

# La désobéissance civique, de nouvelles perspectives pour la séparation des pouvoirs.

**Par Benjamin BEAUVERGER**

**ATER**

**CERCOP- université de Montpellier 1**

## **SOMMAIRE**

### **I – le juge comme interlocuteur des désobéissants civiques: une valorisation du pouvoir judiciaire**

- A. Le juge comme interlocuteur, une situation autorisée par une évolution de son rôle
  - 1. Une situation initiale défavorable aux juges
    - a. La délégitimation de l'homme de loi
    - b. La désacralisation progressive du jugement
      - 2. Une évolution notable de l'office juridictionnel
  - a. Le juge, acteur social
  - b. Une revalorisation de l'idée de justice
- B. La désobéissance civique comme plaidoyer pour une évolution du contrôle de constitutionnalité
  - 1 La désobéissance civique, une réappropriation citoyenne du contrôle de la loi
  - 2 La possible prise en compte de la désobéissance civique par le Conseil constitutionnel, la doctrine du droit vivant

### **II – La désobéissance civique, une alternative à la théorie traditionnelle de la séparation des pouvoirs**

- A. Un correctif à une incompréhension première, une résurrection de la théorie de Montesquieu
  - 1 Le dévoiement de la théorie de Montesquieu
  - 2 la désobéissance civique, un retour à la théorie originelle ?
- B. La désobéissance civique comme interprétation Walzerienne de la séparation des pouvoirs
  - 1 La société civile comme sphère d'existence
  - 2 La désobéissance civique, moyen d'existence de la société civile.

« La puissance qui vient du consentement des peuples suppose nécessairement des

conditions qui en rendent l'usage légitime, utile à la société, avantageux à la république, et qui la fixent et la restreignent entre des limites »<sup>1</sup>.

Cette simple citation montre combien il est important qu'une société voulant se prémunir contre le despotisme mette en oeuvre des techniques constitutionnelles visant à organiser strictement le pouvoir. En ce sens la séparation des pouvoirs est un des fondements de l'organisation institutionnelle. La source de la théorie de la séparation des pouvoirs est une volonté de garantir non seulement une stabilité aux différents régimes politiques mais aussi de garantir les droits et libertés des citoyens. Présentée comme un système stable et efficace, il faut cependant convenir avec Jean Louis Seurin que « la progression de la séparation des pouvoirs n'a pas été le développement harmonieux d'une théorie politique conçue à l'avance par des penseurs, et mise en oeuvre, ensuite, par des praticiens »<sup>2</sup>. La séparation des pouvoirs, sur le plan théorique, met en avant une répartition des compétences entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Chaque pouvoir doit disposer non seulement de prérogatives bien établies mais aussi des moyens de garantir son indépendance vis-à-vis des autres. Cette théorie n'est bien entendu pas linéaire et a été interprétée différemment selon les régimes. La séparation des pouvoirs est en effet une notion très évolutive<sup>3</sup>. Sur le plan théorique seuls l'exécutif et le législatif sont présentés comme de véritables pouvoirs. Le judiciaire suscite manifestement moins d'intérêt lorsqu'il s'agit de réfléchir et de s'intéresser à l'organisation du régime politique. Il fait figure d'enfant pauvre de ladite théorie.

En outre, le développement de la pratique politique met en avant une répartition des compétences et des pouvoirs non plus en fonction des institutions mais bien davantage en fonction de la logique de partis, préférant se structurer autour d'une opposition parfois mal définie entre majorité et opposition. La place de la séparation des pouvoirs est le théâtre d'une bataille incessante entre l'exécutif et le législatif pour détenir le plus de compétences possibles et orienter ainsi la vie politique<sup>4</sup>. A l'heure où l'on s'interroge sur la pertinence et le fonctionnement de nos institutions, où le parlement semble parfois manquer à sa mission de représentation, où l'exécutif paraît détenir un quasi-monopole décisionnel, situation renforcée par les récentes révisions constitutionnelles du quinquennat et de l'inversion du calendrier électoral, renforçant la position dominante du parti présidentiel, une nouvelle forme de revendication politique se fait jour et se structure progressivement en véritable contre-pouvoir grâce notamment à la désobéissance civique.

Précisons ici ce qu'il convient de nommer « désobéissance civique ». Le désobéissant civique agit au nom du droit lui même, dans un souci de faire avancer la légalité. C'est ce que rappelle Jürgen Habermas à propos des mouvements pacifistes lorsqu'il énonce que « ce type de refus ponctuel d'obéissance à la loi, ne peut intervenir que dans le cadre d'un ordre qui en même temps qu'il procède de l'état, est reconnu dans son ensemble comme légitime: La désobéissance civile invoque en effet des principes sur lesquels la Constitution elle-même se légitime »<sup>5</sup>. La désobéissance est alors un acte politique. Pas seulement au sens où elle vise la majorité qui a le pouvoir politique, « mais parce qu'elle est guidée et justifiée par des principes politiques, c'est à dire par des principes de justice qui gouvernent la Constitution et, d'une manière générale, les institutions de la société »<sup>6</sup>. Il convient de déterminer les critères de reconnaissance de tels actes. La désobéissance est un acte personnel et responsable dans la mesure où ses auteurs agissent en toute

---

1 D. DIDEROT, *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, « Autorité politique », 1751 – 1772.

2 J.L SEURIN, « les origines historiques de la séparation des pouvoirs », in études offertes à Jean-Marie AUBY, Dalloz, 1992, p. 663

3 Voir en ce sens les articles de G. KOUBI et R. ROMI, « la séparation des pouvoirs », in l'état, la constitution, la loi, Litec, 1993, p. 194-229. , F. HAMON, M. TROPER, « Droit constitutionnel », LGDJ, 2005, pp. 87-102

4 En ce sens, A. BOLLET-PONSIGEON, *la notion de séparation des pouvoirs dans les débats préparatoires de la constitution de 1958*.

5 J.HABERMAS, « Le droit et la force », in, *Ecrits politiques*, cerf, 1990, P.88

6 J.RAWLS, *Théorie de la justice*, ed. du seuil, coll. Point, 1997, p.412

connaissance de cause. C'est un acte désintéressé, collectif, et non violent. Le critère de la non violence est fondamental car il est celui qui rend acceptable la désobéissance par l'opinion en la démarquant des actes criminels. En outre, la désobéissance est un acte transparent. Loin d'être cachée, elle est revendiquée. Enfin, c'est un acte ultime dans la mesure où l'on y recourt après avoir épuisé tous les moyens de dialogue institutionnel. Ainsi la désobéissance civique ne revient pas à se mettre en marge de la société mais à mettre en oeuvre une véritable revendication de droit. Il s'agit dès lors de construire le droit en désobéissant aux lois.

Il convient de s'interroger sur les implications de la désobéissance civique dans la séparation des pouvoirs. En quoi ces actions permettent-elles de proposer une nouvelle lecture de la théorie de Montesquieu?

Les désobéissants civiques semblent s'adresser directement à l'autorité judiciaire et non au parlement ou à l'exécutif. Nous l'avons dit, désobéir est un acte ultime qui suppose que les voies de discussions classiques soient épuisées, ce qui fait du juge le principal interlocuteur des revendications alternatives et réanime un véritable intérêt envers le judiciaire, dont l'importance est trop souvent amoindrie. La désobéissance civique constitue en conséquence une promotion de premier ordre pour le juge en ce qu'elle met en avant la prépondérance de son rôle dans le monde institutionnel (I). En outre, à une période où la séparation, nous l'avons dit, ne repose plus sur une distinction organique mais partisane, elle permet de mettre en place une nouvelle lecture de la séparation pour la mettre davantage en accord avec une réalité politique et sociale changeante (II).

