

Un objet juridiquement insaisissable : le droit de résistance à l'oppression

MATTHIAS MALBLANC

Doctorant à l'Université Lumière – Lyon II

Glorifiée dans *La Liberté guidant le peuple* de Delacroix ou exaltée par le jeune Frédéric dans *L'éducation sentimentale* de Flaubert¹, la résistance à l'oppression fait bien souvent l'objet d'élans passionnés. Doit-elle pour autant se cantonner à rester dans le « ciel des idées »² ou peut-elle être appréhendée comme un véritable droit ? Elle porte indubitablement la marque d'un certain romantisme révolutionnaire, et le XVIIIème siècle s'attachera à transfigurer cet idéal en un droit.

Proclamé par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 24 août 1789, le droit de résistance est élevé au rang de « droit naturel et imprescriptible de l'homme ». Les textes qui suivent cette période confortent l'importance alors accordée au droit de résistance. Ainsi, le projet de Constitution girondine³ affirme que « les hommes réunis en société doivent avoir un moyen légal de résister à l'oppression » (article 31), et que « dans tout gouvernement libre, le mode de résistance à ces différents actes d'oppression doit être réglé par la constitution » (article 32). Dans le même esprit, la Déclaration du 24 juin 1793 fait de la résistance à l'oppression « la conséquence des autres droits de l'homme » (article 33), et en déduit que « quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple (...) le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs » (article 35).

Cette exaltation n'aura pourtant d'égal que le déclin d'intérêt que connut par la suite le droit de résistance, délitant le prestige dont l'avait auréolé la Révolution française. Victime de ses stigmates révolutionnaires, le droit de résistance à l'oppression semble avoir « subi l'excès d'indignité qui s'attache à tout ce qui

¹ G. FLAUBERT, *L'éducation sentimentale*, Paris, LGF, coll. Livre de poche, 2013, p. 363.

² D. GROS, « Qu'est-ce que le droit de résistance à l'oppression ? », dans D. GROS et O. CAMY (dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Le Seuil, coll. Le genre humain, 2005, n°44, p. 12.

³ Projet de Constitution girondine des 15 et 16 février 1793.

apparaît peu ou prou lié à la période de la Terreur », si bien que « sa mention dans la Déclaration de 1789 a subi un véritablement refoulement »⁴. Ce rejet d'une quelconque juridicité du droit de résistance a pendant un temps été fondé sur la portée philosophique attribuée à la Déclaration de 1789. La valeur constitutionnelle acquise depuis par celle-ci, dont a indirectement profité le droit de résistance⁵, aurait pu faire croire à une réhabilitation de ce dernier. Mais positivité ne rime pas nécessairement avec juridicité, et le droit de résistance, davantage perçu comme une « exigence morale »⁶ ou une « pétition de principe »⁷, demeure encore « difficilement accepté sur le plan juridique »⁸.

Ces réticences à penser juridiquement le droit de résistance à l'oppression s'expliquent en premier lieu par la signification traditionnellement donnée à celui-ci⁹. On entend généralement le droit de résistance comme la possibilité pour le peuple de contester, de manière passive ou active, la légitimité du pouvoir lorsque celui-ci s'avère source d'oppression¹⁰. Cette définition révèle alors la toile de fond épistémologique derrière laquelle se jouent les tentatives de légitimation du droit de résistance. En ce qu'il interroge les liens entre gouvernants et gouvernés et permet aux seconds de se libérer de l'autorité des premiers, le droit de résistance renvoie à l'idée classique que le peuple préexiste au prince. C'est donc bien « au nom de l'existence ou de l'inexistence d'un droit supérieur au droit posé que le droit de résistance est admis ou rejeté »¹¹.

⁴ F. BENOIT-ROHMER et P. WACHSMANN, « La résistance à l'oppression dans la Déclaration », *Droits*, 1988, n°8, p. 90.

⁵ DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, n° 71-44, *JORF* du 18 juillet 1971, p. 7114 ; DC, 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974*, n° 73-51, *JORF* du 28 décembre 1973, p. 14004 ; DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, n° 81-132, *JORF* du 17 janvier 1982, p. 299.

⁶ Y. MADIOT, *Droits de l'homme*, Paris, Masson, 2^{ème} édition, coll. Droit, sciences économiques, 1991, p. 163.

⁷ A. BOYEAU-JENECOURT, *La désobéissance politique*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010, p. 124.

⁸ E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1999, p.7.

⁹ Certaines constitutions étrangères peuvent parfois conférer un sens différent au droit de résistance à l'oppression, mais leur étude sera ici écartée. Sur ce point, voir notamment S. KARAGIANNIS, « Qu'est-il, en droit international, le droit à la résistance devenu ? », *RTDH*, 2008, n°76, pp. 993-996.

¹⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 9^{ème} édition, coll. « Quadrige », 2011, p. 906 : « Droit individuel reconnu, dans une certaine doctrine politique, aux gouvernés de s'opposer aux actes manifestement injustes des gouvernants, soit par non-exécution (résistance passive), soit par la force (résistance active), soit même par un soulèvement destiné à obtenir le retrait de l'acte et le départ des gouvernants (résistance agressive) ».

¹¹ E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne, op. cit.*, p. 4.

Dès lors, on ne s'étonnera guère que les doctrines du droit naturel n'éprouvent aucune difficulté à penser juridiquement le droit de résistance, et cela pour au moins deux raisons. La première tient au postulat d'une antériorité du droit sur le pouvoir politique. L'idée d'une règle « supérieure à la puissance publique qui vient la limiter et lui imposer des devoirs »¹² permet de légitimer le droit de résistance¹³. Celui-ci peut ainsi trouver son fondement dans la loi divine, comme chez Saint Thomas¹⁴, ou découler d'une rupture du contrat social ainsi que le suggère Locke¹⁵. La seconde raison se trouve dans l'attachement du jusnaturalisme au contenu du droit et à sa finalité : la justice. Or, le droit de résistance repose sur l'idée que « le pouvoir politique est institué pour la promotion de la justice »¹⁶. Il est justifié par l'injustice et tend à sa disparition. C'est donc en considération de cet « étalon de Justice admis par tous et qui s'impose à tous »¹⁷ que les doctrines du droit naturel justifient le droit de résistance.

Au contraire, la démarche positiviste¹⁸ que cette étude se propose d'adopter ne permet pas de saisir juridiquement le droit de résistance à l'oppression. Si une telle approche ne se démarque guère par son originalité, elle est justifiée par la volonté d'échapper aux critiques parfois adressées à un droit naturel par trop « axiologique »¹⁹, voire « indémontrable »²⁰. D'abord, d'un point de vue scientifique, la méthode positiviste suppose une rupture entre droit et morale. Elle permet ainsi de se défaire de considérations extra-juridiques, qui pourraient conduire à justifier

¹² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, Paris, Éd. de Boccard, 3^{ème} édition, 1930, p. 590.

¹³ J.-F. SPITZ, « Droit de résistance », dans P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, coll. Quadrige, 2003, p. 169 : « là où ceux qui sont chargés du gouvernement (...) utilisent le pouvoir qui leur est confié pour opprimer le peuple, celui-ci tient de la nature le droit de s'opposer à ses gouvernants ».

¹⁴ Sur ce point, voir G. BURDEAU, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t. IV, p. 470. Le droit naturel des Anciens, redécouvert par la doctrine thomiste, envisageait déjà un droit de résistance. Que l'on songe notamment au célèbre mythe d'Antigone, qui objectait à Créon « les lois non écrites, celles-là, intangibles des dieux ». (Sophocle, « Antigone », dans *Théâtre complet*, Paris, Flammarion, coll. GF, 1999, p. 79).

¹⁵ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 2^{ème} édition, coll. GF, 1992, chapitre XVIII, p. 292 : « Quiconque, investi d'une d'autorité qui excède le pouvoir que la loi lui donne, se sert de la force soumise à son commandement pour accomplir au dépens des sujets des actes illicites, cesse par la même d'être un magistrat, et puisqu'il agit sans autorité, on a le droit de lui résister comme à n'importe quel homme qui porte atteinte au droit d'un autre par la force ».

¹⁶ J.-F. SPITZ, « Droit de résistance », *op. cit.*, p. 170.

¹⁷ E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁸ Voir C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1993, 535 p.

¹⁹ A. VIALA, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 61.

²⁰ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Némésis, coll. Droit et justice, 4^{ème} édition, 2012, p. 447.

un droit de résistance au nom d'une idéologie particulière. Ensuite, dans une perspective volontariste, cette méthode permet d'envisager le droit comme un produit de la volonté humaine émanant d'un pouvoir souverain consenti et assorti de la menace d'une sanction. Elle rend ainsi difficilement concevable la justification du droit de résistance au nom d'un « droit supérieur ».

Si cette conception positiviste renvoie dès lors le droit de résistance aux confins du droit, elle ne le relègue pas nécessairement au rang de « verbosité inutile »²¹. Il est certain que la proclamation d'un droit de résistance peut avoir des « effets pratiques et symboliques (...) sur les consciences et les actions des individus »²². Celui-ci représente à ce titre un « appel à la vigilance et à la mobilisation des citoyens »²³. Toutefois, la résistance à l'oppression quitte ici le terrain du droit pour rejoindre celui du politique.

Dans une telle perspective, il semble que l'ordre juridique soit hermétique de tout point de vue à la reconnaissance juridique d'un droit de résistance à l'oppression, et ce en dépit de son inscription dans le droit positif. L'approche purement positiviste pourrait alors être nuancée par une approche plus réaliste n'envisageant de véritable droit que ce qui est réellement appliqué et non seulement ce qui est contenu dans les textes juridiques. Dès lors, quand bien même l'on dépasserait les apories sur lesquelles débouche l'existence juridique du droit de résistance, on se heurterait à l'impossibilité d'organiser juridiquement son exercice. La nature juridique du droit de résistance paraît donc pour le moins contestable (I). L'idée que le droit de résistance s'exprime aujourd'hui à travers d'autres manifestations ne suffit pas à démontrer sa réhabilitation. En effet, si celui-ci connaît une traduction juridique dans le devoir de désobéissance du fonctionnaire, c'est uniquement au prix de sa profonde dénaturation. À l'inverse, la désobéissance civile, en ce qu'elle incarne fidèlement le droit de résistance, ne semble guère susceptible d'être appréhendée juridiquement. Ces aménagements, qui neutralisent la portée juridique du droit de résistance, confirment finalement l'incapacité pour le droit de se saisir de la résistance à l'oppression (II).

