

Résister, de quel droit ?

Antonin Sopena

DANS **VACARME** 2010/1 (N° 50), PAGES 82 À 85

ÉDITIONS **ASSOCIATION VACARME**

ISSN 1253-2479

ISBN 9782354800642

DOI 10.3917/vaca.050.0082

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-vacarme-2010-1-page-82.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Association Vacarme.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

résister, de quel droit ?

par Antonin Sopena

fondements
du droit

De numéro en numéro,
faire le pari des droits
fondamentaux

Selon une tradition tenace, le droit de résistance à l'oppression inscrit au fronton des droits de l'homme constituerait une sorte de tache de naissance, rappelant que notre ordre juridique s'origine dans la rupture révolutionnaire, mais conjurant en même temps le retour d'une résistance dont l'acceptation reviendrait à ruiner l'horizon du droit. Et si, pour peu qu'on le considère de près, l'exercice de ce refus apparaissait comparable à bien des mécanismes juridiques ? Rien n'interdirait de l'accueillir comme un indispensable contrepoids citoyen à l'oppression qu'enveloppe l'usage de certaines lois.

En 1823, le duc de Broglie décrit le droit de résistance à l'oppression comme un « droit délicat et terrible qui sommeille au pied de toutes les institutions humaines ». Il y a dans cette image toutes les tensions qui traversent ce droit : d'un côté la défiance et le renvoi hors des institutions, de l'autre un besoin et une prétention universels. En France, la tension a été résolue du côté de l'enfouissement du droit de résistance. Nous proposons a contrario de l'exhumer.

Le droit de résistance fait irruption dans le droit français effectif avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. L'article 2 liste en effet les quatre « droits naturels et imprescriptibles de l'homme [que sont] la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Ce droit permet de légitimer la Révolution en train de se faire et de l'inscrire dans les limites d'un cadre juridique. Il a également une fonction normative à l'égard de l'ensemble des règles constitutionnelles et législatives à venir. Cependant, en 1792, lorsque les acteurs réclament la suspension du roi au nom de cet article 2 et préparent l'insurrection du 10 août, le consensus établi par la Déclaration des droits se fissure.

Le débat sur la Déclaration de 1793 oppose Girondins et Montagnard. Les Girondins, dans le prolongement de Condorcet, affirment que « les hommes doivent avoir un moyen légal de résister à l'oppression¹ ». Ils entendent ainsi encadrer doublement ce droit de résistance : dans la définition de l'oppression (définie comme la violation des droits garantis) et dans la modalité de la résistance (essentiellement juridictionnelle et institutionnelle). Robespierre et les Montagnards insistent sur les conséquences du caractère naturel de ce droit en reconnaissant au citoyen

le droit « de se défendre lui-même » et d'inventer les formes de cette résistance : « Assujettir à des formes légales le droit de résistance à l'oppression est le dernier raffinement de la tyrannie². » Il s'agit alors de confier au citoyen l'appréciation en situation de ce qui est ou non oppression. Cette conception qui légitime après coup les massacres de septembre est reprise dans la Déclaration des droits de 1793 qui précède la Constitution montagnarde. Elle est totalement reléguée hors du droit positif par la réaction thermidorienne : le droit de résistance comme le devoir d'insurrection disparaissent alors.

un enfouissement sans retour ?

L'argument principal de ce rejet est que ce droit contient en germe instabilité et anarchie, et a été instrumentalisé par Robespierre pour asseoir son pouvoir. Il est par exemple considéré par Boissy d'Anglas comme l'un des « axiomes anarchiques recueillis par la tyrannie qui voulait tout bouleverser, afin de tout asservir ». Mais comme l'a montré Sophie Wahnich³, cette relégation tient également à la volonté de monopoliser le politique par le droit positif, car ce droit de résistance à l'oppression constituait une borne au pouvoir des gouvernants. « Tout le travail de Thermidor, au nom du procès fait à la terreur, consiste [en supprimant le droit de résistance à l'oppression] à dénier la responsabilité politique des citoyens qui doivent désormais abandonner complètement leur faculté de juger. » Cette entreprise de monopolisation n'est pas seulement le fait des Thermidoriens : de 1795 à 1946 le droit de résistance à l'oppression est soigneusement maintenu à l'écart des différents textes reconnaissant ou instituant de droits et libertés, alors que la liberté, la sûreté ou la

propriété ont été, au moins partiellement, consacrées par les chartes royales et les grandes lois républicaines de la III^e République.

