement éthique, ce que le sujet rencontre est le fait suivant : dans l'espace du droit, il ne se trouve jamais lui-même ; ce qu'il rencontre, ce

³² Sur la portée de cette métaphore l'analyse du professeur Conte dans son texte : « Regole di linguaggio e linguaggio delle regole », *Filosofia del linguaggio normativo*, III, pp. 423-445. En particulier p. 429, et 431 et s.

sont ses coordonnées juridiques. La mouche est entièrement dépendante de la bouteille pour justifier ses actions et ses choix. La structure que forme la métaphore de la mouche et de la bouteille implique sa propre clôture et sa propre défense.

Le désir — qui, pour être pleinement satisfait, doit être sans objet — pousse l'opérateur à vouloir violer la règle et à s'en abstraire. Mais ce désir se manifeste le plus souvent sous la forme de la transgression, laquelle permet de passer « outre » une règle pour mieux subir le joug d'une autre. La morale agit ici comme un mécanisme de défense sociale : elle est ce qui rend présent le réel de notre situation sous la forme de l'interdit. Le système symbolique qu'offre le droit permet, de la sorte, de structurer ce réel sous la forme paradoxale de la transgression.

L'éthique, à la différence de la morale, consiste à offrir une certaine résistance au mouvement du désir (alors que la morale consiste à y céder). Il ne s'agit pas de résister au désir lui-même — ce serait impossible, car il est constitutif du sujet — mais à son mouvement, c'est-à-dire à la succession des règles transgressées, qui donne à l'opérateur juridique accès au réel de ses coordonnées.

Pour certains, le droit serait ainsi sublime. L'« État de droit » ou les « droits fondamentaux » représenteraient aujourd'hui le *sublime du droit* : il résiderait dans notre capacité à mettre un objet à la place de la chose elle-même. Le droit, comme la religion, constitue une manière d'éviter le vide par le mouvement même de la transgression.

L'éthique offre un temps d'arrêt à ce mouvement. Dans le passage évoqué entre la régularité que l'on éprouve dans le flux de la vie et la règle que l'on retrouve, se manifeste un décalage. Ce décalage est peut-être, en partie, le mouvement même de notre désir de droit et l'explication de notre propension à la transgression. En avançant dans la rue imaginée par Héraclite³³, l'éthique nous invite à nous arrêter afin de faire le point sur l'écart entre ce que je connais et ce que je reconnais. Ce que le sujet cherche, dans ce voyage du droit, c'est ce qu'il retrouve sans jamais l'atteindre : un *réel du droit*.

³³ ὁδὸς ἄνω κάτω μία καὶ ὡστή.

Pascal RICHARD

Tableau croisé : Règle / Régularité × Déontique / Non-déontique

Ce tableau croisé présente la distinction entre règles et régularités (abscisses) et entre déontique et Non-déontique (ordonnées). Chaque cellule explicite ainsi la nature du phénomène normatif concerné.

	RÈGLE (devoir-être — <i>Sollen</i>) Structure complexe : une et binaire « On suit une règle »	RÉGULARITÉ (être — <i>Sein</i>) Structure simple : unitaire par nature « On poursuit dans une régularité »
Déontique	3 niveaux de déonticité existent : <i>Syntaxique</i>, il correspond à la présence d'un foncteur déontique dans l'énoncé <i>Sémantique</i>, il correspond au sens déontique, à la proposition logique <i>Pragmatique</i>, il correspond à une énonciation déontique (thétique) Il est possible de transgresser un niveau de cette déonticité pour affirmer un autre niveau de déonticité. Cette situation résulte de la nature complexe de la règle.	Une régularité déontique : il s'agit d'une régularité qui se manifeste en la présence d'une règle... L'action ne se fait pas en conformité à la règle, mais en fonction de la présence d'une règle. L'action peut également se faire conformément à une règle, mais celle-ci ne sera pas déontique (elle pourra être par exemple nécessaire : anankastique). Il est possible de transgresser une règle déontique mais d'agir en fonction de celle-ci...

Non-déontique	3 niveaux de non-déonticité : Syntaxique, par exemple les règles constitutives Sémantique, par exemple les règles anankastiques Pragmatique : par exemple lorsque l'énonciation n'est pas déontique	Il peut s'agir de la reproduction purement mimétique d'une action...
----------------------	--	---

LA DESOBEISSANCE CIVILE ET LE DROIT DE
RESISTANCE.
DES INSTRUMENTS PACIFIQUES
POUR L'EMERGENCE DE CONFLITS

Ines CIOLLI

Sommaire

- I. La désobéissance civile et le droit de résistance
- II. Les racines de la désobéissance civile : d'Antigone à Socrate, le droit des Anciens
- III. La désobéissance civile : une manifestation collective dissidente

I. La désobéissance civile et le droit de résistance

La crise actuelle de la représentation, l'érosion de la légitimité démocratique et l'émergence de nouvelles formes de conflits sociaux, phénomène dus à la régression démocratique¹, appellent à une réflexion renouvelée sur des concepts fondamentaux de la tradition politique et constitutionnelle : la désobéissance civile, le droit de résistance et la révolution. Ces notions, tout en partageant une matrice commune d'opposition à l'ordre établi, diffèrent dans leur structure, leur intensité et leur finalité, prenant forme en tant que réponses différenciées à la crise de la légalité et de la justice. Cette étude propose de souligner leur signification dans la tradition théorico-constitutionnelle et leurs implications possibles dans le contexte juridique contemporain.

La désobéissance est considérée comme étant « civile » quand elle prévoit une manifestation contraire à l'autorité constituée, mais en exprimant un désaccord pacifique, destiné à rétablir

¹ Contre démocratie...

l'ordre constitué. Cela ne signifie pas qu'il n'existait d'autres formes de contrariété à l'ordre constitué, mais, dans ces autres cas, on parle plutôt de droit de résistance, et encore dans une phase révolutionnaire qui prend normalement des contours moins paisibles.

Cette distinction est également basée sur le but à atteindre par la désobéissance (au sens large).

Si cette dernière vise à défendre un ordre qui a échoué afin de le restaurer, il s'agit certainement d'un droit de résistance ; si, en revanche, le but est de renverser l'ordre précédent, nous parlons alors de révolution et nous sortons du cadre de cette recherche.

Mais cette série d'affirmations doit être expliquée à travers l'histoire et la réflexion de la doctrine pour arriver enfin à comprendre s'il existe dans nos deux pays un droit de résistance et s'il connaît des limites juridiques imposées par des sources de droit.

Il faut au préalable clarifier les définitions utilisées jusqu'ici.

La désobéissance est tout d'abord un concept philosophique, social et littéraire, mais si on parle de droit constitutionnel c'est semble-t-il le droit de résistance qui doit être considéré. Pour mieux dire, la désobéissance peut être considérée comme étant le *genus* et le droit de résistance la *species*, parce que le second est une manifestation spécifique de désobéissance, qui touche la question juridique puisque s'agissant d'un droit. Il faudra spécifier si on parle d'un droit individuel ou bien d'un droit qui s'exerce collectivement. On reviendra sur cette question ultérieurement.

Il y a aussi d'autres distinctions à considérer : s'il s'agit de défendre les valeurs qui sont à la base de l'ordre juridique déjà instauré et qui a été piétiné, ou bien s'il est plutôt question d'une manière de subvertir l'ordre constitué.

L'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen donne quelques pistes à suivre². On parle de résistance à l'oppression en tant que droit naturel. Toutefois, on ne sait pas

² Article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

clairement si la préservation de ce droit — qui semble plutôt être une condition préalable à l'exercice de ces droits — signifie le rétablissement de l'ordre antérieur ou l'établissement d'un nouvel ordre. Les articles 33 et 35 de la Constitution la plus radicale que la France n'ait jamais eue — et c'est pour cela qu'elle n'a été jamais appliquée) celle de 1793, c'est-à-dire de l'an I de la République — sont l'expression la plus véritable du droit de résistance : ils prévoient un vrai devoir de résistance quand les droits naturels sont violés. C'est la conséquence logique du rapport strict entre droit et pouvoir : si le pouvoir n'a pas pour objet la protection des droits, il n'est pas un pouvoir légal et, surtout, il n'est pas un pouvoir légitime, car sa légitimité consiste précisément dans la protection des droits naturels et consubstantiels de l'homme.

Il semble que dans le premier cas nous soyons face au droit de résistance, dans le second face à une révolution : c'est-à-dire que la construction d'un nouvel ordre nécessite une rupture avec le précédent, qui ne relève pas d'une défense du droit naturel, mais de l'établissement de droits nouveaux.

Le droit de résistance demeure dans le sillon de la première hypothèse, c'est-à-dire un droit qui défend l'ordre préétabli contre une loi injuste, car il suggère qu'il s'agit d'une loi en conflit avec les principes fondamentaux contenus dans la Constitution.

II. Les racines de la désobéissance civile : d'Antigone à Socrate, le droit des Anciens

La désobéissance civile des Anciens est indéniablement de première importance, mais il faut dire d'emblée qu'elle est certes une manifestation de « stress » politique, de refus et de rejet de certaines traditions, de certains comportements, de certaines lois, mais elle reste à un niveau individuel ; il lui manque le caractère politique d'un intérêt partagé qui conduit non seulement à défier la loi, mais à créer un mouvement transversal et un rejet de certaines croyances. La désobéissance de *L'Antigone* de Sophocle est politique : c'est le rejet de la loi, mais c'est aussi, et en particulier, le rejet de la loi écrite (*nómos*) ; c'est une

méthode qui prévaut et pas seulement un concept³ ; Antigone représente un monde qui, déjà, commençait à se dissoudre dans la Grèce antique ; celui des commandements non écrits (*àgrapta*), des coutumes qui cèdent la place à la loi écrite, à la modernité et au commandement d'un roi⁴. La désobéissance de Socrate, en revanche, est différente : il ne rejette pas la loi, mais s'y soumet ; il dénonce l'interprétation qu'en font les juges et le sort qui lui est réservé. C'est l'erreur judiciaire qu'il vise, et non le commandement de la loi elle-même⁵. Certes, il s'agit d'une critique du pouvoir constitué, il n'y renonce pas comme le montre l'*Apologie*, Criton lui-même l'a encouragé à fuir, mais l'exercice de la désobéissance est si consubstantiel à son idée de la démocratie qu'il décide de mourir pour cette faculté inaliénable.

L'Antigone de Sophocle est l'instrument par lequel la philosophie et la tragédie grecques font ressortir le conflit politique. Le conflit entre Antigone et Créon est un conflit inconciliable⁶. La désobéissance d'Antigone n'est pas un prodrome pour arriver à une conciliation, mais un espace de rébellion totale contre la loi qui ne peut pas être réconciliée avec elle⁷. Ce n'est pas parce qu'elle est individuelle qu'elle ne peut

³ A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia di opposizione nello stato costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 29.

⁴ Sur ce point, G. Zabrebelsky, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. Dionigi (dir.), *La legge sovrana. Nomos, Basileus*, Milano, Rizzoli, 2006, p. 21 et s.

⁵ H. Arendt, *Civil disobedience*, 1969.

⁶ G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 284-285

⁷ Hegel, qui s'attardera avec intérêt sur l'histoire d'Antigone, jugera ce conflit inconciliable car la position d'Antigone est celle de la loi divine et celle de Créon représente la loi de la *polis*. En réalité, il y lit l'opposition entre la sphère familiale de l'homme et celle de l'État. Pour Hegel, l'homme ne peut se comprendre en dehors de l'État, mais il existe dans la sphère éthique un espace d'autonomie individuelle qui est celui d'Antigone. C'est la loi de la conscience, l'éthique qui, dans la *Phénoménologie de l'Esprit*, réapparaît comme résistance à la loi injuste. G. W. F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes* (1807), trad. ital., Florence, La Nuova Italia, 1996, chap. 7-39, p. 277-299. Kant sera tout au contraire hostile à un droit de résistance, (E. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, trad. it. *Metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari, 1973, p. 150-151, p. 153) quand il affirme que pour que le peuple soit autorisé à résister, il faudrait

pas être attribuée à une révolution : l'action d'Antigone n'est pas une simple désobéissance, c'est une tentative de subversion totale du *statu quo*.

III. La désobéissance civile : une manifestation collective de dissidence

La désobéissance civile, selon la célèbre définition proposée par Hannah Arendt, se définit comme un acte collectif, public, conscient et non violent par lequel un groupe social manifeste sa dissidence à l'égard de normes ou de décisions considérées comme injustes, sans remettre en cause l'ordre constitutionnel dans son intégralité. Elle se distingue tant de l'objection de conscience, qui est individuelle et personnelle, que de la résistance politique, qui suppose un conflit plus radical avec le système juridique existant. Thoreau reconnaît avant tout le droit de tout homme à s'opposer, à résister, à refuser l'obéissance. La position de Thoreau est cependant celle d'un libéral classique qui considère comme acquise la distance entre l'État et l'individu : la première phrase de son ouvrage rappelle que le meilleur des gouvernements est celui qui ne gouverne pas du tout, c'est-à-dire le laisser-faire le plus extrême. En ce sens, la désobéissance est une liberté de l'individu. La force que prend la désobéissance civile chez Arendt est sans égale : c'est la manifestation collective qui implique des couches de la population, qui amplifie le désaccord, soulève des questions, des perplexités, pose des problèmes et provoque des dysfonctionnements. C'est l'essence démocratique qui manque à Thoreau.

De toute façon, cela correspond à deux manifestations différentes de la désobéissance civile. La question est incarnée

qu'une loi le lui permette, c'est-à-dire que la loi souveraine contienne en elle-même une disposition en vertu de laquelle elle ne serait plus souveraine, et que le peuple, en tant que sujet, soit déclaré, dans un même jugement, souverain de celui auquel il est soumis, ce qui est contradictoire « et rappelle comment » le fondement du devoir du peuple de supporter l'abus du pouvoir suprême, même lorsque celui-ci est donné comme insupportable, consiste en ceci : que sa résistance à la législation souveraine ne doit jamais être regardée autrement que comme contraire au droit, et même comme destructrice de toute Constitution légale.

par les différentes significations de la désobéissance chez Socrate et chez Thoreau. Socrate ne critique pas la loi, mais son interprétation. Thoreau refuse de payer des impôts qu'il considère comme injustes. La première position est un exercice individuel de désobéissance, mais dans le but de restaurer l'ordre existant dans la Constitution, tandis que la seconde cherche à subvertir l'ordre et à en créer un nouveau.

Mais il est clair que c'est un ferment qui doit être cultivé : nous connaissons de nombreuses manifestations de désobéissance civile qui ne parviennent pas à s'enraciner. Comme dans les révolutions, la désobéissance lève le voile sur certains dysfonctionnements du système politique, mais a ensuite besoin d'une représentation politique et d'une participation populaire pour s'enraciner. Même les formes plus récentes de protestation, de désobéissance, ont souvent été contenues et critiquées : pensons aux formes de protestation dans les universités américaines contre le Vietnam, aux formes plus récentes désamorçées par Trump, et l'on saisit bien combien le modèle démocratique affecte la désobéissance. Lorsque la démocratie est solide, elle inclut également en son sein des formes de dissidence ; lorsque la démocratie est en régression ou est une démocratie trop protégée (comme l'est la démocratie américaine), toute forme de dissidence est affaiblie et le système démocratique lui-même est alors exposé à des formes d'autoritarisme et, par conséquent, à des tentatives révolutionnaires visant à bouleverser le *statu quo*.

Bien entendu, il existe également une forme de désobéissance civile visant à soutenir ce que l'on appelle une « démocratie des vulnérabilités », c'est-à-dire une forme de démocratie attentive aux demandes des sujets marginalisés, capable d'embrasser le conflit comme un instrument de visibilité et de justice pour les sans-voix⁸. Dans ce cadre, la figure de Greta Thunberg revêt une valeur paradigmatique, en tant qu'expression d'une subjectivité politique capable de défier la rationalité dominante par la force symbolique de la désobéissance.

⁸ F. Menga, « La disobbedienza di Greta: per una democrazia delle vulnerabilità », *Endoxa. Prospettive sul presente*, n° 4, 2019, p. 23-26.

IV. Le droit de résistance dans la Constitution italienne : un concept ambigu aux aspects problématiques

Le droit de résistance était considéré comme un « vieux machin, un casse-tête, un héritage inutile⁹ ».

C'est l'interprétation qui semble avoir prévalu dans l'Assemblée constituante, où l'on affirmait au contraire le devoir de loyauté envers la République et certainement pas celui d'opposition¹⁰. Andrea Buratti parle du « dilemme » d'une Constitution née par la Résistance et qui en effet la nie¹¹. La Constitution italienne n'a pas revêtu l'esprit de la Déclaration.

Cependant, nous avons appris de John Locke que, même dans les régimes libéraux, la résistance doit être concevable lorsque les droits naturels sont attaqués, et qu'il faut alors reconnaître la nécessité d'affirmer des espaces d'opposition à un pouvoir juridique formellement constitué dont on peut cependant douter de la légitimité, limitée à la protection de certains principes et de droits qui sont les fondements de ce même régime¹².

⁹ F. Pizzolato, *op. cit.*, p. 136. A. Cerri et E. Bettinelli traitent également de ces aspects problématiques : A. Cerri « Resistenza, diritto di », in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXVI, Treccani et E. Bettinelli, « Resistenza (diritto di) », *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. XIII, Utet, Torino, 1997, p. 183-199, Roma, 1991, p. 1-10.

¹⁰ E. Tosato, « Doveri di fedeltà e diritto di resistenza », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, p. 430 et s. V. aussi A. Buratti, « Diritto di resistenza e Costituzione: diritti oppositivi, contropoteri istituzionali, prassi democratiche del popolo », in B. Pezzini, S. Rossi (dir.), *giuristi e la resistenza*, Milano, 2016, p. 197. V. aussi B. Pezzini, « Alla radice della convivenza politica. Le tracce del diritto di resistenza sul farsi della Costituzione repubblicana », in *Scritti in Onore di Antonio Ruggeri*, vol. IV, 2021, p. 3219 et s.

¹¹ A. Buratti, « Diritto di resistenza e Costituzione », *op. cit.*, 201.

¹² J. Locke, *Two Treaties of Government*, Londres, 1689 (1690). Il faut rappeler que Locke voulait légitimer la *Glorious Revolution* : il est clair que c'est une forme de résistance ou bien de Révolution. C'est la raison pour laquelle il parle dans le *Second Treaty* de droit de résistance ; bien qu'il soit considéré comme le penseur qui considère la résistance comme un devoir, il ne l'a jamais explicitement déclaré. On rappelle souvent la citation lockienne selon laquelle « la résistance semble solidaire d'un devoir de résister au souverain lorsque ce dernier met intentionnellement en danger les droits des citoyens » mais l'auteur voulait seulement exprimer l'importance de résister à la violation des droits, spécialement le droit de propriété. Sur ce point voir J. G. Piguet, « La résistance

Pour revenir à la Constituante italienne, son projet évoquait comme instruments de garantie des droits du citoyen soit la Cour constitutionnelle, soit un droit de résistance individuel et collectif, c'est-à-dire un droit de ne pas respecter les lois injustes et de ne pas déférer aux ordres illégaux¹³. Le texte reste intact dans le rapport à l'Assemblée constituante (*Relazione all'Assemblea costituente*) préparé par la Commission des études pour la réorganisation de l'État (*Commissione per Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato*). La place du droit de résistance réside dans la garantie des droits naturels, mais on commence à douter de la fonction collective du droit de résistance parce que, dans l'État démocratique, le pouvoir réside dans le peuple qui est le souverain des pouvoirs suprêmes, et il est donc impossible d'attenter aux principes et aux droits. Voilà le « dilemme » : dans une démocratie, la protection des droits émane directement du peuple, il n'y a donc pas lieu de défendre le peuple. Tout au contraire, le devoir de loyauté envers la République prévaut pour empêcher les minorités de bouleverser le pouvoir. Le droit de résistance demeure, de façon implicite, de par une interprétation *a contrario*¹⁴, dans l'article 50 (qui deviendra l'article 54 de la Constitution). Parallèlement, en France, la IV^e République, dans son premier projet de constitution, rejeté par référendum en mai 1946, renoue avec le droit de résistance qui figurait dans la Constitution de 1793. L'intention est claire : légitimer la résistance au régime de Pétain, qui était légal, mais non légitime. En Italie, ce droit aurait pu être lié à l'article 1^{er} de la Constitution selon lequel la souveraineté appartient au peuple. Selon certains, le droit de résistance n'avait alors plus de raison d'être, mais selon d'autres (Moro, Dossetti et Mortati), ce droit pouvait mieux expliquer la souveraineté populaire. Il en résulte un droit individuel de résistance, mais une suspicion pour le droit collectif : il est toujours perçu comme un facteur *extra ordinem*, une subversion de l'ordre juridique. Pour éviter tout malentendu, le droit de résistance réside, de façon implicite, de par une

des Modernes : droit ou devoir ? Le cas de John Locke », *Transversalité*, n° 2, 2015, p. 93 et s.

¹³ B. Pezzini, « Alle radici... », *op. cit.*, 3225.

¹⁴ Cf. *infra*.

interprétation a contrario, dans l'article 54 alinéa 2¹⁵, après le principe du devoir de loyauté envers la République posé par le premier alinéa, lequel est la règle, la résistance étant une exception réservée à certains cas spécifiques : lorsque les pouvoirs publics violent les libertés et les droits fondamentaux garantis par la Constitution.

L'erreur fondamentale a été de confondre le droit de résistance avec la révolution. Le premier est un droit qui tend à conserver le *statu quo ante*¹⁶ et s'adresse à ceux qui ont agi *contra legem*, de sorte qu'il s'agit d'un instrument juridique qui protège et garantit ce qui a déjà été accepté comme principe. Ce droit protège et garantit les droits et principes fondamentaux. Pour autant, des juxtapositions sporadiques entre droit de résistance et révolution ont été avancées¹⁷, mais les deux concepts sont généralement bien distincts, et ne pas admettre le droit de résistance dans la Constitution a signifié renoncer à une défense concrète et populaire de certains principes, ce qui signifie également un attachement à ces derniers qui peut aussi avoir une valeur pédagogique stratégique.

Dans la Constitution italienne, il n'y a pas de références explicites au droit de résistance. Le texte a été rejeté lors de la session du 5 décembre 1947. Mais des références implicites subsistent dans les dispositions combinées des articles 1 et 3 de la Constitution. Les garanties de la Constitution ne sont pas directement confiées au peuple, mais aux institutions de la Présidence de la République et de la Cour constitutionnelle. En réalité, une partie de la doctrine reconnaît, dans une acception large de la souveraineté populaire, la surveillance active des

¹⁵ Article 54 alinéa 2 : « Les citoyens auxquels sont confiées des fonctions publiques ont le devoir de s'en acquitter avec discipline et honneur, en prêtant serment dans les cas fixés par la loi. »

¹⁶ C. De Fiores, *Ma non è rivoluzione. Luoghi comuni e distorsioni semantiche dell'idea di rivoluzione interpretata alla luce delle categorie analitiche del diritto costituzionale*, in *Etica e Politica*, 1, 2019, p. 77 et s. La réflexion sur la conservation des pouvoirs constitués est de H. Arendt, *La disobedience*, op. cit.

¹⁷ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, III, De Brocard, Paris, 1923, p. 78. F. M. De Sanctis, « Resistenza (diritto di) », in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1002, qui cite Gandhi parlant du droit de résistance à des fins révolutionnaires.

formes de démocratie, qui ne se limitent pas à décider, mais aussi à maintenir actives la critique et la limitation des pouvoirs. Pour mieux dire, la souveraineté populaire a été considérée si centrale que le droit de résistance n'est pas un instrument utile : chaque forme de changement, conservation ou rébellion a été confiée par le peuple¹⁸.

En tout cas, il existe pour autant des actes partiels de résistance souvent sanctionnés par les pouvoirs publics : pensons à l'affaire Cappato (relative à l'aide au suicide assisté), mais aussi à la soumission de la loi électorale au contrôle de constitutionnalité où le droit de résistance (ou de désobéissance civile ?) a même été activé par la Cour de cassation.

De la même manière, l'opposition de certains maires italiens à la mise en œuvre de la loi n° 132 de 2018, dite décret-sécurité, peut également être considérée comme un exercice de résistance, avec un refus d'appliquer la loi. Ces maires se sont en effet opposés à la loi, mais pour respecter la Constitution qui, à l'article 10 alinéa 2, prévoit que la réglementation juridique des étrangers doit être prévue « conformément aux normes et aux traités internationaux ». Concernant spécifiquement le droit d'asile, la Constitution établit que ce dernier doit être accordé aux étrangers provenant de pays tiers, dans les conditions prévues par la loi, pays dans lesquels « l'exercice effectif des libertés démocratiques garanties par la Constitution » n'est pas assuré (article 10 alinéa 3 de la Constitution). Les maires ont également appliqué le droit européen, en particulier l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE), qui protège les droits de l'Homme en tant que valeur commune à l'Union et aux États membres, caractérisée par une société où règnent « la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité... ». Ils ont également appliqué les principes de la Charte de Nice protégeant la dignité humaine et les droits fondamentaux. En résumé, le séjour est tout à fait légal dans ce cas précis. Il faut remarquer

¹⁸ V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione*, Padova, Cedam, 1954 ; v., plus récemment, l'idée que le peuple défend aussi l'ordre général, D. Bifulco, A. Golia, « The Right of Resistance as a State Law Basis for Transnational Regimes Self-Contestation », *Journal of Law and Society*, 2018, p. 94-113.

que le droit de résistance peut être exercé dans un cadre juridictionnel : il s'agit d'un recours devant la Cour constitutionnelle. Un recours voulu, recherché par les résistants.

Ce fut aussi le cas dans l'affaire Cappato : en présence d'un Parlement indifférent à la recherche d'une réglementation législative sur une question aussi délicate que la fin de vie et le suicide assisté, stimuler une décision négative de la Cour constitutionnelle implique l'activation de garanties, bien que minimales et ne recouvrant pas celles que le législateur pourrait fournir.

Le cas Sea Watch est aussi un exercice du droit de résistance contre la violation des droits fondamentaux. Il concernait le navire ayant désobéi à l'interdiction de débarquer, de transiter et de s'arrêter dans la mer territoriale italienne (article 1^{er} du décret-loi n° 53/2019), interdiction ayant entraîné une violation des droits fondamentaux tels que le droit à la santé et à l'intégrité psychophysique des migrants.

Autre cas illustratif, l'affaire dans laquelle le député européen Cappato s'est lui-même dénoncé au tribunal de Milan. Il souhaitait obtenir une interprétation restrictive de l'article 580 du Code pénal, qui punit l'« instigation » et/ou la « complicité » au suicide, en supprimant de son interprétation une infraction pénale pour les accompagnateurs à l'étranger de personnes décidant de se suicider et en ayant déjà manifesté l'intention. Il faut entendre par cette plainte que Cappato a défié l'État et forcé la Cour constitutionnelle à prendre position et énumérer une série de conditions dans lesquelles il est permis d'accompagner le malade jusqu'à la mort également en Italie. Bref, un droit de résistance et de désobéissance civile qui, bien qu'individuel, a impliqué les citoyens dans une demande d'extension des droits en ce domaine que le Parlement n'a pas encore réussi à saisir.

