

Le droit positif nous parle parfois de « droit de résistance » (article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression »), et parfois, à mots couverts, de « devoir de désobéissance » (article 28 al. 1 du statut des fonctionnaires : « Tout fonctionnaire 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 »).

On pourrait se féliciter de vivre sous l'empire d'un droit si libéral et si généreux. Pourtant, se prévaloir de l'article 2 de la Déclaration de 1789 exposera invariablement à l'article 433-6 du Code pénal (rébellion). Quant au devoir de désobéissance du fonctionnaire – et sauf l'hypothèse du crime -, il sera neutralisé au motif que l'agent n'aura pas su apprécier à sa juste mesure l'atteinte grave portée à un intérêt public par l'illégalité manifeste.

À cet endroit, le droit positif fait écho à un vieux débat doctrinal opposant la théorie des baïonnettes intelligentes à celle de l'obéissance passive. Il résume à lui seul les impasses d'une réponse strictement juridique à la question

de la désobéissance. Maurice Hauriou et Léon Duguit incarnent sur ce sujet deux positions opposées : Pour Duguit, c'est la légalité de l'ordre donné qui conditionne son caractère obligatoire et qui emporte l'obéissance du subordonné (on pourrait étendre ces vues au citoyen dans son rapport à la loi). En vertu de quoi, tout agent public doit examiner la légalité de l'ordre reçu avant de l'exécuter, et doit désobéir lorsqu'il constate que l'ordre reçu est illégal, puisque celui-ci n'est plus ordre mais, pour reprendre la formule de saint Thomas, corruption d'ordre. On peut dire alors que la nature de l'ordre reçu conditionne l'obéissance qui lui est due et donne sa légitimité à celui qui l'édicte (une légitimité d'exercice auraient dit les médiévaux). Hauriou, penseur de l'institution et de la puissance publique, conteste cette opinion en invoquant l'argument d'autorité et le pouvoir hiérarchique : l'obéissance est d'abord due à l'ordre indépendamment de son contenu parce qu'il émane d'un chef légitime dans l'institution (une légitimité d'origine). Le caractère obligatoire de l'ordre reçu n'est donc pas conditionné par sa légalité, mais par la qualité de son auteur (dont certes le jugement peut errer, mais qui ne saurait être soumis à celui de son subordonné) : « Est-ce que les décisions administratives ne s'exécuteront qu'après justification de leur légalité ? Jusqu'ici tout fonctionnait dans l'État parce que l'obéissance aux ordres du pouvoir politique

était préalable à la discussion de la légalité de ces ordres ; est-ce que l'on prétend renverser les facteurs ? », écrit Hauriou.

Que révèle une telle schizophrénie du droit positif comme de la doctrine ? Que les juristes savent qu'il est, en pratique, impossible de fonder en droit un devoir de désobéissance, pour une raison tenant à des considérations épistémologiques marquées par un fort scepticisme. En effet, l'appréciation de l'illégalité à laquelle se livrera celui qui veut désobéir - et plus largement l'appréciation de l'oppression - est toujours subjective : hormis le cas limite de la légitime défense, une loi apparaîtra injuste ou inconstitutionnelle à l'un, mais pas à l'autre. Puisqu'il n'y a pas d'interprétation « vraie » du juste, de la constitutionnalité, de la légalité, qui fasse autorité et sur laquelle appuyer un acte de désobéissance qui serait incontestable, donc légitime, mieux vaut neutraliser toute reconnaissance juridique de la résistance au bénéfice des citoyens. Car, comme l'écrit Kelsen en 1934 dans sa *Théorie pure du droit*, « un ordre social qui confère à tous ses membres le pouvoir de décider si une norme de cet ordre est valable ou non, n'est pas très éloigné de l'anarchie. L'absence d'un organe centralisé chargé de se prononcer sur la validité des normes juridiques caractérise les droits primitifs ». Il est donc préférable, pour la paix civile, que toute contestation se

règle devant un juge, ce « résistant » moderne... Quant au citoyen, il est d'abord sommé d'obéir, avant de se retourner vers le juge : le résistant s'efface devant le plaideur et c'est le magistrat qui fait l'acte du citoyen. Un historien retrouverait ici la doctrine oligarchique du droit de résistance des Monarchomaques... On appelle ce stade avancé de la politique « Etat de droit ». La règle y est que l'on obéit d'abord, et que l'on conteste ensuite.