Pourquoi une telle entreprise d'enfouissement ? On pourrait remarquer qu'elle est contemporaine du mouvement de neutralisation de la souveraineté dans l'État, tel que l'a décrit András Jakab⁴ : si la souveraineté de l'État, autrement dit le fait de bénéficier de pouvoirs inconditionnés et illimités, a été érigée en dogme incontestable, différentes techniques constitutionnelles ont en réalité été mises en place pour que, dans l'État, aucune personne ni aucune institution ne puisse revendiquer un pouvoir si absolu. Ainsi, la constitutionnalisation du droit opérerait par un double mouvement : d'une part, monopoliser le politique et évacuer toute forme de concurrence (enfouissement du droit de résistance à l'oppression au nom de la souveraineté étatique), et d'autre part escamoter le pouvoir unique qui en découle (neutralisation de cette même souveraineté).

Notre système juridique devrait garantir le droit de résistance, mais aucune jurisprudence ne s'appuie sur lui.

Restreindre la souveraineté à l'État, neutraliser juridiquement les manifestations d'une souveraineté citoyenne en actes. Si une telle stratégie visait à garantir la sécurité juridique et à conjurer les risques de tyrannie, force est de constater que cette promotion de l'État de droit a pu, au XX^e siècle, cohabiter avec le totalitarisme et l'autoritarisme. C'est pourquoi, après la Seconde Guerre mondiale, un volet matériel est venu s'adjoindre aux cadres formels de l'État de droit. Il ne suffisait plus alors d'établir un ordre juridique dont chaque norme respecte les normes supérieures ; encore fallait-il que cet ordre juridique garantisse à son sommet et en cascade certains droits et libertés fondamentaux. Aujourd'hui, par la référence aux préambules constitutionnels de 1946 et 1958, la Déclaration des droits de 1789, et avec elle le droit de résistance à l'oppression, a réintégré les normes constitutionnelles françaises. Mais alors que l'ensemble de notre système juridique devrait, de ce fait, garantir le droit de résistance, aucune jurisprudence ne s'appuie explicitement sur lui, et la majorité de la doctrine s'accorde à lui refuser toute juridicité. Nombres d'auteurs perpétuent ainsi l'enfouissement du droit de résistance à l'oppression au motif que sa concrétisation par le juge autant que par le citoyen serait inenvisageable.

une garantie juridictionnelle même imparfaite

Selon une première critique, plus intuitive que raisonnée, un mécanisme juridictionnel ne pourrait garantir le droit de résistance à l'oppression. En effet, soit l'oppression en cause est contraire aux règles de droits, et il suffit alors d'appliquer les normes existantes pour la faire cesser, sans avoir à recourir à la notion de résistance. Il n'est, par exemple, pas besoin de l'invoquer pour obtenir l'indemnisation d'un bien dont on aurait été exproprié. Soit l'oppression en cause est compatible, au moins en apparence, avec le droit positif, mais alors n'est-il pas paradoxal de demander à ce même système juridique de garantir un droit de résistance, sorte de trou noir capable de l'absorber ? Mais ce paradoxe simplifie à l'excès la mise en œuvre d'un système juridique. De l'élaboration à l'application des normes en passant par leur interprétation, tout irait d'un mouvement commun, clair et cohérent. Or ce que nous voyons tient plutôt d'un système complexe reposant sur le contrôle réciproque des différents acteurs. Il suffit de rappeler le mécanisme juridictionnel dit d'exception d'inconventionnalité par lequel le juge judiciaire ou le juge administratif écarte l'application d'une loi ou d'un règlement au motif qu'ils sont contraires à une convention internationale applicable et invocable par le justiciable. Sur ce modèle, il serait possible d'imaginer un mécanisme que nous appellerons, faute de mieux, d'*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.