Un droit de résistance, cependant, qui s'apparente davantage à une demande de participation populaire et d'interpellation d'une assemblée parlementaire léthargique.

On peut aussi assimiler au droit de résistance, cette fois dans un sens négatif, l'action exercée par les juges qui, dans le passé, retardaient leur autorisation de procéder à des avortements, ce qui était nécessaire dans le cas de femmes mineures et rendait impossible la réalisation de l'avortement dans les 90 jours prévus

par la loi n° 194 de 1978. Comme on le voit, le droit de résistance peut aussi avoir des implications négatives parce qu'il s'oppose à une loi promulguée par la majorité, et le droit des minorités n'est pas toujours légitime : le facteur discriminant peut résider dans la protection des droits (par exemple, l'enfant à naître est objectivement moins protégé dans la communauté que la mère, dont la Constitution protège le droit à la santé psychophysique, qui peut aussi consister en un avortement à condition qu'il soit pratiqué rapidement). Il faut aussi rappeler le cas des femmes qui, avant la loi n° 194/1978, avaient déclaré avoir subi un avortement et ont été arrêtées, mais qui avaient pour objectif de soulever la question afin de sensibiliser le public à un droit qui n'était pas encore acquis, dans l'espoir que l'intervention des tribunaux dépénaliserait le délit d'avortement provoqué.

V. Que reste-t-il du droit de résistance dans la constitution italienne ?

Quel rôle peut jouer la désobéissance civile ? Tout d'abord, il ne faut pas la confondre — en tant que pratique qui a fait l'objet d'une attention théorique aux États-Unis dans les années 1970 à l'occasion de la guerre du Viêt Nam — avec des formes de désobéissance qui ne sont que superficiellement analogues, telles que la violation de la loi, l'objection de conscience, la rébellion ou la révolution. Reprenons d'une étude de Teresa Serra la définition suivante de la désobéissance civile : « violation intentionnelle, désintéressée, publique et médiatisée d'une loi valide émise par une autorité légitime ». Entendue en ces termes, la désobéissance civile joue un rôle « constituant »¹⁹. C'est là, semble-t-il, le cœur théorique de l'argumentaire : cette pratique de la désobéissance possède aujourd'hui le pouvoir de reconstituer les conditions qui rendent possible, et identifient comme telle, une authentique démocratie participative. Essayons de comprendre pourquoi.

¹⁹ T. Serra, *Disobbedienza civile Una risposta alla crisi della democrazia ?*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 131.

La désobéissance civile et le droit de résistance

Tout acte de désobéissance civile se caractérise par la proposition d'une instance de légitimation contre une loi positive.

Le premier effet est de rappeler la distinction entre légalité et légitimité ou de faire prendre conscience du principe de réciprocité selon lequel, si le citoyen est tenu de respecter les lois, le gouvernement est tenu de respecter les demandes sociales²⁰. En d'autres termes, il y a une prise de conscience des critères de justice non procédurale, des valeurs matérielles qui sous-tendent la coexistence civile, qui s'accompagne d'une redéfinition de la relation entre le citoyen et l'État et, par conséquent, de l'obligation politique. Cette dynamique de conscientisation n'est cependant pas individuelle : la violation de la loi a nécessairement un caractère public. Plus précisément, la désobéissance civile incarne de manière exemplaire l'action dialogique de Hannah Arendt : elle est la manifestation d'une subjectivité qui, apparaissant dans l'espace public, attend d'être reconnue et entre dans une relation plus ou moins agonistique avec d'autres sujets. Cette relation, toujours dialogique même lorsqu'elle est conflictuelle, génère un langage et un sens communs. Et c'est précisément cette capacité à être ensemble sous forme de dialogue et d'action qui identifie en fin de compte le bien commun.

La participation à la construction d'un tel monde commun est si importante pour le sujet que son exclusion est à l'origine du sentiment d'injustice. En d'autres termes, l'injustice en tant qu'exclusion du monde commun a un fondement moral en ce qu'elle éloigne le sujet exclu de l'accomplissement de soi, qui est un processus largement intersubjectif. Et la reconnaissance de cette dynamique à la fois ontologique et morale ne peut que renvoyer, note Serra, à une vision substantielle de la vie bonne et donc à une vérité anthropologique qui fonde l'exigence de justice²¹. L'obligation politique, régénérée par la désobéissance civile, se fonde en définitive sur l'engagement envers soi-même, une intuition qui, au cours de la dernière partie du XX^e siècle, a

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Id.*, p. 135.

trouvé une confirmation éclatante, notamment dans l'expérience et la réflexion des dissidents des pays communistes d'Europe centrale et orientale.

Le droit de résistance est aujourd'hui reconnu, mais peut-être aussi mis en cage dans les démocraties, car il ne s'oppose pas au droit de la majorité, ce même droit qui peut procéder à la dissolution des démocraties en oubliant les protections des minorités et de ses droits, ainsi que ceux des vulnérables. Le droit de résistance fait partie de ces garanties gênantes que la dernière génération de démocratie, ou plutôt les autocraties ou démocraties autoritaires contemporaines, veulent raser. Ce n'est qu'en revalorisant simultanément le droit de résistance, la participation populaire et la désobéissance que les démocraties pourront à nouveau se consolider²².

²² V. Baldini, « La disobbedienza civile come forma (illegittima?) di resistenza... La condotta individuale di opposizione tra imperativo etico ed (auto)tutela costituzionale », *Diritti fondamentali*, 1, 2019.

LES ANTINOMIES DU DROIT DE RESISTANCE

Julien GIUDICELLI

Il est de ces droits qui interpellent le juriste tant on peut s'interroger sur leur normativité. Droit ou fait ? Droit ou fait politique justifié *a posteriori* par le droit, le droit ultérieur, en rupture avec le droit « détruit », celui d'un autre ordre, devenu honni. Droit visant à détruire le droit, à renverser l'ordre établi, à faire table rase d'un ancien monde, d'une ancienne Constitution. Le droit de résistance, inscrit dans une Constitution, peut surprendre. En effet, comment intégrer au texte fondamental la possibilité d'une insurrection, d'une révolution, visant à l'abattre et, avec lui, toutes les institutions qu'il a mises en place ? La Constitution italienne, après de longs débats à la Commission des 75, composante de la Constituante, s'y refusa, par exemple, en partie sur le fondement de tels arguments.

Le droit de résistance n'est réapparu que subrepticement, on peut même dire accidentellement, avec la décision du 16 juillet 1971 prise par le Conseil constitutionnel¹ et n'a, finalement,

¹ Quelques mots rapides sur cette décision à destination des lecteurs non juristes. En 1971, le préfet de Paris de police refusa, sur injonction de Raymond Marcellin, Ministre de l'intérieur du gouvernement Messmer (présidence Pompidou), de délivrer récépissé à l'association des Amis de *La Cause du Peuple* (association éponyme du journal d'inspiration trotskyste fondé en 1968 et dont Jean-Paul Sartre devint, dès 1970, le directeur de publication). La décision administrative fut attaquée et annulée par le tribunal administratif de Paris. Le Ministre de l'intérieur, plutôt que de faire appel devant le Conseil d'Etat, opta pour la modification de la grande loi de la III^e République sur les associations, loi du 1^{er} juillet 1901. Le projet de loi, avalisé par l'Assemblée nationale, fut rejeté au Sénat mais, la chambre basse ayant le dernier mot, définitivement adopté le 30 juin. Le président du Sénat, Alain Poher, s'entretint

jamais trouvé de traduction jurisprudentielle effective. Dès lors qu'aucun des juges, ni constitutionnel, ni judiciaire, ni administratif ne s'en empara², on peut alors se poser la question paradoxale de la justiciabilité d'un tel droit. En effet, hors certaines normes de droit international, qualifiées de *soft law*, chaque droit doit, pour être respecté, pouvoir être sanctionné par son juge naturel. Mais quel est-il ? En vérité, il semble qu'il n'existe pas, sauf à considérer que notre seule conscience s'arroge alors ce pouvoir. Mais surgit alors un autre problème.

avec le président du Conseil constitutionnel, Gaston Palewski, lequel lui répondit « Si le général, père de la Constitution, était encore au pouvoir, jamais il n'aurait accepté un tel texte. Il faut faire comprendre à Pompidou qu'il n'est pas de Gaulle, lui donner une leçon, le rappeler à l'ordre... » (extrait des mémoires d'Alain Poher, accessible sur le site du Sénat : <https://www.senat.fr/connaître-le-senat/lhistoire-du-senat/dossiers-dhistoire/le-senat-sauve-la-liberte-dassociation/le-senat-sauve-la-liberte-dassociation-extrait-des-memoires-dalain-poher.html>).

Ainsi encouragé, Alain Poher saisit le Conseil constitutionnel le 1^{er} juillet 1971, qui censura peu après le projet de loi visant à réduire la liberté d'association (décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, dite décision Liberté d'association). Mais, pour ce faire, la juridiction donna normativité au préambule de la constitution de 1958 et donc aux textes auxquels il renvoyait alors, soit le préambule de la constitution de 1946 et, pour ce qui nous intéresse, la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, laquelle contient en son article 2, en tant que droit naturel et imprescriptible de l'Homme, la résistance à l'oppression. C'est ainsi que, ce qu'on appela le bloc de constitutionnalité, renfermant les normes constitutionnelles contenues hors le texte fondamental de 1958, fit rejaillir le droit de résistance, disparu depuis 1795. Comprendons que ce n'était, à l'origine, pas la volonté du Constituant de la V^e République, qui cantonnait le Conseil constitutionnel au respect de la régularité du fonctionnement des pouvoirs publics. Ainsi, le Conseil, certainement à son insu, réintroduisait une disposition potentiellement destructrice de l'ordre établi.

² Antonin Sopena a proposé d'introduire dans le système juridictionnel une exception d'oppression : « Les juges pourraient écarter l'application d'une loi ou d'un acte administratif, ou encore la sanction de son inobservation au motif que cette disposition participerait de l'oppression du justiciable » (A. Sopena, « Résister, de quel droit ? », *Vacarme*, 2010/1, n° 50, p. 83). Pourtant, en intégrant le droit de résistance à l'oppression dans le cadre de l'Etat de droit, on a tendance à le désactiver, puisque faisant du magistrat le censeur de tout mouvement potentiellement insurrectionnel. C'est le débat, que nous verrons ultérieurement, qui eut lieu pendant la Convention révolutionnaire entre, notamment, Condorcet et Robespierre.

Quelle est la légitimité du choix fait en conscience ? Ainsi que l'écrit Alessandro Fontana,

Le droit public, depuis l'Ancien Régime, n'a jamais clairement défini ces critères, non parce qu'il ne le voulait pas, mais parce qu'il ne le pouvait pas, l'assise de ce droit ayant toujours été, en dernière instance, ce principe irréductible au droit et aux lois qu'est la conscience des individus, avec leurs convictions religieuses, morales et politiques, et leur conception des devoirs et des responsabilités civiques³.

Poursuivons cette citation à laquelle nous souscrivons sans réserve : « Comme tous ces principes, la résistance occupe un domaine qui n'est ni strictement juridique (bien que le droit essaie inlassablement d'en définir les bornes), ni simplement politique (bien que la théorie politique s'efforce dans chaque cas d'en préciser les points d'application)⁴ ». De sorte que

l'idée d'un droit de résistance n'a pu s'épanouir que dans le cadre de théories jusnaturalistes, pour lesquelles existe un ordre juridique naturel, antérieur et supérieur au droit posé par les hommes et qui en constitue l'étalon. Dans un tel contexte, le droit de résistance est l'outil qui permet de neutraliser une norme juridique positive contrevenant au droit non posé et afin de rétablir la justice naturelle.

Mais, et c'est ce qui constitue toute la difficulté, « il faut donc qu'il soit possible de connaître avec certitude la vérité du droit — universellement valable, c'est-à-dire la signification "objective" des deux ordres de droit, et de faire par suite une interprétation incontestable de l'antinomie de la loi naturelle et de la loi positive ». Or, « pour les doctrines positives en revanche, ces conditions ne sont jamais réunies : le droit naturel serait inconnaissable objectivement, tenu pour de la morale, du fait, ou encore pour une construction psychique du sujet, un pur fantasme⁵ ».

³ A. Fontana, *art. cit.*, § 1.

⁴ A. Fontana, *art. cit.*, § 2.

⁵ E. Desmons, « Droit de résistance et histoire des idées », *Pouvoirs*, 2015/4, n° 155, p. 30.

Faisons un pas de côté historique et donnons seulement trois exemples. La Résistance en France pendant la Seconde Guerre mondiale tout d'abord. On peut, on doit bien sûr, la considérer comme légitime, mais le droit nazi, le droit de Vichy n'hésitaient pas à qualifier les combattants de terroristes, condamnant, dès le 4 août 1940, sa première figure, le général de Gaulle, à la peine de mort. On peut certes convenir, avec Hannah Arendt, que le totalitarisme est un état d'anarchie, et dès lors le problème ne se poserait plus, puisque, à proprement parler, il n'y aurait plus de droit. Olivier Jouanjan parvint pourtant à des conclusions diamétralement opposées dans son ouvrage *Justifier l'injustifiable*⁶. Il semble en effet que faire disparaître d'un trait de plume le droit d'un régime totalitaire déplace artificiellement le problème, sauf à admettre, comme l'exprime Arendt, que la politique ne peut prendre naissance que dans la pluralité et l'espace relationnel existant entre les hommes⁷.

⁶ O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable, l'ordre du discours nazi*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2017.

⁷ « La politique prend naissance, affirme-t-elle, dans l'espace-qui-est-entre-les hommes, donc dans quelque chose de fondamentalement extérieur-à-l'homme. La politique prend naissance dans l'espace intermédiaire et elle se constitue comme relation » [les tirets mis par l'autrice entre les termes sont volontaires, pour marquer précisément cet espace relationnel, caractéristique du politique]. L'autrice ajoute, d'une part, que « Le sens de la politique est la liberté » en tant que nécessité pour l'édification d'une société politique et, d'autre part, que « La politique est une nécessité impérieuse pour la vie humaine, qu'il s'agisse de l'existence de l'individu ou de celle de la société. L'homme ne vivant pas en autarcie, mais dépendant des autres pour son existence même, il doit y avoir un souci de l'existence qui concerne tout le monde, sans lequel précisément la vie commune ne serait pas possible. La tâche et la fin de la politique consistent à garantir la vie au sens le plus large. Elle permet à l'individu de poursuivre ses objectifs en toute tranquillité et en paix, c'est-à-dire sans être importuné par la politique [...]. Le souci de l'existence ne peut s'effectuer que par l'intermédiaire d'un Etat qui possède le monopole de la violence et qui empêche la guerre de tous contre tous ». H. Arendt, *Qu'est-ce que la politique*, Paris, Seuil, coll. points essais, 2016. La même autrice fait autre cas de la désobéissance civile. En effet, admettant « le bien-fondé des mouvements de contestations qui secouent l'Amérique des années 1960, elle propose de "régulariser" la désobéissance civile en l'assimilant à une expression du droit d'association garanti par la Constitution américaine » (A. Ogien, « La désobéissance civile peut-elle être un droit ? », *Droit et société*, 2015/3, p. 191). « Un premier pas consisterait à obtenir, pour les minorités pratiquant la

Les antinomies du droit de résistance

Deuxième exemple, le danger fasciste du 6 février 1934 (la marche des Ligues d'extrême droite sur le Palais Bourbon). Il pouvait, lui aussi, apparaître comme un acte de résistance d'ordre révolutionnaire, car il ressemblait fort à un coup d'État contre la « Gueuse » (comprendre la République) accusée de tous les maux, de toutes les corruptions.

Troisième exemple, plus récent, et fort similaire. L'assaut du Capitole, le 6 janvier 2021, par les partisans de Donald Trump, hystérisés par le discours du président, candidat à sa réélection et défait par Joe Biden. Ils étaient fermement convaincus que l'élection de leur « héros » leur avait été volée et que l'État fédéral, le prétendu *Deep State*, était fondamentalement oppressif et négateur de leurs libertés. Le mouvement a été réprimé, plusieurs partisans de Trump ont été condamnés (tous graciés depuis, on le sait, aussitôt que ce dernier entra en fonction pour un second mandat, en janvier 2025, après l'éclipse de la présidence Biden), mais ils se vivaient pourtant sincèrement comme résistants. Imaginons maintenant que ce qui ressemblait fort à un coup d'État eût réussi. C'est *ex post* que l'on aurait pu assimiler cette insurrection comme réellement constitutive d'un droit de résistance, quand il s'agissait bel et bien d'une rébellion factieuse. Mais c'est ici encore le fait qui prime le droit, les

désobéissance civile, la même forme de reconnaissance que celle qui est accordée à de nombreux intérêts particuliers (des intérêts de minorités, par définition) et à traiter les groupes pratiquant la désobéissance civile de la même façon que les groupes de pression qui, par l'intermédiaire de leurs représentants – dûment enregistrés – ont le droit d'influencer et d'"apporter leur aide" au Congrès en utilisant la persuasion, le poids de leur opinion et le nombre de leurs adhérents [...]. En deuxième lieu, il devrait être publiquement reconnu que le premier amendement n'autorise, ni dans sa lettre ni dans son esprit, l'exercice du droit d'association, tel qu'il est pratiqué dans le pays [...]. Peut-être fallait-il une alerte pour nous permettre de faire une place à la désobéissance civile, non seulement dans notre langage politique, mais aussi dans notre système politique. Nous sommes certainement en présence d'une telle alerte lorsque nous voyons peu à peu les institutions établies d'un pays cesser de fonctionner correctement et ses autorités perdre leur pouvoir ; c'est en raison de cette situation que l'association volontaire s'est transformée aujourd'hui aux États-Unis en désobéissance civile, et que le désaccord est devenu résistance. » H. Arendt, *Du mensonge à la violence*, Paris, Calmann-Lévy, 1972, pp. 108-109, cité par A. Ogien, *art. cit.*, p. 591.

valeurs soutenues et avancées tant par les factieux du 6 janvier 2021 que par les résistants français. Sauf, bien évidemment, qu'elles ne sont pas les mêmes. Sauf, évidemment, que les résistants voulaient abattre le totalitarisme de l'occupant nazi et le gouvernement collaborateur quand les partisans du président défait se sont attaqués à un État de droit.

Comprenons donc que le droit de résistance est éminemment subjectif et qu'il ne prend effet, c'est-à-dire effet juridique, qu'*ex post*, selon que la révolte, l'insurrection voire la révolution aient triomphé.

On présente souvent la figure mythique⁸ d'Antigone comme parangon de la résistance. En s'opposant jusqu'à la mort à son oncle Créon, qui refusait d'ensevelir son frère Polynice, elle s'opposait certes à l'État, de par sa désobéissance. Mais on peut dans un premier temps se poser deux questions : n'y a-t-il pas plutôt dans la réaction d'Antigone une position d'ordre naturaliste, visant à faire prévaloir sa conscience en vertu de principes suprêmes sur les lois posées par l'État. Resurgit une fois encore le débat sur l'opposition entre le droit naturel et le droit positif. En effet, et ainsi que l'écrit Éric Desmons, si « résister c'est en effet prétendre détenir la signification "vraie" du droit que l'on oppose à celle, prétendument erronée, de l'autorité », faire de chacun un acteur du droit de résistance ne peut qu'entraîner « une décentralisation de l'interprétation du droit » qui nous reconduirait « à l'état de nature »⁹. Pour Kelsen, « un ordre social qui confère à tous ses membres le pouvoir de décider si une norme est valable ou non n'est pas très éloigné de l'anarchie. L'absence d'un organe centralisé chargé de se prononcer sur la validité des normes juridiques caractérise les droits primitifs¹⁰ ». On retrouve ici la figure du juge, propre à une conception de droit positif qui, encore une fois, démontre les

⁸ S. Tzitzis, « Scolies sur les *nomina* d'Antigone représentés comme droit naturel », *Archives de philosophie du droit*, vol. 33, p. 23 et s.

⁹ E. Desmons, *Droit et devoir de résistance en droit interne, contribution à une théorie du droit positif*, Paris, LGDJ, 1999.

¹⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1934), édition adaptée de l'allemand par Henri Thévenaz, Neuchâtel, La Baconnière, 1988.

antinomies du droit de résistance « positif ». Ainsi, la figure d'Antigone

touche au sublime en s'engageant au profit de causes qui ne sont en rien liées à ses intérêts particuliers. En désobéissant, on combat pour des principes métapolitiques — dans les espaces infinis où se rencontrent la politique et l'éthique — dont les gouvernants n'auraient que faire par lassitude, cynisme ou, pire encore, malhonnêteté. De la sorte, on en vient parfois à considérer que la violation de la loi serait alors "non délinquante", car le désobéissant n'en tirerait aucun profit personnel. Ce raisonnement est assurément plus moral ou intellectuel que juridique, car chacun sait qu'il ne suffit pas de ne pas tirer profit d'une infraction pour échapper aux sanctions¹¹.

La position d'Antigone ressortit-elle en second lieu d'un acte de résistance ou d'un acte de désobéissance ?

Il faut en effet, pour réduire le champ de cette étude, identifier la différence fondamentale qu'il y a lieu de faire entre désobéissance civile et droit de résistance. Quand la première peut ressortir d'une action pacifique, isolée ou collective, la résistance prend forme nécessairement collective et violente. La désobéissance civile se situe ensuite dans le cadre d'un droit existant, dont certes les acteurs contestent les règles, s'y opposent, mais acceptent l'éventuelle répression juridictionnelle visant à punir leurs actes. Dits en d'autres mots, ils respectent l'État, mais n'hésitent pas à instrumentaliser la justice à des fins politiques.

La position d'Antigone ne ressortit donc pas à proprement parler d'un droit de résistance, mais bien d'un acte de désobéissance puisqu'elle sait pertinemment qu'elle encourt la mort et l'accepte. Elle ne vise pas à renverser l'ordre existant, mais, dans un double mouvement, le conteste autant qu'elle s'y plie. L'héroïne, de par son opposition résolue, fait prévaloir un monde inexistant, un monde littéralement sans loi, hors un

¹¹ E. Thiers, « Entre Antigone et Narcisse, l'egodémocrate », *Pouvoirs*, 2015/4, n° 155, p. 64.

hypothétique droit naturel, un monde autoréférentiel¹². Il y a, malgré le courage d'Antigone, une forme, peut-on l'avancer prudemment, de narcissisme en ce qu'elle est persuadée que seule sa justice serait justice. Mais, ainsi que l'exprime Marie-Anne Vandroy-Fraigneau, son action est contre-productive : « Antigone voit dans son acte un moyen d'échapper au changement, de préserver un ordre ancien. C'est la résistance comme refus. Mais son acte contribue, malgré elle, à l'édification d'un ordre nouveau, où les lois humaines sont supérieures aux lois divines¹³ ». Par ailleurs, ainsi que l'écrit Stéphane Rials, « Antigone ne se sacrifie pas pour autrui. Austère, sans doute, elle n'est mue par aucun "idéal ascétique". Elle affirme un tempérament (son tempérament s'affirme). Elle ne place en aucune manière son acte sous le signe d'une morale universaliste de l'impératif. Elle obéit tout simplement à la loi de son propre être¹⁴ ». La figure de Créon est par ailleurs tout aussi tragique. Il sacrifie sa nièce au nom de la raison d'État, n'admettant aucune exception aux règles posées par Thèbes.

Afin de préciser le champ d'étude, il faut aussi évacuer la possibilité pour un fonctionnaire de désobéir aux ordres de sa hiérarchie. À la vérité, elle est tout d'abord étroitement conditionnée et n'est pas par ailleurs constitutive d'un acte de résistance ni même d'un acte de désobéissance civile, en ce que l'acte n'est cette fois pas réprimé pourvu qu'il respecte les limites strictement énoncées, et pratiquement irréalisables, par la jurisprudence puis la loi. Le principe est celui de l'obéissance, clairement affirmé par le Code pénal qui énonce, en son article 433-6 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

¹² « Ce monde est un monde sans Loi, autoréférentiel, même lorsqu'il invoque un code de l'honneur ou les droits de l'Homme », S. Rials, préface à E. Desmons, *op. cit.*, p. XXX.

¹³ M.-A Vandroy-Fraigneau, « Les résistances à l'autorité », *Hypothèses*, n° 17, 2004, p. 204.

¹⁴ S. Rials, préface à E. Desmons, *op. cit.*, p. XVIII.

justice », qui reprend en substance l'article 209 du Code pénal de 1810 qui stigmatisait la désobéissance sous le même terme, là aussi en condamnant la « rébellion », dès lors que l'acte outrepasserait la simple résistance passive, timidement admise par la Cour de cassation depuis 1908. La désobéissance a été circonscrite à des conditions qui, dans les faits, peuvent difficilement être respectées. Depuis les arrêts *Langneur* (10 novembre 1944) et *Charlet* (4 janvier 1964) du Conseil d'État, qui n'opéra qu'une inflexion minimale de la première jurisprudence, deux conditions cumulatives sont exigées (reprises par l'article 28 de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant statut des fonctionnaires) : non seulement l'illégalité manifeste de l'ordre du supérieur hiérarchique, mais, de surcroît, une atteinte grave à un intérêt public, ce qui ne laisse pas d'étonner puisque, ainsi que l'exprime Stéphane Rials, ces arrêts considèrent ainsi « qu'un ordre peut être manifestement illégal et pourtant ne pas porter une atteinte grave à un intérêt public, et donc devoir être obéi par l'agent subordonné, posant ainsi que si ce dernier ne saurait résister hors du cadre de la loi, son supérieur est admis à violer celle-ci dans l'intérêt public, ce qui peut choquer les apôtres de l'État de droit¹⁵ ».

Dans la rigueur de l'acception, on ne peut souscrire aux propos d'Albert Ogien pour lequel

quelques dispositions du droit français peuvent être interprétées comme aménageant légalement le droit de résistance, comme le droit pour le fonctionnaire de refuser d'obéir à un ordre « manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public » [...] ou l'absence d'exonération pénale pour obéissance à l'acte manifestement illégal ou conduisant à un crime contre l'humanité (articles 122-4 et 213-4 du Code pénal).

Alors même que l'auteur indique aussitôt : « Et pourtant, ces possibilités sont rarement, pour ne pas dire jamais, utilisées¹⁶. » C'est encore une fois intégrer, ce qui pose une question insoluble, le droit de résistance dans le cadre de l'État de droit, c'est par ailleurs confondre résistance et désobéissance.