## I La désobéissance civique, une valorisation de l'autorité judiciaire

Les désobéissants civiques désirent faire de leur combat une cause publique et souhaitent en ce sens que leurs actions soient relayées au niveau de la justice. Le juge fait en réalité partie intégrante de l'action des désobéissants car il est leur sésame pour faire entrer une revendication dans le giron du droit. Il est un véritable interlocuteur qui se substitue au parlement dans la mesure où la désobéissance civique traduit « une crise actuelle de la démocratie représentative et une plus forte demande de démocratie participative ou délibérative »<sup>7</sup>. Si c'est la figure du juge qui est mise en avant par les désobéissants civiques, c'est parce que celui-ci bénéficie d'une valorisation récente de son image (A). Si la désobéissance traduit cette prise de pouvoir du juge, elle est aussi une véritable demande d'évolution du contrôle de constitutionnalité des lois (B).

### A) – Le juge comme interlocuteur, une situation autorisée par une évolution de son rôle

---

7 D.TARTAKOWSKY, in « Le Monde », ed. Du 26 septembre 2004

La désobéissance civique est une action contestataire qui cherche à faire avancer une idée sociale par le biais, le plus souvent, des tribunaux de justice. Le juge devient au fil du temps l'interlocuteur privilégié des désobéissants qui cherchent toujours à voir leurs actions légitimées par l'institution judiciaire. Ce rôle d'interlocuteur, de plus en plus affirmé aurait pu sembler impossible il y a peu encore, tant l'image des juges et de la justice était ternie par un passé trouble (1). Cependant, la figure judiciaire s'impose, par le biais de l'évolution grandissante de la société et de la mutation progressive du normatif en ce que l'on appelle la post modernité, comme un médiateur social, sorte de tampon entre un parlement délégitimé et des citoyens revendicateurs (2).

## *1 Une situation initiale défavorable aux juges*

La défiance citoyenne envers les magistrats et les hommes de loi en général trouve ses racines dans l'époque révolutionnaire. Les juges avaient alors accaparé le pouvoir en le détournant à leur avantage propre pour défendre certains intérêts de classe, accélérant ainsi la fin de l'ancien régime (a). En outre, la notion de justice et de décision judiciaire s'est notablement transformée passant d'un acte de sagesse à un acte d'autorité (b).

### *a. La délégitimation de l'homme de loi*

La figure du juge reste en France constamment castrée par une représentation d'un pouvoir illégitime et dangereux. La révolution fut en effet moins menée contre le roi que contre les juges eux-mêmes. Les juges de cette époque s'étaient montrés « tout au long du 17<sup>ème</sup> et du 18<sup>ème</sup> siècle, comme une force réactionnaire nostalgique d'un monde ancien ponctué de certains privilèges, dans lequel le roi était bridé par une puissante noblesse »<sup>8</sup>. Les juges avaient pour tâche d'enregistrer les édits du roi. Cette mission leur permettait alors de refuser d'enregistrer ou de réécrire ces édits si ces derniers estimaient qu'ils ne servaient en rien leurs intérêts. Les magistrats étaient en effet des membres de la bourgeoisie de robe, dont le roi avait décidé d'amoinrir progressivement les privilèges. En se basant sur les lois fondamentales du royaume qui « étaient un embryon de Constitution de nature coutumière sensé s'imposer au roi »<sup>9</sup>, ils pouvaient alors maintenir la tripartition de la société de l'époque et se maintenir au sommet de l'ordre social. Cette volonté de la part du roi de moderniser une société en mutation et le désir farouche des juges de se maintenir dans une situation des plus confortables créa une situation de résistance qui confina à un véritable blocage institutionnel. Ce blocage pouvait être surmonté par la technique du lit de justice ou par la méthode plus radicale encore de l'exil parlementaire mais la répétition du blocage des positions finit par aboutir aux événements violents de 1789. L'assimilation des juges à une caste privilégiée désireuse de contrôler l'ensemble du pouvoir resta alors ancrée dans les esprits pour ne plus en partir.

A l'aube de la post révolution, il y eut un « naufrage des professions judiciaires et juridiques traditionnelles dont l'organisation corporatiste était trop liée à l'ancien régime (...) ». Non seulement les révolutionnaires ont voulu réformer ces professions mais tout un courant d'idées s'est développé de 1789 à 1795 qui a remis en cause l'utilité même des professionnels du droit »<sup>10</sup>. Restait donc l'idée

---

8 D. ROUSSEAU, A. VIALA, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2004, p. 332

9 D. ROUSSEAU, A. VIALA, *Droit constitutionnel*, p. 332

10 J-L. HALPERIN, « Haro sur les hommes de loi », *Droits*, n° 17, 1993, p. 56

selon laquelle, il convenait d'encadrer strictement la profession de juriste et plus particulièrement celle de juge afin d'éviter d'autres dérives. La marge de manoeuvre des hommes de robe fut plus que limitée et ceci notamment dans leur pouvoir d'interprétation car « en cas de doute sur le sens de la loi, il appartenait au juge de se retourner vers le législateur, c'est à dire vers le roi »<sup>11</sup>

De la naquit le concept désormais célèbre de « gouvernement des juges ». « Le gouvernement des juges serait celui dans lequel ils ne se contenteraient pas d'une participation au pouvoir législatif, mais exerceraient la totalité du pouvoir »<sup>12</sup> relève Michel Troper. Cette méfiance à l'égard du juge est encore aujourd'hui prégnante et porte des traces jusqu'au sein même de la constitution. Comme le remarquent avec justesse, Dominique Rousseau et Alexandre Viala, « le signe le plus visible en est la terminologie utilisée encore sous la V<sup>e</sup> république dont la constitution ne mentionne l'existence que d'une autorité et non d'un pouvoir judiciaire »<sup>13</sup>. Ces stigmates de l'époque révolutionnaire sont encore présents dans l'imaginaire collectif et le juge doit sans cesse, toujours aujourd'hui, veiller à ne réanimer sous aucun prétexte le spectre du gouvernement des juges. Le maintien de cette vision négative de l'institution judiciaire et de ses acteurs a été autorisé par les représentations populaires, tant dans la littérature que dans le théâtre. Ainsi que le souligne François Ost, « la fonction critique de la fiction littéraire ne se borne pas à rappeler à la justice ses origines violentes et sa face cachée vengeresse; elle s'attache aussi à dénoncer, avec une efficacité jamais en défaut, les milles et une dérives qui l'affectent »<sup>14</sup>. Tantôt cruel, tantôt inhumain, le juge est souvent dépeint sans bienveillance aucune dans nombre d'oeuvres littéraires. Ainsi le juge Bridoye de Rabelais qui joue l'issue des procès en jouant aux dés, La Fontaine qui illustre avec brio une logique de justice de classe au long de ses nombreuses fables, la lenteur de la justice critiquée chez La Bruyère ou encore la plume assassine d'Hugo dans ses Châtiments réservée à l'appareil judiciaire. Chaque période aura eu son lot de critique populaire de la justice et de ses juges. Cela peut probablement s'expliquer non seulement par le rôle des juges eux-mêmes mais peut-être serait-il souhaitable de s'interroger sur l'acte du jugement directement.