Vient en second lieu, une critique en inutilité. Aujourd'hui les standards internationaux de protection des droits fondamentaux – notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – seraient à ce point élevés que, s'ils sont effectivement respectés et sanctionnés, il n'y aurait plus guère d'oppression. Mais l'exception d'inconventionnalité et le droit de résistance n'ont pas les mêmes effets ni les mêmes intérêts, car ce dernier n'est pas seulement une norme mais un droit d'action immédiat pour le justiciable. Prenons l'exemple d'un étranger qui se soustrait à une mesure d'éloignement, par un refus d'embarquement. Aujourd'hui cette mesure d'éloignement peut par la suite être annulée car contraire à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur les traitements inhumains et dégradants. Mais entre-temps, il aura été poursuivi pour refus d'embarquement ou pour rébellion. Le droit de résistance pourrait le libérer de cette poursuite.

On affirme ensuite qu'un tel mécanisme serait inopérant si les juridictions chargées de sa mise en œuvre participaient ou même étaient à l'initiative de l'oppression en cause. Ce point est incontestable : un mécanisme juridictionnel ne peut épuiser toutes les promesses du droit de résistance et l'on ne saurait assujettir ce droit à l'appréciation des juges. Mais si un tel mécanisme ne saurait

être tout, faudrait-il qu'il ne soit rien ? Cette vision des choses provient de la pensée trompeuse selon laquelle il n'y a pas de droit sans sanction car c'est la sanction qui créerait le droit, et que ce sont ses garanties juridictionnelles qui dessinent les contours d'un droit. Or, l'exemple du droit international a montré qu'il pouvait y avoir des droits sans sanctions. C'est parce qu'il existe un droit qu'une sanction est prévue. Ce retournement vaut également dans l'examen de l'effectivité d'un droit, ce qui est souvent présenté à travers l'exemple du feu rouge. Si les automobilistes respectent les feux rouges, c'est moins souvent à cause de la peur de la sanction mais plutôt à cause de multiples facteurs comme la peur de l'accident, le regard social, l'acceptation de la légitimité de la règle, et de manière encore plus profonde l'intériorisation de la règle. Certes il faut reconnaître que la sanction juridique est l'un des moyens les plus efficaces pour tendre vers cette intériorisation de la règle, mais il ne faut jamais conditionner l'existence d'un droit à sa sanction. Il nous semble que si des juridictions reconnaissaient la possibilité de faire valoir ce droit devant elles, cela renforcerait la conscience chez les citoyens de la possession de ce droit. Et ceux-ci seraient alors sûrement plus à même de le réaliser, y compris à l'encontre de juridictions oppressives.

actualité de la résistance

Ces interrogations pourraient être portées devant les juges d'ici peu. Non pas sous la forme d'un mécanisme spécifique d'exception d'oppression, mais dans le cadre plus général de l'exception d'inconstitutionnalité issue de la révision 2008. Jusqu'à présent, la conformité des lois à la constitution n'était éventuellement contrôlée par le Conseil constitutionnel qu'avant leur promulgation. Il sera demain possible de faire valoir que telle ou telle disposition de la loi ne peut être appliquée car elle ne serait pas conforme à la Constitution. Et il est d'ores et déjà imaginable que certains justiciables pourront soulever que certaines incriminations pénales ne peuvent leur être reprochées car elles limiteraient leur droit de résistance constitutionnellement garanti.

Au-delà du conflit, qui ne nous semble qu'apparent, entre le droit de résistance et le principe d'obéissance à la loi posé par l'article 7 de la Déclaration de 1789, un autre élément peut faire craindre un rejet probable d'une telle argumentation par le Conseil constitutionnel. S'il déclare une loi non conforme à la Constitution, non seulement celle-ci ne sera pas appliquée à l'instance mais elle sera immédiatement abrogée. Le Conseil osera-t-il abroger nombre de dispositions pénales parce qu'elles ne permettent pas de faire valoir son droit de résistance ? On voit ici que l'effet abrogatif général de la procédure vide la réforme d'une grande part de son intérêt qui était précisément d'évaluer la constitutionnalité des lois *in concreto* et ses effets particuliers à l'instance. Si une loi peut sembler a priori ne pas porter une atteinte excessive à tel ou tel droit constitutionnellement garanti, son application dans une

situation particulière peut relever d'une atteinte excessive. Comme le faisait remarquer Tocqueville, donner un pouvoir limité aux juges dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité peut s'avérer, au final, une meilleure protection des libertés.

un retour à l'état de nature ?