¹⁵ S. Rials, in préface à E. Desmons, *op. cit.*, p. IX.

¹⁶ A. Ogien, *art. cit.*, p. 581.

En France, ce droit a disparu de 1795 à 1971¹⁷ ; il était absent de la Déclaration des Droits et des Devoirs de l'Homme et du Citoyen, préambule de la constitution du Directoire de 1795, ce qui n'était finalement que la suite logique de la Convention thermidorienne et de la crainte d'un pouvoir personnel attribué, à tort ou à raison, à Robespierre, la figure de l'Incorruptible étant devenue celle du prétendu tyran. Il était apparu, on le sait, dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (qui, en tant que telle n'avait pas valeur normative, mais seulement, c'est un truisme, déclarative, en tous les cas jusqu'en 1971), en son article 2, inspiré par Mirabeau et Jean-Joseph Mounier. Le premier, au nom du Comité des Cinq, proposa que « La liberté du citoyen consiste à n'être soumis qu'à la Loi, à n'être tenu d'obéir qu'à l'autorité établie par la loi, à pouvoir faire, sans crainte de punition, tout usage de ses facultés qui n'est pas défendu par la loi, et par conséquent résister à l'oppression », attraction évidente du légicentrisme rousseauiste, sur lequel nous reviendrons peu après. Mais c'est le projet de Jean-Joseph Mounier qui sera repris et intégralement transcrit dans le texte du 26 août 1789 en son article 2¹⁸, son auteur, dans la discussion devant l'Assemblée nationale, arguant que « la résistance à l'oppression [compte] au nombre des droits imprescriptibles qui appartiennent à tous les hommes ». Ce député, monarchiste, émigra pourtant très rapidement jusqu'en 1801. Peu avant la rédaction de cet article, il publia un libelle, *Considérations sur les gouvernements et principalement celui qui convient à la*

¹⁷ Dans le projet de constitution du 19 avril 1946 pourtant, l'article XXI réaffirmait ainsi ce droit : « Quand le gouvernement viole les libertés et les droits garantis par la constitution, la résistance sous toutes ces formes est le plus sacré des droits et le plus impérieux des devoirs », article clairement inspiré de l'article 35 de la constitution de l'an I. Mais il ne fut pas approuvé, de sorte qu'il disparut du texte voté le 27 octobre 1946.

¹⁸ Très nombreuses ont été les sources explicatives de la Déclaration, et les doctrines explicatives, non dénuées par ailleurs de controverses. Pour citer quelques auteurs v. E. Doumergue, « Les origines historiques de la déclaration et l'homme et du citoyen, *Revue de droit public*, 1904, p. 673 et s., S. Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, coll. « Pluriel », 1988, M. Thomann, « Le préambule de la déclaration des droits de l'homme (1789). Quelques résultats inédits d'une recherche sur sa rédaction et son contenu doctrinal », *Revue d'histoire du droit*, 1987, p. 375 et s.

France, qui semble pourtant, déjà, contredire la consécration du droit de résistance. La bonne Constitution doit, pour lui, être celle qui prévient l'anarchie populaire. Il semble évident que les événements du 14 juillet, les *Jacqueries* qui éclatèrent partout dans les Provinces eurent un retentissement certain chez ce député, on l'a dit, monarchiste.

Mais prévenir l'« anarchie » n'est-il pas déjà acte de défiance vis-à-vis du droit de résistance, puisqu'il paraît évident que, dans un premier temps, toute insurrection, en ce qu'elle détruit l'ordre existant, conduit à un irréversible moment de trouble institutionnel ? Poursuivons la lecture de ce libelle : « [La Constitution] n'impose jamais au peuple la nécessité de l'insurrection, *et la rend impossible* (c'est nous qui soulignons), tant qu'elle n'est pas nécessaire. Si elle l'est une fois, il n'est point de pouvoir sur terre capable de l'empêcher ». Alessandro Fontana note à ce propos, avec pertinence, qu'« Il y a là toute une philosophie du droit de résistance mentionné dans le deuxième article : une Constitution est bonne si elle est à même de le rendre caduc. La résistance comme droit “naturel” doit être rendue impossible “tant qu'elle n'est pas nécessaire”, par une législation positive¹⁹ ».

Mais quand est-elle nécessaire ? L'encadrement par une législation positive fait déjà penser à la proposition de Constitution girondine rédigée par Condorcet en 1793. Mirabeau-Tonneau, frère du célèbre orateur, fit remarquer lors de la discussion que, devant l'agitation des Provinces, cet article pouvait s'avérer dangereux, de sorte qu'il demanda de retrancher la formule de résistance à l'oppression. Preuve une nouvelle fois, et s'il en était besoin, que la période troublée des premiers temps de la Révolution, nous sommes en août, perturbait déjà grandement les constituants réunis en Assemblée nationale. Et qu'en conséquence, la consécration du droit de résistance n'était en rien une évidence, surtout si on confronte l'article 2 à l'article 7 qui, lui, énonce que « Tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la

¹⁹ A. Fontana, « Du droit de résistance au devoir d'insurrection », in J.-C. Zancarini (dir), *Le Droit de résistance, XIX^e-XX^e siècles*, Lyon, ENS éditions. En ligne sur <https://books.openedition.org/enseditions/25270>, § 3.

résistance ». Certes, il ne s'agit pas, dans cet élément de phrase, de la même conception du terme résistance, mais son emploi est néanmoins troublant. Certes, le terme « oppression » n'apparaît plus, à peine d'une évidente contradiction. Pourtant, le légicentrisme emprunté à Rousseau semble ici consacrer une certaine antinomie, en ce que la contestation de toute loi semble être une impasse infranchissable. On ne peut présumer une loi injuste, puisqu'elle est « l'expression de la volonté générale » (emprunt, ici encore, au Genevois), de sorte qu'on voit mal quand il peut y avoir un réel droit de résistance à l'oppression, les institutions et les lois qui en découlent étant l'expression de la volonté générale exprimée par la Nation (et non, certes, le peuple, et c'est ici que la divergence avec Rousseau se fait jour). Dès lors, peut-on affirmer que « la violation des "droits de l'Homme" dont le principe vient d'être affirmé en 1789, délie les sujets de leur devoir d'obéissance. L'inscription du droit de résistance à l'oppression dans la Constitution traduit cette intangibilité des droits du citoyen face au pouvoir²⁰ ». À la vérité, rien de moins certain. On peut s'accorder avec Marcel Morabito selon lequel

Au nom du maintien de l'ordre, la Déclaration exclut le recours à la force inscrit dans d'autres projets. Surtout, en opposant arbitraire et légalité, elle ferme la voie à toute contestation de la loi [...]. Force est de souligner que, parmi les projets qui font place à la résistance, aucun ne l'envisage comme possible à l'encontre de la loi. De sorte que le droit de résistance apparaît avant tout en 1789 comme un rempart dressé par un nouvel ordre politique contre un retour à l'arbitraire royal, comme une légitimation du basculement révolutionnaire²¹.

Dès lors, et pour résumer, quelques remarques. Le droit de résistance ne concerne tout d'abord que l'exécutif, toujours suspect, après le dévoiement de la Monarchie en sa forme absolue. Par ailleurs, « La loi représentait pour les hommes de 1789 le seul rempart sérieux contre l'arbitraire, puisqu'elle était

²⁰ M.-A. Vandroy-Fraigneau, « Les résistances à l'autorité », *Hypothèses. Travaux de l'école doctorale d'histoire*, 2004, p. 205.

²¹ M. Morabito, « La résistance à l'oppression en 1793 », *Revue historique du droit français et étranger*, 72 (2), avril-juin 1994, p. 236.

à la base d'un régime établi pour l'empêcher²² », de sorte que l'on peut effectivement concevoir que le droit de résistance est donc pour beaucoup, en 1789, « un droit ouvert à titre exceptionnel et qui devrait viser un Exécutif toujours soupçonné et non un Législatif intrinsèquement libérateur²³ ». En somme, c'est le retour à l'Ancien Régime, à la Monarchie absolue qui est dénoncé, dans la crainte d'une éventuelle restauration. C'est le début de la Révolution, et le coup de force (pourrait-on dire constitutionnel) de la déportation le 17 juin des députés et leur serment trois jours après qui se trouvent légitimés, ainsi que les Jacqueries, la prise de la Bastille et autres mouvements de type insurrectionnel traversant tout le royaume. Légitimation *ex post* donc.

Il n'est donc pas incompréhensible qu'un contemporain, et non des moindres, Emmanuel Kant, pourtant admirateur de la Révolution, mais aussi pétri des lectures de Hobbes et de Rousseau, condamne sans appel le droit de résistance, ainsi que nous le rappelle Marie-Anne Vandroy-Fraigneau, peu après les deux déclarations des droits, de 1789 et 1793, puisqu'il s'y opposa en 1795, dans sa *Doctrine du droit* :

Emmanuel Kant aboutit pour sa part à la condamnation du droit de résistance²⁴. Il s'inspire en partie de Hobbes : le peuple n'est constitué comme tel que par l'institution du souverain. Seule l'unité du représentant crée l'unité du représenté. On ne peut donc résister au régent, ni du point de vue du droit (ce serait inverser les rôles du souverain et du peuple) ni même du point de vue du fait (l'intérêt privé des députés ne les inclinant guère à œuvrer en faveur du peuple contre le régent) [...]. La critique kantienne du droit de résistance est poussée à l'extrême : elle prescrit l'obéissance au pouvoir révolutionnaire lui-même, une fois celui établi²⁵.

Il s'agissait pour le philosophe de Königsberg d'affirmer l'irréversibilité de la Révolution, même après la période troublée

²² E. Desmons, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, op. cit., p. 59.

²³ S. Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 400.

²⁴ E. Kant, *Doctrine du droit*, II, 1^{ère} section, trad. A. Renaut, Paris, 1994, p. 134-140.

²⁵ M.-A. Vandroy-Fraigneau, *art. cit.*, pp. 206-207.

du gouvernement révolutionnaire durant l'époque de la Convention. Ainsi, et ce n'est pas un paradoxe, réfuter le droit de résistance consistait pour lui à asseoir la légitimité de la Révolution. Même quand une révolution violente, rendue nécessaire par les défauts du gouvernement, aurait amené par des voies injustes un meilleur ordre des choses, il ne serait plus permis de faire revenir le peuple vers son ancienne Constitution, quoique chacun de ceux qui, pendant la durée de cette Révolution, y ont participé, ouvertement ou en secret, ait encouru le juste châtement de la rébellion, écrit en substance Kant dans son opuscule *Vers la paix perpétuelle* paru la même année que la *Doctrine du droit*. Il s'agissait, par là même, de prévenir une contre-révolution, notamment face à la révolte vendéenne. S'il condamne le droit de résistance, c'est en fait pour mieux arrimer la Révolution, thèse finalement logique.

On peut ici émettre une hypothèse : la tension permanente pour les Constituants entre les œuvres respectives de Locke et Rousseau, à l'avantage, à la vérité, du premier. D'autant que les premiers révolutionnaires étaient inspirés de la Révolution américaine et des différentes Déclarations des droits, à travers la Déclaration initiale d'indépendance de 1776²⁶, mais aussi de

²⁶ « Nous tenons pour évidentes pour elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés. *Toutes les fois qu'une forme de gouvernement devient destructive de ce but, le peuple a le droit de la changer ou de l'abolir et d'établir un nouveau gouvernement*, en le fondant sur les principes et en l'organisant en la forme qui lui paraîtront les plus propres à lui donner la sûreté et le bonheur. La prudence enseigne, à la vérité, que les gouvernements établis depuis longtemps ne doivent pas être changés pour des causes légères et passagères, et l'expérience de tous les temps a montré, en effet, que les hommes sont plus disposés à tolérer des maux supportables qu'à se faire justice à eux-mêmes en abolissant les formes auxquelles ils sont accoutumés ». Souligné par nous. Notons malgré tout une réserve quant au droit de résistance puisque, « les gouvernements établis », répétons la citation, « ne doivent pas être changés pour des causes légères et passagères ». Il y a aussi une forme de subjectivité qui éclaire de façon quelque peu impressionniste le départ qu'il y a lieu de faire entre droit de résistance et impossibilité de son effectuation.

certaines des États rédigées là aussi dès 1776²⁷, toutes influencées par l'œuvre de Locke, sous l'influence décisive de Jefferson²⁸.

Si tous s'accordent à ce que le droit de résistance existe bien évidemment à l'état de nature, la transposition dans l'état de société, c'est-à-dire, bien évidemment, dans la société politique, donc dans le droit, n'a pourtant rien d'évident.

C'est ainsi que nous pouvons saisir la polémique violente opposant Robespierre et Condorcet, qui n'eut de cesse de vouloir juridiciser le droit de résistance, pour le faire entrer dans des voies légales, autre antinomie, quand l'Incorruptible et ses amis se faisaient les contempteurs acharnés d'un tel projet, pour eux annonciateur d'un rétablissement de la tyrannie.

Le projet girondin, déposé le 10 février 1793 et écrit par Condorcet au nom du Comité de constitution, fait échapper le droit de résistance à l'attrait irréversible pour le légicentrisme que nous avons vu relativement à la Déclaration des droits de 1789, et qui ne concevait, on l'a dit, le droit de résistance qu'à l'égard de l'exécutif, la loi ne pouvant qu'être nécessairement bonne, puisqu'expression de la volonté générale. Condorcet, authentique républicain, mais certainement effrayé par les événements insurrectionnels du 10 août 1792 ainsi que par les

²⁷ Déclaration d'indépendance des États-Unis (1776), Déclaration des droits de Virginie (1776), Déclaration des droits de Pennsylvanie (1776), Déclaration des droits du Delaware (1776), Déclaration des droits de Virginie (1776), Déclaration des droits de Maryland (1776), Déclaration des droits de Virginie (1776), Déclaration des droits du Massachusetts (1776) ; déclarations rappelées par M. Morabito, *art. cit.*, p. 235. L'auteur s'attarde à raison sur la formule sans aucun doute la plus édifiante, en ce qu'elle rejette radicalement toute réfutation du droit de résistance, contenue dans la déclaration du Maryland en son article 4 : « La doctrine de la non-résistance contre le pouvoir arbitraire et l'oppression est absurde, servile et destructive du bien et du bonheur du genre humain ».

²⁸ Une abondante littérature a trait à l'importance de l'influence de Jefferson dans l'intégration de Locke à ces différentes déclarations. On peut citer notamment, et le premier, A. Hamilton, *The continentalist*, n° 11, New-York, 1781, in *The Papers of Hamilton A. Hamilton*, Columbia, Univ. Press., 1961, vol II, p. 655 ; G. Scoffoni, « Droit naturel et démocratie américaine », *Revue de droit public*, 1989, pp. 865 et s. ; R. Garson, « The intellectual reference of the american constitution », in *Reflexions on the constitution*, ed. Maidment-Zvesper, Manchester, Univ. Press, 1989 et tant d'autres encore.

massacres de septembre de la même année²⁹, ne concevait pas toutefois une résistance violente à la loi, mais reconnaissait que cette dernière pouvait être oppressive. Pour la première fois depuis le début de la Révolution, il s'efforça de donner une signification objective, une définition, si l'on préfère, de l'oppression.

Proclamant tout d'abord dans l'article 31 que « Les hommes réunis en société doivent avoir un moyen légal de résister à l'oppression », il circonscrit, de façon limitative, trois cas d'oppression dans l'article 32 :

Il y a oppression lorsqu'une loi viole les droits naturels, civils et politiques qu'elle doit garantir.

Il y a oppression lorsque la loi est violée par les fonctionnaires publics, dans son application à des faits individuels.

Il y a oppression lorsque des actes arbitraires violent les droits des citoyens contre l'expression de la loi.

Dans tout gouvernement libre, le mode de résistance à des différents actes d'oppression doit être réglé par la Constitution.

Outre le caractère limitatif, trois cas d'oppression seulement sont prévus, le dernier alinéa de cette proposition d'article interpelle : « le mode de résistance [...] *doit être réglé par la Constitution* ». Réglé par la Constitution. Faire entrer donc ce droit de résistance dans le cadre d'« un moyen légal » ainsi qu'il est écrit dans l'article 31. Faire échapper ce droit à toute attraction naturaliste pour opter résolument pour le positivisme. Ces moyens énoncés dans la Déclaration sont ensuite exposés au Titre VIII du projet de Constitution, intitulé « De la censure du peuple sur les actes de la représentation nationale, et du droit de pétition ». Ils organisent un système à la vérité très complexe,

²⁹ Rappelons que le 10 août 1792 fut une journée qui préluda la mort de la Monarchie et l'avènement quelques semaines plus tard, au lendemain de la victoire de Valmy, de la République, le 21 septembre. Le 10 août, face au peuple de Paris et aux Fédérés déchaînés, les Gardes Suisses de Louis XVI se font massacrer. Le siège de l'exécutif, soit les Tuileries, est assailli et Louis XVI ainsi que sa famille sont emprisonnés. Ce sera la fin de la Monarchie constitutionnelle. Le point culminant sera, hélas, les massacres de septembre, du 2 au 7. Mais des massacres qui contribuèrent à l'accélération de la Révolution, ses acteurs se dotant peu après d'une Constitution apte à concrétiser légalement ces journées insurrectionnelles.

tant juridictionnel que politique. Juridictionnel tout d'abord : la mise en jugement des fonctionnaires publics qui se rendraient responsables d'abus de pouvoir et de violation de la loi, selon l'article 33 du Titre VIII, qui énonce « Les Citoyens ont aussi le droit de provoquer la mise en jugement des fonctionnaires publics, en cas d'abus de pouvoir et de violation de la Loi ». Politique ensuite, et ce, par deux voies : droit de pétition tout d'abord, à la vérité peu efficace selon l'énoncé de l'article 31 du même titre, selon lequel « Les citoyens ont le droit d'adresser des pétitions aux autorités constituées, pour leur intérêt personnel privé ». Mais surtout par la censure du peuple, prévue à l'article 1^{er} pour lequel

Lorsqu'un Citoyen croira utile ou nécessaire d'exciter la surveillance des Représentants du Peuple sur des actes de Constitution, de Législation ou d'administration générale, de provoquer la réforme d'une loi existante ou la promulgation d'une loi nouvelle, il aura le droit de requérir le bureau de son Assemblée primaire, de la convoquer au jour de dimanche le plus prochain, pour délibérer sur sa proposition³⁰.

Mais le mécanisme de censure est d'une complexité extrême. Marcel Morabito nous la décrit, faisant une synthèse des différentes dispositions du Titre VIII concernant ce mécanisme :

Il faut dans un premier temps que la requête soit adoptée par la majorité des assemblées primaires du département où réside le demandeur. Le corps législatif peut alors statuer, mais la procédure n'est pas pour autant terminée à ce stade, car, si les assemblées primaires d'un autre département contestent la solution retenue par les députés, toutes les assemblées primaires de la République sont convoquées. Dans l'hypothèse où le scrutin donne tort au corps législatif, celui-ci est renouvelé et ceux des

³⁰ Marcel Morabito y voit les prémises d'un contrôle de constitutionnalité, ce qui nous paraît exagéré. Il écrit en effet, que cette « procédure [...] ouvre la voie à la possibilité d'un véritable contrôle de constitutionnalité, en se fondant sur l'article 27 qui dispose « Seront soumises à l'exercice du droit de censure toutes les lois, et généralement tous les actes de la législation qui seraient contraire à la Constitution ». M. Morabito, *art. cit.*, p. 238. La censure n'est pas en soi un contrôle de constitutionnalité, puisqu'il s'agit selon l'article 1^{er} de « provoquer la réforme d'une loi existante ou la promulgation d'une loi nouvelle » mais ce par le corps législatif ».

députés qui ont prouvé être en désaccord avec la volonté générale ne peuvent être réélus.

On pourra convenir, à la lecture de cette longue procédure, qu'ici la résistance est dissoute dans le droit de par sa formalisation excessive. On présente souvent le projet de Condorcet comme plus progressiste que la Constitution de l'an I, de par l'initiative référendaire (quoique le terme n'apparaisse pas dans le projet, puisqu'il s'agit, est-il écrit dans l'article 1^{er}, de « provoquer la réforme d'une loi existante ou la promulgation d'une loi nouvelle »).

C'est oublier que, dans le projet de Condorcet, et on le voit bien dans cette procédure complexe de censure du peuple, on vote sans discontinuer. Cela pourrait paraître comme l'acmé de la démocratie, mais regardons de plus près. C'est peut-être tout au contraire l'inverse.

Seuls les gens aisés pourraient consacrer une partie non négligeable de leur temps à des scrutins interminables. Les indigents se lasseraient vite d'y prendre part. Le Montagnard Robert affirme ainsi, le 26 avril :

Si vous décrêtez ces fréquentes assemblées, la partie la moins aisée du peuple serait dans l'impossibilité absolue de s'y rendre et, si elle ne s'y rendait pas, son droit à l'exercice de la souveraineté ne serait plus qu'illusion, la classe aisée et la classe opulente deviendraient les maîtresses suprêmes des Assemblées et, par un excès de démocratie mal entendue, vous verriez nécessairement s'élever un genre d'aristocratie bien terrible, l'aristocratie presque absolue des riches.

Ce n'est, paradoxe, pas parce qu'on vote de façon presque continue qu'on concrétise réellement la démocratie, on risque de la réserver à la classe supérieure ayant le temps de s'y consacrer pleinement. Écoutons Jaurès commentant cette technique : « Le peuple surmené se détournerait bientôt de son propre droit et laisserait l'exercice réel de la souveraineté à quelques intrigants. »

Mais la charge la plus lourde contre le projet girondin, et particulièrement contre ce système de légalisation du droit de résistance fut portée, cela n'étonnera pas, par Robespierre et ses amis.

Les antinomies du droit de résistance

Robespierre ainsi que Couthon étaient farouchement opposés au projet girondin, car l'encadrement du droit de résistance détruit selon eux la substance de ce droit. Citons Couthon, dans un discours qu'il prononça au Club des Jacobins. Dès le 17 février 1793, l'ami de l'Incorruptible fustigea le marquis républicain qui, selon lui, « propose un moyen légal, comme si, pour se débarrasser d'un assassin, il fallait lui laisser le temps de consommer son coupable dessein ». Robespierre se fera plus radical encore le 24 avril : « Assujettir à des formes légales la résistance à l'oppression est le dernier raffinement de la tyrannie. »

En avril 1793, après la proscription des Girondins, les Montagnards vont s'attaquer au projet de Condorcet et proposer de multiples textes. Le 24 avril, dans son intervention à la Convention, qui aura une conséquence notable sur le texte définitif, Robespierre, s'éloignant là encore de l'attraction légicentriste, propose dans son texte (article 25) la résistance à l'acte illégal et envisage le cas où le gouvernement viole les droits du peuple (article 29, qui inspirera l'article 35 du texte définitif). Ce n'est plus un pouvoir, mais bien deux pouvoirs qui sont désormais visés. Par ailleurs, il indique que l'oppression peut concerner non seulement la collectivité, mais encore un seul membre (article 34). La Déclaration des droits finalement adoptée, celle de l'an I, consacre une césure radicale avec le projet girondin, puisque l'article 35 ne conditionne aucunement le droit de résistance : « Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs. » Aucune définition ici de l'insurrection, aucun encadrement légal, rejet absolu du positivisme du projet girondin de Condorcet.

N'oublions pas non plus d'autres dispositions essentielles (certes l'article 35 est le plus connu), tels l'article 9 « La loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui les gouvernent » et l'article 11 « Tout acte exercé contre un homme hors les cas et sans les formes déterminées par la loi est arbitraire et nul. Tout homme contre qui on tenterait d'exécuter un pareil acte a le droit de repousser la force par la force ». La loi doit donc bien faire, mais, si tel n'est pas le cas, il

faut comprendre, de par la lecture combinée des articles 9, 11 et 35, que l'arbitraire doit être résolument combattu. Certes, si les lois liberticides doivent être cantonnées dans le cadre de cas exceptionnels, c'est toujours à l'encontre d'un exécutif sortant de sa fonction première, subordonnée au législatif, que la suspicion s'exerce. Pour autant, le droit de résistance apparaît bien comme un outil devant rétablir la volonté générale.

Alors pourquoi cette apparente contradiction entre la « nourriture » rousseauiste à laquelle s'abreuvent Robespierre et ses amis, et leur résistance au positivisme ?

Il semble, c'est une hypothèse et rien, dans l'historiographie, ne le prouve, qu'il s'agit là, entre Condorcet et les Girondins d'une part, et les Montagnards menés par l'Incorruptible d'autre part, non d'un débat constitutionnel, mais d'une opposition frontale de pure opportunité politique : justifier le 10 août, justifier la Terreur pour contenir la Terreur. Ainsi, naturalistes, les Montagnards le sont par nécessité, loin des débats théoriques de Hobbes, Locke, Rousseau ou encore Kant.

C'est à une destruction méthodique que la Convention thermidorienne se livra pour se débarrasser définitivement de ce droit de résistance, coupable, aux yeux des Conventionnels acteurs du 9 thermidor, des pires débordements de la Terreur, quand beaucoup d'entre eux y participèrent, Robespierre n'étant que l'un des onze du Comité de salut public. Pour ne citer que les plus connus, Collot d'Herbois, Billaud-Varenne, Carnot, également membres de la même instance, avaient tous contresigné les actes pris, à l'instar de l'Incorruptible. Nous ne reviendrons pas sur les événements du 9 thermidor an II, très largement documentés, nous contentant de nous cantonner à la disparition du droit de résistance. Boissy d'Anglas, farouche contempteur de l'œuvre des Montagnards³¹ et rapporteur de la

³¹ Et sans nul doute échaudé par l'insurrection du 1^{er} prairial an III. On rappelle que les émeutiers, menés par les sections jacobines de Paris, nostalgiques de la constitution de l'an I, envahirent le 20 mai 1795 la convention, criant « du pain et la Constitution de l'an I ». Ils allèrent jusqu'à assassiner un député, Jean Baptiste Féraud. On assista à une tentative, vite réprimée, de certains Montagnards visant à restaurer le gouvernement révolutionnaire. La réaction ne se fit pas attendre, les troupes insurgées rapidement désarmées. Enfin, les sociétés populaires et les clubs, notamment celui des Jacobins sont

Constitution de l'an III (soit de celle du Directoire) déclara, le 5 messidor an III,

Tout ce qu'on peut lire de clair et de positif dans ces tables odieuses, c'est la sanction du droit d'insurrection partielle, la conservation de la secte jacobine et de ses factieuses affiliations. Il est une vérité constante, c'est que, lorsque l'insurrection est générale, elle est toujours coupable. Nous avons donc supprimé l'article 35, qui fut l'ouvrage de Robespierre et qui, dans plus d'une circonstance, a été le cri de ralliement des brigands armés contre vous³².

