

Depuis quelques années, le concept de désobéissance civile ne cesse d'occuper le devant de la scène. La désobéissance civile constitue en effet un mode d'action à disposition des mouvements sociaux parfois soutenu, parfois conspué, impliquant une violation de la loi. Cependant, le concept de désobéissance civile n'existe pas en tant que tel comme notion juridique. Cette absence de correspondance dans le champ du droit y empêche l'appréhension de ce phénomène, avec ses spécificités politiques. Par conséquent, si le sujet est classique en philosophie politique, peu de juristes se sont attaché·e·s à en étudier les effets en droit. La désobéissance civile relève en ce sens d'un « objet juridique non identifié ». La présente recherche propose des pistes afin de lever cette indétermination en étudiant le traitement jurisprudentiel des cas de désobéissance civile soumis aux juridictions suisses, les contributions doctrinales qui lui ont été consacrées et en reprenant les ressorts épistémologiques de ce moyen d'action. Elle vise également à étudier les figures de droit positif qui permettraient une catégorisation juridique de la désobéissance civile et suggère des critères pour guider l'activité des juges confronté·e·s à de tels actes. En définitive, cet ouvrage s'adresse certes aux juristes, mais aussi à toute personne intéressée à approfondir une réflexion autour de la désobéissance civile dès lors qu'elle alimente les interactions entre droit et société.

Le droit face à la désobéissance civile

Clémence Demay

Le droit face à la désobéissance civile

Quelle catégorisation pour un « objet juridique non identifié » ?

Clémence Demay

ISBN 978-3-7255-8919-7



9 783725 589197

www.schulthess.com



Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES





UNIL | Université de Lausanne

Unicentre

CH-1015 Lausanne

<http://serval.unil.ch>

Year : 2022

Le droit face à la désobéissance civile. Quelle catégorisation pour un "objet juridique non identifié" ?

Demay Clémence

Demay Clémence, 2022, Le droit face à la désobéissance civile. Quelle catégorisation pour un "objet juridique non identifié" ?

Originally published at : Thesis, University of Lausanne

Posted at the University of Lausanne Open Archive <http://serval.unil.ch>

Document URN : urn:nbn:ch:serval-BIB_DC710CA57E2B9

Droits d'auteur

L'Université de Lausanne attire expressément l'attention des utilisateurs sur le fait que tous les documents publiés dans l'Archive SERVAL sont protégés par le droit d'auteur, conformément à la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA). A ce titre, il est indispensable d'obtenir le consentement préalable de l'auteur et/ou de l'éditeur avant toute utilisation d'une oeuvre ou d'une partie d'une oeuvre ne relevant pas d'une utilisation à des fins personnelles au sens de la LDA (art. 19, al. 1 lettre a). A défaut, tout contrevenant s'expose aux sanctions prévues par cette loi. Nous déclinons toute responsabilité en la matière.

Copyright

The University of Lausanne expressly draws the attention of users to the fact that all documents published in the SERVAL Archive are protected by copyright in accordance with federal law on copyright and similar rights (LDA). Accordingly it is indispensable to obtain prior consent from the author and/or publisher before any use of a work or part of a work for purposes other than personal use within the meaning of LDA (art. 19, para. 1 letter a). Failure to do so will expose offenders to the sanctions laid down by this law. We accept no liability in this respect.

Lausanne, le 28 octobre 2022

Imprimatur

Le Directeur de l'Ecole de Droit de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique, vu le préavis de la Commission de soutenance, a autorisé l'impression de la thèse de doctorat soutenue, le 31 août 2022, par

Madame Clémence Demay

dont le titre est le suivant :

**« Le droit face à la désobéissance civile.
Quelle catégorisation pour un « objet juridique non identifié ? » »**

Sur proposition de la Commission de soutenance, le Conseil de l'Ecole de Droit a accordé à ladite thèse, lors de sa dernière séance, la mention

summa cum laude.



Francesco Maiani
Directeur de l'Ecole de Droit

Le droit face à la désobéissance civile
Clémence Demay



Le droit face à la désobéissance civile

Quelle catégorisation pour un
« objet juridique non identifié » ?

Clémence Demay

Thèse de doctorat soutenue à l'Université de Lausanne

Schulthess § 2022
ÉDITIONS ROMANDES

Proposition de citation CLÉMENTINE DEMAY, *Le droit face à la désobéissance civile – Quelle catégorisation pour un «objet juridique non identifié?»*, Genève/Zurich 2022, Schulthess Éditions Romandes

Thèse de doctorat présentée à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

Le Directeur de l'École de Droit de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne, vu le préavis de la Commission de soutenance, a autorisé l'impression de la thèse de doctorat soutenue, le 31 août 2022, par Madame Clémentine Demay dont le titre est le suivant «Le droit face à la désobéissance civile – Quelle catégorisation pour un «objet juridique non identifié?»». Sur proposition de la Commission de soutenance, le Conseil de l'École de Droit de l'Université de Lausanne a accordé à ladite thèse, lors de sa dernière séance, la mention summa cum laude.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich 2022
ISBN 978-3-7255-8919-7
www.schulthess.com

Diffusion en France LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <<http://dnb.d-nb.de>>.

« *Ce n'est pas le procès de la brume ni de la mer qui aura lieu
mais bien le vôtre.*
Oui. Et après ? Qu'est-ce que vous voulez que j'y fasse ?
Nul n'est censé ignorer la loi, a dit le juge.
Non, bien sûr, j'ai repris, nul n'est censé ignorer la loi. Si on
l'oubliait, si on la rayait des livres de droit, tout s'écroulerait,
n'est-ce pas ? Et vos livres plantés là sur les étagères, vous
pourriez tous les jeter par la fenêtre. Avec un peu de chance, vous
les verriez flotter sur l'eau de la rade. Avec un peu de chance, les
poissons les liraient. Mais eux, les poissons ou les algues, vous
serez d'accord avec moi, ils n'ont pas besoin de lire des livres
pareils vu que les lois qui les concernent, ils ne sont pas près de
les ignorer. »,
Tanguy WEIL, Article 353 du Code pénal, p. 171.

« *Il faut aussi rappeler que le champ juridique est le lieu de luttes,
mais de luttes qui, même lorsqu'elles visent à transformer les*
règles du droit, à opérer une révolution juridique [...], doivent
s'accomplir dans les règles. »
Pierre BOURDIEU, Hypocrisie, p. 97



Remerciements

Le résultat de ce parcours de thèse doit beaucoup aux échanges qui l'ont nourri, à l'enseignement tiré de la participation à des collectifs et au soutien des personnes qui ont cru en ce projet. Le travail étant bien souvent solitaire et tout sauf linéaire, il n'aurait pas pu se faire sans ces ancrages et ces appuis précieux. Je tiens donc à remercier les personnes qui, de diverses manières, ont compté dans le processus de thèse, bien que ces quelques lignes ne suffisent pas à leur rendre pleinement justice.

Mes remerciements vont tout d'abord à mes directeurs de thèse, Alain Papaux et Antoine Chollet. J'ai énormément appris de vos retours et ai la chance d'avoir pu compter en toutes circonstances sur votre confiance. Je me sens privilégiée d'avoir bénéficié d'un encadrement d'une telle qualité. En particulier, je suis reconnaissante à Antoine d'avoir bien voulu se lancer dans une aventure aussi excentrique que celle de co-diriger une thèse au sein de l'École de droit. Je tiens également à remercier les membres du jury, Adélie Pomade, Camille Perrier-Depeursinge et Damien Scalia. Leur attitude bienveillante et encourageante envers les jeunes chercheurs et chercheuses mérite pour tous et toutes d'être soulignée, car elle est et a été porteuse. Je leur suis également gré de leur attentive relecture du manuscrit.

Ma gratitude s'exprime également à Véronique Boillet et Vincent Martenet, mes supérieurs hiérarchiques du centre de droit public, qui ont toujours valorisé le travail de recherche et ont porté beaucoup de soin à lui laisser de la place. Plus généralement, je suis redevable à l'ensemble des membres du centre de droit public, passés et actuels. Toutes et tous contribuent à créer un environnement de travail qui ménage rires, collaboration et le calme nécessaire à l'avancement. Je soulignerai en outre ma dette spécifique envers Christine De Bernardis et Doriane Ferreira, pour leur appui logistique et informatique sans faille, ainsi que notre référente en la matière, Jacqueline Frey du centre informatique. De même, Pauline Monod, Manon Joseph, Louise Hauptmann, Dunia Brunner et Vincent Lafférière méritent une mention spécifique pour avoir marqué ces années au centre, que ce soit par nos discussions de politique facultaire ou notre consommation excessive de caféine.

Au-delà du centre, ce sont également les collègues de la chaire de philosophie du droit que je souhaite remercier. Ils et elles m'ont considérée comme appartenant d'une certaine manière à leur équipe. À cet égard, je tiens à souligner les apports et conseils avisés de Veronica Frigerio, Brian Favre et Maximilien Stauber qui m'ont accordé sans compter de leur temps pour discuter thèse.

En outre, cette recherche n'aurait pas pu se terminer sans le soutien indéfectible et la présence tout au long de son processus de mes collègues doctorantes et doctorants hors faculté Stéfanie Braendly, Audrey Loetscher, Sofia Balzaretti et Maxime Mellina. Je suis chanceuse de vous compter parmi mes amies et amis.

Un comité attentif de relectrices et de relecteurs a pris la peine de bien vouloir corriger les aspects formels de la dernière version du manuscrit. Ainsi, je tiens à leur exprimer ma gratitude pour cet effort. Merci à Maxime, Sarah, Audrey, Dominique, Alexandra, Pauline, Élise E., Élise M., Eléa, Julia, Nathan, Gaspard, Maité, Blanche, Nicolas, Louise, Florian, Sofia, Aurore, Camille-Sophie, Lauriane, Brian, Daniel, Eirini, Myriam et Simon.

Plus généralement, cette thèse a été nourrie (au sens propre et figuré dans le cas de Karel, William, Lou, Élise et Nicolas) et est tributaire de l'amitié de ma famille de cœur du Pharakî, ainsi que de Lauriane, Myriam, Yasmina, Eirini et David. Sans ces personnes, tout aurait été bien trop sérieux, théorique et peu savoureux. Mes mots s'adressent également à mes parents et mes sœurs qui m'ont soutenue durant ces années.