Concentrons-nous sur l'hypothèse où l'individu est amené à mettre en œuvre, seul, son droit de résistance à l'oppression. Un tel horizon est encore dépeint par une large part de la doctrine juridique comme un suprême danger qui tient à la question de l'interprétation permettant de caractériser l'oppression et la résistance que l'on est en droit de lui opposer. Il est possible, à ce sujet, de suivre le cheminement effrayant que nous présentent des auteurs tels qu'Eric Desmons⁵ : si « résister c'est en effet prétendre détenir la signification "vraie" du droit que l'on oppose à celle, prétendument erronée, de l'autorité », alors faire de chaque individu le premier acteur du droit de résistance ne peut qu'entraîner « une décentralisation de l'interprétation du droit » qui nous reconduirait « à l'état de nature » à force de se morceler en une infinie juxtaposition de subjectivités.

Si ce raisonnement semble difficilement contestable, la vision sur laquelle il se conclut n'est-elle pas pour autant excessive ? Les interprétations des juges divergent elles aussi avant même de faire du citoyen le gardien de tel ou tel droit. Les symptômes les plus marquants en sont les éventuels conflits de jurisprudence entre les juges judiciaires, administratifs ou constitutionnels en France, ou encore entre le juge national et tel ou tel juge international par exemple. Mais s'il est vrai que ces conflits sont possibles, ils restent cependant limités. Ceci est notamment dû à l'attention que se portent, les unes aux autres, les juridictions amenées à interpréter concurremment des normes communes. Ce phénomène, décrit sous le nom de dialogue des juges, se traduit par exemple par des importations de techniques d'interprétation d'une juridiction à une autre. Et il n'y a pas de raison de croire qu'il en irait différemment concernant le droit de résistance à l'oppression. En d'autres termes, d'éventuelles décisions de justice en la matière ne s'imposeraient pas aux individus mettant en œuvre ce droit de résistance. Mais le raisonnement juridique des juges, pour qualifier l'oppression ou définir la résistance qu'elle autorise, influencerait les individus et réciproquement. Les interprétations citoyennes peuvent quant à elles dépendre de normes collectives intuitives, de systèmes symboliques qui n'ont pas encore la forme du droit.

une autorisation pour soi même

Mais que le citoyen résiste, au nom de son *droit de*, est-ce encore une question de droit ou seulement une question de fait ? D'autant qu'il faudrait, ici, penser cette résistance avec la plus grande indépendance possible à l'égard du droit positif et des décisions de justice.

Tout d'abord, concernant le fondement du droit de résistance, il est possible de s'appuyer sur la notion d'autonomie individuelle qui occupe une place si centrale dans la plupart des théories du droit qu'il ne paraît plus possible de penser le droit sans elle. Or, il semble que faire prévaloir inconditionnellement un devoir d'obéissance au droit, y compris en cas d'oppression, conduit à soumettre entièrement et indéfiniment l'autonomie individuelle à la loi collective. Au point de faire disparaître celle-là sous celle-ci. Nous dirons donc que s'il doit exister une autonomie individuelle dans notre système juridique, il faut nécessairement qu'elle n'ait pas déjà et totalement capitulé devant lui, et que c'est ici que réside le fondement juridique objectif du droit de résistance à l'oppression.