Et en effet, plus aucune mention ne sera faite dans la constitution de l'an III du droit de résistance à l'oppression. Comme l'écrit Marcel Morabito, Boissy d'Anglas « annonçait la victoire du droit sur la philosophie³³ » et, pourrait-on ajouter, du positivisme sur le naturalisme.

S'agit-il, pour conclure, de condamner la résistance à l'oppression ? Non, ce n'est aucunement notre propos. Mais de saisir qu'en tant que droit il ne peut être conceptualisable quand, en tant que fait, il peut s'avérer légitime. Ce serait sinon, en effet, condamner les soubresauts de l'Histoire, condamner la Révolution américaine, réprouver la Révolution française ou les mouvements de Libération nationale qui ont abouti à l'indépendance de populations colonisées, pour ne donner que quelques exemples. Le fait historique n'est pas en tant que tel un droit. Si on le formalise comme tel, ce n'est qu'a posteriori, pour donner apparence légale à l'insurrection qui a détruit l'ordre juridique antérieur qui, par définition, ne peut contenir en son sein la possibilité de sa destruction. Les discontinuités historiques sont effectuées par des faits, rarement par des droits, notamment celui de résistance à l'oppression.

définitivement fermés. C'est la fin, en propre, de la Révolution populaire, de la surveillance constante de la Convention par le peuple de Paris.

³² Cité par M. Morabito, *art. cit.*, p. 247.

³³ *Ibid.*

SECONDE PARTIE

RÉFLEXIONS SUR DES PRATIQUES DE DÉSOBÉISSANCE CIVILE

DE L'URGENCE A L'ETAT D'URGENCE CLIMATIQUE*

Roberto LOUVIN

Sommaire

- I. Faire face à l'urgence climatique
- II. L'urgence créatrice de l'état de nécessité
- III. Quel état d'exception ?
- IV. Obsolescence des instruments

I. Faire face à l'urgence climatique

« Le changement climatique représente une menace très grave et ses conséquences ont des répercussions sur de nombreux aspects de notre vie », c'est pourquoi « il faut agir maintenant pour le climat, ou ces effets ne feront que s'intensifier ».

C'est en ces termes sobres et mesurés que le site internet institutionnel de la Commission européenne certifie l'urgence climatique actuelle, dans le sillage de nombreuses déclarations bien plus alarmantes du Parlement européen et des assemblées législatives de nombreux pays, selon lesquelles nous sommes déjà en pleine urgence climatique. Nous sommes confrontés à un « risque énorme de perte de biodiversité », déclare le Parlement européen, et à une véritable « urgence climatique et environnementale » : l'« état d'urgence climatique » qui en résulte implique nécessairement l'adoption de mesures visant à réduire les émissions de carbone à zéro dans un délai très court.

Les États prennent toutefois leur temps, annoncent, approuvent des « stratégies »...

* Cette étude est une synthèse de la contribution de l'auteur ayant pour titre « *Dall'emergenza allo stato di necessità climatica* » qui paraîtra dans les mélanges en l'honneur du professeur Stelio Mangiameli.

La réponse planificatrice des gouvernements, en dépit des annonces, est loin d'être satisfaisante d'un point de vue opérationnel.

Nous nous retrouvons malheureusement aujourd'hui au stade de la seule lecture de ces plans. En effet, ils sont régulièrement éclipsés par des urgences militaires, économiques ou sanitaires qui prennent ponctuellement le dessus et font remettre à plus tard des choix que la science et la communauté internationale elle-même continuent de déclarer comme ne pouvant être reportés. Partant, ce qui aurait déjà dû être fait hier est constamment occulté.

Les intérêts économiques et politiques convergent en fait dans la même direction : ne jamais adopter de mesures décisives, continuer à gagner du temps. L'échec des deux dernières conférences des parties à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC) — la COP28 à Dubaï et la COP29 à Bakou — en est la preuve flagrante. Certains États ne donnent même plus l'impression de vouloir faire quoi que ce soit de concret. Le revirement opéré par certains gouvernements nationaux, dont celui des États-Unis après la réélection de Donald Trump, ne laisse aucun doute sur la direction prise : sous le slogan « Drill, baby, drill ! », le président a annoncé au monde entier, dans son discours d'investiture, que la priorité absolue était de créer une nation fière, prospère et libre, où les foreuses pourraient tourner à plein régime.

Certains gouvernements européens sont également sensibles à l'appel pour un retour en force à l'économie fossile et prêts à mettre de côté les efforts entrepris depuis l'accord de Paris pour tenter de réduire les effets du réchauffement climatique. Ils semblent avoir déjà définitivement condamné au silence les sibylles du GIEC, prophètes de malheur, selon lesquelles seule une action urgente en faveur du climat pourrait encore garantir un avenir viable pour tous.

II. L'urgence créatrice de l'état de nécessité

Il existe, et cela n'est pas sérieusement contestable sur le plan rationnel et scientifique, une menace très grave pour la vie humaine à l'échelle régionale et mondiale, et une diminution

De l'urgence à l'état d'urgence climatique

dramatique de la biodiversité est déjà en cours, qui n'est malheureusement pas contrecarrée avec l'énergie nécessaire. Les militants pour le climat et les mouvements internationaux, tels que Fridays for Future, Extinction Rébellion ou Greenpeace, se battent sans relâche, pour sensibiliser l'opinion publique aux dangers existentiels actuels, mais ils sont souvent ignorés ou ridiculisés.

L'action des militants pro-climat s'est déjà développée sur le terrain judiciaire, donnant lieu à un vaste éventail de litiges qui ont fait couler beaucoup d'encre à l'encontre des États et de l'Union européenne pour dénoncer des protections inadéquates, mais ces causes n'ont malheureusement pas eu beaucoup d'impact concret sur le changement des politiques menées jusqu'à présent.

Que faire alors ? Attendre ? Se résigner ? Ou se contenter d'espérer que les dirigeants changent d'avis, alors que les catastrophes climatiques se multiplient, que les migrations environnementales touchent des millions de personnes et que la mortalité générée par le changement climatique d'origine anthropique ne cesse d'augmenter ? Mais le consensus scientifique mondial ne nous dit-il pas qu'il n'est plus possible d'attendre ?

La proclamation résultant de la réforme de l'article 9 de la Constitution italienne, selon lequel aujourd'hui « La République (...) protège l'environnement, la biodiversité et les écosystèmes, également dans l'intérêt des générations futures », nous rappelle l'existence de valeurs absolument prééminentes et nous reconnaît, comme elle reconnaît d'ailleurs aux générations futures, des droits fondamentaux pour notre propre existence en tant qu'espèce humaine, laquelle fait elle-même partie des diverses espèces en danger.

Se battre pour ces objectifs ne devrait donc pas être seulement un droit, mais aussi un véritable devoir, comme le proclament déjà certains textes constitutionnels étrangers.

III. Quel état d'exception ?

Depuis des siècles, la doctrine parle de l'état d'exception et de l'état de nécessité, pour justifier la suspension des droits et la

dérégation aux principes fondamentaux de l'ordre juridique. Il en résulte la formulation d'une théorie sur les pouvoirs formels nécessaires et exceptionnels élaborée « en partant du principe qu'un système unitaire et en soi cohérent comme le système juridique ne peut tolérer que des dérogations provisoires aux principes et aux règles normalement en vigueur¹ ». Ce raisonnement repose sur l'hypothèse implicite du caractère temporaire de l'urgence, mais la crise climatique ouvre à cet égard des scénarios inédits.

Alessandro Pizzorusso pouvait encore faire référence au caractère généralement transitoire des situations d'urgence, tout en sachant qu'elles pouvaient aussi, parfois, être de longue durée. Sur la base de cette hypothèse, il qualifiait les situations d'urgence de « situations soudaines de difficulté ou de danger, à caractère généralement transitoire (même si elles ne sont pas toujours de courte durée), qui entraînent une crise de fonctionnement des institutions opérant dans le cadre d'un ensemble social donné² » ; mais le scénario est aujourd'hui très différent.

À son époque déjà, les catastrophes naturelles (souvent considérées comme limitées à une partie seulement du territoire) et les catastrophes écologiques (qui n'étaient pas encore pensées alors comme la conséquence d'une activité humaine intentionnelle) étaient incluses dans la catégorie des situations d'urgence. Ces deux caractéristiques — la limitation dans le temps et le fait qu'elles ne relèvent pas de la responsabilité humaine — ne sont plus des traits caractéristiques de l'urgence climatique actuelle. En imaginant peut-être un changement radical de scénario, la doctrine de l'époque laissait déjà entrevoir, en parlant précisément des catastrophes écologiques, le risque qu'auraient pu se présenter des « problèmes complexes, non

¹ M.A. Cabiddu, « Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento », in *Amministrare*, 2, 2010, p. 168.

² A. Pizzorusso, « Emergenza (stato di) », in *Enc. sc. soc.*, III, Roma, 1993, p. 551 et s. Selon l'auteur, l'« état d'urgence » désigne donc : « a) la situation de fait qui se produit lorsque de telles circonstances se présentent, et quelquefois aussi b) la situation juridique qui résulte de la constatation officielle de cette situation de fait afin d'adopter les mesures appropriées pour remédier aux inconvénients qui en découlent » (p. 552).

De l'urgence à l'état d'urgence climatique

seulement concernant l'identification des responsabilités éventuelles, mais aussi relativement à l'évaluation des types d'interventions que les pouvoirs publics peuvent ou doivent mettre en œuvre en présence d'événements de ce type ou de leur prévention³ ».

La fréquence avec laquelle se manifestent de nos jours des crises de nature différente, de caractère cyclique, qui se superposent les unes aux autres et dont les effets se prolongent dans le temps, a fait parler d'urgences pérennisées, chroniques et endémiques⁴. Pour autant, rien de tout cela ne correspond encore exactement à la connotation véritablement « systémique » qui caractérise la crise climatique actuelle. Son ampleur est en effet telle qu'elle a déjà suscité de sérieuses réflexions sur la nécessité de repenser globalement la structure institutionnelle des démocraties libérales qui se sont stabilisées dans la seconde moitié du XX^e siècle : pensons, entre autres, à la théorisation d'une éventuelle troisième chambre parlementaire comme « Assemblée du long terme » ou « Chambre du futur »⁵.

Il est illusoire de penser, à ce stade, que le combat en cours, qui a déjà mobilisé des millions de personnes et qui voit des communautés entières menacées dans leurs perspectives d'avenir et de survie, ne conduise pas à invoquer un véritable « droit de résistance » face aux politiques inadéquates mises en place par les institutions publiques. Partant, la répression des formes de contestation et de désobéissance civile déjà en cours ne peut être réduite à la gestion de l'ordre public, comme l'a signalé du haut de son autorité Michel Forst⁶, qui a dénoncé le danger déjà très concret de réactions excessives de la part des États, dans le but

³ *Ibid.*

⁴ A. Mangia, « L'Europa dell'emergenza perenne », in E. Mostacci, A. Somma (dir.), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Roma, Rogas, 2021, p. 144 et s. D'intéressantes observations ont été avancées à cet égard par S. Staiano, « Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata », in S. Staiano (dir.), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, 2006, p. 659 et s.

⁵ D. Bourg, *Pour une VI^e République écologique*, Paris, Odile Jacob, 2011.

⁶ *Special Rapporteur on Environmental Defenders under the Aarhus Convention*.

de contrer les mouvements de protestation environnementale et les forces engagées dans la désobéissance civile climatique.

À l'heure actuelle, la réaction la plus courante de nombreux États consiste précisément à durcir les mesures répressives et les sanctions pénales à l'encontre des manifestations pour le climat et l'environnement. Il incombe à ce point aux tribunaux, dans l'exercice de leur contrôle concret sur les pouvoirs exercés par les forces de police lorsqu'ils prononcent une condamnation et déterminent une peine, de défendre le périmètre de l'espace civique dans lequel s'exercent les libertés consacrées par les Constitutions et sanctionnées par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; telles que les libertés d'expression, de réunion et d'association à travers lesquelles s'expriment les processus démocratiques.

Face au durcissement de l'appareil répressif, les manifestants pour le climat invoquent des justifications qui, selon eux, devraient exclure de toute sanction pénale ceux qui agissent en « état de nécessité », pour défendre la vie, présente et future, en réaction à une menace existentielle absolument évidente. Devant les juges, cependant, la voie est très étroite, car leur raisonnement est souvent influencé par des constructions dogmatiques traditionnelles, forgées à une époque où les justifications invoquées pouvaient encore être circonscrites à des domaines très précis.

Il convient de rappeler les prémisses de cette théorie traditionnelle de l'état de nécessité pour comprendre son inadéquation par rapport au comportement actuel de ceux qui luttent contre le réchauffement climatique.

IV. Obsolescence des instruments

La doctrine la plus ancienne faisait référence au concept d'état de nécessité en tant que situation dans laquelle le sujet n'était pas libre ou était tout au moins fortement limité dans sa liberté d'agir. Les études les plus récentes s'orientent plutôt vers la recherche d'un équilibre des intérêts et estiment que l'on doit accepter le sacrifice d'un bien qui, en raison de sa nature, de son importance ou de sa valeur, a une moindre importance par rapport à un autre bien, considéré comme ayant une valeur

prépondérante. Il s'agit en d'autres termes d'une logique du moindre mal qui conduit à accepter comme cause de justification le sacrifice consenti pour préserver un intérêt supérieur.

Le sujet qui se trouve en état de nécessité n'est donc pas toujours soumis à une force à laquelle il ne pourrait résister et qui le pousserait à commettre l'infraction. L'agent conserve toute sa liberté de choix entre deux comportements opposés : permettre que le dommage associé au danger se produise concrètement ou commettre une infraction pénale dans le but d'éviter un danger majeur. Il reste donc libre de choisir entre deux maux et devrait, dès lors, se voir justifié en son action s'il choisit effectivement le moindre des deux.

Étant donné que la théorie de l'état de nécessité se développe à partir de l'analyse de cas très diversifiés, l'exégèse visant à son application témoigne d'un degré élevé de souplesse, afin de nous fournir une interprétation correcte d'un énoncé ayant une origine clairement jurisprudentielle qui, en des termes très similaires à ceux prévus par de nombreux systèmes juridiques, se résume dans cette formule : « N'est pas punissable celui qui a commis l'acte parce qu'il y a été contraint par la nécessité de sauver sa propre personne ou d'autres personnes d'un danger actuel de préjudice grave à la personne, danger qu'il n'a pas volontairement causé et qui n'est pas autrement évitable, à condition que l'acte soit proportionné au danger. »

Parmi les éléments pris en compte, selon l'analyse dogmatique traditionnelle, figurent à la fois des exigences objectives de conduite et des exigences subjectives de l'agent : la contrainte effective, la cause involontaire du danger, le risque de dommage grave à la personne, la proportionnalité entre l'acte et le danger et, bien sûr, la prévalence du bien sauvegardé par rapport au bien sacrifié.

La jurisprudence a jadis souvent fait preuve d'une extrême rigueur en exigeant la présence simultanée de tous ces facteurs, mais des conceptions plus souples apparaissent désormais, conduisant à considérer comme circonstance atténuante la présence de facteurs particuliers dans certains comportements constituant un délit. Pensons aux cas d'occupations abusives, de vols symboliques, de dommages provoqués lors de certaines formes de protestation.

Limitons ici notre champ d'observation à trois éléments qui revêtent une importance décisive en matière d'environnement et de climat : le risque de préjudice grave pour la personne, le caractère inévitable du comportement et l'actualité du danger.

En ce qui concerne le premier élément, il suffit de rappeler que, comme nous l'avons vu au début de notre exposé, de nombreux éléments confirment le bien-fondé de ce danger. La nature (physique, morale ou matérielle) et la source du danger peuvent être très diverses. Elles peuvent provenir soit d'une situation provoquée par l'homme, soit d'un fait produit par la nature. Le cas du risque climatique, en particulier, met désormais en évidence des dangers qui ne sont plus seulement hypothétiques, puisqu'il est désormais dénoncé sans ambiguïté par la quasi-totalité des scientifiques et est également désigné comme tel par des déclarations explicites tant internationales que nationales.

Il s'agit manifestement d'un risque de préjudice extrêmement grave, d'une atteinte probable au droit à la vie et à l'intégrité physique des personnes (des millions même de personnes...), ainsi que d'innombrables autres êtres vivants ; ce qui se traduit par une « exigence qui évoque une situation d'«urgence existentielle»⁷ ».

La détermination des aspects liés au caractère inévitable du comportement s'avère en revanche plus complexe. Nous sommes ici confrontés, on vient de le voir, à une situation paradigmatique déterminée par la « nécessité de sauver » quelqu'un, voire un nombre potentiellement très élevé d'êtres humains. Cette nécessité doit toutefois être aussi « impérieuse et contraignante » et ne laisser aucune autre possibilité. Autour de cette exigence d'« inévitabilité » du comportement illicite s'ouvre la recherche de toutes les hypothèses possibles de comportements alternatifs que l'agent aurait pu ou dû adopter.

Enfin, le concept d'« immédiateté » du danger est lui-même source d'une grande complexité. « Imminent » ne signifie pas seulement « qui existe réellement », c'est-à-dire un danger

⁷ F. Viganò, « *Stato di necessità* », in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, 2006, p. 5721.

objectif et non seulement virtuel ; danger qui met concrètement en péril les biens dont on craint la perte et non pas une simple possibilité que le fait redouté se réalise. Le terme « imminent » suggère également sa proximité temporelle, l'imminence de sa réalisation. En ce sens, on constate déjà que la nécessité de vérifier l'existence d'un lien chronologique étroit est progressivement en voie de dépassement. La jurisprudence commence à pencher pour une évaluation plus large de la nature du phénomène qui conduit à l'anticipation du comportement nécessaire.

La justification tend donc à perdre les connotations mécaniques de la stricte exhaustivité afin de repenser, dans le cadre d'une enquête plus approfondie du juge, l'évaluation des facteurs qui ont déterminé un comportement nécessairement volontaire.

La causalité psychique est ainsi examinée à l'aune de facteurs plus complexes et l'équilibre, établi sur la base de considérations rationnelles, entre biens opposés — la vie humaine en regard du droit de propriété et de l'ordre public — doit s'orienter vers la recherche d'un solde positif en faveur du premier.

Afin de pouvoir établir une comparaison avec ce qui se passe en Italie, où l'on observe depuis un certain temps déjà la propagation de formes de résistance climatique, nous nous inspirerons du cas singulier de deux pays voisins où une jurisprudence féconde voit jour.

V. Richesse de la jurisprudence française

Le fort contentieux socioenvironnemental français, plus élevé que le contentieux italien, a produit une jurisprudence riche, qu'il est utile de connaître, car des situations similaires se multiplieront très probablement un peu partout dans un avenir très proche.

Tout d'abord, il convient de rappeler les nombreuses tentatives, depuis les années 1990, d'alléguer l'« état de nécessité écologique » afin de justifier les actions entreprises pour la

défense de l'environnement⁸. Les prévenus invoquaient alors le bénéfice de la cause d'irresponsabilité prévue à l'article 122-7 du Code pénal (état de nécessité), en faisant valoir que leurs actions étaient justifiées par le risque pour la santé et l'environnement créé par les organismes génétiquement modifiés et qu'il était dès lors nécessaire d'alerter l'opinion publique sur cette question⁹, mais cet argument a été rejeté tant par les juges du fond que par la Cour de cassation¹⁰. En effet, et ce, malgré l'entrée en vigueur de la Charte de l'Environnement en 2005, les activistes français n'ont pu utilement invoquer l'excuse de nécessité ; la Cour de cassation a même rendu la charge de la preuve pesant sur les défendeurs particulièrement contraignante.

Une lueur d'espoir, au moins devant les juges du fond, a vu le jour à l'occasion des actions débouchant sur ce que l'on a communément appelé « L'Affaire des décrocheurs du portrait Macron », soit le portrait officiel du président de la République dans les mairies.

Le décrochage, début 2019, par certains activistes — à des fins purement militantes, à visage découvert et en plein jour — de portraits officiels du président de la République dans les mairies de Paris et autres villes françaises, a donné lieu à des poursuites pénales qui ont connu des issues différentes.

Dans la plupart des cas, les tribunaux, comme celui de Bordeaux, ont rejeté le moyen selon lequel il s'agissait d'une forme légitime de désobéissance civile. La confirmation ultérieure de cette décision par la Cour de cassation a cependant ouvert des perspectives intéressantes : la Haute juridiction a déclaré que, lorsqu'un moyen fondé sur la liberté d'expression est invoqué devant les tribunaux, il leur appartient de déterminer dans le cas d'espèce si la poursuite pénale du comportement en cause constitue une atteinte disproportionnée à cette liberté. Un

⁸ Ces conflits ont été provoqués principalement par des actions syndicales et politiques menées par José Bové, au cours desquelles des méthodes illégales, telles que le « démontage » d'une sandwicherie McDonald's à Millau et le fauchage de champs d'essais d'OGM, ont été utilisées à des fins militantes.

⁹ Ch. criminelle, 7 février 2007, 06-80.108. La Cour de cassation a jugé par suite dans un arrêt de principe du 8 avril 2008, 06-10.961 (Affaire *Greenpeace*), que l'état de nécessité ne pouvait être interprété de façon extensive.

¹⁰ Ch. criminelle, 19 novembre 2002, Affaire *José Bové*, n° 02-80788.

arrêt qui, sans procéder à cette recherche, énonce tout simplement que la liberté d'expression ne peut être invoquée en l'espèce, car elle ne pourrait jamais justifier la commission d'une infraction¹¹. Une charge supplémentaire pèse désormais sur le juge français : examiner le rapport concret entre le bien lésé et la liberté invoquée.

Quant au fond, la majorité des juges saisis par de telles questions a considéré que les actions militantes se limitant au décrochage de portraits d'une valeur marchande modeste ne devaient pas être considérées, concrètement, comme des actes de nature à prévenir le péril climatique dénoncé par les activistes et qu'ils ne constituaient pas, en outre, la dernière des solutions pour prévenir les conséquences du réchauffement de la planète.

D'autres tribunaux de première instance ont, quant à eux, fait preuve d'une sensibilité différente et ont accepté la thèse selon laquelle la liberté d'expression peut justifier la commission d'une infraction à des fins militantes. Ce fut le cas à Lyon, par exemple, où, contrairement au tribunal de Bordeaux et face au même cas de décrochages des portraits de Macron, le tribunal correctionnel a adopté une position inverse, en appliquant l'exemption de l'état de nécessité induit par l'urgence climatique : le décrochage sans violence de ces portraits était justifié face à l'existence du danger dénoncé par les militants écologistes, et l'« état de nécessité écologique » a ainsi été pleinement reconnu.

Il convient de noter à ce propos que, dans ses motifs, le tribunal de Lyon observe que « face au manquement de l'État à des objectifs qui peuvent être perçus comme minimaux dans un domaine vital, les moyens d'expression des citoyens dans un pays démocratique ne peuvent se réduire aux votes exprimés lors des échéances électorales, mais doivent investir d'autres formes de participation dans le cadre d'un devoir de vigilance critique ». Le retrait du portrait présidentiel, par conséquent, « loin d'être une simple atteinte à l'objet matériel, doit être interprété comme un substitut nécessaire à la rupture du dialogue entre le président et le peuple¹² ».

¹¹ Ch. criminelle, n° 20-85.434.

¹² T. corr. Lyon, 7^e ch., 16 septembre 2019. Pour un commentaire concordant avec cette jurisprudence, cf. F. Paccaud, « Le climat a ses raisons que le droit

Sur la base d'arguments similaires, deux ans plus tard, le tribunal de La Rochelle a à son tour relaxé neuf militants écologistes qui avaient pénétré dans le port et accroché des banderoles au sommet de silos appartenant à un groupe d'exportation de céréales. Les juges ont considéré que le danger imminent posé par le réchauffement climatique était réel et que l'action des prévenus était nécessaire et proportionnée, constituant ainsi, en ce cas, un « état de nécessité écologique ». Ces juges ont reconnu une utilité sociale intrinsèque à l'acte accompli, conforme à l'exigence d'un « acte nécessaire à la protection d'une personne ou d'un bien », et ont également estimé qu'il y avait une proportion entre les moyens mis en œuvre pour cette protection et la gravité de la menace environnementale. Mais la Cour de cassation opposa une solution contraire, et cassa les deux arrêts confirmatifs¹³.

VI. Partie de tennis au Credit Suisse

En Suisse, pays par ailleurs doté de principes constitutionnels solides en matière d'environnement¹⁴, une affaire judiciaire très médiatisée a vu une juridiction inférieure confirmer les exceptions de la défense qui avaient invoqué l'état de nécessité.

pénal n'ignore plus : commentaire de la décision du Tribunal correctionnel de Lyon du 16 septembre 2019 », *Revue juridique de l'environnement*, 2021, p. 123-136 ; G. Beaussonie, « Décrochage du portrait du président de la République. Le vol appréhendé par le juge comme substitut légitime d'un dialogue impraticable », *La Semaine Juridique*, 2019, n° 42, p. 1839.

¹³ Dans une série d'arrêts rendus le 22 septembre 2021, la Cour de cassation a catégoriquement refusé de reconnaître l'existence d'une justification fondée sur l'état de nécessité : Crim. 22 sept. 2021, n° 20-80.489, 20-85.434 et 20-80.895. Cette jurisprudence, qui s'est développée dans le cadre du décrochage du portrait du président de la République des mairies, laisse toutefois la porte ouverte à la possibilité d'une justification différente fondée sur la liberté d'expression, en considérant que « l'incrimination d'un comportement constituant une infraction peut, dans certaines circonstances, constituer une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression, compte tenu de la nature et du contexte du comportement en question » : Crim. 22 sept. 2021, n° 20-85.434, 26 févr. 2020, n° 19-81.827, *Dalloz actualité*, 6 mars 2020, avec les observations de A. Blocman.

¹⁴ V. notamment les articles 73 (développement durable) et 84 (protection de l'environnement) de la Constitution suisse.

De l'urgence à l'état d'urgence climatique

Le 22 novembre 2018, une trentaine de militants s'étaient introduits dans une succursale du Credit Suisse de Lausanne pour manifester pacifiquement contre le changement climatique et stigmatiser publiquement les investissements de cette même banque suisse dans les énergies fossiles. À cette fin, un faux match de tennis fut mis en scène, les activistes déguisés en Roger Federer établissant ainsi un lien symbolique entre leur manifestation pour le climat et le contrat publicitaire faramineux conclu entre le Credit Suisse et le champion helvète. Malgré une ambiance très détendue, le directeur de la banque demanda l'intervention de la police, qui traîna hors du bâtiment une partie des manifestants, alors même qu'ils n'avaient fait qu'opposer une résistance passive.