L'engagement et la confiance des différents activistes avec lesquels j'ai pu échanger et militer ont constitué une source intarissable de réflexions et de motivations. Ils et elles ont toute mon admiration et ma solidarité. Ces années n'auraient pas pu être traversées de la même manière sans l'énergie donnée par la Grève féminise, la campagne d'Uniterre pour la souveraineté alimentaire, le jardin aux 1000 Mains, les réunions de l'ACIDUL et du groupe de travail sur le plan d'intention de l'UNIL, le collectif des LibertAîrs et le groupe juridique de Lausanne. Tout spécialement, je tiens à exprimer ma reconnaissance à Sarah Frehner et Gaspard Genton qui m'ont redonné espoir en un usage stratégique du droit et qui m'ont inspiré par leur détermination à mener des batailles sur le plan juridique.

Enfin, je remercie Samuel qui m'a accompagné tout au long de ces 5 années.

Table des matières

Remerciements	VII
Table des matières	IX
Table des abréviations	XVII
Bibliographie	XXI
Introduction	1
Première partie : La notion de désobéissance civile	13
Chapitre 1 : La désobéissance civile : un « objet juridique non identifié » en droit suisse ?	15
I. Introduction	15
II. Les catégories légales dont la désobéissance civile relève <i>prima facie</i>	17
A. Les libertés fondamentales	19
1. Le droit à la vie et la liberté personnelle	19
2. La liberté de conscience et de croyance	22
3. La liberté d'opinion et d'information	28
4. La liberté de réunion	33
5. Conclusion intermédiaire au sujet des droits fondamentaux	42
B. Le droit pénal	43
1. Les énoncés de faits légaux.....	44
a. Soustraction	45
b. Dommages à la propriété.....	45
c. Contrainte.....	46
d. Violation de domicile	48
e. Empêchement d'accomplir un acte officiel	49
f. Insoumission à une décision de l'autorité	50
g. Incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégaux.....	50
2. L'illicéité – les motifs justificatifs	52
a. Les actes licites de culpabilité et les motifs justificatifs extra-légaux.....	52
b. La légitime défense	55
c. L'état de nécessité licite	56
3. La culpabilité – Les circonstances atténuantes ou aggravantes	58
a. Circonstances atténuantes générales.....	58

	b. La défense excusable	60
	c. L'état de nécessité excusable	61
	4. Conclusion au sujet des catégories de droit pénal	61
	C. Conclusion : la désobéissance civile, une inconnue pour la loi suisse	62
III.	Recherche de la notion au sein de la jurisprudence	64
	A. Les mentions de la désobéissance civile avant 2018	65
	B. Les mentions de la désobéissance civile dès 2018	68
	C. Synthèse au sujet de la notion en jurisprudence	74
IV.	Recherche de la notion de désobéissance civile en doctrine	76
	A. Identification d'une « doctrine de la désobéissance civile » en Suisse	76
	1. La désobéissance civile comme objet d'étude	77
	2. Les autres mentions de la désobéissance civile en doctrine : une indétermination symptomatique ?	89
	B. Des critères de définition de la désobéissance civile ?	95
	C. Au-delà de la définition : des pistes de justification ?	100
	1. Justifications morales et politiques	100
	2. Justifications juridiques	101
	D. Synthèse : la désobéissance civile saisie par renvoi à la philosophie politique ...	102
V.	Conclusion : une notion à préciser à l'aide de la philosophie politique	104
	Chapitre 2 : La désobéissance civile : apports de la philosophie politique	106
I.	Introduction	106
II.	La doctrine du droit de résistance	108
	A. Les fondements du droit de résistance en philosophie politique	108
	B. Consécration positives du droit de résistance	112
	1. La doctrine juridique allemande du droit de résistance	116
	2. La doctrine juridique suisse du droit de résistance	119
	C. Conclusion : un besoin de distinguer désobéissance civile et droit de résistance	125
III.	Une riche polysémie de la notion de désobéissance civile en philosophie politique ..	126
	A. Henry David THOREAU : une paternité accidentelle du concept	127
	1. La loi n'est pas le Juste	129
	2. Désobéir, une affaire de conscience	131
	3. Une définition ?	134
	B. John RAWLS : fondateur de la théorie libérale de la désobéissance civile	136
	1. Contextualisation	136
	2. Une définition critérielle de la désobéissance civile	137
	3. Une définition (trop) limitée ?	141
	C. Jürgen HABERMAS : la désobéissance civile sur le continent européen	144
	1. Contextualisation	144

2.	Une définition axée sur le débat public	146
D.	Hannah ARENDT : une alternative à la pensée libérale de la désobéissance civile.....	148
1.	Contextualisation	148
2.	Une définition politique	150
3.	La centralité de la distinction entre motivations individuelles et acte collectif et politique	154
IV.	Conclusion et adoption d'une définition de travail	157
	Deuxième partie : Casuistique d'actes de désobéissance civile	161
	Chapitre 3 : Les affaires relevant « matériellement » de la désobéissance civile	163
I.	Introduction	163
II.	Méthodologie de filtrage et de constitution du corpus	165
III.	Les actions d'occupation en droit suisse.....	172
A.	ATF 101 IV 167 (JdT 1976 IV 50) – « HIRSCHY »	172
B.	ATF 107 IV 113 (JdT 1982 IV 138) – « Conseil de faculté »	174
C.	ATF 108 IV 165 (JdT 1983 IV 142) – « Tapis humain »	175
D.	Avis de droit de l'OFJ du 4 novembre 1985 – « Occupation d'une église ».....	177
E.	ATF 111 IV 167 (JdT 1986 I 465) – « Trucker Team »	179
F.	ATF 119 IV 301 (JdT 1995 IV 147) – « Guerre du Golfe »	180
G.	ATF 129 IV 6 (Jdt 2005 IV 215) – « Greenpeace »	183
H.	ATF 134 IV 216 – « Syndicat Industrie et Bâtiment »	188
I.	TF, 6B_793/2008 du 24 mars 2009 – « Blocage d'un pont »	192
J.	TF, 6B_214/2011 du 13 septembre 2011 – « Blocage d'une gravière »	193
K.	TF, 6B_1056/2013 du 20 août 2014 – « Occupation d'ambassade ».....	194
L.	Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018 – « Appropriation de cabris »	196
M.	Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019 – « Occupation d'abattoir 1 »	201
N.	ATF 147 IV 297 – « Lausanne Action Climat ».....	204
1.	Première instance : Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020	205
2.	Deuxième instance : Tribunal cantonal, 22 septembre 2020	211
3.	Procédure devant le Tribunal fédéral, 26 mai 2021	216
O.	TF, 6B_1298/2020, 6B_1310/2020 du 28 septembre 2021 – « Mains rouges »	219
1.	Première instance : Tribunal de police de Genève, 20 février 2020	220
2.	Deuxième instance : Tribunal cantonal, 14 octobre 2020	222
3.	Procédure devant le Tribunal fédéral, 28 septembre 2021	224
P.	Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020 – « Occupation d'abattoir 2 »	226
Q.	Tribunal de police du canton de Neuchâtel du 11 juin 2021 – « XR Neuchâtel »	230

	R. Tribunal de Police de la Sarine du 18 juin 2021 – « Block Friday »	232
	S. Tribunal de police de Lausanne du 29 septembre 2021 – « Procès des 200 »	235
IV.	Délit de solidarité en droit suisse.....	238
	A. Tribunal de première instance du canton de Saint-Gall, 30 novembre 1995 – « Paul GRÜNINGER »	239
	B. ATF 127 IV 166 – « Journaliste infiltré »	242
	C. ATF 146 IV 297 – « Anni LANZ »	244
	D. TF, 6B_1368/2019, 13 août 2020 – « Lisa Bosia MIRRA »	248
	1. Première instance : Tribunal de Bellinzone, 28 septembre 2017	249
	2. Deuxième instance : Tribunal cantonal du Tessin, 15 octobre 2019.....	253
	3. Procédure devant le Tribunal fédéral, 13 août 2020	254
	E. Tribunal de police de La Chaux-de-Fonds, 12 mars 2020 – « Norbert VALLEY ».....	255
V.	La désobéissance civile devant la CourEDH : affaires choisies	256
	A. CourEDH, affaire <i>Steel et autres c. Royaume-Uni</i> , 23 septembre 1998	257
	B. CourEDH, affaire <i>Drieman c. Norvège</i> , 4 mai 2000	258
	C. CourEDH, affaire <i>Cisse c. France</i> , 9 avril 2002	259
	D. CourEDH, affaire <i>Luca c. Royaume-Uni</i> , 18 mars 2003	260
	E. CourEDH, affaire <i>Barroco c. France</i> , 5 mars 2009	260
	F. CourEDH, affaire <i>Tatar et Faber c. Hongrie</i> , 12 septembre 2012	262
	G. CourEDH, affaire <i>Kudrevicius et autres c. Lituanie</i> , 15 octobre 2015.....	263
	H. CourEDH, affaire <i>Baldassi c. France</i> , 11 juin 2020	265
VI.	Conclusion du chapitre 3	267
	Chapitre 4 : Observations et limites concernant le traitement judiciaire du corpus	269
I.	Introduction	269
II.	Les observations du traitement judiciaire de la désobéissance civile.....	271
	A. Les ECO : en particulier la contrainte et l'empêchement d'accomplir un acte officiel.....	271
	B. Les motifs justificatifs légaux et extra-légaux : l'état de nécessité comme catalyseur des discussions.....	273
	C. La culpabilité	277
	D. Sanctions.....	278
	E. Les droits fondamentaux	279
	F. Remarques liées à l'activité juridictionnelle	283
III.	Les limites du traitement judiciaire : analyse et application du droit à la désobéissance civile	285
	A. La désobéissance civile constitutionnelle.....	286
	1. La désobéissance civile « en application » des droits fondamentaux.....	286