Ensuite, la question de la fonction du droit de résistance peut-être abordée à partir des travaux⁶ de Geneviève Koubi sur le sujet, et la figure d'un droit « hors-la-loi » qu'elle développe. Elle construit en parallèle à la désobéissance civile une figure de la résistance à l'oppression dont les visées seraient plus larges et plus radicales. « La résistance à l'oppression est un droit qui s'exerce non seulement contre la loi qui, au lieu de garantir les droits et protéger les libertés, leur porte une atteinte caractérisée, mais aussi contre le système qui permet que de telles lois puissent être émises. Le paradoxe est apocalyptique : la résistance à l'oppression est un droit "hors-la-loi". » Mais il faut à cela immédiatement rétorquer que s'il s'agit d'une autorisation à soi-même de se placer hors-la-loi, il ne peut s'agir de se placer hors du droit. Au contraire, la résistance à l'oppression vise à permettre de rétablir le respect des droits fondamentaux qui se trouvent au sommet des impératifs.

De là se dégage le régime de cette résistance citoyenne. Puisque le rétablissement des droits fondamentaux auxquels l'oppression porte une atteinte caractérisée est l'objectif de cette résistance, celle-ci ne peut s'affranchir du régime juridique de ces droits, notamment la condition de nécessité et de proportionnalité. D'une part ce but ne doit pouvoir être atteint par aucun autre moyen – ce qui explique que sa mise en œuvre devrait rester exceptionnelle voire théorique dans un État de liberté même imparfait. D'autre part la résistance ne peut prendre une forme que strictement proportionnelle à cette atteinte.

Se pose alors l'épineuse question des effets juridiques de ce droit de résistance. Puisque, comme le fait remarquer Geneviève Koubi, résister c'est alors « passer du côté du refus, militer activement, inlassablement, au risque de sa liberté ou au risque de sa vie », puisque c'est alors s'exposer à la sanction y compris juridique, peut-on encore conférer à ce droit un caractère juridique ? La seule manière d'y répondre positivement est alors d'accepter la co-existence des points de vue institutionnel et individuel et de leur respective mise en œuvre du droit de résistance à l'oppression. À cet égard, on pourrait prendre comme modèle l'articulation d'un ordre juridique national et d'ordres juridiques internationaux. Il est en effet

Dernier recours, la résistance à l'oppression vise à rétablir les droits fondamentaux; elle n'est pas une sortie du droit.

possible aujourd'hui qu'un même texte soit considéré comme valide pour le juge national et non conforme pour un juge international. Or dans ces cas les décisions des juridictions n'ont d'effets que dans leur ordre juridique respectif, et l'acte peut subsister dans l'ordre juridique national, mais la France engagerait alors sa responsabilité sur le plan international. Ce qui se dessinerait alors serait une effectivité hétérogène du droit de résistance à l'oppression au sein de notre ordre juridique. Du point de vue institutionnel ce droit devrait être garanti par un mécanisme juridictionnel même imparfait et du point de vue individuel il vaudrait, pour nous-mêmes, autorisation de s'opposer à la loi afin de garantir les droits fondamentaux. L'enjeu est d'un côté de limiter la responsabilité face à la loi et aux institutions collectives et de l'autre de limiter la dynamique individuelle d'incorporation des règles de droit. Mais défendre que cette seconde limitation est encore un effet de droit revient à soutenir que notre autonomie est soumise, dans son exercice, à une contrainte juridique : le respect de certains droits fondamentaux. Cette conception semble contredire l'idée que l'on a aujourd'hui de l'autonomie individuelle, comprise comme un rapport de soi à soi, comme une liberté interne et donc absolue. C'est pourtant parce que ces droits se fonderaient, nous l'avons vu, sur cette idée d'autonomie que celle-ci devrait les respecter. ■

[notes]

1. Projet de déclaration des droits naturels, civils et politiques des hommes.
2. Robespierre, *Projet de déclaration* du 21 avril 1793.
3. « Le renoncement à la résistance à l'oppression en l'an III », in Jean-Claude Zancarini, *Le Droit de résistance*, ENS éditions, 1999, p. 247-265.
4. András Jakab, « La neutralisation de la question de la souveraineté », in « Juspoliticum n° 1 », (www.juspoliticum.com).
5. *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, LGDJ, 1999.
6. (www.koubi.fr) : « Droit et droit de résistance à l'oppression », « Droit de résistance à l'oppression et droit à l'insurrection », « Droit de résistance à l'oppression et désobéissance civile ».