Les douze activistes pro-climat qui avaient occupé la succursale du Credit Suisse ont été acquittés à Renens, dans le Canton de Vaud, le 13 janvier 2020, au terme d'un procès à très fort impact médiatique. Le juge du fond souligna l'attitude bon enfant et nullement agressive des activistes, insistant également sur la qualité ainsi que le sérieux de la documentation produite par la défense au cours du procès et la démonstration convaincante par les experts que le changement climatique représentait un danger réel. L'imminence du danger a été considérée comme prouvée en l'espèce, sur la base des termes mêmes de l'Accord de Paris sur le climat du 12 décembre 2015.

L'appréciation du juge sur la manière particulière dont ils ont choisi de manifester est frappante : « seule la manière dont [les prévenus] ont procédé pouvait avoir le retentissement nécessaire », a estimé le magistrat. Ainsi, les activistes ont effectivement pu attirer l'attention des médias en créant un lien évident entre la banque (médiatiquement) incriminée et la figure populaire de Roger Federer, de sorte que les critères de proportionnalité étaient remplis, selon le juge qui les a relaxés.

De manière surprenante, le jugement a aussi développé une critique directe relative à l'insuffisance et à l'inefficacité des instruments de réponse politique et législative dans le domaine du réchauffement climatique : le Conseil fédéral n'aurait répondu aux exhortations du Parlement suisse que par « des déclarations d'intention inoffensives, voire lénifiantes, contredites par la réalité financière, scientifique ou politique ».

Bien qu'il existe sur le papier un cadre juridique pour la lutte contre le réchauffement climatique, celui-ci n'est pas respecté et les prévenus ne disposent d'aucun instrument juridique pour en exiger le respect.

Le juge de Renens, bien que contredit par des décisions ultérieures en appel et par le Tribunal fédéral suisse, était néanmoins prophétique : quatre ans plus tard, dans l'arrêt historique *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, le 9 avril 2024, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la Suisse violait la Convention européenne des droits de l'homme en ne prenant pas de mesures suffisantes en matière de réchauffement climatique.

Les activistes ont perdu la manche suivante, qui s'est disputée sur le terrain de jeu cantonal. Contrairement au tribunal de première instance, la cour d'appel n'a pas considéré qu'ils avaient agi dans un état concret de nécessité, car il existait d'autres moyens, principalement politiques, d'agir contre le réchauffement climatique. En dernière instance, le Tribunal fédéral a enfin confirmé la condamnation du juge d'appel pour violation de domicile lors de l'effraction du siège du Credit Suisse, acceptant l'argument du procureur cantonal selon lequel le tribunal n'était pas compétent en matière de climat ; celui-ci aurait dû se limiter à appliquer la loi et, en tout état de cause, les activistes n'avaient pas agi pour écarter un danger imminent.

VII. Sensibilité des juridictions et des jurys populaires

Aux États-Unis, les tentatives visant à faire valoir l'argument de l'état de nécessité climatique devant les juridictions pénales échouent souvent. Les juges semblent encore réticents à accepter cet argument alors que les jurys populaires semblent avoir davantage de compréhension par rapport au phénomène du changement climatique. Pourtant, un certain nombre de juges considèrent désormais que la désobéissance civile constitue une « nécessité » pour prévenir le changement climatique. Par exemple, un juge du Massachusetts¹⁵ a jugé en 2018 « non responsables au motif de l'état de nécessité » treize manifestants

¹⁵ *Massachusetts v. West Roxbury Protester*, 2018.

De l'urgence à l'état d'urgence climatique

accusés d'intrusion et de trouble à l'ordre public : ils s'étaient assis dans les fosses creusées pour construire un gazoduc à haute pression d'une usine de fracturation hydraulique et affirmaient avoir entrepris leur action pour éviter de graves dommages au climat.

De même, dans l'affaire *State v. Butler* de 2019, un tribunal de l'État de l'Oregon, tout en admettant l'exonération pour état de nécessité, a annulé le procès en raison d'un jury divisé. Il s'agissait d'une action intentée contre des militants climatiques, accusés de violation de domicile après qu'ils eurent déposé de la pierre et de la paille sur les voies ferrées utilisées par une société d'énergie. Pourtant, cinq jurés sur six ont voté en faveur de la relaxe des mis en cause, mais, selon le tribunal de l'État de l'Oregon, répétons-le, la décision devait être annulée, car le jury était divisé... il semble néanmoins évident pour une large partie de l'opinion publique que ces derniers n'avaient aucune alternative convenable à leurs actes de résistance non violente et qu'il leur était, en conséquence, raisonnable de croire que les dommages imminents du réchauffement climatique étaient bien plus importants que les simples dommages temporaires causés à la propriété du fait de leur intrusion. Cela mérite d'être souligné : en effet, le degré de conscience de certains phénomènes apparaît souvent plus clairement chez les personnes qui ne sont pas liées par l'application mécanique de schémas juridiques établis.

VIII. Vitalité du principe de nécessité

Comme on l'a vu, la stratégie consistant à réagir aux sanctions encourues par la loi en invoquant comme argument de défense l'état de nécessité, que l'on tend de plus en plus à qualifier d'« état de nécessité climatique », gagne de plus en plus de terrain parmi les militants pour le climat en Europe.

En outre, comme l'a récemment souligné le Rapporteur spécial sur le droit à la liberté de réunion pacifique et d'association, « la société civile a toujours joué un rôle de premier plan dans les efforts de reconstruction après les catastrophes naturelles et dans le cadre des crises humanitaires,

sanitaires et climatiques »¹⁶. Les États doivent donc protéger la désobéissance civile pacifique, afin que ces acteurs puissent continuer à jouer un rôle actif dans la réponse aux problèmes contemporains.

Necessitas non habet legem, selon le célèbre adage médiéval d'origine canonique.

Indifférent aux limites que le législateur voudrait fixer, ce principe resurgit ponctuellement, en présence de circonstances nouvelles et exceptionnelles, non seulement pour permettre la dérogation au droit normalement en vigueur, mais aussi pour justifier des actes de désobéissance civile lorsque l'ordre juridique refuse expressément de reconnaître l'existence d'un véritable « droit de résistance ».

Les biens de l'environnement et de la vie, actuelle et future, trouvent parfois une écoute attentive auprès des juges qui sont le plus directement confrontés aux transformations de la société. Les biens qui s'y opposent, tels que la propriété d'un portrait officiel ou le libre accès, pendant quelques minutes, aux locaux d'une banque dans le cadre de son activité ordinaire, peuvent donc bien céder le pas face au droit à la vie de millions de personnes.

La mise en balance des intérêts en jeu semble tout à fait raisonnable lorsque le comportement en question constitue « *a public, non-violent, conscientious yet political act contrary to law usually done with the aim of bringing about change in the law or policies of the government* »¹⁷. Certes, il faut toujours prêter la plus grande attention à la nature et aux limites qui distinguent un acte de résistance légitime d'un acte pénal ordinaire, mais nous devons également noter une tentation croissante des exécutifs de durcir les peines pour les délits auxquels on s'expose facilement lors d'actions militantes, précisément en raison de la multiplication des manifestations pour l'environnement et le climat.

¹⁶ Rapport à l'Assemblée général des Nations Unies A/76/222.

¹⁷ J. Rawls, *A Theory of Justice*, HUP, Cambridge, 1971 (« un acte public, non violent, conscient mais politique, contraire à la loi, généralement accompli dans le but de provoquer un changement de loi ou de politiques publiques »).

Il est vrai que les pouvoirs en temps de crise ne doivent normalement être exercés que par les institutions publiques et sur le fondement d'une prescription constitutionnelle, comme c'est le cas dans nos systèmes constitutionnels pour l'intervention législative du gouvernement vis-à-vis des Chambres ou, en Italie, dans l'exercice du pouvoir de substitution du gouvernement vis-à-vis des organes des régions et des collectivités locales ; en outre, les situations que nous venons d'examiner ne relèvent même pas de la législation¹⁸. Mais, au fond, les pouvoirs d'exception sont également une forme de pouvoir alternatif et substitutif, à exercer seulement en dernier recours¹⁹, puisque « ceux qui s'adonnent à la désobéissance civile ont confiance dans la capacité de réforme de l'ordre juridique et misent sur l'adhésion de l'opinion publique ainsi que sur la perméabilité du pouvoir représentatif et sur sa disponibilité à remettre en question la hiérarchie des biens et des objectifs de coexistence²⁰ ».

Le principe de nécessité conserve donc un rôle incontournable dans le droit constitutionnel continental et reflète l'évolution historique de nos systèmes sociaux. Parfois, pour provoquer une réaction juste et faire avancer le droit, *Necesse est ut veniant scandala*.

Et si cela doit se produire, si le « scandale de sa manifestation²¹ » doit se produire, alors que les législateurs et les juges soient attentifs et prêts à écouter les raisons. Le type de réponse que ces sollicitations trouveront auprès des tribunaux pourrait également redéfinir la fonction reconnue aux juges dans la société contemporaine : un tel renforcement de leur rôle est souvent critiqué, car considéré comme imprudent, mais il est au

¹⁸ M. Mangiameli, « L'emergenza non è una materia della legislazione », note sous la décision de la Cour constitutionnelle italienne n. 37 del 2021, *Giurisprudenza Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2021, n° 2.

¹⁹ A. Passerin d'Entreves, « *Obbedienza e resistenza in una società democratica* », Roma-Ivrea, 2018, p. 155 : « Désobéissance et résistance ne peuvent être considérés, dans une société démocratique, que comme *ultima ratio* ».

²⁰ E. Bettinelli, *Resistenza (diritto di)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, 184.

²¹ F. Pizzolato, « Diritto di resistenza, oggi? Partecipazione popolare e veste istituzionale », *Costituzionalismo.it*, n° 2, 2021, p. 194.

Roberto LOUVIN

contraire à saluer comme le signe d'un tournant historique
nécessaire et tout à fait souhaitable.

DESOBEISSANCE CIVILE ET NUMERIQUE

Michaël BARDIN

Il est communément accepté que le concept de désobéissance civile renvoie à quelques auteurs ou personnalités parmi lesquels, presque systématiquement, sont conviés Thoreau, Gandhi et bien avant, peut-être La Boétie. Ce dernier constitue même une première pierre permettant la construction de la notion.

Ainsi, c'est connu, dans *Le Discours de la servitude volontaire (ou le Contr'un)*¹, Étienne de La Boétie s'intéresse à l'asservissement volontaire du peuple et plus précisément son asservissement aux « mauvais princes ». Il observe comment, « pour se raffermir, les tyrans se sont continuellement efforcés d'habituer le peuple non seulement à l'obéissance et à la servitude, mais encore à une espèce de dévotion envers eux ». Sa conclusion est tout aussi connue : « soyez résolus à ne plus servir, et vous voilà libres ». S'il y a là une invitation à la désobéissance, elle ne prend corps que par l'abstention puisque La Boétie ne demande pas de s'en prendre au tyran, « de le pousser, de l'ébranler, mais seulement de ne plus le soutenir » afin de voir ce « grand colosse dont on a brisé la base, fondre sous son poids et se rompre ».

Avec Henry David Thoreau, la désobéissance civile devient un acte positif. L'abstention devient un refus, celui de payer ses impôts à un État esclavagiste (le Massachusetts). Si cet épisode ne lui coûte finalement qu'une nuit d'emprisonnement, Thoreau va construire un rapport au pouvoir basé sur une sorte de « devoir de désobéissance ». Son essai publié en 1849, sous le titre de

¹ Comme on le sait, l'ouvrage est publié en latin et par fragments en 1574, avant de l'être intégralement en français en 1576.

*Résistance au gouvernement civil*², ébauche l'idée que l'individu doit systématiquement faire primer sa conscience sur des lois qu'il considère comme « injustes ».

Enfin, Gandhi s'inscrit dans une suite logique en affirmant : « en la personne de Thoreau, vous [les Américains] m'avez donné un maître. Son essai sur le devoir de désobéissance civile m'a apporté la confirmation scientifique du bien-fondé de mon action en Afrique du Sud³ ». Avec le *satyāgraha*⁴, Gandhi théorise la désobéissance civile de masse et donne ainsi à cette résistance une dimension collective pour inverser le rapport de force.

Ces trois exemples, aussi lointains qu'ils paraissent, constituent un véritable lien avec une approche plus numérique de la désobéissance civile.

Bien évidemment, il ne s'agit pas de démontrer que le numérique et les technologies actuelles de communication, que sont internet et les réseaux sociaux, permettent de traquer les « mauvais princes », mais peut-être simplement d'observer comment la mécanique de la désobéissance civile, autrefois si difficile à initier présente désormais des caractéristiques protéiformes et sans doute inédites, qui favorisent — sinon systématisent — le passage d'une désobéissance individuelle à une désobéissance collective.

L'« ère du numérique » est avant tout l'ère du « temps accéléré ». Longtemps, on a été prompt à mettre en avant ses bienfaits (gain de temps, liberté d'accès aux services et aux informations, etc.). Aujourd'hui, le constat, s'il n'est pas amer, est bien plus mesuré : la médaille, faut-il vraiment s'en étonner,

² L'ouvrage n'est rebaptisé *La désobéissance civile* qu'en 1866 à la faveur d'une réédition posthume. L'expression de « désobéissance civile » est absente de l'ouvrage (il n'est question que de « désobéissance à l'État »), mais elle est utilisée par Thoreau à l'occasion d'une lettre adressée à Ralph Waldo Emerson en février 1848.

³ D. G. Tendulkar, *Mahatma, life of Mohandas Karamchand Gandhi*, New Delhi, The Publications Division, vol. VI, 1953, p. 177.

⁴ Le *satyāgraha* (« attachement à la vérité » ou « voie de la vérité ») est un principe de contestation et de résistance à l'oppression par la non-violence et la désobéissance civile.

a bien un revers avec des impacts écologiques, économiques, sociaux et politiques qui ne peuvent être négligés.

Positive ou négative, cette ère du numérique ouvre de nouveaux champs de contestation, elle est même une véritable ère d'invitation à la désobéissance civile (I) qui se concrétise par une multiplication d'actions s'affirmant comme justifiées par un devoir de désobéissance civile (II).

I. Une nouvelle ère d'invitation à la désobéissance civile

Contre toute attente, cette « invitation » s'est imposée au regard de nouveaux usages (A) qui ont rapidement démontré que la désobéissance civile allait être le moteur d'une nouvelle protection, non seulement des citoyens, mais aussi des démocraties (B).

A. Une nouvelle approche pour de nouveaux usages

Les exemples ne manquent pas : l'affaire *PRISM* et les révélations d'Edward Snowden en 2013, les effets intrusifs des réseaux sociaux, leur influence manipulatrice avec l'émergence de *fake news* d'une ampleur mondiale sont autant d'éléments favorisant le développement d'un « hacktivisme » ou cyberactivisme toujours plus facile d'accès.

Bien évidemment, le numérique n'a rien inventé, mais il y a tout de même une différence d'engagement entre les faucheurs d'OGM du début des années 2000 et celui qui aujourd'hui va consulter un des nombreux sites qui explique, par le menu, comment sécuriser ses données numériques si l'on pratique la désobéissance civile⁵.

⁵ Par exemple, le site *Mr Mondialisation* se définit comme « un *think tank* informel et citoyen francophone à visée internationale » qui, toujours selon le site, a pour objectif principal « d'alimenter le débat libre dans la sphère publique autour des grands sujets mondiaux et locaux de notre temps ». Le site assume véhiculer « une information indépendante et ouvertement engagée ». En pratique, le site relaye, entre autres, des conseils afin d'organiser des actions de contestations tout en restant le plus anonyme possible sur internet (« Comment sécuriser vos données numériques si vous pratiquez la désobéissance civile ? », 6 octobre 2021), mais aussi des appels (« Tribune :

Même l'art, et il ne s'agit même pas là d'une digression, l'art que l'on ne manque pas de qualifier de « politique » l'est désormais ouvertement avec des artistes qui détournent l'intelligence artificielle, les algorithmes de surveillance ou encore la reconnaissance faciale en définissant leur art, comme des actes de *désobéissance civile numérique* prenant très souvent le contre-pied de la gouvernamentalité et de la souveraineté des plateformes. Ces artistes⁶ n'hésitent pas à affirmer qu'ils ouvrent ainsi des voies d'émancipation citoyenne. Et effectivement, leurs travaux font « œuvre de *hacking* » en recouvrant des enjeux sociaux et politiques, tels que l'autonomie, l'indépendance ou encore la réappropriation des cultures matérielles (l'obsolescence programmée, l'opacité des systèmes, etc.).

Ce lien entre l'art et des questions plus directement politiques (comme la désobéissance civile) est guidé par le fait que l'ère du numérique est déjà discutée, au profit, selon certains, d'une ère déjà post-numérique. L'idée est que la transformation numérique des sociétés s'est éloignée et s'éloigne encore chaque jour peu plus de l'*intelligence collective* décrite par Pierre Lévy dans son essai⁷ où il imagine une démocratie digitale plus directe que la démocratie directe, une manière de *fluidifier* la démocratie représentative en apportant un surcroît de communication.

Ce qui devait être l'apport majeur de l'ère numérique s'est transformé en ce que certains auteurs dénomment aujourd'hui l'*infocratie*, le capitalisme d'information contemporain selon les

appel à l'action contre le béton du 9 au 12 décembre », 31 octobre 2023 ; « Un groupe d'activistes appelle à unir les fronts de luttes », 20 janvier 2023).

⁶ Parmi ces artistes, et entre autres, on citera l'américain Trevor Paglen (qui aborde les questions de surveillance de masse et de collecte des données), l'italien Paolo Cirio (dont l'œuvre et l'action consistent une critique des modèles économiques, juridiques et politiques liés au numérique), les Français Benjamin Gaulon (qui travaille sur l'obsolescence programmée et plus largement sur le concept de « société jetable ») et Samuel Bianchini (sur l'incidence des dispositifs technologiques sur nos modes de représentation), le Canadien Bill Vorn (dont l'œuvre porte sur la vie artificielle et plus globalement « l'esthétique des comportements artificiels »), mais aussi des collectifs comme *Disnovation.org*.

⁷ P. Lévy, *L'intelligence collective. Pour une anthropologie du cyberspace*, Paris, La Découverte, coll. « Essais », n° 27, 1997.

travaux et l'ouvrage de Byung-Chul Han. L'auteur observe et définit les contours d'un « régime de l'information » renforcé par un « régime disciplinaire ». Le premier se veut une « une forme de pouvoir » dans laquelle ce sont des informations traitées des algorithmes (et donc l'intelligence artificielle) qui décident des processus sociaux, économiques et politiques. Le second, le « régime disciplinaire », met en évidence que ce ne sont pas « des corps et des énergies » qu'on exploite, mais des informations et des données. Ainsi, le gain de pouvoir ne passe plus comme autrefois par la détention de moyens de production, mais par l'accès à des informations qui vont pouvoir être utilisées à des fins de surveillance politique (et même de « surveillance psychopolitique » selon l'auteur) afin de manipuler les comportements et donc les processus démocratiques. De fait, ces régimes donnent naissance à « un capitalisme de la surveillance [qui] dégrade les personnes au rang de bétail à données et à consommation⁸ ».

Aussi radicale qu'elle puisse paraître, cette analyse porte une grande part de vérité, ce qui devait être un nouvel espace numérique de liberté s'est peu à peu refermé avec la montée en puissance des réseaux sociaux et les réactions, plus ou moins vigoureuses, des législateurs nationaux et européens. Contre toute attente, ce qui pouvait être vu comme une protection de la démocratie s'est transformé en un terrain fertile à tous les projets de désobéissance civile.

Cette difficulté commence dès les années 1990 et l'ouverture d'internet au grand public.

L'engouement pour ce nouvel instrument conduit les législateurs à chercher, entre autres, à déterminer les qualités précises des différents acteurs. Plus juridiquement, la question centrale a été de savoir si les fournisseurs d'accès, les propriétaires de serveurs et les sites collaboratifs doivent être considérés comme des hébergeurs ou des éditeurs. En tant qu'hébergeurs, les intermédiaires techniques sont considérés comme irresponsables juridiquement des contenus publiés via

⁸ Byung-Chul Han, *Infocratie. Numérique et crise de la démocratie*, Paris, PUF, 2023, p. 3 et s.

leurs services, alors que les éditeurs le sont, puisqu'ils sélectionnent, contextualisent et valorisent les informations qu'ils rendent accessibles.

Cette distinction entre hébergeur et éditeur, instaurée par la loi pour la confiance dans l'économie numérique de 2004, est vite devenue obsolète avec la montée en puissance des réseaux sociaux qui peuvent juridiquement prétendre aux deux statuts.

En effet, d'un côté, Facebook, YouTube, Dailymotion ou Twitter (devenu depuis X) n'exercent pas de contrôle *a priori* sur les publications mises en ligne par leurs services. Mais, d'un autre côté, les plateformes ne sont pas complètement neutres par rapport à ces contenus, puisqu'elles exercent, via leurs algorithmes, des activités de filtrage, de tri et de mise en visibilité des publications ; un travail qui peut s'apparenter à des activités éditoriales. Par ailleurs, ce travail de valorisation des contenus publiés par les internautes est au cœur même de leur modèle économique comme on le sait aujourd'hui.

Tout au long des années 2000 et 2010, la justice française a ainsi rendu des décisions contradictoires quant à la responsabilité des plateformes, celles-ci étant successivement renvoyées dans le camp des « hébergeurs » ou des « éditeurs »⁹.

Au début des années 2010, les travaux du juriste américain James Grimmelman cherchent à dépasser cette opposition entre éditeurs et hébergeurs en définissant ces plateformes comme des prescripteurs de contenus¹⁰. C'est-à-dire en évaluant leur responsabilité à l'aune des relations qu'elles nouent avec ceux qui utilisent leurs services pour consommer des informations, plutôt qu'avec ceux qui les produisent et les mettent en ligne.

Selon l'auteur et dans ce cadre, ces sociétés doivent être tenues à des obligations strictes de transparence, en

⁹ Dans les années 2000 et 2010, plusieurs décisions de jurisprudence française ont été rendues concernant la responsabilité des plateformes en tant qu'hébergeur et en tant qu'éditeur. V. notamment, et entre autres exemples : l'arrêt *AOL* de 2007 (Cass., 1^{re} civ., 8 novembre 2007, n° 05-20.637) ; l'arrêt *Google* de 2010 (Cass., com., 13 juillet 2010, n° 06-20230) ; l'arrêt *Dailymotion* de 2011 (Cass., 1^{re} civ., 17 février 2011, n° 09-67.896) ; l'arrêt *Ebay* de 2012 (Cass., com., 3 mai 2012, n° 11-10.507).

¹⁰ J. Grimmelman, « Speech Engines », *Legal Studies Research Paper*, n° 11, 2014, University of Maryland.

communiquant sur le fonctionnement de leurs algorithmes qui trient les informations, recommandent des publications ou valorisent des contenus sponsorisés.

L'approche novatrice du chercheur américain fait son chemin en France. En mai 2014, le Conseil national du numérique (CNNum) publie un rapport intitulé *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*. Ce rapport prône l'application de « responsabilités spécifiques » et même « supplémentaires », notamment lorsque les acteurs concernés deviennent « indispensables à leur écosystème ». Dans le même sens, à l'occasion des travaux qui aboutiront à la loi pour une République numérique¹¹, le Conseil est amené à rendre un avis. Si le terme de « responsabilité » semble soigneusement évité, la « loyauté des plateformes » (c'est d'ailleurs le titre de l'avis) est au cœur des propositions formulées avec l'idée finale qu'il est nécessaire de mettre en œuvre des « obligations d'information renforcées¹² ».

La loi République numérique de 2016 traite de nombreux sujets, dont celui des plateformes en ligne, et prévoit à cet effet l'insertion d'un certain nombre de nouvelles dispositions, notamment dans le Code de la consommation.

De manière générale, un statut d'« opérateurs de plateforme » pour les moteurs de recherche et les réseaux sociaux, qui doivent régulièrement publier des informations techniques sur le fonctionnement de leurs services. Cet exercice de transparence étant censé à la fois limiter les risques d'abus de position dominante (en offrant une information stratégique à d'éventuels concurrents) et les risques de censure privée sur les réseaux (en

¹¹ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF*, n° 235, texte n° 1, 8 octobre 2016.

¹² CNNum, avis, *La loyauté des plateformes*, 2015, p. 3. L'avis conclut qu'avec cette obligation, « la plateforme serait par exemple tenue d'informer ces derniers, dans des délais raisonnables, de toute modification importante de leurs politiques tarifaires, leurs politiques de contenus, d'accès aux API ou de changements substantiels dans les critères de classement par algorithmes. Ainsi soumise à cette obligation, la plateforme serait par exemple tenue d'informer ces derniers, dans des délais raisonnables, de toute modification importante de leurs politiques tarifaires, leurs politiques de contenus, d'accès aux API ou de changements substantiels dans les critères de classement par algorithmes ».

livrant aux usagers des informations sur le classement de celles auxquelles ils sont exposés).

En pratique, un nouvel article (L. 111-7-I du Code de la consommation) indique qu'est qualifié d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ou sur la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service.

En résumé, tous les types de plateformes numériques sont désormais concernés : les marchés en ligne, les sites comparateurs, mais aussi toutes les plateformes d'intermédiation (dites « collaboratives »), qu'il s'agisse de mise en relation d'un professionnel et d'un consommateur (*B to C*) ou de mise en relation de particuliers (*C to C*).

Cette voie de la régulation par la transparence est celle qui a été privilégiée par l'Europe et les États-Unis ces dernières années. À la suite de l'« affaire russe » (ou *Russiagate*)¹³, le Congrès américain a poussé Facebook et Google à créer des registres publics des publicités politiques diffusées via leurs services¹⁴.

En Europe, la loi allemande contre les discours haineux (*NetzDG*) et son équivalent français (la « loi Avia » en 2020) ou encore la loi française contre les manipulations de l'information en 2018¹⁵ contraignent les plateformes à publier tous les six mois

¹³ L'« affaire russe » fait référence au financement par l'*Internet Research Agency*, agence de communication réputée proche du Kremlin, de publications de supports de propagande pro-Trump sur Facebook pendant la campagne présidentielle de 2016.

¹⁴ V. notamment en ce sens, CSA, *La publicité politique sur les réseaux sociaux. Étude de la bibliothèque de Facebook pour les contenus sociaux, électoraux et politiques*, Les collections CSA, novembre 2020.

¹⁵ Sur ces exemples, v. notamment nos travaux, M. Bardin, « Le mensonge en ligne ou les difficultés de la lutte contre les fake news », *Politeia, la revue de l'AFAAIDC*, n° 42, 2023, pp. 175-188 ; M. Bardin, « La réponse du législateur aux fake news. La loi contre la manipulation de l'information du 22 décembre

des rapports de transparence sur leurs activités de modération. Ceux-ci font l'objet d'un contrôle public supervisé par exemple par le ministère de la Justice en Allemagne ou par l'ARCOM (ex. CSA) en France.

B. Quand la protection devient le moteur

La régulation des plateformes par la transparence pose cependant un problème de taille, celui du pouvoir effectif des régulateurs.