²¹ G. BURDEAU, *Traité de science politique, op. cit.*, t. IV, p. 455.

²² S. GROSBON, « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression : antilogie juridique et oxymore politique », dans V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris, 2008, p. 163.

²³ F. BENOIT-ROHMER et P. WACHSMANN, « Le droit de résistance à l'oppression », *op. cit.*, p. 99.

I – UNE NATURE JURIDIQUE CONTESTEE

Le droit de résistance est généralement renvoyé aux confins du droit au prétexte qu'il relève d'une « question politique, non juridique »²⁴. En dépit de certaines tentatives pour en réhabiliter l'appréhension juridique²⁵, il semble que sa positivité prête à controverse (1). Quand bien même l'on dépasserait cette difficulté, on se heurterait aux incertitudes pesant sur la signification du droit de résistance à l'oppression, qui rendent son exercice juridique pour le moins improbable (2).

1) Une existence juridique intenable

L'inscription en droit positif d'un droit de résistance ne va pas de soi. Elle se heurte d'abord à la contradiction majeure d'un pouvoir qui tout en cherchant à légitimer son institution prévoit sa propre destitution (a). On peut dès lors douter de l'intérêt du droit de résistance, dont la positivité paraît finalement bien accessoire (b).

a) *La positivité contradictoire du droit de résistance*

L'affirmation rétroactive de la légitimité du pouvoir. On admet généralement la distinction entre trois types de résistance à l'oppression, selon l'intensité de leur mise en œuvre : la résistance *passive*, la résistance *défensive* et la résistance *agressive*²⁶. Cette dernière, qui peut consister en un « soulèvement destiné à obtenir (...) le départ des gouvernants »²⁷, peut ainsi avoir pour corollaire le droit à l'insurrection²⁸. Or, comme le relève Patrick Wachsmann, « la révolte des sujets contre leur souverain aboutit (...) à la consécration par le droit positif des limites du pouvoir »²⁹, parmi lesquelles le droit de résistance à l'oppression. Dès lors que la

²⁴ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, Paris, Dalloz, 3^{ème} édition, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 345 ; P. DUEZ et J. BARTHELEMY, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2004, p. 248.

²⁵ En ce sens, voir notamment G. KOUBI, « Penser le droit de résistance à l'oppression dans les sociétés démocratiques contemporaines » dans P-A. PERROUTY (dir.), *Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, coll. Philosophie politique et juridique, 2000, pp. 121-146.

²⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 801 ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 906.

²⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 906.

²⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 805 ; F. BENOIT-ROHMER et P. WACHSMANN, « La résistance à l'oppression dans la Déclaration », *op. cit.*, p. 98. Selon J. FREUND, « la justification du droit de résistance va de pair avec la légitimation du principe révolutionnaire ». (*L'essence du politique*, Paris, Dalloz, 3^{ème} édition, 2004, p. 181). De même, pour A. ESMEIN la résistance à l'oppression s'apparente à une « théorie curieuse de la légitimité de l'émeute et de la révolution ». (*Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Larose & Forcel, 3^{ème} édition, 1903, p. 1107).

²⁹ P. WACHSMANN, « Un sujet de droit peut-il se révolter ? », *APD*, 1989, t. 34, p. 94.

résistance apparaît comme un moyen de fonder un ordre juridique nouveau, sa reconnaissance juridique par le pouvoir nouvellement institué vise à justifier ce processus révolutionnaire fondateur. L'inscription du droit de résistance en droit positif a pour finalité essentielle de légitimer le mouvement qui a donné naissance à ce même droit positif³⁰. Le droit de résistance s'épuise dans sa propre justification en ce que sa seule proclamation suffit à en fonder la légitimité passée. Il s'apparente ainsi moins à un véritable droit qu'à un adjuvant constitutionnel cherchant à rétablir la confiance dans des institutions momentanément suspendues. Sa proclamation met en place une « fiction juridique »³¹ dans laquelle la négation de l'ordre juridique destitué conduit à insérer « la révolution triomphante »³² dans la légalité de l'ordre juridique nouvellement institué.

Le droit de résistance paraît remplir une fonction d'autolégitimation du pouvoir. Pourtant, sa proclamation participe dans le même temps à une reconnaissance de la faillibilité de ce même pouvoir, et partant à l'organisation juridique de sa propre destitution.

L'acceptation prospective de la faillibilité du pouvoir. Il découle de la corrélation entre mouvement insurrectionnel et droit de résistance un certain paradoxe quant à la positivité de ce dernier. La reconnaissance juridique de la résistance paraît en effet susceptible de saper les fondements du pouvoir qui l'a proclamée. Ce faisant, celui-ci reconnaît comme potentiellement oppressif le régime qu'il met en place, et instaure la possibilité pour le peuple de lui résister. Le droit de résistance met ainsi dos à dos deux souverainetés concurrentes, et implique que « la législation suprême comprenne en soi une détermination d'après laquelle elle ne serait pas suprême »³³, faisant du peuple « le souverain de celui auquel il est soumis »³⁴. De la même façon que l'on « ne saurait ranger l'insurrection au nombre des institutions »³⁵, il semblerait que « l'essence de l'État et de son ordre juridique s'oppose à la possibilité d'un droit de résistance »³⁶. L'instauration d'un nouvel ordre

³⁰ S. GROSBON, « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression », *op. cit.*, p. 143 : « L'exercice du droit de résistance peut alors servir de fait justificatif à une action illégale commise sous le régime oppressif ».

³¹ *Ibidem*.

³² P. WACHSMANN, « Un sujet de droit peut-il se révolter ? », *op. cit.*, p. 94.

³³ E. KANT, *Métaphysique des mœurs*. Première partie, Doctrine du droit, Paris, Vrin, 1971, p. 203 (cité par O. CAMY, « Droit naturel ou droit positif ? », dans D. GROS et O. CAMY, *Le droit de résistance à l'oppression*, *op. cit.*, p. 274).

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t. IV, p. 508.

³⁶ F. BENOIT-ROHMER et P. WACHSMANN, « La résistance à l'oppression dans la Déclaration », *op. cit.*, p. 98.

juridique s'accompagne dans le même temps de la négation de son bien-fondé³⁷, en inscrivant dans le cœur du droit l'acceptation de sa propre faillibilité³⁸. Véritable « suicide politique »³⁹, la reconnaissance juridique du droit de résistance déboucherait alors « sur l'aporie (...) d'une constitution qui prétend régir le mouvement même qui la nie »⁴⁰. Le paradoxe de la positivité du droit de résistance est ici particulièrement tangible, au point que le droit de résistance ait pu être envisagé comme un « droit contre le droit »⁴¹, certains de ses contempteurs estimant même « difficile de concevoir une maxime plus dissolvante de la société politique »⁴².

La proclamation du droit de résistance intègre dans un même mouvement une tentative de légitimation du nouveau régime et une acceptation de sa destitution. Les doutes que cette contradiction fait peser sur l'opportunité de consacrer juridiquement un droit de résistance se trouvent en outre confortés par le caractère accessoire de celui-ci.

b) La positivité accessoire du droit de résistance

Une autolimitation superflue du pouvoir. Le droit de résistance semble d'autant plus sujet à contestation qu'il s'avère relativement anachronique. Son potentiel insurrectionnel, déjà relevé, le situe en effet dans un contexte particulier, marqué par l'absence de sanction organisée du statut du pouvoir⁴³. Sa fonction d'« ultime recours (...) contre une violation extrême d'une liberté fondamentale »⁴⁴ ne paraît guère adaptée à un système juridique aujourd'hui gagné par l'État de droit. La soumission de l'administration au respect de la légalité place l'idée d'un contrôle

³⁷ J. FREUND, *L'essence du politique*, *op. cit.*, p. 190 : « Même si l'on arrivait à juridifier ce soi-disant droit, le commandement politique ne saurait l'institutionnaliser sans se nier ». Selon G. BURDEAU, le faible écho que rencontre la théorie de la résistance à l'oppression dans le droit positif « s'explique aisément car les gouvernements ne peuvent inscrire de gaieté de cœur dans les textes qu'ils édictent la reconnaissance d'un droit dont l'exercice conduit à la négation de leur autorité ». (*Traité de science politique*, *op. cit.*, t. IV, p. 504).

³⁸ F. BENOIT-ROHMER et P. WACHSMANN, « La résistance à l'oppression dans la Déclaration », *op. cit.*, p. 99. Ainsi, selon P. WACHSMANN, « la résistance à l'oppression serait cette limite que le droit ne pourrait franchir sans s'annuler lui-même ». (« Un sujet de droit peut-il se révolter ? », *op. cit.*, p. 90).

³⁹ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 6^{ème} édition, coll. Précis 2009, p. 239.

⁴⁰ F. BENOIT-ROHMER et P. WACHSMANN, « La résistance à l'oppression dans la Déclaration », *op. cit.*, p. 98.

⁴¹ D. GROS, « Qu'est-ce que le droit de résistance à l'oppression ? », dans D. GROS et O. CAMY (dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, *op. cit.*, p. 20.

⁴² A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, p. 1107.

⁴³ Nous reprenons l'expression de G. BURDEAU, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t. IV, p. 275.