Pourtant des actes de désobéissance existent, auxquels on reconnaît une légitimité ainsi qu'une grandeur incontestables. Pour en saisir le ressort, il convient de quitter le terrain du droit et celui des doctrines politiques qui en constituent l'arrière-plan, car elles n'expliquent rien de ces actes de désobéissance. Au mieux elles tentent d'en fournir *ex post facto* une rationalité qui servira à juger ceux qui n'auront pas su désobéir. Mais on pourrait dire d'elles ce que Péguy disait du kantisme : ces doctrines ont les mains pures, mais elles n'ont pas de mains. Car elles ne disent rien du passage à l'acte. On pourrait objecter que l'on passe ainsi du devoir au pouvoir ; mais en l'espèce, il y a les mots et les choses, et la désobéissance n'a de sens qu'en acte. C'est là sa spécificité et c'est là son mystère. Aussi, il semble plus modeste de dire : « il faut désobéir lorsque notre conscience nous le dicte, ce qui n'a d'effet que quand notre tempérament nous permet de passer à l'acte ».

On touche ici au tragique de la résistance. La désobéissance, c'est d'abord, à un moment où à un autre, la difficile acceptation de la mort. C'est l'expression d'un tempérament particulier – nommons le héroïsme –, le commandement d'une loi propre de son être, qui fait vouloir le sacrifice possible de sa vie, ou, dans une moindre mesure de sa liberté, au nom d'une autre conception de la vie que celle que traduisent la norme, les actes ou la politique contestés.

Une telle disposition suppose une nature particulière, héroïque et non raisonneuse, comme celle d'Antigone. Car le désir de se conserver en vie, ou son envers, la peur de la mort violente, sont pour l'individu des passions puissantes : Hobbes en déduit, dans son *Léviathan*, que le pouvoir de tout mettre en œuvre pour se conserver en vie est un droit naturel inaliénable. En conséquence, il considère qu'existe une liberté irrépressible de chacun de désobéir, de résister, chaque fois qu'il estime que sa vie est menacée, ce dont il est seul juge.

Mais comment peut-on décliner du pouvoir incompressible de sauver sa peau le devoir de la risquer pour la vie ou la liberté d'autrui ? Hobbes donne l'exemple du soldat qui déserte à bon droit le champ de bataille – où il devrait pourtant savoir mourir *pro patria* – afin de sauver ce qu'il a de plus cher, montrant ainsi qu'un certain vitalisme

l'emporte sur la liberté ou la gloire : la santé plus que le salut, tel serait le mot d'ordre de l'individu décrit par le philosophe anglais.

Mais alors, d'où vient que certains n'hésitent pas à résister à l'oppression, alors qu'aucune menace ne pèse sur leur vie ? D'où vient que certains n'hésitent pas à se mettre en danger pour les autres, pour la vie, la dignité ou la liberté de leurs semblables ? C'est que simplement l'impératif de conservation de soi - la vie - dont nous parle Hobbes ne signifie pas la même chose pour tous et que pour certains, plus fort que la vie, il y a le sens de la vie. Ceux-là ne conçoivent pas de se conserver en vie ou en liberté à n'importe quel prix et dans n'importe quel monde : on vit tranquillement dans un cachot, écrivait Rousseau. Mais est-ce là la vie ? La vie implique pour certains de savoir la risquer pour quelque chose de plus élevé. La résistance, c'est ainsi l'affirmation d'une autre conception de la vie, d'un autre monde, certes moins peuplé que celui de Hobbes. Et pour cause : toutes les lois morales ou juridiques pourront enjoindre de risquer sa vie pour la liberté ou la vie des autres ; toutes les lois morales, religieuses ou juridiques pourront faire peser lourdement sur une société le devoir du sacrifice de soi – pensons au patriotisme d'avant 14 comme aux résistants de la seconde guerre mondiale, mais aussi au bushido ou aux motivations qui animent certains fanatiques

religieux - aucune ne sera en acte sans le courage individuel qui fait se distinguer la victime du héros, et qui fait peut-être parfois du héros un fou. Freud expliquerait qu'un tel sacrifice ne serait permis que par l'incapacité que nous avons à nous représenter notre propre mort...

Quand, donc, devons-nous désobéir ? Lorsque la vie, la liberté ou la dignité de l'autre est menacée. Mais la liberté ou la dignité sont redevables de tant d'interprétations... Tout juste peut-on dire à quelles conditions nous pouvons effectivement désobéir, ce qui ne se présume jamais.

Éric Desmons