a.	Un besoin général d’articulation du droit pénal et des droits constitutionnels.....	289
(i)	Les conflits de droits et libertés	291
(ii)	Les conséquences de cette articulation pour la justification pénale	297
b.	La désobéissance civile comme exercice de la liberté d’expression	300
(i)	La protection du « whistleblowing » : une figure analogue ?.....	302
(ii)	Le débat d’intérêt général (CourEDH).....	306
c.	La désobéissance civile et la liberté de réunion.....	311
(i)	L’absence d’autorisation.....	313
(ii)	Le caractère pacifique.....	315
(iii)	Le « chilling effect » de la condamnation des manifestations non autorisées	316
(iv)	La désobéissance civile sur le domaine privé	319
2.	La désobéissance civile en application de l’état de nécessité	322
a.	Danger imminent et biens juridiques individuels.....	323
b.	La subsidiarité	327
(i)	L’aptitude	328
(ii)	La subsidiarité absolue : déficits démocratiques et idéalisation des instruments démocratiques	330
c.	Conclusion intermédiaire : une qualification boiteuse.....	344
B.	La désobéissance civile politique	346
1.	L’interprétation dynamique de la CEDH et l’interprétation conforme à la Constitution	348
2.	L’absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales	354
3.	Les recours associatifs : la désobéissance civile comme « class action » ?..	358
4.	La désobéissance civile « au nom du » droit à un environnement sain : un cas exemplaire	363
IV.	Conclusion du chapitre 4	367
	Troisième partie : Tentative de catégorisation de l’« objet juridique non identifié » désobéissance civile	371
	Chapitre 5 : Perspectives de philosophie politique et de philosophie du droit sur la désobéissance civile	373
I.	Introduction	373
II.	La désobéissance civile une pratique démocratique : perspective de philosophie politique.....	376
A.	Les justifications et finalités proposées par la théorie libérale de la désobéissance civile	377
1.	John Rawls : la désobéissance civile stabilisatrice de la démocratie	377
a.	Théorie de la Justice : pour comprendre la désobéissance civile	377

	b.	Des critères permettant de justifier le recours à la désobéissance civile 382	
	2.	Jürgen HABERMAS : désobéissance civile et démocratie délibérative.....	385
	a.	L’agir communicationnel.....	387
	b.	La désobéissance civile : une voix au débat.....	390
	3.	Discussion sur les justifications libérales de la désobéissance civile.....	395
	B.	La désobéissance civile républicaine : une forme d’association volontaire.....	398
	1.	L’association volontaire et la place du désaccord.....	399
	2.	Un droit à la désobéissance civile ?.....	402
	C.	Conclusion au sujet du caractère démocratique de la désobéissance civile.....	407
III.		« La loi, c’est la loi » : mise en cause du légalisme.....	409
	A.	Positivisme ou jusnaturalisme : la dichotomie structurante.....	411
	1.	Les doctrines du droit naturel.....	411
	2.	Les doctrines positivistes.....	413
	3.	La désobéissance civile : un cas limite pour le positivisme.....	415
	B.	Doctrines contractualistes et sujet de droit.....	416
	1.	Individu et libertés.....	417
	2.	Des doctrines contractualistes mises en cause.....	422
	3.	La désobéissance civile en prise avec l’héritage contractualiste.....	424
	C.	Le légalisme.....	426
	D.	Les conséquences de ces doctrines sur la technique juridique.....	428
	1.	La neutralité axiologique.....	428
	2.	Le syllogisme.....	430
	E.	Le droit comme science sociale ? Une alternative.....	431
	1.	Expliciter les choix et rendre son caractère humain à la loi.....	431
	2.	Enjeux pour la désobéissance civile.....	433
	F.	Conclusion relative au grief d’illégalité.....	436
IV.		Anomie et séparation des pouvoirs : quelle place entre mécanicité et arbitraire pour les juges ?.....	437
	A.	Interprétation et marge de manœuvre des juges.....	438
	1.	Texte clair, méthodes d’interprétation et comblement des lacunes.....	440
	a.	Méthodes d’interprétation.....	440
	b.	Comblement des lacunes.....	442
	c.	En droit pénal : un principe de légalité renforcé.....	445
	d.	Quelles implications pour la désobéissance civile ?.....	448
	2.	Au-delà du texte clair : l’autorité judiciaire et sa marge d’appréciation.....	450
	a.	Les notions indéterminées et la micropolitique du droit.....	451
	b.	Quel encadrement du pouvoir interprétatif des juges ?.....	456
	c.	Redéfinition de la sécurité juridique.....	459

d. Conclusion.....	462
3. Ronald DWORKIN : l'herméneutique juridique appliquée à la désobéissance civile.....	462
a. Contextualisation.....	463
b. La désobéissance civile comme « cas difficile »	467
4. Conclusion : quelle marge de manœuvre des juges face à la désobéissance civile ?	472
B. La séparation des pouvoirs et le gouvernement des juges	475
1. Séparation des pouvoirs : notion.....	476
2. L'appel au contre-pouvoir porté par la désobéissance civile.....	478
3. Quelle forme d'intervention ?	482
4. Conclusion.....	483
V. Conclusion du chapitre 5	485
Propositions pour une catégorisation de l'« objet juridique non identifié » désobéissance civile	487



Table des abréviations

AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
Art.	Artikel(n)
art.	article(s)
ATAF	Arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	arrêts du Tribunal fédéral
ATS	Agence télégraphique suisse
BJP	bien(s) juridiquement protégé(s)
BO	Bulletin officiel
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Allemagne)
c.	considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (état le 1 ^{er} janvier 2022), RS 210
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, approuvée par l’Assemblée fédérale le 3 octobre 19743 (état le 1 ^{er} août 2022), RS 0.101
CENAC	Centre pour l’action non violente
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
CF	Conseil fédéral
CFF	Chemins de fer fédéraux
ch.	chiffre(s)
CJUE	Cour de justice de l’Union européenne
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (état le 1 ^{er} juillet 2022), RS 220
CourEDH	Cour européenne des droits de l’homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (état le 1 ^{er} juillet 2021), RS 311.0

CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (état le 1 ^{er} juillet 2022), RS 312.0
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (état le 7 mars 2021), RS 101
Cst. VD	Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003 (état le 11 mars 2020), RS 131.231
ECO	Elément(s) constitutif(s) objectif(s)
EPFZ	École polytechnique fédérale de Zurich
FF	Feuille fédérale
fr.	francs suisses
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland du 23 mai 1949 (état le 29 septembre 2020)
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
GSsA	Groupe pour une Suisse sans armée
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (acronyme allemand : VBP)
JdT	Journal des Tribunaux
LAC	« Lausanne Action Climat »
LAsi	Loi sur l'asile du 26 juin 1998 (état le 1 ^{er} janvier 2021), RS 142.31
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (état le 1 ^{er} janvier 2022), RS 741.01
LEI	Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (état le 2 octobre 2022), RS 142.20
let.	lettre(s)
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (état le 1 ^{er} janvier 2022), RS 172.220.1
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (état le 1 ^{er} janvier 2022), RS 173.110
LUPEA	Loi du 23 décembre 1959 sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique, RS 732.0
Mio.	Millions
OCR	Ordonnance sur les règles de la circulation routière du 13 novembre 1962 (état le 1 ^{er} avril 2022), RS 741.11
OFJ	Office fédéral de la Justice

OFS	Office fédéral de la Statistique
OGM	organismes génétiquement modifiés
ONG	Organisation(s) non gouvernementale(s)
PPEC	peine pécuniaire
N	numéro(s)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
p.	page(s)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (état le 1 ^{er} janvier 2022), RS 172.021
PPEC	Peine pécuniaire
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
réf.	référence(s)
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RTS	Radio Télévision suisse
ss	et suivant(e)s
SJ	Semaine judiciaire
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TPF	Tribunal pénal fédéral
XR	« Extinction Rebellion »



Bibliographie

- AGIER-CABNES Isabelle, La désobéissance civile : une exception anglo-saxonne ?, *Cosmopolitiques* 8/2004, 136 ss
- AGRIKOLIANSKY Éric, Les usages protestataires du droit, in : Agrikolianski Éric et al. (éd.), *Penser les mouvements sociaux*, Paris 2010, 225 ss
- AGUILLON Claire, La reconnaissance de la désobéissance civile en démocratie, *Juridictoria* 13/2016, 21 ss
- ALLARD Julie, *Dworkin et Kant : réflexions sur le jugement*, Bruxelles 2001 (cité : Kant)
- ALLARD Julie, *Dworkin : une philosophie critique du jugement*, *Revue internationale de philosophie* 233/2005, 303 ss (cité : jugement)
- AMNESTY INTERNATIONAL, *Compassion sanctionnée : la solidarité devant la justice au sein de la forteresse Europe*, Londres 2020
- ARENDT Hannah, *Essai sur la révolution*, Gallimard, Paris 1963
- ARENDT Hannah, *Du mensonge à la violence : essais de politique contemporaine*, Calmann-Lévy, Paris 1972 (cité : mensonge)
- ARENDT Hannah, *Qu'est-ce que la politique ?*, Ed. du Seuil, Paris 1995 (cité : politique)
- ARENDT Hannah, *L'humaine condition*, Quattro Gallimard, rééd. Paris 2012 (cité : Humaine)
- ARIES Paul, *Désobéir et grandir*, Paris 2018
- ASSOCIATION DES JURISTES PROGRESSISTES ET AL., *Rapport sur la régression de la liberté de réunion pacifique à Genève (2015-2019)*, Genève 2019
- AUBERT Jean-François, *Exposé des institutions politiques de la Suisse à partir de quelques affaires controversées*, Lausanne 1978 (cité : institutions)
- AUBERT Jean-François, *Bundesstaatsrecht der Schweiz. Fassung von 1967 Neubearbeiteter Nachtrag bis 1990*, vol. I, Bâle 1991 (cité : Bundesstaatsrecht)
- AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003