### *b. La désacralisation progressive du jugement*

Outre la crise de représentation sociale qui est la sienne, le juge souffre aujourd'hui d'une véritable crise de conscience. Le droit, considéré comme une médiation entre le juste et le sage, révèle un problème de positionnement des magistrats vis-à-vis de ces deux notions. Comme le relève Michel Villey, « notre langage même en est témoin. Nous associons les deux mots de justice et de droit (...) ce langage procède de l'Antiquité, du droit romain »<sup>15</sup>. La signification de la décision a beaucoup évoluée avec le temps et peut expliquer pour une part la défiance actuelle de la société envers l'institution judiciaire. Bien entendu, le positivisme moderne proscrit l'utilisation du terme de justice, vague, illusoire, idéal. Celui-ci n'est pourtant jamais sorti des consciences collectives et l'association entre le droit et celui-ci est inchangée malgré les revirements de la recherche juridique. Lorsque Aristote ou saint thomas parlent de la justice dans une décision, ils voient au travers d'elle un rapport entre deux individus. La justice dite particulière<sup>16</sup> devait être la valeur qui présidait aux

---

11 M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'état*, PUF, coll. Léviathan, 2004, p. 106

12 M. TROPER, op. cit. p. 239

13 D. ROUSSEAU, A. VIALA, op. Cit., p. 331

14 F. OST, *Raconter la loi*, ed. Odile Jacob, 2004, p. 86

15 M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 39

16 A côté de la justice particulière existe la justice générale. Elle est ce que l'on pourrait appeler la justice légale. Elle est la loi morale les commandant toutes, somme de toute les vertus ou vertu universelle. Cette justice générale est en relation étroite avec le droit car l'observance des lois morale est un moyen d'influencer le droit, mais ne se réduit pas à lui car elle est toute la morale ou très peu s'en faut.

hommes de cette époque. Toute la question est alors de savoir à quoi visait l'homme juste. La justice particulière, perçue comme rapport entre individus consiste « à ne pas détenir plus que sa part ni moins que sa part; à ce que chacun ait le sien, à ce que soit réalisé dans une communauté sociale, mais pour commencer reconnu et déterminé le juste partage des biens et des charges. Ce pourquoi écrit Aristote, on recourt au juge. Le droit est alors perçu comme une mesure de partage juste. Ainsi un juge rétablit une situation préalable qui s'était envenimée. La justice est, dans cette perspective jusnaturaliste ancienne, une idée d'ordre, d'harmonie, de rapports aux autres et même au cosmos lui-même. Dans cette perspective, le juge est un sage qui rétablit les situations initiales, dans le respect de cette harmonie cosmique. La décision ni ne donne raison ni ne blâme mais restitue chaque chose à sa place.

Cette vision du juge en tant que sage a perduré jusqu'au milieu du 16<sup>e</sup> siècle et commencera à disparaître avec l'individualisme et plus particulièrement avec l'utilitarisme dont Jérémy Bentham est considéré comme le chef de file. La finalité du droit ne sera plus l'harmonie sociale ou le bien être collectif mais la simple satisfaction de chacun. Le droit doit être utile à l'individu et lui permettre d'obtenir le plus grand profit possible. L'utilitarisme a clairement absorbé le juste dans l'utile. L'utilitarisme est une répudiation des théories de l'état de nature et verse clairement dans un nominalisme forcené où seul compte l'individu<sup>17</sup>. Selon Bentham, toutes nos actions seraient guidées par la recherche du plaisir, ce à quoi doit correspondre la législation. Le droit se réduit dès lors à la législation dont le but est (ou devrait être) la maximisation du plaisir de chaque individu. L'office du juge et le fondement même des décisions de justice ne peuvent que s'en être trouvés transformés. Si la décision devait rétablir une situation cosmique juste entre deux personnes, elle donne à présent tort ou raison aux deux protagonistes en litige. Ce que l'on appelle juste dans une décision est une notion individuelle coupée du rapport à autrui et plus généralement au tout. La notion de justice, communément entendue est alors la volonté d'objectiver dans une décision nos désirs subjectifs.

Cette tendance a été renforcée, nous l'avons évoqué précédemment par le positivisme qui s'est affranchi de la notion de justice, qui n'est pas une donnée vérifiable et échappant de fait à l'emprise de l' science moderne. En outre, la charge du juge- « sage » ne concernait que les biens extérieurs à l'individu. Les questions éthiques échappaient au giron des décisions. À l'heure actuelle, le droit doit tout à la fois satisfaire le plaisir des individus, permettre la vie en communauté, est saisi de questions morales, éthiques, technologiques et subit de profondes mutations. A mesure que se multiplient les finalités du droit, la médiation du juste au sage devient de plus en plus complexe.

## *2. Une évolution notable de l'office juridictionnel*

La transformation de la société ne peut se réaliser sans une transformation de ses institutions. La figure du juge s'est notablement développée ces vingt dernières années au point de transformer progressivement son rôle. D'organe purement judiciaire, il devient au fur et à mesure du temps, un véritable organe social devant pallier aux limites parlementaires devant un monde en profonde mutation. La figure du juge s'étant transformée, elle autorise les désobéissants civiques à voir en elle un relais de leurs revendications. Les désobéissants, en plaçant leurs espoirs sur le juge, participent quant à eux à cette valorisation sociale grandissante. Le juge devient dès lors un véritable acteur social (a). Ce changement s'est accompagné d'une évolution de la représentation du juge et de la justice en général. L'autorité affichée jadis laisse progressivement place à une volonté de décisions consensuelles, participant ainsi à la revalorisation l'institution judiciaire (b).

---

17 M. VILLEY, op. cit., p. 112

### a. *Le juge, acteur social*

La remontée en puissance du juge peut s'expliquer par deux séries de raisons. Tout d'abord, sur le plan de la technique juridique pure, le développement de la théorie réaliste de l'interprétation met en évidence la prise de conscience d'un véritable pouvoir créateur du droit de la part du juge. Selon Michel TROPER, « si le sens ne préexiste pas à l'interprétation et s'il en est seulement le produit, alors (...) l'objet de l'interprétation ne peut pas être une norme juridique (...) de sorte que la loi ne contient pas de norme, mais selon l'interprétation qui en est donnée, plusieurs normes potentielles différentes (...) c'est l'interprète qui choisit entre ces différentes normes. La norme n'est ainsi pas dotée de sens »<sup>18</sup>. Ainsi, le juge n'interpréterait que des énoncés, qui ne deviendront normes que par le truchement de sa volonté. L'apport majeur de cette théorie est de proposer un regard empirique sur la science du droit et de tenter de démontrer que « ces objets que nous croyons être des normes sont simplement des propositions subjectives de normes »<sup>19</sup>. Cette théorie représente une promotion de premier ordre pour le juge qui aurait plus de pouvoir que l'autorité qui a édicté le texte de loi. La conclusion de la théorie réaliste consiste donc à renverser tout bonnement la pyramide des normes de Kelsen. Ce serait le juge qui conférerait un sens, par le biais de la décision de justice, à un énoncé qui au départ n'était pas déterminé et ainsi créerait la norme. C'est la décision de l'interprète qui confère à un texte son caractère contraignant et par là même, son aspect normatif. Le juge apparaît donc non plus seulement comme le garant de la correcte application du droit mais bien comme un acteur de son élaboration.

A cette première raison s'ajoute une seconde qui peut expliquer cette remontée en puissance du juge. Ainsi que le mettent en exergue Dominique Rousseau et Alexandre Viala, « les circonstances propres à l'évolution de la société du XX<sup>e</sup> viennent s'ajouter pour faciliter la montée en puissance du juge. Cette société soulève en effet de nouvelles questions que le législateur officiel n'a pas eu l'idée de se poser tant elles sont complexes et surtout inattendues au rythme ou les problèmes s'accumulent »<sup>20</sup>. La société actuelle évolue en effet de manière tellement rapide qu'elle a besoin de se doter d'une sorte de médiateur social extrêmement réactif. Cette fonction est aujourd'hui investie par le juge. Il est bien des cas où la législation présente semble insuffisante à régir les comportements humains. Ainsi en est-il notamment pour ce qui est des avancées technologiques et scientifiques telles que les OGM ou le clonage. Il est difficile d'estimer que le silence de la loi permettait de faire tout et n'importe quoi dans ces matières qui étaient totalement nouvelles et dont le législateur ne pouvait pas même avoir idée ne serait-ce que quelques mois auparavant. En plaçant le débat de ces nouvelles technologies ou des questions éthiques devant le juge, les désobéissants renforcent encore cette image d'une justice aux prises avec une réalité sociale mouvante et extrêmement évolutive.