⁴⁴ H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, coll. Manuel, 2011, p. 222.

des gouvernants sur un terrain juridique⁴⁵. Plus encore, le contrôle de constitutionnalité, qui permet de sanctionner la loi « oppressive », semble ôter tout fondement au droit de résistance⁴⁶. On comprend dès lors que celui-ci ait pu être envisagé comme un « concept de transition »⁴⁷ qui marque l'acceptation de l'idée selon laquelle l'acte constitutionnel a vocation à encadrer les modalités de la mission dévolue aux gouvernants. Or, comme le souligne Jean-Fabien Spitz, « le jour où (...) la pensée politique a conquis cette idée, le droit de résistance lui est devenu inutile, car il n'avait de sens que comme procédure informelle de surveillance des actes d'un pouvoir trop librement concédé »⁴⁸.

Dès lors que prospèrent d'autres mécanismes permettant aux gouvernés de contrôler l'action des gouvernants, on peut douter de l'intérêt de reconnaître juridiquement un droit de résistance. D'autant que conférer la qualité de droit à un acte spontané peut paraître relativement illusoire.

Une autolimitation illusoire du pouvoir. En ce qu'il relève de l'« intuition », du « réflexe »⁴⁹, l'acte de résistance semble indépendant de son inscription dans le droit positif. Lorsqu'elle devient un fait nécessaire ou inévitable, peu importe que la résistance à l'oppression ait été un droit consacré⁵⁰. Reconnaître un droit de résistance, c'est l'obliger à légitimer son action devant un tribunal. Or, sur ce point, on peut convenir que son « admission par un texte juridique (...) s'apparente fort à une hypocrisie »⁵¹, tant « il est clair que la question de la légitimité d'une insurrection ne pourra jamais se poser en droit positif devant un tribunal »⁵². Si l'insurrection triomphe, il est douteux qu'aucun tribunal exigera du nouveau

⁴⁵ Sur ce point, voir M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1919)*, Paris, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 1992, 389 p.

⁴⁶ S. GROSBON, « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression », *op. cit.*, p. 142.

⁴⁷ J.-F. SPITZ, « Droit de résistance », *op. cit.*, p. 173.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 174 ; C. STARCK, *La Constitution. Cadre et mesure du droit*, Paris, Economica, 1994, p. 19 : « Le droit à la résistance, dans l'État constitutionnel des nations ouest-européennes, a été remplacé par le contrôle du pouvoir prévu par la Constitution ».

⁴⁹ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. I, Paris, PUF, 9^{ème} édition, coll. Thémis, 2003, p. 266.

⁵⁰ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, p. 1108 : « Lorsqu'on en arrive aux émeutes triomphantes (...), on sort du domaine juridique pour entrer dans celui des faits ». De même, pour F. LUCHAIRE, « l'insurrection n'est pas une procédure juridique, c'est un fait ». (*La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Paris, Economica, 1987, p. 466). Déjà, Robespierre considérait que « la réformation d'une loi oppressive n'a pas le temps d'attendre un moyen légal pour la faire tomber ». (cité par M. MORABITO, « La résistance à l'oppression en 1793 », *Revue historique de droit français et étranger*, avril-juin 1994, p. 241).

⁵¹ F. BENOIT-ROHMER et P. WACHSMANN, « La résistance à l'oppression dans la Déclaration », *op. cit.*, p. 98.

⁵² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 805.

gouvernement qu'il prouve sa légitimité ; et si elle échoue, quel tribunal osera ne pas la condamner, arguant du danger qu'elle représente pour la sûreté de l'État ?⁵³ Ainsi François-Antoine de Boissy d'Anglas s'exclamait-il : « il est une vérité constante, c'est que, lorsque l'insurrection est générale, elle n'a plus besoin d'apologie, et que, lorsqu'elle est partielle, elle est toujours coupable »⁵⁴. Dès lors, la formule de Georges Burdeau selon laquelle « ce n'est pas la consécration du droit par une formule constitutionnelle qui fait son efficacité, c'est la seule puissance de ceux qui tenteront de l'exercer »⁵⁵ paraît s'appliquer au droit de résistance à l'oppression.

Bien que l'intérêt d'une existence juridique du droit de résistance paraisse discutable, celui-ci n'en demeure pas moins élevé au rang de droit positif. Mais cette consécration a en réalité emporté « bien peu de conséquences »⁵⁶, tant il paraît improbable d'en organiser juridiquement l'exercice.

2) *Un exercice juridique improbable*

On conçoit mal l'intérêt d'un droit dont on ne pourrait organiser juridiquement l'exercice. À cet égard, la seule positivité du droit de résistance ne convainc pas. L'indétermination de son titulaire (a) et les incertitudes quant à son objet (b) rendent son exercice juridique peu réaliste et contribuent à en nier la juridicité.

a) *Le sujet indéterminé du droit de résistance*

Les ambiguïtés de la résistance collective. La résistance à l'oppression a d'abord été envisagée comme un droit collectif, venant sanctionner l'arbitraire d'un pouvoir dévoyé en accordant au peuple la possibilité de s'opposer à ses gouvernants. C'est ce qu'il ressort en particulier de l'article 34 de la Déclaration du 24 juin 1793 selon lequel « quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré et le plus indispensable des devoirs ». Toutefois, cette conception du droit de résistance se heurte rapidement à la question de son titulaire, et force est de constater que ses partisans ne s'accordent guère sur ce point.

⁵³ *Ibidem*, p. 806 ; F. BENOIT-ROHMER et P. WACHSMANN, « La résistance à l'oppression dans la Déclaration », *op. cit.*, p. 98 : « L'insurrection triomphante n'aura nul besoin de prouver sa légitimité devant un tribunal, l'insurrection vaincue arguera vainement de la noblesse de ses mobiles ».

⁵⁴ BOISSY D'ANGLAS, *Mon. Réimpr.* XXV, p. 109 (cité par M. MORABITO, « La résistance à l'oppression en 1793 », *op. cit.*, p. 248).

⁵⁵ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t. IV, p. 505.

⁵⁶ F. BENOIT-ROHMER et P. WACHSMANN, « La résistance à l'oppression dans la Déclaration », *op. cit.*, p. 98.

Ainsi, pour Théodore De Bèze, seuls « les magistrats, image fidèle de la souveraineté du peuple, ont le devoir de résister au prince »⁵⁷. Selon Burlamaqui, « on ne doit pas entendre par le peuple la vile populace ou la canaille du pays, ni une cabale d'un petit nombre de séditeux, mais bien la plus grande et la plus sainte partie des sujets de tous les ordres du Royaume »⁵⁸. De même, Languet et Duplessis-Mornay ne voient pas dans le peuple « toute une populace, cette bête qui porte un million de têtes », mais « ceux qui ont en main l'autorité déléguée du peuple, c'est-à-dire les magistrats qui sont les surveillants du roi et qui représentent le corps du peuple »⁵⁹. Qui plus est, toutes les doctrines ne font pas du peuple le détenteur de ce qui est juste, et d'aucun ont pu s'inquiéter d'un usage aléatoire⁶⁰ ou abusif⁶¹ par celui-ci du droit de résistance.

L'exercice juridique du droit de résistance collective, en faisant appel à un peuple pour le moins « introuvable »⁶², ne paraît guère concevable. Pas plus que son exercice individuel, qui érige l'individu en juge de la règle de droit posée par l'autorité publique.

La subjectivité de la résistance individuelle. Dans une volonté de lui conférer une portée pratique, on a parfois envisagé le droit de résistance dans une perspective individuelle. Certains auteurs, prenant appui sur l'article 2 de la Déclaration de 1789, ont défendu l'existence d'un droit de résistance individuelle⁶³. Mais cette tentative d'organiser juridiquement un droit de résistance est rendue impraticable par un postulat majeur de la doctrine positiviste⁶⁴. En effet, la

⁵⁷ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, op. cit., t. IV, p. 481.

⁵⁸ J.-J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, rééd. 1984, t. I, p. 171 (cité par P. WACHSMANN, « Un sujet de droit peut-il se révolter ? », op. cit., p. 101).

⁵⁹ H. LANGUET et P. DUPLESSIS-MORNAY, *Vindiciae contra tyrannos*, trad. Estienne, 1581 (cité par G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. IV, op. cit., p. 485).

⁶⁰ J.-B. BOSSUET, *Cinquième Avertissement aux Protestants sur les Lettres du ministre Jurieu*, Paris, 1699, p. 440 : « Qui donc dira au peuple qu'il n'a pas raison ? ». (cité par P. WACHSMANN, « Un sujet de droit peut-il se révolter ? », op. cit., p. 100).

⁶¹ F. GUIZOT, *Philosophie politique : de la souveraineté*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1985, p. 354 : « L'infaillibilité, que nul ne possède en fait de gouvernement, n'appartient pas non plus au peuple en fait d'insurrection ». (cité par P. WACHSMANN, « Un sujet de droit peut-il se révolter ? », op. cit., p. 101).

⁶² Nous reprenons l'expression de P. ROSANVALLON, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, coll. Folio histoire, 1998, 491 p.

⁶³ G. BONNOT DE MABLY, *Des droits et des devoirs du citoyen*, Œuvres, an III, t. X, p. 341 ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 906 : « Droit individuel reconnu, dans une certaine doctrine politique, aux gouvernés de s'opposer aux actes manifestement injustes des gouvernants ».

⁶⁴ E. DESMONS, « Droit de résistance », dans D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 460 : « Le positivisme, en ne reconnaissant d'interprète du droit qu'authentique – sous la figure du juge – a rendu soit illégitime, soit impraticable toute traduction

théorie kelsénienne de l'interprétation opère une distinction entre « l'interprétation du droit par des organes d'application du droit » et « l'interprétation du droit donnée par des personnes privées »⁶⁵. Seule la première, dite « interprétation authentique », est juridiquement pertinente⁶⁶ et susceptible de produire du droit⁶⁷.