De fait, toutes les autorités de contrôle sont placées en situation de dépendance par rapport aux informations transmises par les plateformes : elles ne disposent d'aucun moyen d'authentifier ni de certifier les données contenues dans les rapports. Il en résulte, pour les plateformes, la possibilité de ne porter à la connaissance des pouvoirs publics que les informations que ces dernières souhaitent divulguer.

Face à ce problème de certification, l'Union européenne, avec le *Digital Services Act*¹⁶ du 19 octobre 2022, met en place une obligation pour les « très grandes plateformes » (c'est-à-dire celles utilisées par plus de 10 % de la population européenne) de financer tous les ans des audits indépendants de leurs services de modération, dont les résultats seront rendus publics. Cette nouvelle obligation est entrée en vigueur le 22 février 2024¹⁷.

2018 », in G. Champy, B.W.L. Derhy (dir.), *Comprendre, discerner et réguler les fake news. Approches pluridisciplinaires*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. Inter-normes, 2024, pp. 145-158 ; M. Bardin, « La loi Avia et la lutte contre les contenus haineux sur internet. Contexte, inspiration et échec (ou la chronique d'un désastre annoncé) », *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà*, Gruppo di Pisa, La Rivista / Quaderno, n° 3, fascicolo speciale monografico, 2021, pp. 271-282.

¹⁶ Par simplification, le Règlement (UE) 2022/2065 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques ou *Digital Services Act*, DSA) vise à mettre en pratique le principe selon lequel ce qui est illégal hors ligne est illégal en ligne.

¹⁷ *Acte délégué sur les audits indépendants au titre de la législation sur les services numériques*. La liste des plateformes concernées et l'intégralité des rapports sont accessibles sur le site de la Commission européenne, dans la rubrique « Bâtir l'avenir numérique de l'Europe », <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr>.

Au-delà du contrôle des dispositifs de modération, un moyen efficace de lutter contre la dynamique de privatisation de la censure à l'œuvre sur les réseaux est de « réinjecter » du droit dans ces procédures.

Certes, face au volume des contenus publiés (chaque minute, des centaines d'heures de vidéo sont chargées sur YouTube, et des centaines de milliers de tweets sont publiés sur Twitter), il paraît difficilement concevable d'attendre de la justice qu'elle prenne en charge l'ensemble des conflits liés à la modération.

Pour autant, d'autres assemblages sont à inventer : qu'en première instance, les plateformes exercent des fonctions de police pour retirer les contenus qui contreviennent à leurs normes de publication paraît tout à fait légitime ; que les usagers qui estiment avoir fait les frais d'une censure abusive puissent bénéficier d'une procédure d'appel leur permettant de faire réévaluer leur publication, comme cela est déjà le cas sur un certain nombre de plateformes, devrait être un droit garanti à tous les internautes ; qu'une instance judiciaire indépendante puisse jouer le rôle de Cour de cassation (ou de « Cour suprême des contenus ») à l'image du conseil de surveillance mise en place par Facebook, en traitant les cas que les deux étapes précédentes n'auront pas permis de trancher, est une piste à explorer.

Il n'empêche que toutes ces évolutions génèrent de l'incompréhension chez les utilisateurs et même de l'incertitude quant au résultat. En définitive, ces situations offrent un terrain fertile à la désobéissance civile.

II. Une ère de multiplication des actions de désobéissance civile

Plus la désobéissance civile semble trouver une résonance auprès des citoyens et plus elle semble être abordée de manière déstructurée (A) à tel point qu'elle est, de plus en plus souvent, invoquée à des fins de communication strictement politique (B).

A. Une déstructuration facilitée

Une sorte de « mélange des genres » permet de penser que le numérique conduit à « déstructuration de la notion » de désobéissance civile, mais aussi à son approfondissement.

Selon John Rawls, il est légitime de s'engager dans la désobéissance civile lorsqu'elle est entreprise : 1) en réponse à une injustice substantielle et claire ; 2) en dernier recours et 3) d'une manière qui ne déstabilisera pas l'ensemble du système juridique¹⁸.

Il reste que cette définition, désormais classique, de la désobéissance civile est quelque peu datée, ne serait-ce qu'au regard de la distinction que l'on peut faire aujourd'hui entre une désobéissance civile directe et une autre qui serait indirecte. Avec une différence résidant dans la nature même des actions et dans la manière dont elles s'opposent aux lois au nom de principes supérieurs.

En pratique, le concept de désobéissance civile indirecte se traduit par des actions qui ne visent pas à transgresser directement une loi, mais plutôt à influencer l'opinion publique ou à contester les politiques à un niveau plus symbolique ou indirect.

Ainsi, Christian Mellon¹⁹, dans son essai de typologie, estime qu'« il faut parler de désobéissance civile *indirecte* quand une action manifestement illégale (par exemple un *sit-in* bloquant la circulation) est organisée en vue d'exercer une pression sur un autre point ». En effet, ici l'objectif n'est bien évidemment « pas de faire abroger la loi qui interdit que l'on bloque la circulation ». Cette distinction est d'autant plus intéressante que, comme le note l'auteur, elle ouvre un débat touchant à la légitimité de la désobéissance civile, « certains auteurs admettant la possibilité de légitimer une désobéissance civile directe, plus difficilement une indirecte²⁰ ».

Le lien entre la désobéissance civile et le numérique s'impose surtout dans ce second cas ; et c'est sans doute là que se situe l'apport, sinon dangereux au moins ambivalent du numérique.

¹⁸ J. Rawls, *A theory of justice*, 1971, Harvard University Press, revisited edition, 1999, p. 326-328 ; pour la trad. française par C. Audiard, *Théorie de la justice*, Paris, Points, coll. « Essais », 2009, p. 411-413.

¹⁹ Ch. Mellon, « Chapitre 2. Émergence de la question de la désobéissance civile », in D. Hiez, B. Villalba (dir.), *La désobéissance civile. Approches politique et juridique*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, coll. « Espaces politiques », 2008, p. 37-50.

²⁰ *Ibid.*, p. 46.

On peut légitimement s'interroger : est-ce vraiment le moyen qui donne cette impression ou la volonté du moment de vouloir donner plus d'ampleur et de justification, à ce qui n'est sans doute qu'une volonté de contestation ? Voire parfois, une instrumentalisation pure et simple de la contestation. Mais dans ce cas, la désobéissance civile devient, ou est réduite, à un simple élément de communication.

Les exemples ne manquent pas. Qu'il s'agisse du mouvement des Gilets jaunes en 2018 ou de celui plus récent des agriculteurs, initié fin 2023, le numérique s'impose comme un relais déterminant, tant en matière de justification de la désobéissance civile que d'organisation de cette même désobéissance.

Ainsi, le mouvement des Gilets jaunes s'est essentiellement développé via les réseaux sociaux et même en matière d'organisation tout au long des actions, ces mêmes réseaux sont restés déterminants, notamment en permettant des « formes à la fois horizontales et verticales de mobilisation » ce qui lui a permis, avec succès (au moins pendant un temps), « de se structurer sans s'appuyer sur une organisation²¹ ».

De manière un peu différente, le numérique s'est érigé en promoteur des récents mouvements de contestation des agriculteurs. Dans ce dernier cas, les racines de ce rôle nouveau du numérique sont plus anciennes. Dès 2016, les agriculteurs français dénoncent la naissance sur les réseaux sociaux d'un mouvement de dénigrement leur reprochant de pratiquer une agriculture intensive. Loin d'être une polémique anodine, cet *agribashing* (puisqu'on le nommera ainsi) va avoir deux effets. Le premier consistera à la création, en 2019, d'une cellule de renseignement de la gendarmerie nationale française visant à réprimer les dégradations sur les exploitations agricoles, car la critique est rapidement relayée par des actes²². Le second effet,

²¹ En ce sens, v. R. Lefebvre, « Les Gilets jaunes et les exigences de la représentation politique », *La vie des idées*, 10 sept. 2019, *lavedesidees.fr*. L'auteur va plus loin en estimant que ces éléments nouveaux en matière de mobilisation « traduisent ainsi chacun à leur manière la décomposition des organisations politiques et l'affaiblissement de leur ancrage social ».

²² La création de la cellule *Déméter* au sein de la gendarmerie est loin de faire l'unanimité, tant du point de vue des associations que des agriculteurs eux-mêmes. En 2022, le tribunal administratif de Paris (puis la Cour d'appel de

plus directement lié au numérique, est la naissance sur les réseaux d'« agri-influenceurs ». S'il n'était question au départ que de mettre en lumière l'activité et le quotidien des agriculteurs, cet instrument de promotion est devenu un instrument de mobilisation dès la fin de l'année 2023, puis à l'occasion des manifestations et des blocages de 2024. À l'image de ce qui avait été observé avec le mouvement des Gilets jaunes, les réseaux sociaux et l'audience des agriculteurs actifs sur ces mêmes réseaux, permettent à la fois d'expliquer et d'organiser la contestation. La différence fondamentale entre les deux mouvements restera sans doute l'ampleur de « l'horizontalité » de la mobilisation, mais elle s'explique assez aisément : le mouvement de 2018 est un mouvement de citoyens alors que celui est agriculteurs est plus ciblé, puisqu'il s'agit spécifiquement de défendre une activité économique majeure et déjà très organisée (avec notamment des syndicats puissants). Il n'empêche que les deux mouvements illustrent une désobéissance civile indirecte servie et largement concrétisée grâce aux réseaux sociaux.

Au-delà de ce que l'on pourrait être tenté de réduire, sans doute à tort, à des mouvements d'humeur, la désobéissance civile prend aujourd'hui un caractère plus permanent, notamment grâce au numérique.

Mouvements altermondialistes, mouvements écologistes (ou les deux parfois), mouvements écocitoyens ou mouvements pour une désobéissance citoyenne, ce n'est plus tant la mobilisation que l'organisation d'une lutte qui guide ces mouvements. Tous ces mouvements revendiquent une sorte de « droit » à la désobéissance civile, et même plus de « devoir » de désobéissance civile.

En ce sens, et à titre d'exemple, une organisation comme *Extinction Rebellion* revendique l'usage de la désobéissance civile non violente. Ainsi, l'organisation affirme dans ses *Principes* qu'il est de son « devoir de désobéir face à ce système qui, en plus d'être profondément injuste, détruit la vie sur terre »,

Paris) demande au ministère de l'Intérieur de mettre un terme à la prévention des « actions de nature idéologique » de la cellule.

que des actions « directes » et « à découvert » de désobéissance civile sont « cruciales pour initier le changement ». Le mouvement assume l'illégalité de ses actions en affirmant que les « actions directes de désobéissance civile se font au vu et au su de toutes et tous » et précise même : « nous avons mis en ligne une déclaration relative à notre “devoir de nécessité”, expliquant pourquoi nous estimons que nos actions sont justifiées ». Cela dit, le site propose de nombreuses ressources, mais il ne propose ni déclaration ni même définition du « devoir de nécessité²³ ».

Extinction Rebellion (XR), qui se présente comme un « mouvement international », est une organisation très significative de l'influence d'internet. Les grandes lignes sont assez simples, selon le mouvement, il faut mobiliser « 3,5 % de la population (...) pour déclencher un changement de système », pour ce faire, il est conseillé de mettre en œuvre des concepts de lutte organisée tel que le *Momentum-driven organizing*²⁴.

Peu structuré (en dehors des actions menées), le mouvement *XR France*, par exemple, se coordonne grâce au logiciel *Discourse* qui gère un forum informatique interne, dénommé « la base », qui ne comporte pas d'administrateur. Le forum est divisé en plusieurs niveaux de confiance, qui donne accès à de plus en plus de contenu : 0 pour un nouvel utilisateur ; 1 pour un membre d'XR ; 2 pour un activiste et 3 pour un organisateur²⁵.

Plus intéressant encore, le numérique est parfois devenu un moyen d'action en plus d'un moyen d'organisation. Ainsi, depuis 2020, une branche locale d'XR au Danemark a créé un site web

²³ Sur ces principes, v. F. Defilippi, *La construction des futurs nécessaires. Une étude des imaginaires sociotechniques français*, Université de Nanterre, thèse, 2025, spéc. p. 290 et s.

²⁴ Selon le site d'*Extinction Rebellion France*, le « *Momentum-driven organizing* est un concept développé dans le livre *This is an uprising*, co-écrit par Mark & Paul Engler. C'est un modèle d'organisation hybride qui combine la puissance explosive et à court terme des mobilisations de masse qu'il cherche à produire (type *Occupy* ou *Nuit debout*), avec la capacité à prendre des décisions collectives et à soutenir la lutte dans le temps qu'ont les structures classiques (types ONG). Ce type de mouvement est la clé de la stratégie globale d'*Extinction Rebellion* », extinctionrebellion.fr/.

²⁵ C. Adaoust, « Qui se cache derrière Extinction Rebellion, ces activistes en vert et contre tous ? », *Enquête France Info*, 30 juill. 2019, www.franceinfo.fr.

appelé *Tell the truth* (« dites la vérité ») qui permet aux activistes d'envoyer une soixantaine de messages par minute à des sites aussi divers que celui du ministère des Finances ou de ceux de producteurs de pétrole et de gaz comme *Shell* ou *BP*²⁶. L'idée est simple : submerger ces sites pour créer une réaction.

Enfin, dans le même ordre d'idée, le collectif *Les Soulèvements de la Terre*, menacé de dissolution en 2023, avait inondé *Télérecours*, avec l'aide de nombreuses associations, de quelque 5 000 requêtes et autres interventions volontaires accessoires²⁷.

B. La désobéissance civile comme discours politique

Avec l'aide du numérique et les évolutions qu'il génère en matière de communication, cette désobéissance civile peut parfois être perçue comme un simple argument au service du discours de certains partis politiques.

En France, par exemple l'accord scellé entre *Europe Écologie les Verts* (EELV) et *La France Insoumise* (LFI) en mai 2022 est édifiant, puisqu'il annonce qu'il s'agira de « désobéir à certaines règles européennes » à chaque fois que cela sera nécessaire pour appliquer leur programme. Si le parallèle est évident, il n'en reste pas moins qu'il n'y a pas de fondement juridique à une désobéissance « civile » ou « européenne ». Si le principe est éventuellement inspirant (par exemple pour l'objection de conscience), il n'en existe guère qu'une trace dans l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, avec

²⁶ A. Massiot, « Extinction Rébellion se lance dans le blocage numérique », *Libération*, 25 mai 2020, liberation.fr.

²⁷ Association Les soulèvements de la Terre, « On ne dissout (vraiment) pas un soulèvement », communiqué suite à la décision du Conseil d'État d'annuler le décret de dissolution des Soulèvements de la terre, 9 novembre 2023, lessoulevementsdelaterre.org. Pour rappel, le décret de dissolution a été suspendu en référé (CE, 11 août 2023, n° 476385, *AJDA*, 2023, 1529 ; *JA*, 2023, n° 684, p. 3, édito B. Clavagnier ; *ibid.*, n° 684, p. 10, obs. T. Giraud) puis annulé (CE, 9 novembre 2023, n° 476384 et s., *Les Soulèvements de la Terre et autres, Europe écologie les vert et autres, Lebon* ; *AJDA*, 2023, 2079 ; *JA*, 2023, n° 689, p. 3, édito. B. Clavagnier ; *ibid.*, no 689, p. 10, obs. X. Delpech).

l'affirmation d'un droit naturel et imprescriptible de « résistance à l'oppression ».

En Italie, plus encore qu'ailleurs peut-être, l'émergence et la résurgence de partis politiques qui placent la désobéissance civile, sinon au cœur de leur programme, au moins au cœur de leur discours sont omniprésentes.

La critique et l'opposition à l'Europe ont sans doute été des éléments fondateurs du Mouvement 5 étoiles... De même que son refus, pendant un long moment, de s'entendre avec toute autre formation politique, ne peut s'interpréter autrement que comme une forme d'influence de l'opinion publique et de contestation des politiques menées, soit une sorte de désobéissance civile indirecte.

Plus largement, la désobéissance civile est un élément sous-jacent au discours de la *Lega* de Matteo Salvini ou à celui de Georgia Meloni pour *Fratelli d'Italia* qui fustigeait l'Union européenne avant d'arriver au pouvoir.

Matteo Salvini qui twittait lui-même, dès 2015, qu'il fallait « désobéir aux mauvaises lois » ; tout comme il affirmait, dès 2013, que « désobéissance et indépendance sont mes mots d'ordre », en précisant qu'il s'agissait de la « désobéissance au cartel criminel "Rome-Bruxelles" qui nous massacre jour après jour ». Le même également qui invitait, en 2016, et toujours au nom de la désobéissance civile, les maires de son parti à ne pas célébrer d'unions civiles entre personnes de même sexe ou encore les mesures visant, entre autres, à refuser de mettre à disposition des logements privés afin d'accueillir des réfugiés internationaux²⁸.

Plus proches de nous et plus encore dans l'actualité, les mouvements ultraconservateurs, notamment aux États-Unis, orientent ou tentent d'orienter l'opinion publique vers une

²⁸ Il s'agit des *décrets Salvini* de 2019. Ces décrets dits « sécurité », voulus par Matteo Salvini lorsqu'il était au gouvernement ont été abrogés par une décision du Conseil des ministres en janvier 2022. Sur le discours de Matteo Salvini et son utilisation des nouveaux médias, v. J. Giudicelli, « De la bête politique à la *Bestia* numérique. L'utilisation des réseaux sociaux par Matteo Salvini », in M. Bardin, S. Schmitt (dir.), *État, droit et mutation numérique : regards croisés sur la dématérialisation*, Ax-en-Provence, PUAM, 2022, pp. 37-50.

désobéissance civile « justifiée » par une société civile toujours plus injuste. De la montée en puissance de *Breitbart News* sous la direction de Steve Bannon notamment, jusqu'à l'assaut du Capitole en 2021 et même la campagne et la réélection de Donald Trump, ces événements sont marqués par une forme d'orientation de l'opinion publique vers la désobéissance civile : les réseaux sociaux deviennent un terrain de désinformation exploité par ceux qui entendent lutter contre des médias dominants qui, toujours selon eux, nuiraient délibérément à la démocratie au profit de quelques-uns.

Mais en définitive, il n'est pas si nouveau de s'interroger, voire de redessiner les contours d'une hypothétique désobéissance civile. Hannah Arendt s'interrogera en son temps sur la prise de position d'Henry David Thoreau et son refus de payer un impôt qu'il juge injuste.

Ainsi, elle distinguera la désobéissance civile de l'objection de conscience. Dans les deux cas, l'acte est public, mais l'objecteur de conscience ne lance pas d'appel à l'opinion publique. Il ne cherche pas à initier un mouvement de protestation²⁹.

La désobéissance civile invite, au contraire, à la violation massive de la règle de droit. Elle suppose, au-delà du sursaut de consciences individuelles, un mouvement collectif qui est l'illustration d'une volonté sinon d'affronter l'appareil d'État au moins de l'amener à s'interroger sur la manière dont lui-même « interpelle les individus en sujets³⁰ ».

Et de ce point de vue, celui de l'idée de servir un mouvement collectif, le numérique est bel et bien un instrument de renouveau de la désobéissance civile.

²⁹ H. Arendt, « La désobéissance civile », in *L'Humaine Condition*, Paris, Gallimard, coll. « Quarto », 2012, p. 894. Également, E. Balibar, *La proposition de l'égaliberté. Essais politiques 1989-2009*, Paris, PUF, coll. Actuel Marx Confrontations, 2010, spéc. chap. 6 « Arendt, le droit aux droits et la désobéissance civique », p. 201-227.

³⁰ E. Delruelle, « Désobéir en démocratie », *RIEJ*, n° 79, 2017, spéc. p. 172 et s.

LES VOIES DE LA DESOBEISSANCE : LA LIGNE FERROVIAIRE LYON-TURIN ET LE CAS DU MOUVEMENT NO TAV

Massimo CAVINO

1. Le projet de construction d'une ligne ferroviaire pour un Train à Grande Vitesse entre Turin et Lyon a amené à la formation, depuis les années 1990, d'un grand mouvement de protestation dans la Vallée de Susse, appelé Mouvement No TAV (Treno ad Alta Velocità = Train à Grande Vitesse). Il s'agit d'un mouvement très structuré qui a, au fur et à mesure de l'évolution des travaux, modifié sa composition. Dans un premier temps, il comprenait des associations environnementales qui avaient pour but d'informer des risques pour la santé des populations intéressées par le passage de la ligne. Entre 2000 et 2005 les No TAV sont devenus un mouvement de contestation radicale du système économique capitaliste, commençant à participer aux manifestations contre le G8 à Gênes, en 2001. Des groupes de plus en plus violents ont peu à peu attaqué les forces de police chargées de surveiller les chantiers et ont fréquemment bloqué l'autoroute entre Bardonnèche et Turin, se substituant ainsi au mouvement de contestation pacifique originaire. Un groupe s'est distingué par la violence de ses attaques : il s'agit du collectif Askatasuna, une association politique anarchiste basée à Turin, dans un immeuble appartenant à la ville qu'elle a squatté. Un procès pénal est en cours près le Tribunal de Turin et 28 militants de ce groupe sont accusés de violence dans le cadre du mouvement No TAV.

Les positions de la composante violente du mouvement No TAV ont trouvé soutien auprès d'une partie de la classe politique

et d'intellectuels italiens ; auprès même de quelques professeurs de droit constitutionnel.

On peut rappeler le soutien à la cause No TAV de M. Beppe Grillo, leader du Mouvement 5 Étoiles, qui ne s'est pas limité aux formes institutionnelles de l'action politique puisqu'il a participé aux actions des militants. Ces derniers avaient construit, durant l'automne 2010, un chalet illégal dans la forêt avoisinant le village de Chiomonte. Le chalet était très proche du lieu où l'on aurait dû commencer les travaux d'excavation du premier tunnel du chantier ; l'intention des activistes était de l'utiliser comme base des activités contestatrices. Puisqu'il s'agissait d'une construction illégale, le maire de Chiomonte en a ordonné la démolition et le tribunal de Turin l'a fermé en prenant une décision de saisie. Mais les militants No TAV ont franchi les clôtures et violé les scellés : il y avait parmi eux M. Beppe Grillo, accusé par le parquet du Tribunal de Turin d'infraction de brisé de scellé. Ses avocats ont invoqué le droit à la désobéissance civile, mais les juges l'ont condamné à quatre mois d'emprisonnement¹.

On peut également rappeler la position de l'écrivain Erri De Luca. Se prononçant sur l'arrestation de deux activistes No TAV détenant dans leur voiture des cocktails molotov et des cisailles pour couper les clôtures du chantier, il affirma, dans un entretien au quotidien Huffington du 1^{er} septembre 2013², que les chantiers du TAV devaient être sabotés. Il confirmait ses propos dans un entretien à l'agence de presse ANSA quelques jours après. Ces déclarations ont été considérées comme délictueuses par les responsables de la Société LTF (Lyon Turin Ferroviaire) qui l'ont poursuivi en justice pour infraction d'incitation à la délinquance (prévue par l'article 414, alinéa 1 du Code pénal). Le Tribunal de Turin a relaxé Erri De Luca dans sa décision du

¹ E. Sola, « NO TAV. Grillo condannato a quattro mesi per la violazione dei sigilli della baita di Chiomonte » (NO TAV. Grillo condamné à quatre mois pour la brise de scellé du Chalet de Chiomonte), *Corriere della Sera*, 3 mars 2014.

² L. Eduati, « TAV. Erri De Luca: va sabotata, è l'unico modo che c'è per fermarla. Il procuratore Caselli esagera » (TAV. Erri De Luca : il faut le saboter, c'est le seul moyen de l'arrêter. Le procureur Caselli exagère), *Huffington Post*, 1^{er} septembre 2013.

19 octobre 2015. Mais les juges n'ont pas affirmé, cela va sans dire, l'existence d'un droit ou d'un devoir de sabotage : ils ont appliqué le Code pénal dans une interprétation de droit vivant, selon laquelle l'incrimination de l'article 414 du Code pénal doit être conçue comme constitutive d'un danger concret, de sorte que l'incitation n'est pas punissable si elle n'est pas concrètement susceptible de porter atteinte à l'ordre public ; elle relève alors de la liberté d'expression. Erri De Luca ne pouvait en conséquence pas être condamné, car ses déclarations, dans le contexte où elles avaient été tenues, n'étaient pas de nature à inciter quiconque à commettre des infractions³.

Mais il faut surtout prendre en compte, dans le cadre de notre réflexion, le point de vue d'Alessandra Algostino, professeur de Droit constitutionnel à l'Université de Turin, que l'on peut considérer comme une véritable théoricienne du Mouvement No TAV. Elle a évoqué la catégorie du droit de résistance :

Dans certaines hypothèses, des expressions même radicales de démocratie d'en bas peuvent évoquer l'exercice du droit de résistance, au nom de principes constitutionnels, en remettant en cause des éléments de constitutionnalité opposés à la légalité institutionnelle, mais aussi, plus largement, au nom de la démocratie, de la souveraineté populaire, de l'égalité substantielle (ou de la justice sociale). Dans ces cas, le droit de résistance en particulier, ainsi que dans son acception collective, peut être conçu comme intrinsèquement lié aux principes démocratiques et de souveraineté populaire, car étant quasiment une de leurs caractéristiques intrinsèques, indépendamment de sa reconnaissance constitutionnelle explicite⁴.

2. On a donc fait référence au droit à la désobéissance civile ; au droit, ou plutôt au devoir de sabotage ; au droit de résistance⁵.

³ S. Zirulla, « “La TAV va sabotata” : Erri De Luca assolto dall'accusa di istigazione a delinquere » (“La TAV doit être sabotée” : Erri De Luca relaxé de l'accusation d'incitation à la délinquance), in *Diritto penale contemporaneo*, 8 février 2016.

⁴ A. Algostino, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento NO TAV* (Démocratie, représentation, participation. Le cas du mouvement NO TAV), Jovene, Napoli, 2011, p. 142 et s.

⁵ Pour une réflexion en termes de théorie générale E. Desmons, *Droit de résistance et histoire des idées*, *Pouvoirs*, 2015/4, p. 29 et s.

Mais pour que l'on puisse parler d'un droit à la désobéissance⁶, d'un droit/devoir de sabotage, il faut démontrer l'existence du droit constitutionnel de résistance, puisque les deux premiers, bien qu'ils soient très différents entre eux, ne sont qu'une déclinaison du troisième : on ne peut considérer comme légitime la rupture de l'ordre légal qu'à la seule condition qu'il y ait, au-dessus de lui, un ordre constitutionnel qui l'impose⁷.

Il faut donc résoudre la question préliminaire de la possibilité de reconnaître la légitimité d'un droit de résistance dans l'architecture de l'État constitutionnel de droit.

Il s'agit d'un thème très débattu⁸.