François Ost a fort justement stigmatisé les diverses étapes de la transformation du juge<sup>21</sup>. Le premier modèle est celui du juge « jupiter », juge rationnel ne s'appuyant que sur le code pour rendre son office. Jupiter devint alors Hercule. Sa particularité est de s'insérer davantage dans la société. Il ne se contente pas d'appliquer la loi à la lettre mais se pose la question de la façon de l'appliquer. La dernière et actuelle figure du juge serait Hermès. Ce juge correspondrait à l'émergence du droit post-moderne et se caractériserait par une nécessaire gestion des différents

---

18 M. TROPER, *La théorie du droit, le droit l'état*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2001, p. 74

19 D. de BECHILLON, « réflexions critiques », RRJ, 1994, n° 1, p. 250

20 D. ROUSSEAU, A. VIALA, op. Cit., p. 336

21 F. OST, « Jupiter, hercule, hermès, trois modèles du juge », in la force du droit, ss. Dir. P. BOURRETZ; ed. Esprit, 1991

foyers de droit. Le juge actuel se doit de réguler la vie en société et d'apporter des réponses là où le législateur ne peut ou ne veut prendre part. Tout cela fait dire à Thierry Renoux que « il n'est pas surprenant dès lors que la justice, aux côtés de la presse, soit aujourd'hui perçue comme un véritable pouvoir (...) ce pouvoir, s'il peut parfois paraître excessif, n'est pourtant pas illégitime, pour autant qu'il respecte les libertés individuelles »<sup>22</sup>. C'est cette prise en compte du juge comme pouvoir à part entière qui pousse le désobéissant à aller vers le tribunal plutôt que d'attendre après le parlement

### *b. Une revalorisation de l'idée de justice*

L'image même de l'idée de justice s'est elle-même progressivement transformée par le développement des jugements en équité et celui des modes non autoritaires de règlements des conflits. L'équité repose sur l'idée que chacun a le droit à un traitement juste et raisonnable. Il arrive parfois que le juge écarte les règles légales si selon lui, leur application pourrait avoir des conséquences fâcheuses ou déraisonnables. L'équité est ainsi un sentiment de justice spontané sans forcément se fonder sur les normes en vigueur. L'équité prend en considération davantage l'esprit du droit que la lettre de la loi. Le juste en équité se situe donc au delà du juste sur le plan strictement légal, qui est alors ce qui est conforme au droit. L'équité permet de réguler, tempérer ou faire avancer les lois. L'illustration la plus célèbre des jugements en équité, reste le décision du « bon » juge Magnaud qui avait relaxé une femme présentée devant son office pour avoir volé du pain pour nourrir ses enfants. Le jugement en équité, peut permettre une réaffection citoyenne envers les jugements en ce qu'il constitue une interprétation exceptionnelle du droit<sup>23</sup>. Le juge fait dériver l'équité directement des faits eux même plutôt que de lui faire jouer le rôle d'un critère extérieur au droit. L'équité est manifestement un moyen de revaloriser l'image du jugement en ce qu'elle fait appel à une notion de justice qui peut dépasser le cadre normatif. L'appréciation équitable du juge est d'ailleurs une demande des auteurs d'actes de désobéissance civique bien que ceux-ci l'invite à « préciser visiblement les références et les valeurs qui fondent son appréciation équitable. »<sup>24</sup>. L'équité est un moyen pour des justiciables, et plus particulièrement pour les désobéissants civiques, de tenter d'intégrer des éléments de contraintes morales ou éthiques dans les jugements judiciaires.

Un élément de revalorisation de la justice étatique peut résider dans le fait que celle-ci souvent associée à l'image surannée de l'autorité peut dans certains cas apparaître sous les traits d'une justice consensuelle. Le juge étatique avant de trancher dans un litige déterminé peut avoir pour mission de concilier les partis lorsqu'il estime opportun ou à titre préliminaire obligatoire<sup>25</sup>. Il peut également statuer en amiable compositeur dans le cas où les partis en exprimeraient la volonté.<sup>26</sup> Ces procédures permettent à des partis en litiges de trouver une solution médiane ou pour le moins convenable pour chacune d'elles. L'autorité du juge et des décisions s'estompe dès lors derrière le visage d'un modérateur au service de la paix sociale et économique. De la distance révolutionnaire entre le juge et le justiciable est apparue au fil du temps une possible proximité permettant aux citoyens de se réapproprier une justice qui leur avait été dérobée. A cette notion de proximité et de négociation, caractéristique de la post modernité doivent être ajoutés les modes alternatifs de règlement des conflits.

« sous les termes de modes alternatifs de résolution des conflits, de justice alternative,

---

22 T. RENOUX, « Le pari de la justice », pouvoirs, n° 99, p. 89

23 C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Paris, LGDJ, 2000

24 S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, LGDJ, 2007, p.8.

25 Art. 122 et s. NCPC.

26 Art. 12 NCPC

justice consensuelle, justice douce ou contractuelle, se développent un grand nombre de processus extra judiciaires de résolution des conflits conduits par les partis, ou par un tiers neutre, choisis librement ou désignés par un juge »<sup>27</sup>. Apparaît ici un mode de résolution des conflits au travers non plus de l'autorité mais de la négociation. Bien que n'étant pas de véritables procédures juridictionnelles, « les autorités publiques ont fini par intégrer ces processus alternatifs pour les encourager, à en étendre le champs d'application et pour les intégrer dans les instances judiciaires »<sup>28</sup>. Alors même qu'ils sont nés d'un rejet de la justice étatique, ces modes alternatifs sont inscrits dans le cadre de politiques visant à améliorer « l'accès à la justice » et doivent donc être mis en relation avec une revalorisation de l'image de cette dernière.

## B - la désobéissance civique comme plaidoyer pour une évolution du contrôle de constitutionnalité

La désobéissance civique peut être comprise comme une demande non seulement de droits mais aussi de garanties de la qualité du droit positif. Face à une situation qui n'autorise pas le citoyen à se saisir directement de la défense des droits par voie constitutionnelle, la désobéissance civique constitue un mode alternatif de défense citoyenne du droit en même temps qu'elle peut s'analyser comme une demande d'approfondissement du contrôle de la loi (1). La désobéissance peut, quant à elle, être prise en compte dans le processus de contrôle de constitutionnalité si l'on se réfère à la doctrine italienne du droit vivant dans un de ses aspects particuliers: le droit vivant contextuel (2).

### *1 - La désobéissance civique, une réappropriation citoyenne du contrôle de la loi.*

Il semble légitime, pour un citoyen d'obéir à une loi qu'il sait conforme à l'ensemble de l'ordonnement juridique. Notre organisation du contrôle des lois ne nous permet pas d'accéder à cette situation. Le citoyen français, contrairement à ceux des pays dotés de cour constitutionnelle, ne peut saisir le Conseil sur la constitutionnalité d'une loi. La vigilance à l'égard de la qualité de la production législative est donc réservée à la classe politique. Cette situation est plus que problématique en l'état car, comme le note Bernard De Granrut, « malgré la vigilance des parlementaires, le tamis n'est pas très serré et des lois anticonstitutionnelles peuvent être promulguées puis, ultérieurement, appliquées à des citoyens par des tribunaux désarmés »<sup>29</sup>. En refusant tout type de contrôle a posteriori et en privant le citoyen du droit de saisir le conseil, on aboutit donc à un système de « blanchiment de normes inconstitutionnelles ».