Or, un droit de résistance individuelle, dont l'exercice serait nécessairement porté « par un discours qui exprime la conviction de son auteur de détenir la vraie et la seule interprétation du droit »⁶⁸, s'opposerait à cette interprétation authentique. Erigeant l'individu au rang de « seul juge de savoir si ses droits ont été violés »⁶⁹, la reconnaissance d'un droit de résistance individuelle participerait d'une « véritable décentralisation de l'interprétation du droit »⁷⁰ au profit d'une « multitude d'interprètes »⁷¹. En admettant la possibilité pour le citoyen de connaître avec certitude la loi, le droit de résistance individuelle revient à « transformer chacun des adressataires de la norme en son interprète autorisé et donc à remettre en cause (...) la médiation des interprètes traditionnels du droit, c'est-à-dire les juges »⁷².

L'indétermination du sujet du droit de résistance – que celui-ci s'exerce de manière collective ou individuelle – ne plaide guère en faveur d'une reconnaissance juridique de la résistance à l'oppression. Un constat que confirment les incertitudes quant à l'objet du droit de résistance.

b) *L'objet incertain du droit de résistance*

L'incertitude quant à la source de l'oppression. La notion d'oppression ne se prête pas à une définition objective. Elle « ne se mesure pas, et ce qui peut

juridique de la résistance : dans un système où seule l'autorité – et non la vérité – fait le droit, la reconnaissance juridique de la résistance est impensable ».

⁶⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. Charles Eisenmann, 1960, rééd. Paris, LGDJ, 1999, p. 336.

⁶⁶ P. Wachsmann, « La volonté de l'interprète », *Droits*, 1998, n°28, p. 31.

⁶⁷ E. Desmons, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, *op. cit.*, p. 74 : « L'interprétation retenue n'aura de réelle force juridique que si au contenu de l'interprétation s'ajoute la qualité de son auteur : celle d'autorité, ou d'interprète authentique ».

⁶⁸ *Ibidem*, p. 75.

⁶⁹ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, p. 1108.

⁷⁰ E. Desmons, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, *op. cit.*, p. 203.

⁷¹ *Ibidem*, p. 2.

⁷² O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 93 ; S. Grosbon, « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression », *op. cit.*, p. 142 : « Accepter un droit de résistance par-delà l'interprétation du juge, c'est autoriser chacun à interpréter les conflits de normes et à écarter de manière purement subjective la loi jugée oppressive. C'est accepter que la force d'une loi dépende de l'interprétation qu'en fait chaque individu, c'est donc remettre en cause les fondements mêmes du droit et de l'État ».

paraître oppressif à une minorité n'est pas ressenti comme tel par l'ensemble de l'opinion nationale »⁷³. Les incertitudes qui entourent cette notion apparaissent tout d'abord en ce qui concerne la source de l'oppression. Pensée à l'origine dans un contexte d'absolutisme, c'est d'abord contre l'oppression du prince despotique ou du tyran que la résistance a été envisagée. À ce titre, l'absence de définition de l'oppression dans la Déclaration de 1789 laisse supposer que la résistance ne saurait s'exercer à l'encontre de la loi⁷⁴, mais plutôt à l'encontre des ordres illégaux. Cette conception sera toutefois contredite par la Déclaration de 1793, qui fait de la loi une source éventuelle d'oppression⁷⁵. Ce changement de perspective traduit l'acceptation de la faillibilité de la loi, et permet d'envisager l'oppression dans un régime démocratique⁷⁶. Dans la mesure où la souveraineté est confiée au peuple, il devient lui-même source potentielle d'oppression. Celle-ci trouve alors son origine soit dans la propre inertie du peuple, comme le supposait La Boétie, pour qui le peuple n'est pas tant victime d'une oppression de la part de ses gouvernants que de sa propre passivité⁷⁷, soit par le biais de ses représentants⁷⁸, car ainsi que le rappelle Julien Freund, « la tendance à l'oppression est enracinée dans tout pouvoir et (...) le régime d'assemblée lui-même peut devenir tyrannique »⁷⁹.

La multiplicité des sources d'oppression participe donc de l'indétermination de l'objet du droit de résistance, rendant bien aléatoire son exercice juridique.

⁷³ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, op. cit., t. I, p. 266.

⁷⁴ E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, op. cit., p. 62. Le droit de résistance à l'oppression, « ultime rempart de la légalité » (P. WACHSMANN, « Un sujet de droit peut-il se révolter ? », op. cit., p. 97), devait alors viser un « Exécutif toujours soupçonné et non un Législateur intrinsèquement libérateur ». (S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1988, p. 400).

⁷⁵ Article 32 de la Déclaration des droits naturels, civils et politiques de l'homme (annexée au projet de Constitution girondine du 15 février 1793) : « 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. »

⁷⁶ G. KOUBI, « Réflexions à propos du droit de résistance à l'oppression », *LPA*, 2 janvier 1989, n°1, p. 12 ; D. LOCHAK, « Désobéir à la loi », *Pouvoir et Liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 202.

⁷⁷ E. de LA BOETIE, *Discours de la servitude volontaire*, Paris, Flammarion, coll. GF, 1983, p. 132 : « Je ne voudrais sinon entendre comme il se peut faire que tant d'hommes, tant de bourgs, tant de villes, tant de nations endurent quelquefois un tyran seul, qui n'a de puissance que celle qu'ils lui donnent, qui n'a pouvoir de leur nuire, sinon qu'ils ont pouvoir de l'endurer, qui ne saurait leur faire mal aucun, sinon lorsqu'ils aiment mieux le souffrir que lui contredire ».

⁷⁸ E. DESMONS, « L'insurrection et le despotisme représentatif », *Cités*, 2004, n°17, pp. 73-86 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, op. cit., p. 791 : « Il y a oppression même quand ces violations de la règle de droit supérieur émanent d'un parlement élu au suffrage direct et universel ou même du corps du peuple directement consulté ».

⁷⁹ J. FREUND, *L'essence du politique*, op. cit., p. 185.

L'identification de l'oppression est d'autant plus malaisée que celle-ci peut revêtir une intensité variable.

L'incertitude quant au degré de l'oppression. Les incertitudes soulevées par la notion d'oppression tiennent également aux différents degrés que celle-ci est susceptible de revêtir. La justification d'un droit de résistance dépend alors du seuil à partir duquel un acte est considéré comme oppressif. Ici encore, l'appréciation laisse place à la subjectivité. Certaines conceptions se montrent relativement prudentes, en estimant que le caractère injuste d'un acte ne suffit pas à le rendre oppressif⁸⁰. Selon une acception plus souple, « l'injustice du souverain délie le sujet de l'obéissance qu'il lui doit normalement »⁸¹. Plus radical, Léon Duguit va jusqu'à admettre un cas d'oppression par abstention dès lors que « l'État législateur ne fait pas les lois qu'il est juridiquement obligé de faire »⁸².

Certains auteurs estiment qu'il serait préférable de voir « dans la violation des droits de l'homme le critère de l'oppression »⁸³. Cela rendrait moins changeante la conception de l'oppression. Ainsi, Geneviève Koubi considère-t-elle que « l'oppression se caractérise essentiellement par l'atteinte à un droit essentiel, fondamental, intangible »⁸⁴. Bien que séduisante et juridiquement fondée⁸⁵, cette définition se heurte à l'ambiguïté de la notion de « droit fondamental »⁸⁶. Faut-il entendre par là un droit d'une importance particulière, quitte dans ce cas à ouvrir la porte aux considérations extrajuridiques ? La fondamentalité s'épuise-t-elle dans sa constitutionnalité⁸⁷ ? Se confond-elle avec son intangibilité⁸⁸ ? On le voit, faire de la

⁸⁰ R. LETTERON, *Libertés publiques*, Dalloz, 9^{ème} édition, coll. Précis, 2012, p. 182 : « La non-conformité d'une loi positive à certaines données morales ou éthiques ne suffit pas à constituer une oppression ».

⁸¹ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, *op. cit.*, t. I, p. 266.

⁸² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 791.

⁸³ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t. IV, p. 459.

⁸⁴ G. KOUBI, « Penser le droit de résistance à l'oppression », *op. cit.*, p. 135.

⁸⁵ L'article 33 de la Déclaration du 24 juin 1793 faisant de la résistance à l'oppression « la conséquence des autres droits de l'homme ».

⁸⁶ Voir notamment V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », dans A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 11-37 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental », dans J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2009, pp. 389-407.

⁸⁷ En ce sens, voir R. BADINTER et B. GENEVOIS, « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », Rapport présenté par la délégation française à la VIII^e conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, 7-10 mai 1990), *RFDA*, 1990, p. 317. Pour une critique de la conception formelle, voir E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, pp. 6-42.

⁸⁸ J. FAVRE et B. TARDIVEL, « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », *RDP*, 2002, p. 1425 ; W. SABETE, *Pouvoir de révision*

violation des droits de l'homme la condition de l'oppression ne résout pas l'incertitude qui entoure sa signification. Cette difficulté de qualifier juridiquement l'oppression participe nécessairement de l'indétermination de l'objet du droit de résistance.

La contestation de la juridicité du droit de résistance à l'oppression conduit parfois à l'idée que celui-ci a intégré l'ordre juridique. Il s'exprimerait désormais sous différentes formes qui en garantiraient l'effectivité. Il semble cependant que ces aménagements traduisent en réalité une profonde dénaturation du droit de résistance, dont la portée juridique paraît moins sauvegardée que neutralisée.

II – UNE PORTEE JURIDIQUE NEUTRALISEE

L'impossibilité pour l'ordre juridique d'appréhender le droit de résistance se trouve confirmée par l'étude des deux procédés qui semblent aujourd'hui lui faire indirectement écho : le devoir de désobéissance du fonctionnaire et l'acte de désobéissance civile. En effet, alors que l'encadrement juridique dont bénéficie le premier traduit une dénaturation du droit de résistance (1), les controverses qui entourent l'expression juridique du second résultent de sa filiation avec le droit de résistance (2).