- AUDIER Serge, *Les théories de la république*, Paris 2015
- AUER Andreas, *Das Bild des Stimmbürgers in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, Wahl Probleme der Demokratie*, in: Ziegler Béatrice/Wälti Nicole, Zurich 2012, 19 ss (cité : Wahl)
- AUER Andreas/MALINVERNI Gorgio/HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II., 3^e éd., Berne 2013
- BALIBAR Etienne, *Droit de cité*, Paris 2002 (cité : droit)
- BALIBAR Etienne, *La proposition de l'égaliberté : essais politiques, 1989-2009*, Paris 2010 (cité : égaliberté)
- BARROT Adrien, *Le citoyen, le philosophe et la loi : le problème de Socrate*, in : Perrouty Pierre-Arnaud (éd.), *Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi*, Bruxelles 2000, 41 ss
- BAUMANN Paul, *Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, Paris 2021
- BEDAU Hugo Adam, *Civil Disobedience and Personal Responsibility for Injustice*, *The Monist* 54/1970, 517 ss
- BEGUM Bulak, *Les conflits de droits fondamentaux : une question pour le législateur ou pour le juge ? Analyse à l'aune de la protection de la réputation et de la liberté d'expression*, in : Pichonnaz Pascal (éd.), *Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit*, Fribourg 2014, 31 ss
- BELSER Eva Maria/WALDMANN Bernhard, *Grundrechte II : die einzelnen Grundrechte*, 2^e éd., Zurich 2021
- BENOÎT-ROHMER Florence/WACHSMANN Patrick, *La résistance dans la Déclaration*, *Droits* 8/1988, 92 ss
- BENTOUHAMI-MOLINO Hourya, *Le dépôt des armes : non-violence et désobéissance civile*, Paris 2015
- BERLIN Isaiah, *Two concepts of liberty. An inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 31 October 1958*, Clarendon Press, Oxford 1959
- BERNHARD Claudia, *Die Struktur des rechtfertigenden Notstands: Prinziporientierung versus Konsequentialismus*, in : Mona Martino/Seelmann Kurt (éd.), *Grenzen des rechtfertigenden Notstands*, Zurich/Bâle/Genève 2006, 15 ss
- BESSE Thomas, *Le débat d'intérêt général : un fait justificatif conventionnel*, *Archives de politique criminelle* 1/2018, 87 ss (cité : 2018)
- BESSE Thomas, *Liberté d'expression et intérêt général : du droit spécial au droit commun*, *Droit pénal* 1/2021, 7 ss (cité : 2021)
- BESSON Samantha, *La constitution de la société civile*, *Revue fribourgeoise de jurisprudence* 1/2005, 323 ss (cité : société civile)

- BESSON Samantha, *The Morality of Conflict : Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford 2005 (cité : *Morality*)
- BETTEX Christian, *Le whistleblowing*, *L'expert-comptable suisse* 6-7/2014, 492 ss
- BETTEX Christian ET AL., *Extraits des plaidoiries du premier procès de la place financière helvétique*, in : Bourg Dominique/Demay Clémence/Favre Brian, *Désobéir pour la Terre*, Paris 2021, 103 ss
- BIAGGINI Giovanni, *Verfassungslegung*, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich/Bâle/Genève 2020, 235 ss
- BIDET Jacques, *John Rawls et la théorie de la justice*, Paris 1995
- BIGRIMANA Consolate, *Essai d'analyse philosophique de la désobéissance civile*, *Laval théologique et philosophique* 61/2005, 337 ss
- BLANCHER Alexia, *Les activistes du climat à Lausanne*, *crimen.ch* 16 septembre 2021, 1 ss
- BLATTER Joachim, *Demokratiedefizite*, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich/Bâle/Genève 2020, 445 ss
- BLOOM Allan, *John Rawls, un philosophe sans éducation*, *Commentaire* 1987/2, 404 ss
- BOILLET Véronique, *Le corps électoral fédéral*, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, vol. III, Zurich/Bâle/Genève 2020, 1657 ss (cité : *corps fédéral*)
- BOILLET Véronique/DEMAY Clémence, *Access to Political Rights in Switzerland : Critique of the Naturalisation Process as a Source of Exclusion*, *sui generis* 2021, 229 ss
- BOILLET Véronique, *L'état de nécessité climatique face aux droits politiques*, in : *Environnement, climat : quelle justiciabilité ?*, Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Thierry Largey/Raphael Mahaim (éd.), Bâle 2022, à paraître
- BOURBAN Michel, *Penser la justice climatique*, Paris 2018
- BOURDIEU Pierre, *Les juristes gardiens de l'hypocrisie collective*, in : Chazel François/Jacques Commaille (éd.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris 1991, 95 ss (cité : *hypocrisie*)
- BOURDIEU Pierre, *L'objectivation participante*, *Actes de la recherche en sciences sociales* 5/2003, 43 ss

- BOSVIEUX-ONEYEKWELU, Le public en faire-valoir. La sélection des bénéficiaires du *Pro Bono* par les multinationales du droit en France et aux États-Unis, *Sociétés contemporaines* 3/2021, 111 ss
- BOVE José/LUNEAU Gilles, *La désobéissance civique*, Paris 2004
- BRAIG Katharina Franziska/BRILLAT Manuela, En marge de l'initiative « Ainées pour la protection du climat » : franchir le pas de l'environnement aux droits humains, *Revue de droit suisse* 5/2020, 473 ss
- BRENCI Alessandro, *De la question juridique de principe*, thèse, Lausanne 2015
- BRENCI Alessandro/CERUTTI Davide, Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit. De la méthode...aux pragmata, in : Pichonnaz Pascal (éd.), *Le législateur son juge et la mise en œuvre du droit*, Fribourg 2014, 6 ss
- BROWNLIE Kimberly, Penalizing Public Disobedience, *Ethics* 4/2008, 711 ss
- BÜHLER Pierre, La désobéissance civile comme problème de droit dans la démocratie, *Studia philosophica* 44/1985, 89 ss
- CABANES Valérie, *Un nouveau droit pour la Terre – Pour en finir avec l'écocide*, Paris 2016
- CANGUILHEM Georges, *Études d'histoire et de philosophie des sciences*, 5^e éd., Paris 1989
- CANOVAN Margaret, Hannah Arendt: A Reinterpretation of her Political Thought, Cambridge 1995
- CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 5^e éd., Paris 1983
- CARRANZA Carlos Jaïco/MICOTTI Sébastien, Whistle-Blowing : problèmes et perspectives, *Pratique Juridique Actuelle* 2007, 981 ss
- CELIKATES Robin, *La désobéissance civile : entre non-violence et violence*, *Rue Descartes* 77/2013, 35 ss
- CERVERA-MARZAL Manuel, *Désobéir en démocratie : la pensée désobéissante de Thoreau à Martin Luther King*, Paris 2013 (cité : désobéir)
- CERVERA-MARZAL Manuel, *Les nouveaux désobéissants : citoyens ou hors la loi ?*, Lormont 2016 (cité : nouveaux)
- CEVA Emmanuela, Justice et corruption politique : une justification du devoir de lancer l'alerte, *Raisons politiques* 4/2020, 60 ss
- CHALLE Edouard, Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit, *Le Philosopho* 9/1999, 175 ss
- CHAPPE Vincent-Arnaud, La qualification juridique est-elle soluble dans le militantisme ? Tensions et paradoxes au sein de la permanence juridique d'une association antiraciste, *Droit et Société* 3/2013, 545 ss

- CHASSAGNARD-PINET Sandrine, La désobéissance civile face à la normativité du droit, in : Hiez David/Villalba Bruno (éd.), La désobéissance civile : approches politique et juridique, Villeneuve-d'Ascq 2008, 51 ss
- CHATTON Gregor T., Aspects de la justiciabilité des droits sociaux de l'Homme. Cinq variations autour d'un thème méconnu, Berne 2012
- CHENOWETH Erica, Civil Resistance. What Everyone needs to Know, Oxford 2021
- CHOLLET Antoine, Défendre la démocratie directe. Sur quelques arguments antidémocratiques des élites suisses, Lausanne 2011 (cité : démocratie)
- CHOLLET Antoine, Referendums Are True Democratic devices, Swiss Political Science Review 3/2018, 342 ss (cité : Referendums)
- COLEMAN Jules L./LEITER Brian, Legal Positivism, in: Patterson Dennis M. (éd.), A companion to Philosophy of Law and Legal Theory, 2^e éd., Malden 2010
- COLLECTIF MAUVAISE TROUPE, Contrées. Histoires croisées de la ZAD de Notre-Dame-des-Landes et de la lutte No TAV dans le Val Susa, Paris 2016
- COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Observation générale n°37 (2020) sur le droit de réunion pacifique (art. 21), CCPR/C/GC/37 du 17 septembre 2020
- COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE) ET BUREAU DE L'OSCE POUR LES INSTITUTIONS DÉMOCRATIQUES ET LES DROITS DE L'HOMME, Lignes directrices sur la liberté de réunion pacifique, CDL-AD(2019)017rev, 3^e éd., Strasbourg/Varsovie, 15 juillet 2020 (cité : Lignes directrices)
- CONINX Anna, Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand, Berne 2012 (cité : Solidarität)
- CONINX Anna, Der entschuldigende Notstand zwischen Unrecht und Schuld, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 131/2013, 113 ss
- CONSEIL DE L'EUROPE, Guide sur l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, mis à jour au 31 décembre 2019 (cité : article 11)
- CONSEIL DE L'EUROPE, Objection de conscience. Fiche thématique, octobre 2021 (cité : objection de conscience)
- CONSEIL DE L'EUROPE, Guide sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Manifestations de masse, mis à jour au 31 août 2021 (cité : manifestations)
- CONSEIL DE L'EUROPE, Guide sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, mis à jour au 31 décembre 2021 (cité : article 9)
- CONSEIL DE L'EUROPE, Environnement et Convention européenne des droits de l'homme, janvier 2022 (cité : Environnement)