⁶ À partir des classiques de H.D. Thoreau et de H. Arendt, on peut considérer comme généralement reconnue la définition de J. Rawls, *Théorie de la justice*, (1975), Paris, Seuil, 1987, p. 405, selon laquelle l'acte de désobéissance civile doit être conçu « comme un acte public, non violent, décidé en conscience mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour conduire à un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement. En agissant ainsi, on s'adresse au sens de la justice de la majorité de la communauté et on déclare que, selon une opinion mûrement réfléchie, les principes de coopération sociale entre des êtres libres et égaux ne sont pas actuellement respectés ». Ceux qui pratiquent la désobéissance civile se placent consciemment hors du droit et acceptent les conséquences de leurs actions, parce qu'ils souhaitent que se tienne un débat résultant de ces dernières. Sur ce point Y. Sintomer, « Aux limites du pouvoir démocratique : désobéissance civile et droit à la résistance », *Actuel Marx*, n° 24, *Habermas, une politique délibérative*, (second semestre), 1998, p. 90 ; M. Cervera-Marzal, « Désobéissance civile et libéralisme », in *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, 2013, p. 77 ; S. Djemni-Wagner, « Militantisme écologiste et désobéissance civile », *Études*, 2021/5, p. 55 et s. ; A. de Mesnard, « La justice à l'épreuve de la désobéissance civile ? Réflexions sur les liens entre justice et politique à l'aune de la défense de la nécessité climatique », in *L'Homme et la Société*, 2023, p. 193 et s. ; T. Windisch, *La désobéissance civile. Mode(s) d'emploi*, Laval, Presses de l'Université Laval, 2023, *passim*.

⁷ A. Ogien, « La désobéissance civile peut-elle être un droit ? », *Droit et société*, 2015/3, p. 579 et s.

⁸ Pour une synthèse du débat dans la doctrine V. Baldini, « La disobbedienza civile come forma (illegittima ?) di resistenza contro la legge ingiusta... La condotta individuale di opposizione tra imperativo etico ed (auto)tutela costituzionale » (La désobéissance civile comme forme (illégitime) de résistance contre la loi injuste... La conduite individuelle d'opposition entre impératif éthique et (auto-)protection constitutionnelle), *Diritti fondamentali.it*, 2019/1, p. 17 et s.

Les voies de la désobéissance

En France, le droit de résistance avait été prévu dans le projet de Constitution du 19 avril 1946 — repoussé par le référendum du 5 mai 1946 — qui, à l'article 21 disposait : « Quand le Gouvernement viole les libertés et les droits garantis par la Constitution, la résistance sous toutes ses formes est le plus sacré des droits et le plus impérieux des devoirs. » Aujourd'hui il trouve son fondement dans l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 en vertu duquel « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. » Mais il faut dire que, bien que reconnu comme justiciable par la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, le droit de résistance à l'oppression n'a jamais été utilisé pour admettre comme légitime un acte de désobéissance civile⁹.

L'article 21 de la Constitution portugaise mentionne un droit de résistance ; il dispose en effet : « Chacun a le droit de résister à tout ordre qui offense ses droits, ses libertés et ses garanties, et de rejeter par la force toute agression lorsqu'il n'est pas possible de recourir à l'autorité publique ». L'article 120 alinéa 3 de la Constitution grecque dispose quant à lui que « L'observation de la Constitution est confiée au patriotisme des Hellènes, qui ont le droit et le devoir de résister par tous les moyens à quiconque entreprendrait son abolition par la violence. »

Par ailleurs, le droit de résistance a été introduit dans l'article 21 alinéa 4 de la *Grundgesetz* allemande, lors de la révision constitutionnelle du 24 juin 1968 : « Tous les Allemands ont droit à la résistance contre quiconque s'apprête à supprimer le système en vigueur, si aucun autre recours n'est possible. »

La Constitution italienne ne reconnaît pas le droit à la résistance. Son introduction dans le texte avait été proposée par Giuseppe Dossetti le 21 novembre 1946¹⁰ à la première sous-

⁹ L. Boinnard, « Quel rôle pour le juge face à la désobéissance civile ? », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2022, p. 796.

¹⁰ U. Mazzone, « Il diritto/dovere di resistenza nella proposta di Giuseppe Dossetti alla Costituente » (Le droit/devoir de résistance dans la proposition de

commission de la Commission pour la Constitution de l'Assemblée constituante. La proposition de Dossetti aurait introduit dans le texte constitutionnel un article selon lequel « La résistance individuelle et collective aux actes des pouvoirs publics qui violent les libertés fondamentales et les droits garantis par la présente Constitution est le droit et le devoir de chaque citoyen ». Dans sa délibération définitive du 5 décembre 1947, l'Assemblée constituante n'a cependant pas approuvé la proposition, avalisant la réflexion de Costantino Mortati qui soulignait qu'elle ne permettait pas de comprendre « quand le citoyen exerce une rébellion légitime au droit et quand, au contraire, elle doit être considérée comme illégitime ».

En effet, il faut dire que même la doctrine et la jurisprudence constitutionnelle des pays reconnaissant le droit de résistance dans leur texte constitutionnel ont considéré qu'il s'agit d'un droit ne pouvant être conçu qu'en tant qu'opposition à un bouleversement de l'ordre constitutionnel et qui, par conséquent, est susceptible d'être exercé seulement lorsque l'action des pouvoirs publics est inefficace¹¹. Le Tribunal constitutionnel allemand s'est prononcé en ce sens dans sa célèbre décision du 17 août 1956¹². Le droit de résistance est donc un droit à la conservation de l'ordre constitutionnel, que l'on peut exercer de façon subsidiaire à l'action des pouvoirs publics¹³. Tant que l'État constitutionnel existe, avec ses formes de séparation des pouvoirs et de garantie des droits fondamentaux, on ne peut pas parler d'un droit de résistance.

Et ce serait suffisant pour fermer le débat : puisqu'en Italie, la décision politique s'exerce de façon prioritaire par la voie

Giuseppe Dossetti à la Constituante), *Quaderni di discipline storiche*, CLUEB, Bologna, 2000, p. 45 et s.

¹¹ R. Fragkou, « Le droit de résistance à l'oppression en droit constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2013, p. 848 et s.

¹² Décision du 17 août 1956, 1 BvB 2/51 (KPD), BVerfGE vol. 5, p. 85 et s.

¹³ C. Mortati, « Art. 1 », in *Commentario della Costituzione* ; G. Branca (dir), *Principi fondamentali*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, p. 32. Voir à ce sujet A. Denuzzo, « L'elaborazione concettuale del diritto di resistenza. Itinerari per un excursus di storia costituzionale » (L'élaboration conceptuelle du droit de résistance. Itinéraires pour un excursus d'histoire constitutionnelle), *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, p. 19 et s.

Les voies de la désobéissance

législative, dans le cadre des institutions de la démocratie représentative, et que l'activité de l'administration publique doit suivre cette décision selon le principe de légalité ; puisque les citoyens ont la possibilité d'accéder aux juges pour contester l'activité de l'administration publique ; et puisque les juges peuvent provoquer un contrôle de constitutionnalité de la décision politique à l'origine de l'activité administrative, on peut dire qu'il n'y a pas de place pour le droit de résistance ; et donc, ni pour le droit à la désobéissance ni pour le droit au sabotage.

3. Mais la thèse soutenue par les théoriciens No TAV de la désobéissance part de la prémisse selon laquelle il y a eu en réalité un renversement de l'ordre constitutionnel justifiant la résistance. Ils affirment que les organes de l'État ont abusé de leur pouvoir et qu'ils l'ont utilisé contre la véritable démocratie. Ils affirment que les organes de la démocratie représentative, conditionnés par la pression des sujets porteurs d'intérêts économiques, ont trahi le peuple souverain, en préférant les profits des banques à la santé des citoyens et à l'environnement. Alessandra Algostino écrit :

Deux visions du monde s'affrontent sur le Tav. D'une part, il y a, comme l'écrivent les quotidiens au cours de l'hiver 2018, les détenteurs des 2/3 du PIB italien qui s'accordent pour demander la réalisation du Tav, et qui représentent ceux qui sont ou visent à être parmi les milliardaires dont la richesse a augmenté l'année dernière de 900 milliards de dollars, quand la moitié la plus pauvre de l'humanité enregistre une baisse de ses ressources de 11 % (Rapport Oxfam 2019). D'autre part, ceux qui s'engagent dans la défense de l'environnement soutiennent les gens plus démunis, luttent pour leur habitat, se battent pour l'eau publique, revendiquent l'humanité et la justice pour les migrants et voient dans le mouvement No Tav un modèle mettant au centre la personne et non le profit, arguant des droits sociaux, et non de l'augmentation des bénéfices. D'un côté, un pouvoir de plus en plus arrogant et autoritaire, intolérant à toute forme de dissidence ; de l'autre, la résistance, contre toute forme de pouvoir.

Et à propos du texte fondamental : « La Constitution a depuis longtemps cessé en fait de constituer le fondement du développement d'une orientation politique majoritaire, pour devenir une "Constitution antagoniste", soutien des mouvements

sociaux ; un bon allié, car, en plus d'être au sommet de la hiérarchie des normes, elle constitue le sédiment des luttes et des revendications¹⁴. » De ce point de vue, la perspective change : la présence des forces de police pour protéger les chantiers contre les attaques des saboteurs devient une « militarisation¹⁵ » oppressive justifiant l'exercice de la violence à leur rencontre et l'activité des saboteurs eux-mêmes.

Mais cette affirmation anarchique de résistance à toute forme de pouvoir n'est pas compatible avec la structure de l'État constitutionnel : l'article 1^{er} de la Constitution italienne dispose que « La souveraineté appartient au peuple, qui l'exerce dans les limites et les formes prévues par la Constitution ». Les dispositions relatives à la formation de la décision politique se rapportent à la délibération majoritaire exerçant la forme pouvoir normatif, dans le respect de l'unité nationale (et donc aussi des positions minoritaires) en tant que limite générale à la décision. Cet équilibre entre formes et limites dans l'exercice du pouvoir a été conçu pour garantir l'intégration politique de toutes les parties d'une société pluraliste ; et pour assurer, évidemment, que, dans le débat politique il y ait toujours un espace pour la dissidence. Mais si toutes les positions ont la possibilité de trouver une intégration politique, si elles s'avèrent suffisamment persuasives pour accéder à une délibération majoritaire, l'expression de la dissidence ne peut qu'être considérée comme la manifestation d'une alternative, qui doit être respectée pour sa valeur dialectique, en lui donnant la possibilité de devenir elle-même majoritaire si elle s'avère, nécessairement, persuasive : mais la prétention de considérer la dissidence, en tant que telle¹⁶,

¹⁴ A. Algostino, *Perché no TAV* (Pourquoi No TAV), in M. Travaglio, E. De Luca, M. Revelli, T. Montarini, L. Mercalli, A. Tartaglia, L. Pepino, A. Algostino, C. Giorno, C. Sasso (dir.), Roma, Paper First, 2019, p. 7.

¹⁵ A. Algostino, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione*, op. cit., p. 155.

¹⁶ Partagent ce point de vue C. Fleury, *Formes anciennes et nouvelles de la désobéissance civile*, in *Pouvoirs*, 2015/4, 5 et s. ; S. Laugier, *La désobéissance comme principe de la démocratie*, idem, p. 43 et s. ; F. Pizzolato, *Diritto di resistenza, oggi ? Partecipazione popolare e veste istituzionale* (Droit de résistance, aujourd'hui ? Participation populaire et statut institutionnel), *Costituzionalismo.it*, n° 2021, en particulier p. 170 et s.

Les voies de la désobéissance

comme source de légitimation de la décision politique conduit à la négation du principe du débat pluraliste.

On évoque toujours le mythe d'Antigone¹⁷ en tant que symbole de l'opposition de la justice à la loi. Ce qui se passe en Italie avec les composantes violentes du mouvement No TAV et, plus généralement, partout où l'on assiste au refus des formes représentatives de la démocratie, trouve plutôt son assise dans le mythe de Narcisse qui, en regardant un objet autre que soi, n'est capable de voir que son image ; avec pour corollaire la réduction de la réalité à son image. On peut donc partager la considération selon laquelle « La désobéissance civile est grosse de bien des ambiguïtés. Elle participe d'une critique forte de nos démocraties, loin d'être parfaites, mais n'offre pas de solutions concrètes pour en améliorer le fonctionnement. Elle se présente comme un mode d'action politique, mais réintroduit dans la démocratie une dimension morale tout autant qu'idéologique, cocktail toujours pernicieux. Elle met en avant un individualisme sceptique et radical sans proposer les moyens de le transformer en volonté collective positive. Elle en appelle enfin à l'égalité tout en laissant de côté, par condescendance, voire mépris, la majorité de ceux qui adhèrent au système. La désobéissance civile comme remède aux imperfections de notre démocratie ? Et si elle n'en était pas plutôt l'une des maladies ? »¹⁸

¹⁷ L. Bantigny, *Le principe d'Antigone. Pour une histoire de la désobéissance en démocratie*, in *Pouvoirs*, 2015/4, p. 17 et s.

¹⁸ E. Thiers, *La désobéissance civile: entre Antigone et Narcisse, l'egodémocrate*, *Pouvoirs*, 2015/4, 72.

LA DESOBEISSANCE FISCALE

Sylvie SCHMITT

La désobéissance à la loi fiscale est un concept venu des États-Unis, où il reste attaché à la philosophie politique de ce pays. Si nous devons le définir en une phrase, la voici : elle se caractérise par le refus d'un contribuable de payer ses impôts pour protester contre une politique publique déterminée. L'exemple type américain est celui du philosophe Henri David Thoreau, utilisant l'impôt comme un moyen d'expression politique¹.

En France, nous tendons à confondre désobéissance et révoltes fiscales ou plutôt à faire de ces dernières une forme de désobéissance fiscale². On peut adopter cette interprétation, au risque cependant de transformer la désobéissance fiscale en une catégorie élastique dans laquelle entrerait toute expression de rejet de l'impôt.

Or, les révoltes fiscales ne se traduisent pas nécessairement en une désobéissance. Ce sont des mouvements sociaux protestant contre l'instauration d'un impôt ou l'augmentation d'un impôt existant. En France, un des exemples les plus récents est celui, en 2018, des Gilets jaunes³. Ils contestaient l'augmentation des taux de la taxe carbone. Précédemment, en

¹ Sur H. D. Thoreau, *La désobéissance civile* [1849], trad. G. Villeneuve, Paris, éd. Mille et une nuits, 1997. Voir *infra*.

² Cf. C. Glineur, « La désobéissance à la loi fiscale sous l'ancien régime : de la rébellion à l'insurrection », in D. Salles (dir.), *La désobéissance à la loi à l'époque moderne (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2023, p. 191 ; N. Delalande, « Le retour des révoltes fiscales ? », *Pouvoirs*, 2014, n° 151, p. 15.

³ Cf. G. Mauger, « Quel populisme ? », *La Pensée*, 2017, n° 4, p. 106.

2013, il y eut le mouvement des Bonnets rouges : les révoltés s'opposaient à l'instauration d'une autre taxe environnementale⁴.

Il arrive qu'une révolte fiscale s'apparente à la désobéissance fiscale, tant sur le fond que sur la forme. L'exemple type est celui de la Marche du sel organisée en Inde par Mahatma Gandhi en 1930. Gandhi et ses compagnons protestaient contre la taxe sur le sel instaurée par les autorités britanniques. La marche répondait aussi, de manière plus large, à un rejet du pouvoir colonial. Les deux points communs avec la désobéissance fiscale sont l'usage de l'impôt comme levier contre des mesures extrafiscales (ici le système colonial) et le refus de recourir à la violence⁵.

Hormis ces hypothèses particulières, les révoltes fiscales et la désobéissance fiscale demeurent des manifestations différentes l'une de l'autre. Deux points les opposent. D'abord, il n'y a pas nécessairement de mouvements collectifs dans le cas de la désobéissance fiscale. Elle peut être le fait d'une seule personne, comme ce fut le cas de Thoreau. Ensuite, les citoyens qui exercent la désobéissance ne rejettent pas un impôt en particulier, ils font de l'outil fiscal un moyen de pression sur les pouvoirs publics. L'impôt constitue pour eux une alternative aux voies traditionnelles d'expression politique.

À l'inverse, la désobéissance fiscale est proche de la désobéissance civile, dont elle constitue une forme. John Rawls⁶ définit ainsi la désobéissance civile : c'est « 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 ». La difficulté de la définition donnée par Rawls est qu'il la place dans le cadre

⁴ Cf. G. Aulbert, « Le retour des Bonnets rouges », *Parlement[s], revue d'histoire politique*, 2014, n° 2, p. 171. Le mouvement s'inspire, par son nom, de celui des Bonnets rouges en Bretagne en 1675. Là aussi, les manifestants s'opposaient à l'instauration d'un impôt. Voir G. Aulbert, « Les révoltes du papier timbré et des bonnets rouges (1675) », *Encyclopédie d'histoire numérique de l'Europe*, 11 septembre 2024, en ligne.

⁵ Sur la Marche du sel, voir J.-M. Muller, « Gandhi l'insurgé. L'épopée de la marche du sel ». Préf. B. Clavel, Paris, Éd. Albin Michel, 1997, 300 p.

⁶ J. Rawls, *Théorie de la justice* [1971], trad. C. Audiard, Paris, éd. Le Seuil, 2009, p. 504.

d'un État démocratique, où elle constitue un moyen d'expression politique encadré⁷. À l'époque où il étudie cette question, les États-Unis connaissent d'importantes manifestations de désobéissance civile, que ce soit la lutte des Noirs américains pour les droits civiques — on songe au combat pacifique de Martin Luther King, assassiné en 1968 — ou le refus des objecteurs de conscience de se battre au Viêt Nam.

Rappelons toutefois que la désobéissance civile est née dans le cadre d'un pouvoir autoritaire, celui de Créon ordonnant l'exécution de sa nièce Antigone. Ici, les frontières avec la résistance sont plus que poreuses⁸. Par la magie performative de la démocratie, la résistance devient une désobéissance civile autorisée ou plus ou moins tolérée dès lors qu'elle demeure raisonnable.

Si Rawls pose des limites formelles à l'exercice de la désobéissance, il reste plus incertain sur sa justification. Pour le penseur américain, la désobéissance civile est la réponse à la « violation persistante et délibérée des principes de base » de la « conception publique de la justice »⁹. Cet élément de définition pose en effet une difficulté d'application, dans la mesure où une conception — fût-elle publique — demeure subjective. La violation des « principes de base » s'exprime-t-elle de manière formelle, par l'adoption d'une loi contraire à la Constitution ? Ou le citoyen désobéissant défend-il une conception particulière de la justice, que la majorité peut ne pas partager ? Une telle approche conduit concrètement à discriminer entre les désobéissances « légitimes » et « non-légitimes », selon qu'elles satisfont ou non à une vision déterminée de la morale. Ce faisant, on risque d'exclure des actions défendant des causes jugées par certains immorales, alors qu'elles semblent relever formellement de la désobéissance civile. Par exemple, on qualifierait de

⁷ J. Rawls, « le problème de la désobéissance civile est un test crucial pour toute théorie du fondement moral de la démocratie » *op. cit.*, p. 504. Cf. A. Ogien, « La désobéissance civile peut-elle être un droit ? », *Droit et société*, 2015, n° 91, p. 579.

⁸ Cf. E. Thiers, « La désobéissance civile : entre Antigone et Narcisse, l'égodémocrate », *Pouvoir*, 2015, n° 155, p. 55.

⁹ J. Rawls, *op. cit.*, p. 506.

désobéissance civile le décrochage en mairie des portraits du président de la République, car on partagerait la cause défendue par les décrocheurs, mais on écarterait cette qualification dans le cas d'un maire refusant de marier un individu soumis à une OQTF, au motif que la cause ne serait pas jugée morale par tous¹⁰.

L'ambiguïté provient aussi de la forme prise par la désobéissance civile. Si, dans tous les cas, elle est illégale — une des conditions constitutives du concept —, certaines actions apparaissent moins acceptables que d'autres : on admet plus facilement le décrochage des portraits présidentiels que le jet de soupe sur un Monet ou sur la Joconde¹¹. L'une peut faire sourire, l'autre est vécu comme un sacrilège culturel.

La définition de John Rawls ne convient pas totalement, mais celle de Hannah Arendt présente, elle aussi, des difficultés. Dans un article de 1970¹², Arendt affirme que la désobéissance civile est une action collective. Pourtant, les illustrations historiques — Antigone, Thoreau — sont celles d'actions individuelles. Arendt distingue ainsi la désobéissance civile de l'objection de conscience¹³.

Ces deux définitions, adoptées par des auteurs de renom, balisent de telle manière le terrain qu'on finirait par douter de la parenté entre la désobéissance civile et la désobéissance fiscale, tant les différences entre les deux commencent à devenir

¹⁰ Exemple du refus du maire de Béziers de marier un étranger faisant l'objet d'une OQTF : cf. V. O. Dervieux, « Le maire, la mariée et l'étranger sous OQTF », *Actu-juridique.fr – Lextenso*, 20 février 2025, en ligne.

¹¹ Cf. X. Pin, « La Joconde, un Monet : un jet de soupe est-il vraiment punissable ? », *Le Club des juristes*, 14 février 2024, en ligne.

¹² H. Arendt : « Des actes de désobéissance civile interviennent lorsqu'un certain nombre de citoyens ont acquis la conviction que les mécanismes normaux de l'évolution ne fonctionnent plus ou que leurs réclamations ne seront pas entendues ou ne seront suivies d'aucun effet - ou encore, tout au contraire, lorsqu'ils croient possible de faire changer d'attitude un gouvernement qui s'est engagé dans une action dont la légalité et la constitutionnalité sont gravement mises en doute. », in « Désobéissance civile », *Du Mensonge à la violence* [1972], trad. G. Durand, Pparis, éd. Pocket, 2002, p. 76.

¹³ Cf. M. di Croce, « Hannah Arendt et Antigone : perspectives sur la désobéissance civile », *Recherches féministes*, 2018, n° 2, p. 125, en ligne.

nombreuses. Effectivement, un contribuable qui refuserait de payer ses impôts n'agit pas nécessairement dans le cadre d'un groupe et, de surcroît, ses convictions ne correspondent pas toujours à la conception majoritairement partagée de la justice.

Pour mettre fin à nos doutes, il convient de se tourner vers le droit positif. En France, le Conseil constitutionnel ne définit ni ne reconnaît le principe de la désobéissance civile. Pour obtenir ce qui se rapproche le plus d'une situation de désobéissance civile, il faut se reporter à la jurisprudence de la Cour de cassation relative au décrochage, en mairie, des portraits du président de la République. Selon la Cour, les juges du fond ont commis l'erreur de ne pas avoir recherché si, malgré la demande des prévenus, « l'incrimination pénale des comportements poursuivis ne constituait pas, en l'espèce, une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression des prévenus¹⁴ ». La Cour de cassation admet ainsi que la liberté d'expression puisse être invoquée à l'appui d'une violation de la loi. Par cette jurisprudence, la Cour donne la définition sans doute la plus simple et la plus précise de la notion de désobéissance civile.

Le lien avec la désobéissance fiscale ressort plus clairement, dès lors que le refus de payer l'impôt répond à la définition jurisprudentielle d'un comportement illégal justifié par la liberté d'expression. La désobéissance fiscale oppose de la sorte la liberté au devoir fiscal (II), mais, autre caractéristique essentielle de la notion, elle représente un moyen pacifique de protestation (I).

I. Un moyen pacifique de protestation

Nous avons constaté que la désobéissance fiscale se distingue des révoltes fiscales. Elle doit être également différenciée d'autres pratiques telles que la fraude fiscale (consistant à réduire de manière illégale sa charge fiscale pour des raisons d'intérêt financier) ou l'évasion fiscale (le contribuable réduit lui aussi sa

¹⁴ C. cass., 22 septembre 2021, pourvoi n° 20-80.489, publié au Bulletin. Cf. E. Dreyer, « Décrochage d'un portrait présidentiel : par quoi justifier ce vol ? », *Lexbase.fr*, 27 octobre 2021, en ligne. Dans le même sens : v. C. cass., 1^{er} juin 2022, pourvoi n° 21-82.113, en ligne.

charge fiscale pour les mêmes raisons que le fraudeur, mais en restant dans la légalité). La fraude et l'évasion fiscales se reconnaissent par la volonté de discrétion du contribuable qui cherche par tous les moyens à ne pas attirer l'attention sur lui, à l'inverse du contribuable pratiquant une révolte fiscale ou une désobéissance fiscale.

On ne saurait pas davantage confondre le contribuable partisan de la désobéissance d'un anachorète fiscal. Ce dernier adopte un comportement passif, voire un retrait du monde, de manière à ne pas produire des ressources susceptibles d'être imposées.

Tous ces exemples, la fraude, l'évasion et l'anachorésie fiscales expriment un rejet du système fiscal en tant que contrainte visant, selon l'approche de leurs partisans, à réduire leur richesse. Le contribuable pratiquant la désobéissance fiscale, lui, ne rejette pas le système fiscal. Il ne s'oppose pas en soi aux impôts ni au pouvoir des autorités publiques de les lever. Il adopte plutôt une vision décalée du système fiscal, le considérant comme un moyen parmi d'autres de manifester ses convictions politiques. C'est la raison pour laquelle la désobéissance fiscale n'est pas apparentée à la fraude ou à l'évasion fiscale, mais à l'objection de conscience. Cependant, l'objection de conscience n'est autorisée par le droit que dans certaines hypothèses (A), à l'exclusion de sa forme fiscale (B).

A. L'admission de certaines formes d'objections de conscience

Nous ne reprendrons pas ici l'opposition pratiquée par Hannah Arendt — précitée — entre la désobéissance civile et l'objection de conscience. Rappelons brièvement que la philosophe les juge différentes suivant le critère selon lequel la première manifestation est collective et la seconde individuelle. S'il s'agit là d'un élément effectivement important, il ne doit pas conduire à faire de l'objection de conscience une forme de manifestation totalement autonome de la désobéissance civile, les deux étant mues par le refus du système en place.

C'est ce qui ressort de l'expérience italienne. Il existe, outre-Alpes, une expression de la désobéissance fiscale qui s'appelle l'objection de conscience fiscale. Elle apparaît lorsqu'un

contribuable refuse de payer une partie de ses impôts, au prorata du financement public d'une politique à laquelle il s'oppose. Par exemple, dans le cas d'un objecteur de conscience fiscal pacifiste, si le budget militaire correspond à 10 % du budget de l'État, le contribuable refusera de payer 10 % de son impôt. Il s'agit de l'impôt sur le revenu, le seul sur lequel le contribuable personne physique peut éventuellement avoir un pouvoir d'action, à l'inverse des impôts indirects comme la TVA. Mais cela dépend du système de prélèvement de l'impôt sur le revenu, s'il est automatisé ou non. L'objection de conscience fiscale et, plus généralement, la désobéissance fiscale, impliquent, sur le plan technique, la possibilité pour le contribuable de retenir une partie de sa contribution.