1) *La dénaturation du droit de résistance : la désobéissance du fonctionnaire*

Le constat de l'intenable juridicité du droit de résistance ne permet pas de conclure à l'impossibilité pour celui-ci de produire, même indirectement, des effets juridiques. On peut en effet supposer que sa « substance »⁸⁹ a été partiellement intégrée au droit positif, à travers la reconnaissance d'un devoir de désobéissance ou plus récemment d'un droit d'alerte du fonctionnaire (a). Ces aménagements juridiques du droit de résistance font toutefois l'objet d'un encadrement strict qui en altère nécessairement la portée (b).

a) *L'intégration du droit de résistance au droit positif*

La consécration du devoir de désobéissance du fonctionnaire. La fin de la seconde guerre mondiale a révélé les risques de « la soumission aveugle des appareils administratifs aux règles de l'obéissance passive »⁹⁰. Il est apparu nécessaire

constitutionnelle et droits fondamentaux, Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2005, p. 181.

⁸⁹ G. BURDEAU, *Traité de science politique, op. cit.*, t. IV, p. 508.

⁹⁰ B. CHERIGNY, « Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux de la fonction publique civile », *RDP*, 1975, p. 870.

de repenser les doctrines relatives au devoir de désobéissance du fonctionnaire, et notamment l'opposition classique entre le principe de légalité et le principe hiérarchique. Le premier postule que l'action administrative ne peut s'exercer que dans le cadre de la loi, indiquant que tout ordre illégal doit être ignoré par le fonctionnaire. Le second suppose l'obéissance stricte du fonctionnaire en raison de son lien de subordination, et interdit à l'agent toute faculté d'interprétation de l'ordre reçu⁹¹. La radicalité de ces doctrines⁹² a cependant conduit le juge administratif à inscrire la reconnaissance d'un devoir de désobéissance du fonctionnaire dans un compromis.

C'est ce dont témoigne l'arrêt *Langneur*⁹³ du Conseil d'État, dans lequel un employé de mairie avait, sous ordres du maire, fait profiter d'allocations chômage des personnes qui n'en avaient pas droit. Concluant à la faute du fonctionnaire, le juge a estimé que « les actes dont s'agit présentaient de toute évidence un caractère illégal et que le requérant n'a pu ignorer qu'ils compromettaient gravement le fonctionnement du service public »⁹⁴. Cette « brèche importante dans l'autorité jusqu'alors absolue du principe hiérarchique »⁹⁵ révèle un changement de perspective quant au rôle du fonctionnaire, qui devient un intermédiaire actif entre l'ordre et l'exécution, capable d'apprécier la légitimité de l'injonction de son supérieur. Il se voit attribuer une « morale » qui lui permet d'agir en conscience, de « désobéir à bon escient »⁹⁶ afin de ne pas devenir « fonctionnaire oppresseur »⁹⁷. Dès lors, « l'essence du lien hiérarchique n'est pas la soumission de la raison sur un mode coercitif, mais l'emploi de la raison comme instance critique »⁹⁸.

Pour innovant qu'il soit, ce devoir de désobéissance n'a pas accédé à la postérité, et l'on n'en trouve guère plus d'illustration dans la jurisprudence

⁹¹ Pour un aperçu exhaustif de ces thèses : E. DESMONS *Droit et devoir de résistance en droit interne*, *op. cit.*, pp. 898 et s. ; B. CHERIGNY, « Ordre illégal et devoir de désobéissance », *op. cit.*, pp. 871 et s.

⁹² R. LINDON y voit ainsi l'opposition de deux théories, « celle de l'obéissance aveugle [et] celle des baïonnettes intelligentes ». (« L'obéissance hiérarchique comporte-t-elle des limites et lesquelles ? », *Revue administrative*, 1954, p. 160).

⁹³ CE, 10 novembre 1944, *Sieur Langneur*, *Rec.* p. 248.

⁹⁴ Article 28 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*, *JORF* du 14 juillet 1983, p. 2174 : « Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public ».

⁹⁵ B. CHERIGNY, « Ordre illégal et devoir de désobéissance », *op. cit.*, p. 869.

⁹⁶ J. MEKHANTAR, « Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946 », *AJDA*, 2004, n°31, p. 1681.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ E. DESMONS, « Le droit de résistance du fonctionnaire », *Droits*, 1992, n°15, p. 104.

administrative. Peut-être faut-il alors en chercher les traces dans le droit d'alerte récemment reconnu aux fonctionnaires.

La modernisation du devoir de désobéissance du fonctionnaire. Le droit d'alerte a fait ces dernières années une irruption remarquable sur la scène française. Le statut de lanceur d'alerte désigne « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé »⁹⁹. Ce statut a été adapté aux fonctionnaires qui bénéficient depuis la loi du 6 décembre 2013¹⁰⁰ d'une protection contre toute mesure de rétorsion ou de discrimination qui pourrait leur être infligée en raison de leur signalement. Si le lien avec le droit de résistance peut toutefois sembler ténu, cela n'a pas empêché certains auteurs de suggérer qu'un éventuel « principe général de protection du fonctionnaire lanceur d'alerte » trouverait dans le droit de résistance à l'oppression un fondement approprié¹⁰¹.

En ce qu'elle « fait appel, dans certains cas, à une capacité de désobéissance raisonnée »¹⁰², l'alerte éthique semble faire écho au devoir de désobéissance du fonctionnaire. Ainsi, lorsqu'il décide d'exercer son droit d'alerte, le fonctionnaire se trouve en effet confronté à un choix entre la soumission de principe à l'ordre reçu et ce que lui dicte sa conscience. Il ne suivra cette dernière qu'à l'issue d'une « pesée attentive de l'exactitude et de la gravité de l'information qu'il détient, d'une part, et de la nécessité de sa divulgation, d'autre part »¹⁰³. C'est parce qu'elle « témoigne chez l'agent d'une démarche raisonnée et approfondie »¹⁰⁴ que l'alerte est dite éthique. On retrouve ici le postulat du devoir de désobéissance selon lequel le fonctionnaire doit adopter un « raisonnement téléologique et prudentiel »¹⁰⁵ en se

⁹⁹ Recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la protection des lanceurs d'alerte, adoptée le 30 avril 2014. Si le champ couvert par la notion de lanceur d'alerte est entendu largement (on parle d'ailleurs d'« alerte professionnelle »), seul le cas du fonctionnaire lanceur d'alerte sera ici envisagé.

¹⁰⁰ Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF* du 7 décembre 2013, p. 19941.

¹⁰¹ En ce sens, J.-P. FOEGLE, « Une première application paradoxale mais ambitieuse du régime de protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 20 août 2014.

¹⁰² J.-M. SAUVE, « Lanceurs d'alerte : la sécurisation des canaux et des procédures », *Intervention au colloque organisé par la Fondation Sciences Citoyennes et Transparency International France*, 4 février 2015, disponible en ligne sur : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Lanceurs-d-alerte-la-securisation-des-canaux-et-des-procedures>

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ J.-M. SAUVE, « La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique », *AJDA*, 2014, n°39, p. 2250.

¹⁰⁵ E. DESMONS, « Le droit de résistance du fonctionnaire », *op. cit.*, p. 104.

servant de son « ententement [et de] sa propre raison »¹⁰⁶. Dès lors, il ne paraît pas déraisonnable de voir dans le droit d'alerte un « corollaire »¹⁰⁷ du droit de résistance à l'oppression.

Il faut cependant se garder de présenter le devoir de désobéissance et le droit d'alerte comme une régénération du droit de résistance à l'oppression. Ils n'en sont guère que des avatars et les encadrements dont ils font l'objet neutralisent plus qu'ils ne garantissent une quelconque portée juridique du droit de résistance.

b) L'altération du droit de résistance par le droit positif

L'instrumentalisation du devoir de désobéissance du fonctionnaire. Le devoir de résistance du fonctionnaire a été conditionné dès sa consécration par la réunion de deux critères¹⁰⁸ : l'illégalité manifeste de l'ordre et l'atteinte grave au fonctionnement du service public. Dans un premier temps, le critère de l'illégalité manifeste a fondé la justification de la résistance du fonctionnaire, et le Conseil d'État considérait depuis l'arrêt *Langneur* que toute illégalité manifeste portait une atteinte grave à un intérêt public¹⁰⁹. Une solution de courte durée cependant, puisque l'arrêt *Charlet*¹¹⁰ fut l'occasion pour le Conseil d'État d'ériger l'intérêt public en critère déterminant de la résistance justifiée, en considérant qu'« à supposer même que l'ordre eût été manifestement illégal, un tel ordre n'est pas de nature à compromettre gravement un intérêt public ». La résistance du fonctionnaire n'est donc pas justifiée si elle n'est exercée qu'en raison de l'illégalité de l'ordre : elle doit avant tout être mise en œuvre en vue de préserver l'intérêt public.

Le devoir de désobéissance se trouve ici instrumentalisé, puisque c'est davantage afin de préserver le « discours de l'intérêt général »¹¹¹ que de consacrer sa « morale d'administrateur »¹¹² que le fonctionnaire est autorisé à désobéir. Il s'agit ici de permettre à l'administration d'assurer la continuité de son action¹¹³, en réduisant les possibilités pour le fonctionnaire de désobéir légitimement¹¹⁴. L'agent n'est donc plus seulement amené à s'assurer de la légalité des ordres qu'il reçoit, mais

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ S. SLAMA, « Le lanceur d'alerte, une nouvelle figure du droit public ? », *AJDA*, 2014, n°39, p. 2231.

¹⁰⁸ CE, 27 mai 1949, *Arass*, *Rec.* p. 249 ; CE, 11 février 1949, *Hubert*, *Rec.* p. 73.

¹⁰⁹ CE, 3 mai 1961, *Sieur Pouzelgues*, *Rec.* p. 280.

¹¹⁰ CE, 4 janvier 1964, *Charlet*, *Rec.* p. 1.

¹¹¹ E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, *op. cit.*, p. 203.

¹¹² J. MEKHANTAR, « Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946 », *op. cit.*, p. 1681.

¹¹³ E. DESMONS, *Droits et devoir de résistance en droit interne*, *op. cit.*, p. 166.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 100 : « Discuter systématiquement avant d'obéir peut ruiner les fondements de l'État, qui doit être en mesure d'imposer sa volonté unilatérale ».