- CONSEIL D'ÉTAT VAUDOIS, Réponse du Conseil d'État vaudois à l'interpellation Denis Rubattel : Un fonctionnaire peut-il prôner la désobéissance civile et violer ainsi la loi ??, 20_INT_452, septembre 2020
- CONSEIL D'ÉTAT VAUDOIS, Réponse du Conseil d'État vaudois à l'interpellation Florence Gross et consorts – Encourager à violer la loi : est-ce le nouveau hobby des employés de l'État ? , 20_INT_435, septembre 2020, 4 ss
- CORBAZ Mathieu, Les mineurs non accompagnés en droit d'asile, thèse, Lausanne 2019
- CORBOZ Bernard, Les infractions en droit suisse, 3^e éd., Berne 2010
- COURNIL Christel, Les grandes affaires climatiques, Aix-en-Provence 2020
- COURNIL Christel, Notre Affaire à Tous et « l'arme du droit ». Le combat d'une ONG pour la justice climatique, in : Environnement, climat : quelle justiciabilité ?, Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Thierry Largey/Raphael Mahaim (éd.), Bâle 2022, à paraître (cité : arme)
- DE LEONARDIS Marie-Thérèse, L'objection de conscience en droit public suisse : contribution à l'étude du droit constitutionnel et du droit pénal militaire, thèse, Lausanne 1990.
- DE MONTMOLLIN Benoît/VON CRANACH Philipp, Objection de conscience, in : Dictionnaire historique de la Suisse, version du 12 juin 2020, traduit de l'allemand. Online : <https://hls-dhs-dssch/fr/articles/008678/2020-06-12/>, consulté le 31 octobre 2021
- DE SCHUTTER Olivier, Désobéissance civile et cause significative, in : Perrouty Pierre-Arnaud (éd.), Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi, Bruxelles 2000, 217 ss
- DE SUTTER Laurent, Hors la loi. Théorie de l'anarchie juridique, Paris 2021
- DEFLEM Matthieu, La notion de droit dans la théorie de l'agir communicationnel de Jürgen Habermas, *Déviance et société* 18/1994, 95 ss
- DELLA PORTA Donatella/DIANI Mario, Social Movements. An Introduction, 2^e éd., Malden/Oxford/Carlton 2006
- DELMAS Candice, Political Resistance for Hedgehogs, in : Waluchow Wil/Sciaraffa Stefan (éd.), *The Legacy of Ronald Dworkin*, Oxford 2016, 25 ss
- DELMAS Candice, A Duty to Resist: When Disobedience Should Be Uncivil, *Oxford* 2018 (cite : Duty)
- DELRUELLE Édouard, Désobéir en démocratie, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 79/2017, 161 ss
- DEMAY Clémence/LOETSCHER Audrey, Face à la crise de la non-durabilité, analyse de la réponse citoyenne au travers de la désobéissance civile, in :

- Favre Anne-Christine/Fornage Anne-Christine/Parein Loïc (éd.), *Droit pénal de l'environnement*, Bâle 2022, 193 ss
- DEMARY Clémence/FAVRE Brian, *De l'état de nécessité à la désobéissance civile environnementale*, in : Bourq Dominique/Demary Clémence/Favre Brian, *Désobéir pour la Terre*, Paris 2021, 249 ss
- DEMARY Clémence/VOULAND Arno, *Regards croisés sur l'état de nécessité en droit français et suisse*, in : Bourq Dominique/Demary Clémence/Favre Brian, *Désobéir pour la Terre*, Paris 2021, 207 ss
- DESMONS Éric, *Droit de résistance et histoire des idées*, *Pouvoirs* 155/2015, 29 ss
- DOBLER Philipp, *Recht auf demokratischen Ungehorsam: Widerstand in der demokratienahen Gesellschaft – basierend auf den Grundprinzipien des Kritischen Rationalismus*, thèse, Fribourg 1995
- DOHERTY Brian/HAYES Graeme, *Having Your Day in Court: Judicial Opportunity and Tactical Choice in Anti-GMO Campaigns in France and the United Kingdom*, *Comparative Political Studies* 47/2014, 3 ss
- DONATSCH Andreas, *Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen*, 11^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2018
- DONATSCH Andreas ET AL., *StGB JStG*, 20^e éd., Zurich 2018 (cité : OFK StGB–AUTEUR, Art., N)
- DONGOIS Nathalie, *L'erreur judiciaire en matière pénale. Regards croisés sur ses contours et ses causes potentielles*, Genève 2014
- DONNARUMMA Maria Rosaria, *Le « délit de solidarité », un oxymore indéfendable dans un État de droit*, *Revue française de droit constitutionnel* 1/2019, 45 ss
- DORLIN Elsa, *Se défendre. Une philosophie de la violence*, Paris 2017
- DOURNEAU-JOSETTE Pascal, *Cour européenne des droits de l'homme et matière pénale*, Paris 2020
- DREIER Ralf, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam*, in : Achterberg et al. (éd.), *Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scurpin zum 80. Geburtstag*, Berlin 1983, 573 ss
- DREIER Ralf, *Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, in: Glotz Peter (éd.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Herausgegeben von Peter Glotz, Francfort-sur-le-Main 1983, 54 ss (cité: *Widerstandsrecht*)
- DROIN Nathalie, *Diffamation et débat d'intérêt général : la bonne foi plie, mais ne rompt pas*, *Dalloz* 2015, 931 ss
- DUBEY Jacques, *Droits fondamentaux*, vol. I et II, Bâle 2017

- DUBEY Jacques/MARTENET Vincent, *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021 (cité : CR Cst.–AUTEUR, art., N)
- DUFOUR Isabelle, *La culpabilité*, in : Kuhn André et al. (éd.), *La nouvelle partie générale du Code pénal suisse*, Berne 2006, 53 ss
- DUPUY Jean-Pierre, *Les paradoxes de « Théorie de la Justice »*. Introduction à l'œuvre de John Rawls, *Esprit* 134/1988, 72 ss
- DUPEYRIX Alexandre, *Comprendre Habermas*, Paris 2009
- DUPUIS Michel ET AL., *Petit commentaire CP*, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : PC–CP, art., N)
- DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris 1995 (cité : droits)
- DWORKIN Ronald, *Une question de principe*, PUF, Paris 1996 (cité : principe)
- EBERT Theodor, *Die Auswirkungen von Aktionen zivilen Ungehorsams in parlamentarischen Demokratien. Eine vergleichende Betrachtung*, in : Saladin Peter et al. (éd.), *Widerstand im Rechtsstaat: 10. Kolloquium der Schweizerischen Akademie der Geisteswissenschaften*, Fribourg 1988, 73 ss
- EGGER Florian /MENETRIER DE JOLLIN Raphaël, *La grève pour le climat : une entorse justifiée à l'obligation de fréquenter l'école publique ?*, *ex ante* 2/2020, 3 ss
- EHRENZELLER Bernhard, *Glauben, Gewissen und Weltanschauung*, in: Merten Detlef et al. (éd.), *Grundrechte in Österreich, der Schweiz und in Liechtenstein Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg 2007, 301 ss
- EHRENZELLER Bernhard/SCHINDLER Benjamin/SCHWEIZER Rainer/VALLENDER Klaus, *Die schweizerische Bundesverfassung*, 3^e éd., Zurich 2014 (cité: SGK BV–AUTEUR, Art., N)
- EICHENBERGER Steven, *The Rise of Citizen Groups within the Administration and Parliament in Switzerland*, *Swiss Political Science Review* 26/2020, 206 ss
- ELIAS Norbert, *Engagement et distanciation. Contributions à la sociologie de la connaissance*, Paris 1993
- ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, *La désobéissance civile : une source du droit ?* *Revue trimestrielle de droit civil* 2005, 73 ss
- ENGRÉN André, *La pensée politique de Hannah Arendt*, Paris 1984
- EPPEL-GASS Ruedi, *Kaiseraugst – Geschichte einer erfolgreichen gewaltfreien Aktion*, in : Gross Andreas/Spescha Marc (éd.), *Demokratischer Ungehorsam für den Frieden: zum Recht auf Widerstand in der*

- schweizerischen Demokratie nach der GSoA Abstimmung vom 26. November 1989, Zurich 1990, 93 ss
- FABRE-MAGNAN Muriel, *L'institution de la liberté*, Paris 2018
- FALCÒN Y TELLA Maria José, *A History of Civil Disobedience*, Genève 2004 (cité : History)
- FALCÒN Y TELLA Maria José, *Civil Disobedience and Test Cases*, *Ratio Juris* 17/2004, 315 ss (cité: Test Cases)
- FALCÒN Y TELLA Maria José, *La désobéissance civile face à la philosophie du droit*, Genève 2004 (cité : philosophie)
- FAVEZ Jean-Claude/MYSYROWICS Ladislav, *Le nucléaire en Suisse*, Lausanne 1987
- FAVRE Anne-Christine, *La minorité agissante en droit de l'environnement. Ou quelle minorité est légitimée à assurer la protection de la majorité ?*, *Mélanges en l'honneur de la professeur Barbara Wilson*, Lausanne 2016, 363 ss (cité : Mélanges)
- FAVRE Anne-Christine, *Infractions environnementales et qualité pour agir*, in : Favre Anne-Christine/Fornage Anne-Christine/Parein Loïc (éd.), *Droit pénal de l'environnement*, Bâle 2022, 593 ss (cité : qualité)
- FAVRE Anne-Christine, *Le contentieux environnemental en droit suisse : la qualité pour recourir des tiers en question*, in : *Environnement, climat : quelle justiciabilité ?*, Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Thierry Largey/Raphael Mahaim (éd.), Bâle 2022, à paraître (cité : contentieux)
- FAVRE Christian/PELLET Marc/STOUDMANN Patrick, *Droit pénal accessoire : code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale*, Ferlens 2018
- FERRARESE Estelle, *Le conflit politique selon Habermas*, *Multitudes* 41/2010, 196 ss
- FISCHMEISTER Julien/SCALIA Damien, *Résistance au droit et droit international des droits humains*, *IRASCible. Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles* 8/2021, 63 ss
- FLEISCH Nicolaus H., *Ziviler Ungehorsam oder Gibt es ein Recht auf Widerstand im schweizerischen Rechtsstaat ?*, thèse, Grüşch 1989
- FLÜCKIGER Alexandre, *La rédaction administrative et législative inclusive*, Berne 2019
- FRAGNIÈRE Augustin, *La liberté des Modernes à l'épreuve de la finitude*, *Nature Science Société* 2/2012, 194 ss
- FRIGERIO Veronica, *Réception de la biodiversité en droit*, thèse, Lausanne 2021