Des associations italiennes ont tenté de faire reconnaître le statut des objecteurs de conscience fiscaux. Si elles sont passées par cette voie au lieu de recourir à la notion de désobéissance civile, c'est sans doute en raison des limites du droit positif italien. La Constitution ne prévoit pas le droit à la désobéissance civile. À la lecture de l'article 54, on pourrait même dire qu'elle exclut une telle hypothèse : « tous les citoyens ont le devoir d'être fidèles à la République et d'en observer la Constitution et les lois ».

Il est important de noter que la Constitution italienne consacre formellement le principe de devoirs à la charge des citoyens. Le principe est posé dès l'article 2 : « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où se développe sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs imprescriptibles de solidarité politique, économique et sociale. » Le titre IV de la Première partie de Constitution énumère certains de ces devoirs, dont celui d'obéir aux lois (article 54). Au regard de l'article 2, le devoir d'obéir aux lois — et en premier lieu à la Constitution — s'entend comme un devoir de solidarité des citoyens entre eux, dans le cadre de la communauté nationale¹⁵.

¹⁵ Nous rappelons aussi, comme le font de manière plus complète les auteurs italiens de cet ouvrage, que Costantino Mortati, membre de l'assemblée constituante, avait proposé en 1946 un amendement visant à reconnaître le droit de résistance : « Quand les pouvoirs publics violent les libertés fondamentales

Au contraire de la désobéissance civile, l'objection de conscience bénéficie d'une reconnaissance juridique dans certaines de ses manifestations, d'où l'intérêt de ce cadre pour les partisans de l'objection de conscience fiscale. À l'origine, la question de son admission se pose exclusivement par rapport au service militaire. L'article 52 de la Constitution le rend obligatoire, ce qui semble donc interdire l'objection de conscience. Cependant, le législateur finit par la reconnaître en 1972, en matière de service militaire (loi n° 772 du 15 décembre 1972¹⁶).

Six ans plus tard, le législateur étend l'autorisation de l'objection de conscience au personnel médical qui refuse de pratiquer des interruptions volontaires de grossesse (loi n° 194 du 22 mai 1978, article 9). On parle à ce propos de « clause de conscience », invocable par le médecin refusant de pratiquer une interruption volontaire de grossesse ou de prescrire des médicaments abortifs¹⁷. En France, le Conseil constitutionnel admet lui aussi un droit similaire au personnel médical, mais il se fonde directement sur la liberté de conscience, sans passer par le biais de l'objection de conscience¹⁸.

Toujours en Italie, on peut citer un autre cas d'objection de conscience, garanti aux scientifiques qui refusent de pratiquer

et les droits garantis par la Constitution, la résistance à l'oppression est un droit et un devoir du citoyen » (article 50 du projet de Constitution). L'amendement n'a pas été adopté. Voir aussi, sur ce thème : T. Serra, « Il "diritto" di resistenza in Mortati », *Nomos – Le attualità nel diritto.it*, 2016, en ligne ; R. Rordorf, « L'art. 54 della Costituzione », *La Magistratura italiana – Commentario*, 22 avril 2022, en ligne.

¹⁶ La loi de 1972 a été remplacée par la loi n° 230 du 8 juillet 1998. L'obligation du service militaire a été suspendue en 2005 (loi n° 226 du 23 août 2004). La « suspension » ne vaut pas suppression.

¹⁷ L'objection de conscience est entendue dans un sens restrictif. Elle ne peut pas être invoquée par un membre du service hospitalier qui refuserait des soins à une femme après qu'elle a absorbé la pilule abortive. En effet, l'objection de conscience est retenue uniquement pendant la phase de l'IVG et non postérieurement à sa réalisation : C. cass. Pénale, section VI, 27 novembre 2012 n° 14979, note V. Abu Awwad, *Diritto penale contemporaneo*, 27 juin 2013, en ligne.

¹⁸ Conseil const., D. n° 2001-446 DC du 27 juin 2001. Sur la conformité à la Constitution de la loi autorisant l'IVG : D. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975.

l'expérimentation sur les animaux. La loi n° 413 du 12 octobre 1993, adoptée à cette fin, s'applique aussi bien aux médecins, chercheurs qu'à tout membre du personnel et même aux étudiants. Aucun d'entre eux n'est obligé de prendre part à des activités d'expérimentation animale.

On comprend dans ce contexte que les partisans de la désobéissance fiscale souhaitent bénéficier à leur tour du statut d'objecteurs de conscience. Leurs chances d'obtenir le statut sont toutefois minces au regard des limites posées par le droit.

B. Le rejet de la théorie de l'objection de conscience fiscale

En 1989, des députés italiens proposent une loi visant à reconnaître l'objection de conscience fiscale en matière militaire : le contribuable pourrait décider que son impôt sur le revenu ne soit pas affecté au financement des dépenses militaires¹⁹. La proposition s'inscrit dans la suite logique de la reconnaissance, en 1972, de l'objection de conscience militaire. Le contexte se prête aussi — l'empire soviétique menace de s'effondrer — à une baisse des dépenses destinées aux armées. Quatre ans plus tard, Francis Fukuyama écrira *La fin de l'histoire et le dernier homme*. L'Occident se plaît à imaginer la disparition des guerres, grâce au triomphe du libéralisme.

Mais même alors, l'optimisme des députés ne convainc pas le Parlement italien. La proposition de loi est rejetée. C'est là une des nombreuses péripéties qui marquent l'histoire juridique de l'objection de conscience fiscale en Europe.

Six ans auparavant, dans une décision de 1983, la Commission européenne des droits de l'homme examine la requête d'un contribuable britannique qui refuse l'affectation d'une partie de son impôt au budget réservé aux armées. Le contribuable met en avant ses convictions religieuses. Il se fonde pour cette raison sur l'article 9 de la Convention, consacrant la liberté de conscience. La Commission rejette pourtant

¹⁹ « Proposta di legge: Norme per l'esercizio dell'opzione fiscale in materia di spese per la difesa militare, contenimento della spesa per armamenti e istituzione del Dipartimento per la difesa civile non armata », 11 mai 1989. Publiée dans *Rivista Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 1989, n° 2, p. 121, en ligne.

l'argument, au motif que l'article 9 « protège en premier lieu ce qui relève du for intérieur et pas nécessairement tout comportement public dicté par une conviction. [La disposition] n'autorise pas à se soustraire à une législation générale neutre sur le plan de la conscience²⁰ ».

La Commission met en avant le caractère neutre de l'impôt. Par principe, un impôt a pour unique finalité de pourvoir au financement des dépenses de l'État, il ne doit pas avoir pour effet de modifier les comportements des contribuables ni de troubler de quelque manière que ce soit le fonctionnement de l'économie. C'est là un principe issu de la pensée libérale, théorisé par Adam Smith pour qui « nul impôt ne peut jamais réduire, pour un temps considérable, le taux du bénéfice d'un commerce particulier qui doit toujours garder son niveau avec les autres commerces du voisinage²¹ ». Certes, les exceptions au principe sont nombreuses, à commencer par les impôts incitatifs du type de la fiscalité environnementale, mais, sur le fond, le principe de neutralité n'est pas remis en cause.

La neutralité de l'impôt n'est pas seulement économique, elle est également morale. Par suite, un contribuable ne peut pas faire valoir sa liberté de conscience — religieuse ou autre — contre une législation dépourvue de portée morale : « L'obligation d'acquitter l'impôt est une obligation d'ordre général qui n'a en elle-même aucune incidence précise au plan de la conscience²². »

En aurait-il été autrement si l'impôt visé avait été de nature incitative ? Rien n'est moins sûr puisque la Commission évoque aussi, à l'appui de sa décision, le principe de l'universalité

²⁰ Commission européenne des droits de l'homme (ci-dessous Commission EDH), requête *C. c/ Royaume-Uni*, 10358/83 du 15 décembre 1983, https://www.stradalex.eu/en/se_src_public_jur_eur_cedh/document/echr_10358-83. Dans le même sens : Commission EDH, requête *H. et B. c. Royaume-Uni*, 11991/1986 du 18 juillet 1986 (mêmes faits que l'arrêt de 1983), <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-1263>

²¹ A. Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations* [1776], tome V, Paris, 1795, p. 60.

²² Commission EDH, requête *Bouessel du Bourg c/ la France*, 20747/92 du 18 février 1993, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-25192>. L'affaire porte cette fois-ci sur un contribuable opposé à ce que son impôt finance des opérations d'IVG.

budgétaire. Il constitue, en matière de finances publiques, une expression du principe de neutralité fiscale²³.

Suivant le principe d'universalité, le contribuable n'a pas de pouvoir sur les choix d'affectation des impôts. Il paie ses impôts sans savoir à quelle fin ils seront utilisés, car il n'y a pas d'affectation préalable de l'impôt (sauf cas exceptionnel). Le produit des impôts est versé dans une caisse commune et c'est ensuite, en fonction de son montant et des autres ressources publiques, que les crédits sont répartis par la loi de finances. En philosophie politique, le principe d'universalité s'apparente à la théorie de John Rawls sur le voile de l'ignorance : selon Rawls, les citoyens organisent le fonctionnement de la société, mais ils ne savent pas à l'avance qui pourrait en tirer profit. De la sorte, ils restent impartiaux sans chercher à faire prévaloir leurs propres intérêts. Si en revanche ils savaient, ils seraient tentés de privilégier leurs intérêts²⁴.

En 1993, la Cour constitutionnelle italienne semble reprendre une partie du raisonnement de la Commission européenne des droits de l'homme. Elle se prononce sur l'absence de reconnaissance de l'objection fiscale dans la législation. D'après les requérants, cette lacune du droit produirait une disparité de traitement par rapport aux autres formes de manifestation de la liberté de conscience²⁵. La Cour écarte pourtant leur argument en

²³ Nous reprenons une définition élargie des impositions incitatives, lesquelles n'impliquent pas nécessairement une affectation à des dépenses déterminées. En témoigne la fiscalité environnementale dont une partie du produit vient financer le budget général de l'Etat ou des collectivités territoriales (par exemple les accises sur les carburants). Voir à ce propos notre article « Fiscalité environnementale – G1066V2 », *Techniques de l'ingénieur*, 10 juin 2025, en ligne.

²⁴ J. Rawls : « Nous devons, d'une façon ou d'une autre, invalider les effets des contingences particulières qui opposent les hommes les uns aux autres et leur inspirent la tentation d'utiliser les circonstances sociales et naturelles à leur avantage personnel. C'est pourquoi je pose que les partenaires sont situés derrière un voile d'ignorance. Ils ne savent pas comment les différentes possibilités affecteront leur propre cas particulier et ils sont obligés de juger les principes sur la seule base de considérations générales », *op. cit.*, p. 168.

²⁵ Cour const., ordonnance n° 65 du 8 février 1993, <https://giurcost.org/decisioni/1993/0065o-93.html>. Les requérants sont des pacifistes refusant que leurs impôts servent à financer la politique militaire.

mettant en avant les principes d'universalité, d'intégrité et d'unité du budget de l'État : ces principes « imposent que toutes les ressources, quelle que soit leur origine, constituent une masse indivisible, destinée à toutes les dépenses inscrites sur le budget ».

En suivant l'interprétation de la Commission européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle italienne privilégie l'argument de la neutralité fiscale, ce qui peut dérouter au regard de la dimension fortement politique de l'objection de conscience fiscale.

II. La liberté de choix par l'impôt

Le caractère neutre de l'impôt vient heurter frontalement les attentes politiques des partisans de l'objection de conscience fiscale. À leur prétention de transformer l'impôt en un outil de revendication, les juges opposent le voile de l'ignorance, autrement dit la solidarité contre une forme d'individualisme.

Car l'objection de conscience fiscale constitue, depuis son origine, un moyen d'expression politique (A). Elle demeure pour cette raison suspecte en ce qu'elle peut ouvrir la voie à une fiscalité à la carte (B).

A. Un moyen historique d'expression politique

La désobéissance fiscale a été théorisée et pratiquée au XIX^e siècle par le philosophe américain Henri David Thoreau. Thoreau est opposé à la guerre que les États-Unis ont engagée contre le Mexique. Il refuse de payer ses impôts afin qu'ils ne servent pas à soutenir le financement de la guerre. Les Américains considèrent depuis que Thoreau est un des principaux concepteurs de la désobéissance civile, dont la désobéissance fiscale serait l'expression originelle. Sa vie d'ermite, dans les bois du Massachusetts, lui donne aussi des airs d'anachorète moderne. Effectivement, l'exemple de Thoreau démontre à nouveau que les diverses formes de refus de l'impôt sont plus ou moins apparentées, en dépit des différences soulignées ci-dessus.

Le comportement de désobéissance fiscale de Thoreau est suivi par des féministes américaines, toujours au XIX^e siècle.

Pour protester contre le fait qu'elles ne disposent pas d'un droit de vote, elles décident de ne plus payer leurs impôts. La féministe et journaliste française Hubertine Auclert adopte à son tour la désobéissance fiscale, vers la fin du XIX^e siècle. Elle tente de se présenter à des élections, mais sa candidature est invalidée puisque les femmes n'ont pas le droit de vote et encore moins le droit d'être élues. Auclert déclare, dans un article écrit en 1880 : « je n'ai pas de droits, donc je n'ai pas de charges ; je ne vote pas, je ne paye pas²⁶. »

Auclert, comme les féministes américaines avant elle, établit un lien entre le droit de vote et l'obligation fiscale, ce qui correspond à une conception ancienne du droit de vote. Au XIX^e siècle, dans certains États sudistes des États-Unis, il est accordé uniquement aux citoyens qui disposent de ressources suffisantes pour pouvoir payer leur inscription sur les listes électorales, suivant le système dit des *poll Taxes*²⁷. La France a connu le système voisin du vote « censitaire » : à la fin du XVIII^e siècle avec la monarchie constitutionnelle de 1791 et le Directoire de 1795, au début du XIX^e siècle sous la Restauration et pendant la Monarchie de Juillet. L'idée est que seuls ceux qui participent financièrement à la vie publique peuvent décider de son sort, un peu comme des actionnaires ou, si on préfère une image plus attendue, suivant la conception de la démocratie athénienne, c'est-à-dire ouverte principalement aux citoyens les plus favorisés²⁸.

²⁶ H. Auclert : « Les femmes qui subissent les lois et paient les impôts, ainsi que les hommes, doivent avoir, comme eux, le droit de voter [...] Je n'ai pas de droits, donc je n'ai pas de charges ; je ne vote pas, je ne paye pas » [1880], <https://gallica.bnf.fr/blog/30062021/hubertine-auclert-et-les-droits-des-femmes-itineraire-mediatic-dune-suffragiste?mode=desktop>. Cf. N. Castagnez - C. Legoy. « Hubertine Auclert et la naissance du suffragisme », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique*, 2014, n° 3, p. 153.

²⁷ Cf. J. Morri, « Droit de vote : la Cour suprême des États-Unis face à un monument de l'histoire constitutionnelle américaine ("Voting Act Right" de 1965) », *La Revue des droits de l'homme*, 2013, février, en ligne ; M. Fatin-Rouge Stefanini et W. Mastor, « Constitution et élections. États-Unis », *AJJC*, 2003, XIX, p. 125.

²⁸ En 593 av. J.-C., Solon introduit une réforme répartissant les citoyens athéniens en quatre classes (dites les « classes censitaires »), en fonction de leur richesse. Le droit de vote est accordé à tous les citoyens mais l'accès aux archai

Cette conception est inspirée des théories contractualistes. Selon l'idée générale de ces théories, l'État assure aux citoyens la sécurité, en échange de quoi ils acceptent d'aliéner une partie de leurs libertés. Dans sa variante fiscale, on considère que la sécurité est financée grâce aux impôts, de sorte qu'il existerait entre l'État et les citoyens un « contrat fiscal »²⁹. Entendus de la sorte, les citoyens deviennent des clients et l'État, un prestataire de services. Cette thèse, dite de « l'impôt-assurance » (ou de « l'impôt-contrepartie ») se développe entre le XVIII^e — notamment chez les physiocrates — et le XIX^e siècle. Pierre-Joseph Proudhon peut ainsi écrire, en 1868, que l'impôt « n'est au fond qu'un échange. Ce que le pouvoir donne aux citoyens en services de toutes sortes doit être l'équivalent exact de ce qu'il leur demandait soit en argent, soit en travail ou en produit³⁰ ».

Bref, les objecteurs de conscience fiscale aspirent à une revalorisation de la place du citoyen-contribuable qui pourrait influencer, grâce à son pouvoir financier, les choix de l'État.

B. L'évolution vers une fiscalité à la carte

La neutralité fiscale se situe dans le fait que l'impôt ne doit pas modifier les comportements ou le fonctionnement du marché, sous réserve des exceptions formées par les impositions incitatives. Cependant, la pratique s'éloigne du principe libéral. Les impôts et, plus généralement, le système fiscal, jouent aujourd'hui un rôle de plus en plus important dans la réalisation des politiques publiques, non pas uniquement comme moyen de financement, mais aussi comme instrument de stimulation. Il suffit de songer à l'utilisation des impôts et des diverses aides

(les postes principaux, dans l'administration, la magistrature, les finances et l'armée, obtenus par élections ou tirages au sort) est réservé aux citoyens les plus riches. Cf. C. Mossé, « III - Classes censitaires et participation politique », in *D'Homère à Plutarque. Itinéraires historiques*, Ausonius Éditions, 2007, p. 33.

²⁹ M. Bouvier, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2010, pp. 284 et s.

³⁰ P. J. Proudhon, *Théorie de l'impôt*, Paris, 1868, p. 40. Cf. M. Bouvier, M. C. Esclassan, J. P. Lassalle, *Finances publiques. 2024-2025*, Paris, LGDJ, 2024, n° 622 et s.

fiscales (crédits d'impôts ou autres) en matière environnementale, en matière de prévention contre le tabagisme, l'alcoolisme ou l'obésité, ou encore dans la protection des monuments historiques.

Les politiques fiscales modernes laissent au contribuable le choix entre adopter un comportement déterminé ou maintenir son comportement habituel, avec ce qui s'apparente à la *soft law*, c'est-à-dire à des normes comportementales non contraignantes. L'objection de conscience fiscale s'inscrit dans ce contexte, à la différence près que l'initiative vient ici du contribuable et non du législateur. Elle tend pour cette raison vers une fiscalité à la carte.

On peut très bien concevoir d'ailleurs que l'obligation fiscale n'en soit plus une véritablement. Prenons l'exemple de l'Allemagne, où il existe un impôt affecté au financement des Églises (c'est là une hypothèse d'exception au principe d'universalité budgétaire) : les citoyens allemands sont libres de choisir à quelle Église leur contribution sera affectée et les athées ont également la possibilité de ne pas payer cette contribution³¹. Est-ce un hasard si Peter Sloterdijk, un philosophe allemand, a développé la thèse de la suppression partielle de l'obligation fiscale ? Il propose d'introduire un volontariat fiscal, sous la forme de dons, de manière que les contribuables choisissent librement de privilégier telle ou telle dépense³². Cette théorie mérite sans doute une réflexion approfondie au lieu d'un rejet immédiat, vers lequel notre rationalisme nous pousserait spontanément. Il ne s'agit donc pas de se prononcer sur le fond de la théorie, mais sur la problématique qu'elle soulève, c'est-à-dire le libre choix du contribuable face aux politiques publiques, l'individualisme face à l'État. On revient de cette manière sur la question de la participation du citoyen au fonctionnement des institutions. Il n'y a plus confusion entre droit de vote et contributions fiscales, comme ce fut le cas dans le passé, mais la problématique demeure la même.

³¹ Article 137-6 de la Loi fondamentale allemande : « Les sociétés religieuses qui sont des collectivités de droit public ont le droit de lever des impôts, sur la base des rôles civils d'impôts, dans les conditions fixées par le droit du Land. »

³² P. Sloterdijk, *Repenser l'impôt*, Paris, éd. Buchet Chastel, 2012, 320 p.

Une solution au dilemme soulevé est proposée par la Cour constitutionnelle italienne. Elle réinterprète la notion de devoir fiscal à la lumière de la solidarité. Après avoir déclaré pendant les années cinquante et soixante que l'impôt servait à financer les dépenses publiques de l'État, la Cour juge désormais qu'il est destiné — aussi — à exprimer la solidarité des citoyens entre eux. Cette nouvelle interprétation donne plus de force à l'obligation fiscale en mettant en évidence le lien de solidarité. Or, il paraît plus difficile d'invoquer la liberté de choix, fut-ce celle d'un objecteur de conscience, lorsque ce choix est susceptible de nuire à la solidarité.

Contre l'idée d'un système fiscal dans lequel le contribuable choisirait librement ce qu'il souhaite ou non financer, la Cour oppose ainsi un devoir de solidarité de tous pour tous. On pense encore au voile de l'ignorance, mais c'est peut-être aussi son contraire, cette volonté de montrer aux contribuables que leurs contributions participent au fonctionnement des services publics et, au-delà, de la communauté nationale. L'impossibilité d'ignorer son rôle dans la marche de l'État.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	9
CONTRIBUTEURS.....	11
AVANT-PROPOS (JEAN-JACQUES PARDINI)	13
EN GUISE D'INTRODUCTION DESOBEIR AU NOM DU DROIT : LA FORCE SUBVERSIVE DE LA LEGALITE (JULIEN GIUDICELLI)	17
PREMIÈRE PARTIE - RÉFLEXIONS SUR UN POSSIBLE DROIT À LA DÉSOBÉISSANCE CIVILE.....	21
DESOBEISSANCE CIVILE ET DOUBLE AUTORITE (MICHELE DELLA MORTE)	23
I. <i>La désobéissance comme participation : un regard théorique.....</i>	23
II. <i>Désobéissance et double autorité</i>	28
III. <i>La synthèse rawlsienne.....</i>	31
IV. <i>La désobéissance civile à l'époque du Décret sécurité.....</i>	32
LA MOUCHE ET LA BOUTEILLE (PASCAL RICHARD).....	39
I. <i>Transgresser quoi ?.....</i>	41
A. La norme une ambiguïté référentielle qui asque une structure différentielle de sens.....	42
B. Une théorie intégrée de la norme au bénéfice de sa transgression.....	48
II. <i>Transgresser pourquoi ?</i>	53
A. Une dimension sémantique de sens dans laquelle nous nous orientons	54
B. La transgression comme affirmation d'une stratégie intentionnelle.....	55
C. La nécessité du maintien d'un espace nomotropique	57
1. La notion d'espace nomotropique.....	57
III. <i>Transgresser pour qui ?</i>	61
A. L'orientation transgressive des comportements face à un « code déontique »	61
B. Une éthique de la transgression	64

Table des matières

LA DESOBEISSANCE CIVILE ET LE DROIT DE RESISTANCE. DES INSTRUMENTS PACIFIQUES POUR L'EMERGENCE DE CONFLITS (INES CIOLLI)	69
I. <i>La désobéissance civile et le droit de résistance</i>	69
II. <i>Les racines de la désobéissance civile : d'Antigone à Socrate, le droit des Anciens</i>	71
III. <i>La désobéissance civile : une manifestation collective de dissidence</i>	73
IV. <i>Le droit de résistance dans la Constitution italienne : un concept ambigu aux aspects problématiques</i>	75
V. <i>Que reste-t-il du droit de résistance dans la constitution italienne ?</i>	80
LES ANTINOMIES DU DROIT DE RESISTANCE (JULIEN GIUDICELLI)	83
SECONDE PARTIE - RÉFLEXIONS SUR DES PRATIQUES DE DÉSObÉISSANCE CIVILE	105
DE L'URGENCE A L'ÉTAT D'URGENCE CLIMATIQUE (ROBERTO LOUVIN)	107
I. <i>Faire face à l'urgence climatique</i>	107
II. <i>L'urgence créatrice de l'état de nécessité</i>	108
III. <i>Quel état d'exception ?</i>	109
IV. <i>Obsolescence des instruments</i>	112
V. <i>Richesse de la jurisprudence française</i>	115
VI. <i>Partie de tennis au Credit Suisse</i>	118
VII. <i>Sensibilité des juridictions et des jurys populaires</i>	120
VIII. <i>Vitalité du principe de nécessité</i>	121
DESOBEISSANCE CIVILE ET NUMERIQUE (MICHAËL BARDIN)	125
I. <i>Une nouvelle ère d'invitation à la désobéissance civile</i>	127
A. <i>Une nouvelle approche pour de nouveaux usages</i>	127
B. <i>Quand la protection devient le moteur</i>	133
II. <i>Une ère de multiplication des actions de désobéissance civile</i>	134
A. <i>Une déstructuration facilitée</i>	134
B. <i>La désobéissance civile comme discours politique</i>	139
LES VOIES DE LA DESOBEISSANCE : LA LIGNE FERROVIAIRE LYON-TURIN ET LE CAS DU MOUVEMENT NO TAV (MASSIMO CAVINO)	143

Table des matières

LA DESOBEISSANCE FISCALE (SYLVIE SCHMITT)	153
<i>I. Un moyen pacifique de protestation</i>	157
A. L'admission de certaines formes d'objections de conscience	158
B. Le rejet de la théorie de l'objection de conscience fiscale	161
<i>II. La liberté de choix par l'impôt</i>	164
A. Un moyen historique d'expression politique	164
B. L'évolution vers une fiscalité à la carte	166
TABLE DES MATIERES	169

Issu d'un colloque tenu à l'Université de Toulon en avril 2024, cet ouvrage collectif plonge au cœur de la désobéissance civile, un concept vibrant d'histoire et de tensions, à travers une analyse comparatiste entre la France et l'Italie. De Thoreau à Gandhi, jusqu'aux combats écologistes d'aujourd'hui, il explore cette pratique subversive, à la croisée de la transgression juridique et de l'aspiration à une justice supérieure. Les contributions scrutent les cadres constitutionnels de la France, portée par son héritage révolutionnaire, et de l'Italie, modelée par sa tradition républicaine antifasciste. Entre la norme juridique et l'élan moral, l'ouvrage interroge la légitimité de ces actes qui défient l'ordre établi pour en révéler les failles. Ce dialogue incisif, mêlant perspectives philosophiques, historiques et juridiques, invite à repenser la citoyenneté, la démocratie et la capacité du droit à se réinventer face aux crises contemporaines.

Julien Giudicelli est Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Bordeaux, membre de l'Institut de Recherche Montesquieu, EA 7434, Faculté de droit et de sciences politiques, Université de Bordeaux et membre associé du Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras, CNRS, UMR DICE 7318, Faculté de droit, Université de Toulon

Sylvie Schmitt est Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Toulon, et membre du Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras, CNRS, UMR DICE 7318, Faculté de droit, Université de Toulon.

Cet ouvrage a bénéficié de l'appui scientifique et du soutien financier du Centre de Droit et de Politique comparés Jean-Claude Escarras UMR DICE 7318.