également à apprécier leurs conséquences sur l'intérêt public. La désobéissance du fonctionnaire apparaît singulièrement bridée. En effet, l'agent semble enserré entre la difficulté d'identifier cet « intérêt public » (et donc de désobéir à bon escient¹¹⁵), et le risque encouru de sanction pénale¹¹⁶. Ainsi adapté au besoin de continuité de l'administration, le devoir de désobéissance du fonctionnaire ne représente finalement qu'un « simple succédané »¹¹⁷ du droit de résistance¹¹⁸.

Cet encadrement du devoir de désobéissance du fonctionnaire atteste d'une dénaturation du droit de résistance, et de son adaptation à un ordre juridique pacifié. On retrouve cet effort de « domestication »¹¹⁹ du droit de résistance dans le droit d'alerte du fonctionnaire.

L'instrumentalisation du droit d'alerte du fonctionnaire. Le droit d'alerte du fonctionnaire fait l'objet d'un encadrement similaire à celui du devoir de désobéissance, en ce qu'il a lui aussi vocation principale à assurer le bon fonctionnement du service. Il doit donc moins être envisagé comme une protection du for intérieur de l'agent que comme un moyen de préserver « la continuité de l'État et l'autorité du droit »¹²⁰. L'alerte éthique doit en effet viser la protection d'un intérêt public. On retrouve ici l'idée maîtresse selon laquelle un refus d'obéissance hiérarchique n'est justifié que si l'ordre est manifestement illégal et de nature à porter gravement atteinte à un service public ou à un intérêt public. Bien que le champ recouvert par la notion d'« intérêt public » ait été progressivement élargi¹²¹, cette caractéristique, comme pour le devoir de désobéissance, réduit nécessairement la portée du droit d'alerte.

L'exercice de ce dernier implique également pour le fonctionnaire de déterminer le canal de diffusion le plus opportun. La divulgation au public « ne doit donc être envisagée qu'en dernier ressort »¹²². L'alerte endogène doit être privilégiée,

¹¹⁵ E. DESMONS, « Le droit de résistance du fonctionnaire », *op. cit.*, p. 108 : « L'indétermination de l'intérêt public est un obstacle principal à l'exercice du devoir de désobéissance ». Pour l'auteur, l'appréciation de l'intérêt public se situe en effet « hors du savoir du profane ».

¹¹⁶ B. CHERIGNY, « Ordre illégal et devoir de désobéissance », *op. cit.*, 1975, p. 933 : « Car, entre le Charybde de la désobéissance injustifiée et le Scylla de l'obéissance fautive, la marge d'action est réduite où le subordonné pourra finalement désobéir sans risquer d'être sanctionné ».

¹¹⁷ O. CAMY, « Droit naturel ou droit positif ? », dans D. GROS et O. CAMY (dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, *op. cit.*, p. 264.

¹¹⁸ On ne s'étonnera donc pas que « la jurisprudence administrative sur le devoir de désobéissance aux ordres illégaux semble être la seule traduction juridique actuelle du droit de résistance admise comme telle par la doctrine ». (E. DESMONS, *Droits et devoir de résistance en droit interne*, *op. cit.*, p. 8).

¹¹⁹ E. DESMONS, « L'insurrection et le despotisme représentatif », *op. cit.*, p. 86.

¹²⁰ E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, *op. cit.*, p. 10.

¹²¹ Voir J.-M. SAUVE, « Lanceurs d'alerte : la sécurisation des canaux et des procédures », *op. cit.*

¹²² CEDH (GC), 12 février 2008, *Guja c. Moldova*, req. n° 14277/04, § 73.

notamment auprès des supérieurs hiérarchiques. La mise en œuvre du droit d'alerte a ainsi davantage pour objet de permettre la correction des failles du service que de déstabiliser son fonctionnement. L'esprit de l'alerte éthique n'est pas de protéger la sphère privée du fonctionnaire en lui permettant de désobéir, mais de servir la continuité de l'action de l'administration. Le droit d'alerte, comme le devoir de désobéissance du fonctionnaire, semble moins relever de l'adaptation que de la neutralisation juridique du droit de résistance à l'oppression. Loin d'en permettre une effectivité indirecte, ces aménagements conduisent plutôt à sa dénaturation.

Cette neutralisation de la portée juridique du droit de résistance confirme l'idée que celui-ci ne saurait s'intégrer au droit sans perdre sa substance. On comprend mieux dès lors que son adaptation la plus fidèle réside dans une pratique dont le droit peine à se saisir : la désobéissance civile.

2) *La dissolution du droit de résistance : la désobéissance du citoyen*

Si le corollaire insurrectionnel du droit de résistance suscite la méfiance, la désobéissance civile, au contraire, rencontre un certain succès, tant dans la doctrine que dans les faits¹²³. Ces deux formes de contestation présentent certaines similitudes qui amènent à considérer la désobéissance civile comme une forme contemporaine du droit de résistance (a). Il découle de cette ascendance une réelle difficulté pour le droit de se saisir de la désobéissance civile (b).

a) *Une forme contemporaine de résistance*

Une forme renouvelée de résistance. Le droit de résistance et la désobéissance civile doivent être pensés dans des contextes différents. Alors que la première renvoie à une période d'absolutisme et envisage la possibilité de destituer le souverain dévoyé, la seconde prend corps dans un cadre démocratique et représente un moyen de dénonciation d'une loi injuste. Plus précisément, la désobéissance civile peut être définie comme « un acte public non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener à un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement »¹²⁴. Si ces deux formes de contestation diffèrent de par leur radicalité, elles n'en présentent pas

¹²³ Comme le note E. DESMONS, « la valeur sociale de la désobéissance civile fait (...) l'objet d'une quasi-unanimité ». (« Résistance à l'oppression », dans J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadriga, 2008, p. 856.

¹²⁴ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 405.

moins certains traits communs, si bien que la désobéissance civile peut apparaître comme un « avatar »¹²⁵ ou un « genre spécifique »¹²⁶ de résistance¹²⁷.

Cela se trouve confirmé par l'aspect politique dont se réclame la désobéissance civile. En ce qu'elle s'exerce publiquement et semble « guidée et justifiée par des principes politiques »¹²⁸, celle-ci exerce une fonction de « vigilance démocratique »¹²⁹. Elle rejoint ainsi le droit de résistance à l'oppression dans sa vocation à ériger le citoyen en « acteur attentif au monde qui l'entoure, scrutant les situations d'injustices avérées »¹³⁰. Toutes deux donnent lieu à un « jeu subtil du gouvernement avec les réactions de l'opinion » au travers duquel s'expriment « les corrections dont peut s'accommoder l'idée de droit »¹³¹. Cette fonction n'a par ailleurs rien de suranné. On sait que la démocratie n'est pas immunisée contre toute forme d'oppression. Que celle-ci prenne davantage la forme d'injustices que de despotisme ne rend pas moins nécessaire le maintien des consciences en éveil¹³² afin de « rappeler le droit à ses propres promesses »¹³³.

¹²⁵ S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2007, p. 32.

¹²⁶ A. BOYEAU-JENECOURT, *La désobéissance politique*, *op. cit.*, p. 387.

¹²⁷ L'émergence de la notion même de désobéissance civile révèle son imbrication avec l'idée de résistance. On a en effet coutume d'attribuer cette notion à l'américain Henry-David THOREAU, dont l'ouvrage *On the Duty of Civil Disobedience* (2^{ème} éd., 1866) est généralement considéré comme la première référence en la matière. Il est pourtant édifiant de constater qu'il s'agit là de la reformulation d'une première édition publiée en 1949 sous le titre *Resistance to civil government*. Ironie dont seule l'Histoire a le secret, lorsque THOREAU meurt, en 1862, il n'a jamais été question de « désobéissance civile », et cette expression prend en réalité source dans ce qui fut d'abord un appel à la résistance au gouvernement. Sur ce point, voir C. MELLON, « Emergence de la question de la désobéissance civile », dans D. HIEZ et B. VILLALBA (dir.), *La désobéissance civile, approches politique et juridique*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, coll. Espaces politiques, 2008, p. 38.

Cette imbrication entre droit de résistance et désobéissance civile apparaît également dans une relecture des doctrines du droit de résistance. Les imprécisions de ces dernières, déjà relevées, révèlent parfois des confusions entre les deux notions, témoignant de leur affiliation. Sur ce point, voir A. BOYEAU-JENECOURT, *La désobéissance politique*, *op. cit.*, pp. 63 à 93.

¹²⁸ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, coll. Points, 2009, p. 406.

¹²⁹ P-A. PERROUTY, « Légitimité du droit de désobéissance », dans P-A. PERROUTY (dir.), *Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi*, *op. cit.*, p. 60.

¹³⁰ M. PEDRETTI, *La figure du désobéissant en politique. Etude de pratiques de désobéissance civile en démocratie*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2001, p. 141.

¹³¹ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t. IV, p. 532.

¹³² D. LOCHAK, « Désobéir à la loi », *op. cit.*, p. 208 : « Ceux qui désobéissent réveillent la conscience endormie de leurs concitoyens, dérangent le consensus tranquille, mettent en garde l'opinion contre les fausses évidences ».

¹³³ O. de SCHUTTER, « Désobéissance civile et cause significative en justice », dans P-A PERROUTY (dir.), *Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi*, *op. cit.*, p. 113

Ces similitudes entre désobéissance civile et droit de résistance ne doivent cependant pas masquer leurs différences, sans lesquelles on ne saurait considérer la première comme une forme *adaptée*, c'est-à-dire modérée, de la seconde.