- FRYDMAN Benoit, La rhétorique judiciaire dans l'Antigone de Sophocle, in : Couloubaritsis Lambros/Ost Jean-François, *Antigone et la résistance civile*, Bruxelles/Paris 2004, 161 ss
- FRYDMAN Benoît, *Le sens des lois histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd., Bruxelles 2005 (cité : sens)
- FRYDMAN Benoit, Pourquoi Dworkin intéresse les philosophes ?, *Revue internationale de philosophie* 3/2005, 291 ss (cité : Dworkin)
- GENTON Gaspard/FAVROD-COUNE Pascal, Liberté d'expression et répression pénale. L'acte expressif répondant à une qualification pénale à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Semaine Judiciaire* 2022/8, 623 ss
- GÉRARD Philippe, Les justifications de l'autorité du droit dans la société démocratique et la désobéissance civile, in : Perrouty Pierre-Arnaud (éd.), *Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi*, Bruxelles 2000, 79 ss
- GIRARD Mathilde, Du dedans au dehors de l'espace démocratique : la désobéissance civile, *Multitudes* 41/2010, 212 ss
- GISEL Pierre, Spécisme, in : Bourg Dominique/Papaux Alain (éd.), *Dictionnaire de la pensée écologique*, Paris 2015, 948 ss
- GIUGNI Marco, *La Suisse dans la rue, Mouvements, mobilisations, manifestants*, Lausanne 2019
- GIUGNI Marco/PASSY Florence, *Histoires de mobilisation politique en Suisse. De la contestation à l'intégration*, Paris/Montréal 1997
- GNONI Sara, La désobéissance civile, dernière option, pour nous donner une chance, in : Menétrey-Savary Anne-Catherine et al. (éd.), *Tumultes postcorona*, Lausanne 2021, 48 ss
- GONIN Luc/BIGLER Olivier, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) : commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne 2018
- GRAA Numa, Qu'est-ce qu'un « danger imminent » ?, *Revue pénale suisse* 138/2020, 285 ss
- GRANDJEAN Yann, Le juge est-il un acteur politique ?, *Pratique Juridique Actuelle* 2013, 365 ss (cité : 2013)
- GRANDJEAN Yann, Le droit « conventionnel » : un recommencement plutôt qu'une révolution, *Pratique Juridique Actuelle* 2016, 1033 ss (cité : 2016)
- GRAVEN Philippe, Note sur l'interprétation des lois pénales en Suisse, in : Perrin Jean-François (éd.), *Les règles de l'interprétation*, Fribourg 1989, 154 ss
- GREZICK Bernd, Art. 20, in: Maunz Theodor et al. (éd.), *Grundgesetz Kommentar*, Munich 2014

XXX

- GROBSON Sophie, La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression : antilogie juridique et oxymore politique, in : Lochak Danièle/Champeil-Desplats Véronique (éd.), A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme, Paris/Nanterre 2008, 139 ss
- GROS Frédéric, Désobéir, Paris 2017
- GROSS Andreas/SPESCHA Marc, Demokratischer Ungehorsam für den Frieden: zum Recht auf Widerstand in der schweizerischen Demokratie nach der GSoA Abstimmung vom 26. November 1989, Zurich 1990
- GUILLARME Bertrand, Rawls et l'égalité démocratique, Paris 1999
- GUTSCHER Heinz, Widerstand, Nonkonformität: vom Einfluss der Minderheit auf die Mehrheit, in: Saladin Peter et al. (éd.), Widerstand im Rechtsstaat: 10. Kolloquium Schweizerischen Akademie der Geisteswissenschaften, Fribourg 1988, 143 ss
- HABERMAS Jürgen, Kleine politische Schriften/5, Die neue Unübersichtlichkeit, Suhrkamp, Francfort-sur-le-Main 1985 (cité : Unübersichtlichkeit)
- HABERMAS Jürgen, Kleine politische Schriften/6, Eine Art Schadensabwicklung, Suhrkamp, Francfort-sur-le-Main 1987 (cité : Schadensabwicklung)
- HABERMAS Jürgen, Droit et démocratie : entre faits et normes, Gallimard, Paris 1997 (cité : Droit)
- HABERMAS Jürgen/RAWLS John, Débat sur la justice politique, Ed. du Cerf, Paris 1997
- HAFNER Félix, Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Daniel Thürer et al. (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, 707 ss
- HAKSAR Vinit, The Right To Civil Disobedience, Osgoode Hall Law Journal 41/2003, 408 ss
- HASANI Ybler/ZALKA Jascha, Der (fehlerhafte) Gebrauch des rechtfertigenden Notstands zur Durchsetzung klimapolitischer Ziele, in: Hasani Ybler/Hug Stefanie/Zalka Jascha (éds.), Recht Und Umwelt, Zurich/Bâle/Genève 2021, 15 ss
- HAYES Graeme/OLLITRAULT Sylvie, La désobéissance civile, Paris 2012
- HERMANN Johannes, Zivil Ungehorsam und rechtfertigender Notstand - Ziviler Notstand und gerechtfertigter Ungehorsam ?, in : Mona Martino/Seelmann Kurt (éd.), Grenzen des rechtfertigenden Notstands, Zurich/Bâle/Genève 2006, 85 ss (cité: Grenzen)
- HERRMANN Dominik, Notwehr oder notwendiger Ungehorsam ?, digma 2014, 150 ss (cité: Notwehr)

- HIEZ David, Les conceptions du droit et de la loi dans la pensée désobéissante, in : Hiez David/Villalba Bruno (éd.), *La désobéissance civile : approches politique et juridique*, Villeneuve-d'Ascq 2008, 51 ss
- HIEZ David/VILLALBA Bruno, *La désobéissance civile : approches politique et juridique*, Villeneuve-d'Ascq 2008
- HILTI Martin, *Die Gewissensfreiheit in der Schweiz*, thèse, Zurich/Saint-Gall 2008
- HÖGLINGER Dominic, *Verschafft die direkte Demokratie den Benachteiligten mehr Gehör ? Der Einfluss institutioneller Rahmenbedingungen auf der medialen Präsenz politischer Akteure*, *Swiss Political Science Review* 2/2008, 207 ss
- HUG Dario, *Whistleblowing et secrets pénalement protégés : quels risques pour le lanceur d'alerte en Suisse*, *Revue pénale suisse* 131/2013, 1 ss
- HURTADO JORDI Carmona, *Hannah Arendt : patience de l'action*, Paris 2016
- HURTADO POZO José/GODEL Thierry, *Droit pénal général*, 3^e éd., Zurich 2019
- IMBACH HAUMÜLLER Diana, *Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich*, *Zürcher Studien zum Privatrecht* 2011, 75 ss
- ISRAEL Liora, *L'arme du droit*, Paris 2020
- JEANNENEY Julien, *Désobéir*, *Revue Droit & Littérature* 1/2019, 97 ss
- JOMINI Sandrine, *La responsabilité pénale des collectivités publiques et des fonctionnaires*, *Revue pénale suisse* 120/2002, 26 ss
- JOUANJAN Olivier, *Le droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance : Georg Jelinek et la construction juridique de l'État moderne*, *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande* 1/2014, 51 ss
- KÄLIN Walter, *Ziviler Ungehorsam und Grundrechte*, in: Saladin Peter et al. (éd.), *Widerstand im Rechtsstaat: 10. Kolloquium der Schweizerischen Akademie der Geisteswissenschaften*, Fribourg 1988, 235 ss
- KATEB George, *Political action: its nature and advantages*, in : Dana Villa (éd.), *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*, Cambridge 2006, 130 ss
- KILLIAS Martin/DONGOIS Nathalie/KUHN André, *Précis de droit pénal général*, 4^e éd., Berne 2016
- KILLIAS Martin/AEBI Marcelo/KUHN André, *Précis de criminologie*, 4^e éd., Berne 2019
- KING Martin Luther, *Autobiographie*, Paris 2000
- KLEGER Heinz, *Die Kraft der Gewaltfreiheit*, in: Saladin Peter et al. (éd.), *Widerstand im Rechtsstaat: 10. Kolloquium der Schweizerischen Akademie der Geisteswissenschaften*, Fribourg 1988, 327 ss (cité: *Gewaltfreiheit*)

- KLEGER Heinz, Der neue Ungehorsam: Widerstände und politische Verpflichtung in einer lernfähigen Demokratie, Francfort-sur-le-Main/New York 1993 (cité : Widerstände)
- KLEY Andreas, § 17 Rechtsstaat und Widerstand, in: Thürer Daniel et al. (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, 285 ss
- KOOPMANS Ruud, Political. Opportunity. Structure. Some Splitting to Balance the Lumping, Sociological Forum 1/1999, 93 ss
- KOUBI Geneviève, Penser le droit de résistance à l'oppression dans les sociétés démocratiques contemporaines, in : Perrouy Pierre-Arnaud (éd.), Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi, Bruxelles 2000, 121 ss
- KRAMER Ernst A., Judizieren *contra legem*, recht 2017, 180 ss
- KRIESI Hanspeter, Die Gegenkultur als Kern des politischen Protests im Rechtsstaat, in : Saladin Peter et al. (éd.), Widerstand im Rechtsstaat : 10. Kolloquium der Schweizerischen Akademie der Geisteswissenschaften, Fribourg 1988, 165 ss (cité: Gegenkultur)
- KRIESI Hanspeter, Direct Democratic Choice : The Swiss Experience, Lanham 2005 (cite : Choice)
- KRIESI Hanspeter, Das Abstimmungsverhalten der Schweizer Stimmbürgerinnen und Stimmbürger: wie wirken Abstimmungskampagnen ?, Wahl-Probleme der Demokratie, Ziegler Béatrice/Wälti Nicole (éd.), Zurich 2012, 39 ss (cité : Wahl)
- KÜHLER Anne, Proteste gegen die Umweltzerstörung – Gedanken zum zivilen Ungehorsam aus grundrechtlicher Perspektive, in: Burger Paul et al. (éd.), Macht, Recht und Natur, Mensch-Natur Beziehungen im Spannungsfeld ihrer rechtlichen, sozialen, ökonomischen, historischen und wissenschaftlichen Konstituiertheit, Bâle 2010, 71 ss (cité : Umweltzerstörung)
- KÜHLER Anne, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit: ein Beitrag zum Verständnis von Art. 15 der Bundesverfassung unter Berücksichtigung der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organe, des UNO-Menschenrechtsausschusses und im Rechtsvergleich, thèse, Berne 2012 (cité : Gewissensfreiheit)
- KUMMER Lorenz, Erfolgchancen der Umweltbewegung: eine empirische Untersuchung anhand von kantonalen politischen Entscheid Prozessen, thèse, Berne 1996
- KUHN André, Sanctions pénales : Est-ce bien la peine ? Et dans quelle mesure ?, Neuchâtel 2019