En laissant l'opportunité de la saisine au monde de la politique, « il ne faut pas exclure l'éventualité d'une non saisine volontaire du Conseil par les parlementaires pour des raisons de consensus entre la majorité et l'opposition »<sup>30</sup>. En outre, le fait qu'une loi ait été saisie et examinée par le Conseil est une garantie très relative. En effet, une loi peut se révéler à terme inconstitutionnelle, d'un point de vue pratique alors que sa rédaction semblait correspondre en tous points à la Constitution. En d'autres termes, « c'est souvent à l'usage qu'un texte peut se révéler

---

27 N.FRICERO, « Modes alternatifs de règlements de conflits et procès équitable », Mélanges en hommage au doyen Gerard Cohen-Jonathan , 2004 P.839.

28 N.FRICERO, op. Cit., p.840.

29 B. De GRANRUT, « Faut-il accorder aux citoyens le droit de saisir le Conseil constitutionnel? », RDP, 1990

30 H. ROUSSILLON, « La saisine du Conseil constitutionnel, contribution à un débat », RIDC, 2002, p. 499

comme entraînant des atteintes aux libertés, source d'inconstitutionnalité »<sup>31</sup>. La critique du manque de démocratie est tout aussi prégnante et n'a pas été oubliée par la doctrine. Ainsi pour Dominique Rousseau, « l'élargissement de la saisine repose sur l'idée démocratique que la défense des principes constitutionnels, la défense des droits libertés ne se délègue pas; elle n'est pas l'affaire des représentants mais des citoyens eux-mêmes »<sup>32</sup>.

On peut tout à fait considérer que la désobéissance civique, qui oblige parfois le législateur à mettre en oeuvre des lois ou au contraire à les abroger, voire les abandonner, est une forme de récupération citoyenne du contrôle jusque là interdit, en même temps qu'elle est une demande d'évolution du système. Le poids de l'opinion populaire peut même permettre des saisines du Conseil constitutionnel dans des cas où la classe politique aurait certainement préféré ne pas se manifester. Une illustration flagrante de ce phénomène réside dans la loi du 23 février 2005. Celle-ci s'est retrouvée pendant plusieurs semaines au coeur d'une polémique alimentée par l'alinéa 2 de son article 4 prescrivant que les programmes scolaires devaient faire état du rôle positif de la France outre-mer.

Les vives réactions suscitées par cette loi auraient pu être évitées par une saisine a priori du Conseil constitutionnel. Les membres de l'Assemblée n'ont cependant pas jugé utile de procéder à celle-ci. Si le Conseil avait été saisi « régulièrement », il aurait pu se prononcer sur l'opportunité pour le législateur de s'immiscer dans le domaine historique. Cette absence de saisine peut s'expliquer par le fait que ce texte ressemblait davantage à un acte politique qu'un acte de raison. Cette loi, à destination des populations pieds noirs, harkis et d'outre-mer en général empêchait de procéder à une saisine parlementaire sous peine d'apparaître comme un opposant de leurs opposants. A deux ans d'une élection présidentielle, cela représentait un risque majeur. En outre, cette loi était un acte de politique internationale à un moment où les rapports de la France avec l'Afrique se distendaient. C'est en ce sens que M. Saisnot constate que « si on revenait en arrière, cela constituerait une reculade insupportable »<sup>33</sup>. Ce texte divisa l'opinion et la pression populaire devint écrasante. Suite à des déclarations publiques et des pétitions des opposants à ce texte, le chef de l'Etat fût conduit, le 25 janvier 2006, à demander au Premier ministre de saisir le Conseil constitutionnel sur la base de l'article 37 alinéa 2. Ce processus constitutionnel présente un double avantage : celui d'autoriser une saisine « *a posteriori* » du Conseil et de déclasser une disposition législative, celle-ci revêtant alors un caractère réglementaire. Le Gouvernement peut ensuite abroger par décret l'article incriminé sans avoir à passer par un nouveau projet de loi<sup>34</sup>.

Le décret, plus souple dans sa mise en oeuvre qu'une loi, permet au Gouvernement de résoudre une situation des plus urgentes. Suite à cette saisine, le Conseil a estimé dans son deuxième considérant que « le contenu des programmes scolaires ne relève ni des « principes fondamentaux (...) de l'enseignement » que l'article 34 de la Constitution réserve au domaine de la loi ni d'aucun autre principe ou règle que la Constitution place dans ce domaine, et que, dès lors, le deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 23 Février 2005 susvisée a le caractère réglementaire »<sup>35</sup>.

La contestation qui a entouré la loi du 23 Février 2005 peut être considérée comme une illustration de la récupération citoyenne du contrôle de constitutionnalité. Le poids de l'opinion ne

---

31 B. DE GRANRUT, op. Cit.

32 D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 6<sup>e</sup> ed., Montchrestien, 2001, p. 75

33 Cité in M. SIMON, le monde, 21 janvier 2006

34 Article 37 de la Constitution de 1958 : « Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par Décret pris après avis du conseil d'état. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent ».

35 C.C., 2006-203 L du 31 Janvier 2006, « Nature juridique d'une disposition de la loi 2005-158 portant reconnaissance de la nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés », JO du 2 février 2006.

constitue-t-il pas, dans le cas présent un élargissement direct des autorités de saisine du Conseil Constitutionnel ? La contestation populaire apparaît ici comme un palliatif à l'exclusion normative du citoyen de la justice constitutionnelle, comme une sorte de réappropriation du contrôle de la loi. Si la politique est un lieu où « le souci de chaque agent de maintenir et de renforcer sa position personnelle dans le champ politique est un principe de stratégie affectant des aspects aussi divers qu'importants de la vie politique »<sup>36</sup>, ces soucis de maintien de position conduisent parfois les politiques à ne pas saisir le Conseil constitutionnel pour des raisons d'opportunité. Cependant, démonstration est faite que le poids de l'opinion populaire peut être une force contraignante imposant aux politiques de prendre des décisions contrevenant à leurs intérêts directs et personnels. Peut être est-il temps de reconsidérer notre vision de la possession politique de la justice constitutionnelle pour la mettre en adéquation avec la réalité sociale qui, si besoin est, fait fi des conventions juridiques.

## *2- La possible prise en compte de la désobéissance civique par le Conseil constitutionnel : la doctrine du droit vivant.*

La désobéissance civique peut se montrer un formidable moyen pour le Conseil constitutionnel d'approfondir son contrôle et de rendre des décisions en phase avec une réalité sociale changeante. Il convient à ce titre de s'intéresser à la doctrine italienne du droit vivant. Cette doctrine se développe dans un pays où le contrôle de constitutionnalité des lois se pratique a posteriori. En Italie, la cour constitutionnelle porte une attention particulière à l'interprétation des juges à propos d'une loi dont elle a été saisie a posteriori. La cour se trouve face à un contrôle de constitutionnalité concret. Elle garde bien entendu un pouvoir autonome d'appréciation des lois mais a la possibilité de porter un jugement sur une loi telle qu'appliquée dans l'oeuvre quotidienne du juge. Ainsi, il est possible que « à la liberté d'interprétation (...) elle substitue le lien de l'interprétation qui s'est affirmé en jurisprudence, en faisant abstraction de son exactitude, de l'adhésion que la cour peut lui apporter, de la portée de sa conformité à la Constitution. La signification du droit appliqué devient ainsi une donnée, que la cour se trouve tenue de prendre comme base du problème de constitutionnalité qu'il lui appartient de résoudre »<sup>37</sup>. Il existe bien entendu une faveur accordée aux juges supérieurs de par la fonction et l'importance de leur rôle dans la pratique.