Une forme modérée de résistance. La désobéissance civile ne répond pas à la même logique et ne vise pas les mêmes fins que le droit de résistance. Selon John Rawls, la théorie de la désobéissance est « conçue seulement pour le cas particulier d'une société presque juste, bien ordonnée dans sa plus grande partie, mais où néanmoins se produisent un certain nombre de violations graves de la justice »¹³⁴. La désobéissance civile prend ainsi la forme de la violation d'une loi votée par la majorité législative selon une procédure démocratique¹³⁵. Contrairement au droit de résistance, elle concerne des cas d'injustices ponctuelles, et non des situations d'oppression structurelle. Elle est donc le fait de « citoyens qui reconnaissent et admettent la légitimité de la constitution »¹³⁶. La désobéissance civile vise davantage la correction de la loi que le bouleversement du droit¹³⁷. Il en découle son caractère non-violent¹³⁸, qui la distingue du droit de résistance.

En outre, la désobéissance civile non seulement respecte, mais surtout dépend de l'ordre juridique afin de pouvoir déployer ses effets. En ce qu'elle représente un appel « au sens de la justice de la majorité »¹³⁹, son exercice a vocation à être diffusé et porté à la connaissance d'autrui. La stratégie de la désobéissance civile se situe dans « une triangularisation du conflit »¹⁴⁰ entre les désobéissants, les décideurs et l'opinion publique. Cette stratégie implique également que la revendication des désobéissants soit portée devant le juge¹⁴¹. Le procès, en tant qu'appel à l'opinion

¹³⁴ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 403.

¹³⁵ S. CHASSAGNARD-PINET, « La désobéissance civile face à la normativité du droit », dans D. HIEZ et B. VILLALBA (dir.), *La désobéissance civile, approches politique et juridique*, *op. cit.*, p. 52.

¹³⁶ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 404 ; D. LOCHAK, « Désobéir à la loi », *op. cit.*, p. 195 : « [Les] désobéissants (...) acceptent la légitimité d'ensemble du gouvernement et de l'organisation sociale ». Selon G. KOUBI, « désobéir à la loi est encore accorder foi dans la loi ». (« Penser le droit de résistance à l'oppression », *op. cit.*, p. 141). De même, H. ARENDT estime que la désobéissance civile s'inscrit dans « l'acceptation des cadres de l'autorité établie et de la validité d'ensemble du système juridique existant ». (*Du mensonge à la violence*, Calmann-Lévy, 1972, p. 78).

¹³⁷ G. KOUBI, « Penser le droit de résistance à l'oppression », *op. cit.*, p. 142 : « La résistance à l'oppression invite à une transformation du système, à une mutation des méthodes de production du droit tandis que la désobéissance demande des nuances, des corrections, des modifications de la loi contre laquelle elle se réalise ».

¹³⁸ *Ibidem*, p. 405 ; voir également J.-M. MULLER, *L'impératif de désobéissance. Fondements philosophiques et stratégiques de la désobéissance civile*, Le passager clandestin, 2011, p. 201.

¹³⁹ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 405.

¹⁴⁰ J.-M. MULLER, « Stratégie de la désobéissance civile », *Alternatives non-violentes*, n°142, 2007, p. 22.

¹⁴¹ L'acceptation par les désobéissants des conséquences judiciaires de leurs actes est en effet une caractéristique essentielle de la désobéissance civile. Selon J.-M. MULLER, « non seulement il faut

publique, est ainsi un moment essentiel de la désobéissance civile, et permet d'en étendre la visibilité et d'en appuyer la légitimité. Le tribunal est ici renvoyé à sa vocation de tribune, si bien que « le simple litige dont l'issue n'intéresse d'abord que l'individu qui a désobéi, se transforme en affaire intéressant la généralité »¹⁴².

La désobéissance civile peut ainsi être envisagée comme une forme contemporaine du droit de résistance. Mais son adaptation au cadre démocratique suppose-t-elle pour autant son acceptation par l'ordre juridique ? Héritée du droit de résistance, la désobéissance civile ne se vouerait-elle pas, elle aussi, aux « gémonies du non droit »¹⁴³ ?

b) *Une forme controversée de résistance*

L'hostilité du droit envers la désobéissance civile. Si l'accès au prétoire est profitable au désobéissant, il n'est pas certain que son traitement par le juge lui soit tout aussi favorable. L'obéissance à la loi est de principe. Dès lors qu'elle découle du peuple, la loi ne saurait être injuste « puisque nul n'est injuste envers soi-même »¹⁴⁴. De même, en disposant que « tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant », l'article 7 de la Déclaration de 1789 ne laisse guère de place à une quelconque tolérance de la désobéissance civile. Suivant cet héritage¹⁴⁵, le juge judiciaire n'a cessé de réaffirmer son attachement à l'obéissance préalable. À ce titre, l'arrêt *Boissin*¹⁴⁶ demeure un cas d'école. En estimant que « le dépositaire de la force publique est toujours présumé, lorsqu'il agit au nom de la loi, ne faire que ce qu'elle lui prescrit ou permet [et] que ce n'est pas aux individus (...) à se rendre juges de cet exercice », la Cour de cassation « établit une présomption de légalité des actes des autorités publiques »¹⁴⁷ que les particuliers ne sauraient remettre en cause¹⁴⁸.

compter avec la répression, mais il faut compter sur la répression ». (*L'impératif de désobéissance, op. cit.*, p. 208).

¹⁴² O. DE SCHUTTER, « Désobéissance civile et cause significative en justice », dans P-A. PERROUTY (dir.), *Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi, op. cit.*, p. 95.

¹⁴³ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Montchrestien-Lextenso, coll. Cours, 2013, p. 204.

¹⁴⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, coll. GF, 2001, livre II, chapitre VII, p. 77. Comme le souligne D. LOCHAK, « si la légitimité des normes découle de l'assentiment des citoyens, comment contester la légitimité d'une loi qui a été adoptée dans les formes démocratiques et résulte d'un vote majoritaire sans se mettre en contradiction avec les principes démocratiques eux-mêmes ? ». (« Désobéir à la loi », *op. cit.*, p. 201).

¹⁴⁵ S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile, op. cit.*, p. 198 : « Le discours judiciaire de la Cour de cassation exprime la conception républicaine du gouvernement développée par Jean-Jacques Rousseau ».

¹⁴⁶ Cass. crim., 13 mars 1817, *Sirey*, 1817, I, p. 188.

¹⁴⁷ E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne, op. cit.*, p. 92.

¹⁴⁸ Une présomption de légalité que l'on retrouve à propos des actes administratifs unilatéraux, en vertu du privilège du préalable (CE, 2 juillet 1982, *Huglo, Rec.* p. 257).

En conséquence, la désobéissance civile est généralement assimilée à la rébellion¹⁴⁹, et tombe systématiquement sous le coup d'une sanction pénale. Il n'existe toutefois pas d'incrimination autonome de la désobéissance civile. Cantonnée « à la lisière des catégories juridiques traditionnelles »¹⁵⁰, celle-ci ne se laisse pas aisément saisir par le droit. Aussi la répression des désobéissants s'exprime-t-elle à travers la qualification juridique d'autres infractions en fonction de la nature de l'acte de désobéissance. Par exemple, les faucheurs d'OGM encourent des sanctions pour destructions volontaires de biens appartenant à autrui¹⁵¹, les squatteurs s'exposent à des condamnations pour occupation du domicile d'autrui¹⁵², les militants anti-nucléaires de Greenpeace se rendent coupables d'introduction dans des établissements publics¹⁵³... Dès lors, on voit mal comment la désobéissance civile pourrait contribuer à une effectivité, même indirecte, du droit de résistance à l'oppression. Reconnaître qu'elle en est « l'expression la plus pertinente »¹⁵⁴ reviendrait finalement à admettre la neutralisation de toute portée juridique du droit de résistance.

Tout comme la résistance à l'oppression, la désobéissance civile paraît moins saisie que sanctionnée par le droit. Reste l'épineuse question de savoir si son adaptation au cadre démocratique ainsi que sa confiance en la loi et dans les institutions rendent possible certains fléchissements du droit à son égard.

La flexibilité du droit envers la désobéissance civile. En ce qu'elle représente « un moyen de dénonciation d'une loi injuste et une voie d'émergence d'une loi juste »¹⁵⁵, il arrive que la désobéissance rencontre une certaine tolérance¹⁵⁶.

¹⁴⁹ Article 433-6 du Code pénal : « Constitue une rébellion le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant, dans l'exercice de ses fonctions, pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions ou mandats de justice ».

¹⁵⁰ A. BOYEAU-JENECOURT, *La désobéissance politique*, *op. cit.*, p. 219.

¹⁵¹ Article 322-1 du Code pénal : « La destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende, sauf s'il n'en est résulté qu'un dommage léger ».

¹⁵² Article 226-4 du Code pénal : « L'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hormis les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ».

¹⁵³ Article 413-5 du Code pénal : « Le fait, sans autorisation des autorités compétentes, de s'introduire frauduleusement sur un terrain, dans une construction ou dans un engin ou appareil quelconque affecté à l'autorité militaire ou placé sous son contrôle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ».

¹⁵⁴ E. DESMONS, « Résistance à l'oppression », *op. cit.*, p. 856.

¹⁵⁵ S. CHASSAGNARD-PINET, « La désobéissance civile face à la normativité du droit », *op. cit.*, p. 53.

¹⁵⁶ Comme le souligne F. OST, le juge peut pour cela s'appuyer sur l'état de nécessité, la légitime défense, l'erreur de droit, les circonstances atténuantes, ou l'interprétation restrictive de la règle. (« La

La théorie de l'état de nécessité, qui permet au désobéissant d'échapper à une condamnation et de faire valoir la légitimité de son action, constitue l'argument le plus souvent invoqué¹⁵⁷. C'est par exemple sur ce fondement qu'a été prononcée en première instance la relaxe de plusieurs « faucheurs volontaires »¹⁵⁸. Cependant, force est de constater qu'il s'agit là de cas exceptionnels interdisant toute généralisation. Plus timide que son homologue américain¹⁵⁹, le juge français ne semble guère enclin à faire correspondre la légitimité d'un acte de désobéissance avec sa légalité. Il faut donc rechercher ailleurs les fondements d'une éventuelle appréhension juridique de la désobéissance civile.