- KUNH André/VUILLE Joëlle, Quelques facteurs objectifs influençant la décision judiciaire, *Justice-Justiz-Giustizia* 2010/1, en ligne
- KYMLICKA Will, Les théories de la justice : une introduction : libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes, Paris 2003
- LACROIX Justine/PRANCHÈRE Jean-Yves, Les droits de l'homme rendent-ils idiot ?, Paris 2019
- LAJARTHE Fanny/ZACCAI Edwin, Towards the Emergence of a European Disobedient Movement for Climate Justice ? The Case of Ende Gelände, Congrès de l'International Sociological Association, Toronto 2018, 3 ss
- LARGEY Thierry, Le contrôle juridictionnel des actes matériels, *Pratique Juridique Actuelle* 2019, 67 ss
- LATOUR Bruno, La fabrique du droit, Paris 2004
- LAUDANI Raffaele, Disobedience in Western political thought: a Genealogy, Cambridge/New York 2013
- LAUGIER Sandra, La désobéissance comme principe de la démocratie, *Pouvoirs* 155/2015, 43 ss
- LAUGIER Sandra/OGIEN Albert, Pourquoi désobéir en démocratie ?, Paris 2011
- LAZERGES Christine, le délit de solidarité, une atteinte aux valeurs de la république, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1/2018, 267 ss
- LEDERGERBER Zora, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Berne 2005
- LE DYLIO Antoine/MOUGEOLLE Paul, Lutter contre le changement climatique par la désobéissance civile, un état de nécessité devant le juge pénal ?, *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], mis en ligne le 7 octobre 2019 (cité : état de nécessité)
- LE DYLIO Antoine/MOUGEOLLE Paul, Affaire « des Décrocheurs » (2019-2020). Ministère public contre les décrocheurs de portraits d'Emmanuel Macron, in : Cournil Christel (éd.), *Les grandes affaires climatiques*, Aix-en-Provence 2020, 569 ss (cité : Décrocheurs)
- LEFEBVE Vincent, Politique des limites, limites de la politique : la place du droit dans la pensée de Hannah Arendt, Bruxelles 2016
- LEIBOVICI Martine, Hannah Arendt. La passion de comprendre, Paris 2000
- LEITER Brian, American Legal Realism, in: Patterson Dennis M. (éd.), *A Companion to Philosophy of Law and legal Theory*, 2^e éd., Malden 2010, 690 ss

- LEJEUNE Aude/ORIANNE Jean-François, Choisir des cas exemplaires : la Strategic litigation face aux discriminations, *Déviante et Société* 1/2014, 55 ss
- LEMASSON Laurent, La démocratie radicale de Jürgen Habermas, *Revue française de science politique* 58/2008, 39 ss
- LENOBLE Jacques, Retour sur Droit, Mythe et Raison : comment penser l'obéissance à la loi ? Sur les traces de Freud, Lefort et Castoriadis, in : Cartuyvels Yves et al., *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles 2018, 141 ss
- LOCHAK Danièle, Le juge doit-il appliquer une loi inique ?, *Le genre humain* 28/1994, 29 ss (cité : inique)
- LOCHAK Danièle, Désobéir à la loi, in : Mourgeon Jacques (éd.), *Pouvoir et liberté : études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles 1998, 703 ss (cité : Désobéir)
- LOETSCHER Audrey, *La non-durabilité, Fabula en ligne* 2018
- LONG Lance N./HAMILTON Ted, The climate Necessity Defense : Proof and Judicial Error in Climate Protest Case, *Stanford Environmental Law Journal* 3/2018, 57 ss
- LYONS David, Civil Disobedience, in : Mandle Jon (éd.), *The Cambridge Rawls Lexicon*, Oxford 2015, 104 ss
- MAGISTRO Francesca, *Le droit à un environnement sain en droit international*, thèse, Genève 2017
- MAHAIM Raphael, Les Ainées pour la protection du climat contre la confédération suisse (2018), in : Cournil Christel (éd.), *Les grandes affaires climatiques*, Aix-en-Provence 2020, 169 ss (cité : Ainées)
- MAHAIM Raphaël, « Rodgeur », le baron et les crises État de droit et liberté, un dialogue à réinventer, in : Menétrey-Savary Anne-Catherine et al. (éd.), *Tumultes postcorona*, Lausanne 2021, 25 ss (cité : Rodgeur)
- MAHLMANN Mathias, Schutz der Verfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich/Bâle/Genève 2020, 211 ss
- MALHIÈRE Fanny, L'autorité du juge à l'épreuve (du refus) de son pouvoir d'interprétation, *Les Cahiers de la Justice* 4/2020, 635 ss
- MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel/HERTIG RANDALL Maya/FLÜCKIGER Alexandre, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 4^e éd., Berne 2021
- MANAI Dominique, *Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, thèse, Lausanne 1985

- MANDOFIA Marina, Comparaison des expressions utilisées par le Tribunal fédéral pour légitimer une décision qui heurte le sens clair de la loi, in : Perrin Jean-François (éd.), *Les règles de l'interprétation*, Fribourg 1989, 219 ss
- MANIFINI Pierre-Louis, La liberté de réunion et d'association, in : Daniel Thürer et al. (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, 739 ss
- MANSBRIDGE Jane, Les Noirs doivent-ils être représentés par des Noirs et les femmes par des femmes ? Un oui mesuré, *Raisons politiques* 2/2013, 53 ss
- MARKOVITS Daniel, *Democratic disobedience*, *Yale Law Journal* 114/2005, 1897 ss
- MARQUIS Julien, *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, Genève 2017
- MARTENET Vincent, Le droit à un environnement sain : de la Convention européenne des droits de l'homme à la Constitution fédérale ?, in : Papaux Alain (éd.), *Biosphère et droits fondamentaux*, Zurich 2011 (cité : environnement sain)
- MARTENET Vincent, *Federalism in Rights cases*, *American Journal of comparative Law* 3/2019, 551 ss (cité : Federalism)
- MARTENET Vincent, La séparation des pouvoirs, in: Diggelmann Oliver /Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich/Bâle/Genève 2020, 999 ss (cité : séparation des pouvoirs)
- MARTENET Vincent, La démocratie représentative et référendaire, à l'exemple de la Suisse, *Revue française de droit constitutionnel* 2/2021, 71 ss (cité : démocratie représentative)
- MARTENS Paul, Les tentations du juge, in : Cartuyvels Yves et al., *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles 2018, 359 ss
- MATTIUSSI Julie, *Femen : liberté d'expression par l'exhibition*, *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], mis en ligne le 7 septembre 2020
- MAYER-TASCH Cornelius, *Widerstandsrecht und Widerstandspflicht im Zeichen der sozioökologischen Krise*, in : Saladin Peter et al. (éd.), *Widerstand im Rechtsstaat: 10. Kolloquium der Schweizerischen Akademie der Geisteswissenschaften*, Fribourg 1988, 29 ss
- MELLON Christian, Émergence de la question de la désobéissance civile, in : Hiez David/Villalba Bruno (éd.), *La désobéissance civile : approches politique et juridique*, Villeneuve-d'Ascq 2008, 198 ss
- MERLEAU-PONTY, *Signes*, Gallimard, Paris 1960

- MESTIRI Soumaya, De l'individu au citoyen : Rawls et le problème de la personne, Paris 2007
- MIAS Jonathan, Politique d'asile et sophistication du droit. Pratique administratives et défenses juridiques de migrants en Suisse, thèse, Lausanne 2017
- MICHAUT Françoise, Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit, *Revue internationale de droit comparé* 39/1987, 343 ss (cité : sociological)
- MICHAUT Françoise, Préface à la version en langue française de « Prendre le droit au sérieux », in : Dworkin Ronald (éd.), *Prendre le droit au sérieux*, Paris 1995, 5 ss (cité : préface)
- MICHAUT Françoise, Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin, in : Wesche Steffen/Zanetti Véronique (éd.), *Dworkin : un débat = in der Discussion = debating Dworkin*, Bruxelles/Paderborn 1999, 205 ss (cité : postmoderne)
- MICHELOT Agnès, Justice Climatique, *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences* 2/2019, 17 ss
- MOECKLI Silvano, Politische Willensbildung in der Schweiz, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich/Bâle/Genève 2020, 487 ss
- MONA Martino, Der Gewissenstäter im Strafrecht, in : Kunz Peter V. et al. (éd.), *Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014*, Berne 2014, 471 ss
- MONTAVON Camille, Les tribunaux d'opinion : et si la société civile inventait une autre justice ?, Charmey 2020
- MOOR Pierre, Pour une théorie micropolitique du droit, Paris 2005 (cité : micropolitique)
- MOOR Pierre, Dynamique du système juridique. Une théorie générale du droit, Genève/Bâle/Zurich 2010 (cité : dynamique)
- MOOR Pierre, Perméabilité du système juridique. Essais sur le droit et l'État de droit, Laval 2016 (cité : perméabilité)
- MOOR Pierre/ MARTENET Vincent/FLÜCKIGER Alexandre, *Droit administratif. Les fondements généraux*, vol. 1, 3^e éd., Berne 2012
- MONTESQUIEU Charles de Secondat, *L'esprit des lois I*, Garnier-Flammarion, Paris 1979