La doctrine du droit vivant trouve un véritable épanouissement auprès de la Cour Italienne, tant et si bien que celle-ci, « dès la première occasion qu'elle a de statuer, s'en remet aux juges, que leur orientation soit fondée ou non, que leur interprétation soit convaincante ou non »<sup>38</sup>. Les décisions, lorsqu'il y a un droit vivant, c'est à dire une loi déjà interprétée par les tribunaux faisant état d'une orientation dominante établie<sup>39</sup>, portent donc sur la signification effective et non potentielle de la loi. Il s'agira dès lors de cas concrets. Notons qu'en conséquence, le développement de cette doctrine se fait au détriment des sentences interprétatives de la cour qui retrouve la plénitude dudit pouvoir lorsqu'il n'y a pas de droit vivant ou, à défaut, utilise une marge

---

36 D. GAXIE, *La démocratie représentative*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> ed., p. 102

37 G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant*, AIJC, 1986, PU Aix Marseille, p. 57

38 G. ZAGREBELSKY, op. Cit, p. 58

39 Précisons qu'il suffit en effet de constater une interprétation dominante et non une uniformité absolue dans la jurisprudence tant celle-ci n'a jamais et ne sera jamais monolithique. En cas d'interprétations clairement divergentes il ne pourra être conclu à la formation d'un véritable droit vivant.

d'appréciation lorsque la jurisprudence n'est pas monolithique, ce qui lui permet d' « évaluer l'opportunité de dispositifs hypothétiques plutôt que concrets, et de graduer ainsi l'incidence de sa décision »<sup>40</sup>.

Les implications du développement de la doctrine du droit vivant sont fondamentales car elles mettent en avant une réflexion sociologique portant sur les interactions mutuelles de la société et de la loi. Bien entendu, la transposition de la doctrine du droit vivant dans le système français de contrôle de constitutionnalité des lois paraît chose impossible. L'exception d'inconstitutionnalité paraît empêcher tout développement marqué d'une doctrine du droit vivant en France. Ce serait cependant oublier la possibilité de mise en oeuvre d'un droit vivant « contextuel ». Ainsi, le Conseil constitutionnel « ne se limite pas (toujours) à une simple collation, c'est à dire une pure confrontation entre la norme supérieure (la norme de constitutionnalité) et la norme inférieure (l'acte législatif) mais considère également ce quid pluris de l'ordre social qui se trouve en dehors de la loi en vigueur, et en détermine l'impact effectif »<sup>41</sup>.

Le Conseil constitutionnel peut donc parfois « interpréter ce texte à la lumière du contexte factuel qui l'entoure - qu'il soit social, politique, économique ou autre- ou se livrer à une évaluation anticipée de son impact social, à un pronostic sur les effets concrets que la loi pourrait avoir après son entrée en vigueur »<sup>42</sup> même si le Conseil constitutionnel continue de nier la valeur herméneutique du contexte factuel<sup>43</sup>. C'est ici que la désobéissance civique peut jouer un jeu dans les décisions du Conseil. L'annonce de certaines lois déclenche parfois de vives polémiques dans l'espace public. Bien que la loi ne soit pas encore en vigueur et que donc on ne puisse parler de véritable désobéissance civique, la simple menace de désordre ou de désobéissance civique ultérieure peut influencer une décision. Il est tout à fait envisageable que sous couvert d'arguments juridiques, le Conseil prévienne des troubles à venir soit en rendant une décision d'inconstitutionnalité pure et simple ou, de façon plus plausible assortisse sa décision de réserves d'interprétation, permettant d'atténuer les problèmes potentiels issus de l'adoption du texte. La désobéissance, dans son aspect potentiel, peut donc influencer de manière indirecte le processus de contrôle de constitutionnalité des lois

## II – La désobéissance civique, une alternative à la théorie traditionnelle de la séparation des pouvoirs

---

40 G. ZAGREBELSKY, op. Cit, p. 62

41 J.J. PARDINI, « le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France, p. 21

42 C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, economica, 2003, p. 197.

43 Pour plus de développements sur ce sujet, voir C. SEVERINO, op. Cit., p. 196 – 202.

La pratique de la séparation des pouvoirs en France s'est développée au travers d'une double adaptation. Tout d'abord, bien que se réclamant le fruit de l'apport de Montesquieu, elle n'est qu'une adaptation imparfaite de son enseignement. En outre la pratique politique a substitué une opposition entre majorité et opposition à la dualité traditionnelle entre exécutif et législatif. La pratique de la désobéissance civique permet de réinscrire ce nouvel agencement avec la doctrine du penseur français (A). En outre, elle autorise une vision alternative de l'organisation sociale, donnant ainsi du crédit aux thèses de Michael Walzer en conférant une réalité à la sphère de la société civile (B).

## A – Un correctif à une incompréhension première : une résurrection de la séparation des pouvoirs de Montesquieu

La séparation des pouvoirs, dont la paternité française est attribuée à Montesquieu, a pour but de garantir la liberté des citoyens et éviter les dérives du pouvoir. L'apport théorique de Montesquieu dans son ouvrage phare<sup>44</sup> a cependant été très mal compris en France par les juristes de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle. Comme le souligne avec justesse Louis Althusser, il aurait été prêté à Montesquieu un modèle théorique purement imaginaire<sup>45</sup> (1). D'autre part, il convient aujourd'hui de constater que la séparation du législatif et de l'exécutif, si souvent mise en avant, devient peu à peu obsolète. La pratique politique et le développement du fait majoritaire a transformé celle-ci, au fil du temps, en véritable dualité entre majorité et opposition. Face à cette séparation à sens unique, la désobéissance civique permet un rééquilibrage du pouvoir se rapprochant de la logique de « coopération » des pouvoirs de Montesquieu (2).

### *1 – Le dévoiement de la théorie de Montesquieu*

Précisons tout d'abord que le premier doctrinaire à avoir mis en évidence la méprise originelle française concernant la séparation des pouvoirs est Charles Eisenmann dans son célèbre article « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs »<sup>46</sup>, ainsi que dans « la pensée constitutionnelle de Montesquieu »<sup>47</sup>. Celui-ci montre avec brio en quoi la réception de la théorie de Montesquieu a été en France délicate, au point de la transformer en un modèle d'organisation du pouvoir bien éloigné de son intention première

Les constitutions françaises ont distingué l'existence de trois pouvoirs, le législatif, l'exécutif et le judiciaire. L'idée est qu'aucun d'entre eux ne doit ni ne peut détenir l'ensemble des prérogatives étatiques. De ce fait, les pouvoirs se limiteront et seront distingués les uns des autres, ceci étant la garantie de la préservation des droits des citoyens et le gage présumé d'une société démocratique. Ainsi, « il ne saurait se concevoir aucun empiètement de l'exécutif sur le législatif ou

---

44 MONTESQUIEU, « de l'esprit des lois ».

45 L. ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, PUF, 1959, p. 94.

46 C. EISENMANN, « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933.

47 C. EISENMANN, « la pensée constitutionnelle de Montesquieu », *Recueil Sirey*, pp. 133 - 160

le judiciaire, ou aucun empiètement mutuel de même nature; mais encore aucun des membres composant un organe ne saurait appartenir à un autre organe »<sup>48</sup>. A la lecture d'une telle citation, on comprend que Montesquieu aurait donc été perçu comme le père de la théorie de la « séparation » des pouvoirs en lieu et place du théoricien français de leur combinaison, de leur liaison. Le pouvoir judiciaire est considéré originellement comme un pouvoir neutre dans la mesure où le juge est là uniquement pour dire le droit, d'où la fameuse métaphore du juge « bouche de la loi ». La théorie de Montesquieu repose sur le partage des pouvoirs entre les puissances et non sur une séparation des organes et de leurs acteurs.