La reconnaissance d'un statut protecteur du lanceur d'alerte constitue une piste de réflexion. Si le lanceur d'alerte, contrairement au désobéissant, agit dans le cadre de la loi, ces deux figures n'en partagent pas moins certains points communs¹⁶⁰. Tous deux obéissent en effet à une logique d'insubordination dont ils assument les sanctions, et ce au nom de leur conscience individuelle et en prétendant agir en vue d'un idéal de société démocratique. Ce faisant, les lanceurs d'alerte mettent en scène « une tension presque irréductible entre conscience personnelle de l'injustice et nécessité d'obéir aux lois et pouvoirs de la cité »¹⁶¹. Le soutien doctrinal¹⁶², législatif¹⁶³ et jurisprudentiel¹⁶⁴ dont bénéficie le droit d'alerte peut conduire à

désobéissance civile : jalons pour un débat », dans P-A. PERROUTY (dir.), *Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi*, *op. cit.*, p. 21).

¹⁵⁷ En ce sens, D. LOCHAK, « Désobéir à la loi », *op. cit.*, p. 197.

¹⁵⁸ Trib. cor. Chartres, 5 juin 2008 (cité par J.-M. MULLER, *L'impératif de désobéissance*, *op. cit.*, p. 258).

¹⁵⁹ Sur ce point, voir S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile*, *op. cit.*, pp. 171 et s.

¹⁶⁰ En ce sens, voir D. LOCHAK, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA*, 2014, n°39, pp. 2237-2238. Selon S. SLAMA, « l'alerte éthique a en commun avec la désobéissance civile d'être un acte conscient et intentionnel de transgression d'une norme ou d'une autorité au nom de la conscience accrue d'un danger et du souci de se conformer à un principe supérieur ». (« Le lanceur d'alerte, une nouvelle figure du droit public », *op. cit.*, p. 2231).

¹⁶¹ J.-F. FOEGLE et S. SLAMA, « Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 14 mars 2014.

¹⁶² En ce sens, voir S. SLAMA (dir.), « Les lanceurs d'alerte en droit public », *AJDA*, 2014, n°39, pp. 2228-2261 ; E. ALT, « Lanceurs d'alerte : un droit en tension », *La semaine juridique, édition générale*, 20 octobre 2014, n°43, doct. 1092, pp. 1925-1932 ; A. BILLARD, M. DURANTON, J.-P. FOEGLE et T. MARTIN-TEODORCZYK, « Le milieu du gué de la protection législative des lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 20 mai 2014.

¹⁶³ Par exemple : Loi n°2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, *JORF* du 17 avril 2013, p. 6465 ; Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF* du 12 octobre 2013, p. 16829 ; Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF* du 7 décembre 2013, p. 19941.

¹⁶⁴ CEDH (GC), 12 février 2008, *Gujá c. Moldova*, *op. cit.*, § 73 ; CEDH, 21 novembre 2011, *Heinisch c. Allemagne*, req. n° 28274/08, § 63 ; CEDH, 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*, req. n° 40238/02.

l'envisager comme un aménagement juridique du droit de résistance. Pour autant, ces deux procédés ne sont guère comparables. Une fois de plus, la dissolution du droit de résistance dans un mécanisme juridique semble davantage en neutraliser la portée qu'elle n'en permet une réelle effectivité.

*

Le droit de résistance apparaît juridiquement insaisissable. Ni sa positivité ni son aménagement dans des procédés divers ne semblent susceptibles de lui conférer une quelconque expression juridique. Dès lors, on comprend mieux que le Conseil constitutionnel, saisi récemment et pour la première fois d'un grief en ce sens, n'ait pas profité de l'occasion qui se présentait à lui pour se prononcer sur la justiciabilité du droit de résistance à l'oppression¹⁶⁵. Toutefois, cet hermétisme juridique n'est pas nécessairement fâcheux pour peu que l'on considère, avec le Doyen Gény, que « la résistance à l'oppression demeure – sans qu'il soit nécessaire ni même opportun de la consacrer par un texte, du moment qu'elle pénètre la conscience des sujets – le palladium de la justice et du droit »¹⁶⁶.

Sur ce point, V. JUNOD, « Liberté d'expression du *whistleblower* », *RTDH*, 2009, n°77, pp. 227-260 ; « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? » ; *RTDH*, 2014, n°98, pp. 459-482.

¹⁶⁵ DC, 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, n° 2012-652, *JORF* du 28 mars 2012, p. 5607. Voir H. LESAFFRE, « Protection des données personnelles : censure de l'hyper fichier biométrique » dans *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF* [En ligne], 20 avril 2012.

¹⁶⁶ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. IV, Sirey, 1924, p. 133. Dans le même sens, J. FREUND estime que « c'est justement parce que l'insurrection et la résistance ne sont point juridifiables qu'elles nous apparaissent dans certaines circonstances comme un mouvement de libération, un affranchissement, parce qu'elles sont alors la seule issue possible et efficace, à une situation devenue intolérable ». (*L'essence du politique*, *op. cit.*, p. 190).

RESUME :

Le droit de résistance à l'oppression ne cesse de poser la question de sa valeur juridique. Sa proclamation porte en France les stigmates des événements révolutionnaires de 1789, et la consécration de sa « pleine valeur constitutionnelle » par le Conseil constitutionnel ne permet guère de surmonter son absence patente de juridicité. Il semble en effet impossible de se saisir juridiquement du droit de résistance. Même si l'on acceptait de dépasser les contradictions que soulève sa reconnaissance juridique, on se heurterait à l'impossibilité d'en organiser juridiquement l'exercice.

Devant l'embarras que représente sa positivité, il est parfois considéré que la résistance à l'oppression a été intégrée au droit sous d'autres formes susceptibles de lui faire produire des effets de manière indirecte. On retiendra principalement le devoir de désobéissance du fonctionnaire et la désobéissance civile. Toutefois, loin de lui conférer une quelconque effectivité, ces aménagements traduisent plutôt une dénaturation du droit de résistance. Il s'agit finalement d'adapter celui-ci à un ordre juridique pacifié et in fine d'en neutraliser la portée juridique.

SUMMARY:

The right to resist oppression constantly raises questions as regards its legal force. In France, its recognition bears the stigma of the 1789 Revolution; and its consecration – by the French Conseil Constitutionnel – as “constitutional principle” is not enough to overcome its apparent lack of justiciability. Its legal consistence seems elusive, and overlooking the contradictions resulting from the circumstances of its recognition would not change this predicament: it is juridically impossible to exercise this right.

Considering the issues of its legal consistence, one sometimes admits that the right to resist oppression can be integrated into the law under other forms so that juridical effects be produced – even if in an indirect way. The most proving examples are civil disobedience and the duty for a civil servant to disobey. However, far from providing the right to resist oppression with judicial effectiveness, these “legal adjustments” actually lead to its denaturation. In fact, they consist of adapting the right of resistance to a pacified legal order and in fine to counteract its legal effect.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

Ouvrages spéciaux et thèses

- BOYEAU-JENECOURT A., *La désobéissance politique*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010, 470 p.
- BURDEAU G., *Traité de science politique*, t. IV, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 1984, 648 p.
- DESMONS E., *Droit et devoir de résistance en droit interne : contribution à une théorie du droit positif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1999, 239 p.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. III, Paris, Éd. de Boccard, 3^{ème} édition, 1930, 853 p.
- FREUND J., *L'essence du politique*, Paris, Dalloz, 3^{ème} édition, 2004, 867 p.
- GROS D. et CAMY O. (dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Le Seuil, coll. Le genre humain, 2005, n°44, 281 p.
- HIEZ D. et VILLALBA B. (dir.), *La désobéissance civile : approches politique et juridique*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, coll. Espaces politiques, 2008, 198 p.
- MULLER J.-M., *L'impératif de désobéissance : fondements philosophiques et stratégiques de la désobéissance civile*, Le Pré St-Gervais, Le passager clandestin, 2011, 284 p.
- PEDRETTI M., *La figure du désobéissant en politique : étude de pratiques de désobéissance civile en démocratie*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2001, 336 p.
- PERROUTY P.-A. (dir.), *Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi*, Bruxelles, Éd de l'Université de Bruxelles, coll. Philosophie politique et juridique, 2000, 217 p.
- RAWLS J., *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, coll. Points, 2009, 666 p.
- TURENNE S., *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2007, 374 p.

Articles

- BENOIT-ROHMER F. et WACHSMANN P., « La résistance à l'oppression dans la Déclaration », *Droits*, 1988, n°8, pp. 90-99.
- CHERIGNY B., « Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux de la fonction publique civile », *RDP*, 1975, pp. 870-936.

-
- DESMONS E., « Le droit de résistance du fonctionnaire », *Droits*, 1992, n°15/1, pp. 101-111.
 - GROSBON S., « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression : antilogie juridique et oxymore politique », dans CHAMPEIL-DESPLATS V. et LOCHAK D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris, 2008, pp. 139-163.
 - KARAGIANNIS S., « Qu'est-il, en droit international, le droit à la résistance devenu ? », *RTDH*, 2008, n°76, pp. 993-996.
 - KOUBI G., « Réflexions à propos du droit de résistance à l'oppression », *LPA*, 2 janvier 1989, n°1, pp. 10-16.
 - LOCHAK D., « Désobéir à la loi », *Pouvoir et Liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 191-208.
 - MEKHANTAR J., « Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946 », *AJDA*, 2004, n°31, pp. 1681-1690.
 - MORABITO M., « La résistance à l'oppression en 1793 », *Revue historique de droit français et étranger*, avril-juin 1994, pp. 235-247.
 - SLAMA S. (dir.), « Les lanceurs d'alerte en droit public », *AJDA*, 2014, n°39, pp. 2228-2261.
 - SPITZ J.-F., « Droit de résistance », in RAYNAUD P. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, coll. Quadrige, 2003, pp. 169-174.
 - WACHSMANN P., « Un sujet de droit peut-il se révolter ? », *APD*, 1989, t. 34, pp. 89-102.