Montesquieu distingue deux pouvoirs mais trois puissances: l'exécutif (le roi) et le législatif, composé de la chambre haute (les nobles) et de la chambre basse (le peuple). Il s'agit ici d'équilibrer un rapport de force et non de créer une imperméabilité des sphères. Au niveau législatif, cette théorie aboutit alors à une collaboration des puissances dans la création de la loi. Celle-ci est donc le fait de toutes les puissances travaillant de concert afin de créer les meilleures lois possibles. Le roi disposait en effet du veto législatif, lui permettant de s'ériger en sorte de législateur négatif, bien que celui-ci fut surmontable. La chambre haute et basse élaboraient les lois en prenant compte tant de la haute que de la basse société. Enfin, le juge s'assurait du respect de cette loi, réalisée par les deux pouvoirs précédents. Convenons qu'il semble que ce soit bien aux états unis que l'enseignement de Montesquieu a été le mieux reçu. L'exécutif peut en effet intervenir dans le processus de création de la loi par le biais du veto de son président, et tout comme en Angleterre, il est possible de surmonter celui-ci. En France, le travail législatif semble réservé aux parlementaires, excluant de façon stricte le regard exécutif sur son œuvre.

La séparation des pouvoirs telle que pratiquée en France est donc une extrapolation de la théorie présentée dans « l'esprit des lois ».

## *2. la désobéissance civique, un retour à la théorie originelle ?*

. Le fait majoritaire réside dans l'idée que la majorité au sein du Parlement est de la même couleur politique que celle du Président de la république. Les révisions constitutionnelles récentes ont encore renforcé ce phénomène, notamment avec l'instauration du quinquennat couplé à l'inversion du calendrier électoral, renvoyant à une hypothèse improbable la cohabitation.

Dans la mesure où la politique menée par le parti majoritaire à l'assemblée ne peut se voir sanctionnée par des élections législatives à mi-mandat présidentiel, la logique de parti est encore plus marquée. Dès lors, la plupart des lois sont des projets de lois, ayant la quasi certitude de pouvoir être adoptés sans heurt. Face à cette situation, l'opposition politique se trouve bien souvent démunie et subit le dictat du parti présidentiel. Le Conseil constitutionnel devient alors le dernier rempart de politiques désarmés face à la règle de la majorité du scrutin et de la discipline de parti. On constate bien ici une immixtion de l'exécutif, et plus particulièrement du Président de la république dans le processus législatif au travers de l'action de son propre parti dans l'assemblée. Il apparaît ici avec évidence que la pratique actuelle de la séparation des pouvoirs ne laisse que peu de place à la coopération dans l'élaboration des normes législatives.

La désobéissance civique est une manière de pallier à cette situation de monopole dans la conduite de la politique nationale et dans l'élaboration des normes. La question peut dès lors être posée: les désobéissants civiques peuvent-ils être considérés comme de véritables législateurs de substitution, non du point de vue de leur légitimité, mais de celui de l'effectivité de leurs actions ?

---

48 L. ALTHUSSER, op. Cit. , p. 94

Agissant grâce aux moyens de pression, ils peuvent voir leurs revendications entérinées par le Parlement pris comme un tout, faisant fi des logiques partisanes et du fait majoritaire, et de ce fait susciter une forme de rééquilibre entre une majorité toute puissante et une opposition menottée. Les désobéissants civiques ne tentent pas, en ce sens, de voler la fonction législative mais simplement de rééquilibrer un système institutionnel qui profite à un groupement politique particulier.

Outre le fait que le désobéissant peut se trouver être l'instigateur de nouveaux droits ou d'orientations politiques, il peut faire office de « législateur négatif » et contraindre la majorité à oublier certains projets, ce que l'opposition n'a pas toujours les moyens de faire. Sous la pression des manifestations et des menaces de désobéissance, gouvernement et parlement finissent parfois par plier lorsque la société civile déploie son énergie pour rejeter une proposition de loi qui ne lui convient pas<sup>49</sup>. Il s'agit bien ici d'une collaboration dans la création des lois, bien que celle-ci puisse être considérée comme une « collaboration conflictuelle ». Les désobéissants civiques, bien que n'entrant pas au sein du parlement, peuvent marquer de leur empreinte son activité. En effet, dans les cas où il y a des revendications populaires faites au moyen de la désobéissance civique, il s'agit d'une tentative de création de la loi, mais l'exécutif conserve une forme de veto en ne donnant tout simplement pas suite aux demandes faites par la société civile.

## B – la désobéissance civique comme interprétation walzerienne de la séparation des pouvoirs.

Michael Walzer, présente une vision alternative des conditions de bon fonctionnement d'une société démocratique. Si la séparation des pouvoirs telle qu'appliquée, tout au moins en théorie, dans les sociétés occidentales, apparaît comme le moyen de garantir le bon fonctionnement étatique et de préserver une forme de justice institutionnalisée, Walzer met en garde contre la collusion entre pouvoir et savoir, pouvoir et marché: la démocratie ne fonctionne bien que dans la séparation des domaines et le pluralisme des experts, des pouvoirs et des contre-pouvoirs. La société civile peut être considérée comme une sphère d'existence à part entière et apparaître dès lors comme un véritable contre-pouvoir face à certains excès de la sphère politique (1). Il convient alors d'examiner par quels moyens celle-ci peut s'exprimer et agir. S'il convient de constater qu'il existe des moyens traditionnels pour son expression, la désobéissance civique devient un de ses moyens d'existence privilégiée (2).

### *1 - La société civile comme sphère d'existence*

Cette thèse est défendue, dans l'ouvrage « les sphères de justice »<sup>50</sup>. Walzer articule, au lieu de les opposer, les idées de pluralisme et d'égalité. La communauté politique dépend de la justice

---

49 On retiendra à titre d'exemple le cas de la loi Savary du 24 juillet 1984

50 M. WALZER, *sphère de justice*, ed. Du Seuil, 1997

distributive. Pour lui, la société se divise en une multitude de sphères d'activités ou d'appartenances. Dans chaque sphère existe un bien dominant pouvant être l'argent, la renommée médiatique ou tout autre forme de bien. Le questionnement de Walzer, est de déterminer dans quelle sphère il sera juste que tel ou tel bien soit le bien dominant. Dès lors se pose la question de la cohérence entre les différentes sphères ainsi que celle de leur ajustement. Comme le souligne avec justesse Joël Roman, cela entraîne « une modification ou une transformation du concept d'égalité. Il ne s'agira plus d'être égaux selon un seul principe, qui a valeur générale pour l'organisation sociale, ce qu'il appelle le principe d'égalité simple, mais il s'agira d'être égaux selon un principe qu'il appelle celui d'égalité complexe, c'est à dire en fonction de la diversité des biens qu'il s'agit de distribuer »<sup>51</sup>. Dans la mesure où il existe une diversité de sphères, il doit exister une diversité de principes directeurs. Dans le cas contraire, on retombe dans l'injustice car on manque de pluralité.

Pour Walzer, la garantie des libertés individuelles ne réside donc point dans la séparation des pouvoirs, mais dans l'autonomisation des différentes sphères d'existences. Cet art de la séparation, « n'est pas garantie et enracinée par la séparation des individus (...) elle est garantie et enracinée dans la complexité sociale »<sup>52</sup>. Il ressort de ces idées, que les sphères ne doivent en aucun cas empiéter les unes sur les autres, sauf dans la mesure où celles-ci peuvent être considérées comme légitimes. A la séparation des pouvoirs comme moyen de garantie de la liberté individuelle se substitue alors une autonomie des sphères considérées en elles-mêmes comme pouvoir et mutuellement comme contre-pouvoir. Parmi les différentes sphères une d'entre elles a une spécificité tout à fait particulière: les institutions politiques. En effet, « elles sont celles qui en dernière analyse rendent compte de cette distribution. Donc la nécessité d'avoir des institutions politiques qui garantissent ce pluralisme est effectivement aux yeux de Walzer déterminante »<sup>53</sup>. Si la sphère des institutions politiques manque à cette mission alors celle de la société civile pourra et devra veiller à ce que ce trouble soit réparé. Il s'agira alors d'un empiètement légitime dans la mesure où celui-ci aura pour but la garantie du pluralisme.

Le terme de « société civile » est aujourd'hui omniprésent. Il convient en conséquence de s'interroger sur la signification de cette expression. Elle serait la signification d'une volonté de prise de position, d'un intéressement à la vie de la cité, autrement que par les canaux habituels de la représentation politique et institutionnelle. La société civile serait une expression de la vivacité de la nation. Il existe deux conceptions de la société civile. Ainsi que le soulève François Rangeon: « Pour les uns, la société civile se définit par opposition par rapport à l'état (...) pour d'autres, la société civile ne serait pas le simple envers de l'état mais au contraire le lieu où le privé et le public s'interpénètrent. Ces derniers récusent l'opposition manichéenne entre l'Etat et la société civile »<sup>54</sup>. Pour notre part, nous considérons, avec Dominique Rousseau, que la société civile est une nécessité pour l'équilibre de la nation car « les gens ne sont pas spontanément transparents à eux-mêmes, il faut un lieu où se réfléchissent nos problèmes. Un lieu où le peuple se réfléchit comme peuple afin de prendre conscience de lui-même par lui-même »<sup>55</sup>.

Le bien dominant, de la société civile serait alors celui de la représentation de soi au travers de l'exercice de la liberté d'expression et de la possibilité de la revendication. La société civile peut donc être considérée comme le lieu privilégié des questionnements du peuple, le creuset de ses aspirations. Elle se développe au sein de l'espace public qui est « la sphère des personnes privées

---

51 J.ROMAN, « droit et communauté: Michael Walzer », in, la force du droit. ss. Dir. P.BOURETS.p.107

52 J.ROMAN, op.cit, p.111

53 J.ROMAN,op,cit, p.111

54 F.RANGEON, « Société civile, histoire d'un mot », in, la société civile, PUF, 1986

55 D.ROUSSEAU, in J.BOVE, G.LUNEAU, *Pour la désobéissance civique*, ed. La découverte, 2004, P.193

rassemblées en un public »<sup>56</sup>. La sphère de la société civile peut donc représenter un contre-pouvoir vis-à-vis de la sphère de la vie politique telle que traditionnellement entendue. Toute la question est alors de savoir par quel biais celle-ci peut concrètement s'exprimer. La désobéissance civique fait partie de ses moyens d'actions.

Il convient de noter une certaine méfiance naturelle du pouvoir politique envers la société civile. Celle-ci se vérifie notamment en France où la tradition légicentriste implique que le parlement semble le seul lieu dans lequel peuvent être prises les orientations sociales. Pour autant la société civile influe sur le monde politique qui ne peut plus aujourd'hui l'ignorer. Si elle est considérée comme un phénomène inquiétant par les détenteurs du pouvoir, c'est parce que l'histoire le prouve, la société civile est un creuset de droit.

## 2 - *La désobéissance civique, moyen d'expression de la société civile*

La désobéissance civique est aujourd'hui devenue une expression « banalisée » de la société civile dans son rapport au pouvoir. C'est en ce sens, que Jean-François Soulet énonce que « la société civile s'est à nouveau imposée comme le seul recours face aux incapacités, aux impérities, à la corruption ou à la trahison du pouvoir »<sup>57</sup>. Face à un sentiment de n'être plus entendus, certains citoyens se rabattent sur des actions alternatives pour pouvoir s'exprimer librement. Il est intéressant de noter que les actes de désobéissance civique ont passablement évolué. Il paraît légitime de s'interroger : la désobéissance civique, telle que pratiquée aujourd'hui, a-t-elle les mêmes visées que celle incarnée par Henri David Thoreau et Mohandas Gandhi ?

Si la plupart des actes de désobéissance civique restent le fait ponctuel de quelques individus contre une loi ou un régime déterminé, force est de constater que celle-ci change progressivement de visage. En effet « si l'humanitaire (...) demeure, au sein de la société civile, l'une des causes toujours motivante, il se trouve, depuis une décennie, en retrait des combats contre le nouvel ordre mondial, qui suscite les pires inquiétudes et mobilise les énergies »<sup>58</sup>. La désobéissance s'est adaptée à ce nouvel agencement des centres de décision et de pouvoir communément appelé « mondialisation ». Ce changement consiste en la mise en place d'une grande société globale. Il convient d'admettre l'avancée de sa formation. Un bref regard permet de se rendre compte que celle-ci « est déjà réalisée au niveau économique, en passe de l'être au niveau administratif, et presque harmonisée au niveau politique »<sup>59</sup>.

De ce fait, la désobéissance entre progressivement dans une nouvelle ère, celle de l'alter mondialisme. Le mouvement alter mondialiste est un mouvement social composé d'acteurs très divers qui proposent pour l'essentiel un ensemble de valeurs « sociales » comme moteur de la mondialisation et du développement humain, en opposition à ce qu'ils analysent comme les « logiques économiques de la mondialisation néolibérale ».

---

56 J.HABERMAS, *L'espace public*, Paris, Payot, 1978

57 JF.SOULET, *La révolte des citoyens*, ed. Privat, 2001, p.11

58 JF.SOULET, op.cit, p.96

59 J.BOVE, G.LUNEAU, *Pour la désobéissance civique*, ed. La découverte, 2004, p.219

L'alter mondialisme est largement tributaire de la désobéissance en ce qu'elle charpente les modes d'actions des de ses mouvements. Il convient de constater que la désobéissance civique dépasse aujourd'hui la simple demande citoyenne de droit pour devenir un véritable mode d'expression politique. La société civile se structurant aujourd'hui au-delà des frontières, peut se constituer en véritable contre pouvoir par le truchement de la désobéissance, véritable porte-voix des revendications alternatives. Le développement de la société civile est en effet en pleine accélération et se trouve rassemblé par des préoccupations communes. « Aujourd'hui une société civile internationale pèse sur les agendas politiques; parfois de manière spectaculaire et bruyante comme on a pu voir lors des dernières réunions de l' OMC et du G8, souvent de manière plus discrète. Lors des grandes conférences internationales, elle est de plus en plus présente ». <sup>60</sup> Ces mouvements sont bien guidés par la désobéissance civique qui devient une forme universelle de revendication sociale pour capter l'attention des organisations politiques ou financières devenues sourdes à ses doléances.

Cette société civile, s'est ainsi dotée de véritables moyens d'action. Il existe, à titre d'exemple, une nébuleuse d'associations à visée nationale ou internationale qui ont recours à la désobéissance civique pour faire entendre leurs causes. Ainsi, « Green peace (...) peut s'appuyer sur 900 salariés permanents répartis dans 24 pays (...) en 1995, son budget était de 26,6 Millions de dollars, alimenté notamment par des dons » <sup>61</sup> . En outre, la société civile est aujourd'hui associée au travail de l'ONU lui même, même si cette coopération reste récente et limitée. Cela montre malgré tout, le poids de cette société civile qui se fédère et se développe notamment grâce à la pression de la désobéissance civique.

Si Nicanor Perlas estime que la société civile constitue « un troisième pouvoir » <sup>62</sup>, nous pouvons considérer que la désobéissance civique est devenue son expression politique.

---

60 P.LAURENT, « l'émergence d'une société civile internationale », in la société civile et ses droits, ss dir. B.FRYDMANN, Bruylant, 2004, P.162

61 JF.SOULET, op.cit.p.102

62 Voir l'ouvrage de N.PERLAS, *La société civile: le 3<sup>e</sup> pouvoir*, ed.Yves Michel, 2003