- MOREILLON Laurent/MACALUSO Alain/QUELOZ Nicolas/DONGOIS Nathalie, Code pénal. Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CP–AUTEUR, art., N)
- MOREILLON Laurent/LUBISHTANI Kastriot, Aspects choisis de l’incrimination du terrorisme. Étude de droit comparé suisse, allemand, français et anglais, Revue Pénale Suisse 4/2018, 499 ss
- MOULIN-DOOS Claire, *CiviC Disobedience : Taking Politics Seriously. A Democratic Theory of Political Disobedience*, Baden-Baden 2015
- MÜLLER Markus, *Proportionnalité. Le Rubik’s Cube du droit*, Berne 2016
- MULLER Jean-Marie, *L’impératif de désobéissance : fondements philosophiques et stratégiques de la désobéissance civile*, Neuvy-en-Champagne 2017
- MÜLLER-DOOHM Stefan, *Jürgen Habermas: une biographie*, Paris 2018
- MÜLLER Reto Patrick/ZECH Herbert, *Was ist Technikrecht, Sicherheit & Recht* 2019, 72 ss
- NESTLER-TREMEL Cornelius, *Der Widerstand gegen die Abschiebung von Asylbewerben*, in : Saladin Peter et al. (éd.), *Widerstand im Rechtsstaat : 10. Kolloquium der Schweizerischen Akademie der Geisteswissenschaften*, Fribourg 1988, 117 ss
- NEVEU Erik, *Sociologie des mouvements sociaux*, Paris 2011
- NEYRET Laurent, *Pour la reconnaissance du crime d’écocide*, Revue juridique de l’environnement 39/2014, 177 ss
- NIGGLI Marcel Alexander/MUSKENS Louis Frédéric, *Recht und Moral: Auflösung die Kategorien. Am Beispiel der Rechtfertigung von Hausfriedensbruch durch Notstand infolge Klimawandels*, Justice-Justiz-Giustizia 2/2020, en ligne
- NIGGLI Marcel Alexander/WIPRÄCHTIGER Hans, *Strafrecht. Basler Kommentar*, 4^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK STGB–AUTEUR, Art., N)
- NIEHAUS Manuela/DAVIES Kristen, *Voices for the Voiceless: Climate Protection from the Streets to the Courts*, Journal of Human Rights and the Environment 12/2021, 228 ss
- NUSSBAUMER Arnaud, *L’acquittement des activistes du climat à Lausanne*, LawInside 21 février 2020
- OGIEN Albert, *La désobéissance civile peut-elle être un droit*, Droit et société 91/2015, 579 ss
- OST François, *La désobéissance civile : jalons pour un débat*, in : Perrouy Pierre-Arnaud (éd.), *Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi*, Bruxelles 2000, 217 ss (cité : désobéir)

- OST François, A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités, Bruxelles 2016
(cité : droit)
- OST François/LENOBLE Jacques, Droit, mythe et raison, Bruxelles 1980
- OST Francois/VAN DE KERCHOVE Michel, De la pyramide du droit au réseau ?
Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles 2010
- PAPAUX Alain, Herméneutique juridique, qualification et abduction, Revue
interdisciplinaire d'études juridiques 1999, 85 ss (cité : herméneutique)
- PAPAUX Alain, Introduction à la philosophie du « droit en situation » : de la
codification légaliste au droit prudentiel, Bruxelles/Genève/Zurich/Bâle
2006 (cité : philosophie)
- PAPAUX Alain, Sécurité juridique formelle v. Sécurité juridique relationnelle,
Revue de droit suisse 1/2012, 33 ss (cité : sécurité)
- PAPAUX Alain, *Homo faber* ou l'intériorité dérobée, in : Fiat Eric et al. (éd.), Le
devenir de l'intériorité à l'ère des nouvelles technologies, Lormont 2018,
134 ss (cité : Homo faber)
- PAPAUX Alain, Nature d'hier et d'aujourd'hui : de l'illimité à l'indisponible. Ou
ne plus parier le genre humain, in : Bourg Dominique/Roch Philippe (éd.),
Crise écologique, crise des valeurs: défis pour l'anthropologie et la
spiritualité, Genève 2010, 113 ss (cité : nature)
- PAPAUX Alain, Nouveaux regards sur le syllogisme : le point de vue du
désaccord, Revue de la Recherche Juridique 5/2015, 2067 ss (cité :
syllogisme)
- PAPAUX Alain, Désobéissance « civique » et reviviscence du « bien commun »,
in : Bourg Dominique/Demay Clémence/Favre Brian, Désobéir pour la
Terre, Paris 2021, 297 ss (cité : désobéir)
- PAPAUX Alain/CERUTTI Davide, Introduction au droit et à la culture juridique,
vol. II, Genève/Zurich/Bâle 2021
- PAPAUX Alain/FRIGERIO Veronica, Droits de l'homme et écologie, in : Bourg
Dominique/Papaux Alain (éd.), Dictionnaire de la pensée écologique,
Paris 2015, 292 ss
- PARIENTE-BUTTERLIN Isabelle, Principes et politiques chez Ronald Dworkin,
in : Wesche Steffen/Zanetti Véronique (éd.), Dworkin : un débat = in der
Discussion = debating Dworkin, Bruxelles/Paderborn 1999, 319 ss
- PASSERIN D'ENTREVES Maurizio, Arendt's theory of judgment, in : Dana Villa
(éd.), The Cambridge Companion to Hannah Ardent, Cambridge 2006,
245 ss
- PAYER Andrés, Klimawandel als strafrechtlicher Notstand, sui generis 2020,
226 ss

- PECHU Cécile, Répertoire d'action, in : Filleule Olivier (éd.), Dictionnaire des mouvements sociaux, Paris 2009, 454 ss
- PECHU Cécile, Les squats, Paris 2010 (cité : squats)
- PEDRETTI Mario, Les contradictions des mobilisations autour de la désobéissance civile, in : Hiez David/Villalba Bruno, La désobéissance civile, Villeneuve d'Ascq 2008, 103 ss
- PEDRIOLLE Sylvie, Qu'est-ce que juger ?, Les Cahiers de la Justice 4/2020, 597 ss
- PENISSAT Etienne, Occupation de locaux, in : Filleule Olivier/Lilian Mathieu/Péchu Cécile (éd.), Dictionnaire des mouvements sociaux, 2^e éd., Paris 2020, 416 ss
- PERRIER Gwenaëlle, Réflexions et propositions concrètes pour une écriture non sexiste dans les revues académiques, Cahiers du Genre 1/2021, 215 ss
- PERROUTY Pierre-Arnaud, Légitimité du droit de désobéissance, in : Perrouy Pierre-Arnaud (éd.), Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi, Bruxelles 2000, 59 ss
- PETEL Mathias, la désobéissance civile climatique : menace pour l'État de droit ou stratégie légitime face à l'urgence ?, Revue de jurisprudence de Liège 22/2020, 1045 ss
- PETER Olivier, Liberté de réunion à Genève : mauvaises pratiques et bonnes jurisprudences, Plaidoyer 2/2019, 20 ss
- PÉTERMANN Nathanaël, Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse, thèse, Lausanne 2014
- PERRU Olivier, Jürgen Habermas et John Rawls, Débat sur la justice politique, Revue philosophique de Louvain 2/1997, 340 ss
- PFEIFFER Laurent, La qualité pour recourir en droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2013
- PIETH Mark, Strafrecht. Besonderer Teil, 2^e éd., Bâle 2018
- PIN Xavier, Ouverture, IRASCible. Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles 8/2021, 30 ss
- PIN Xavier, Décrochage de portrait. L'état de nécessité c'est non ! la démarche de protestation politique faut voir..., in : Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé octobre-novembre 2022, 823 ss (cité : Décrocheur)
- POMADE Adélie, La société civile et le droit de l'environnement : contribution à la théorie des sources de droit et de la validité, thèse, Paris 2010
- POMADE Adélie, Les implications de l'influence normative de la société civile en droit de l'environnement sur les théories des sources du droit et de la

- validité, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1/2010, 87 ss
(cité : source)
- QUADRUPPANI Serge, *Le monde des Grands Projets et ses ennemis, voyage au cœur des nouvelles pratiques révolutionnaires*, Paris 2018
- RAEDLER David, *Les enquêtes internes dans un contexte suisse et américain : instruction de l'entreprise ou cheval de Troie de l'autorité ?*, thèse, Lausanne 2018
- RAWLS John, *Théorie de la justice*, Éditions Points, Paris 2009
- RAYMOND Nicolas Vincent, *Les jugements *contra legem* rendus en équité au sein de l'ordre juridique suisse, mémoire*, Lausanne 2020
- RAYNAUD Philippe, *Les règles et les principes*, in : Policar Alain (éd.), Ronald Dworkin, *l'empire des valeurs*, Paris 2017, 179 ss
- RAZ Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford 1990
- REICH Johannes, *Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit*, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich/Bâle/Genève 2020, 333 ss
- RHINOW René A., *Widerstandsrecht im Rechtsstaat ?*, *Staat und Politik* 30/1984, 6 ss
- RICŒUR Paul, *Le Juste*, Tome I, *Le Seuil*, Paris 1995
- RIKLIN Franz, *Zum Rechtfertigungsgrund der Wahrung (Wahrnehmung) berechtigter Interessen*, in: Donatsch Andreas/Trechsel Stefan (éd.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte – Festschrift für Stefan Trechsel*, Zurich/Bâle/Genève 2002, 537 ss
- ROCHFLED Judith, *Justice pour le climat !*, Paris 2019
- ROETS Damien, *Du vol d'un portait officiel du président de la République comme moyen de lutter contre le réchauffement climatique : « quelle justification » ?*, *Recueil Dalloz* 2019, 1973 ss
- ROSSINELLI Michel, *La protection contre l'arbitraire. Aspect fondamental de l'état de droit*, in : Saladin Peter et al. (éd.), *Widerstand im Rechtsstaat : 10. Kolloquium der Schweizerischen Akademie der Geisteswissenschaften*, Fribourg 1988, 217 ss
- ROUSSEAU Dominique, *L'ouverture du droit constitutionnel au tiers-pouvoirs, Nomos et Normes* 2012, 159 ss
- ROVIELLO Anne-Marie, *Antigone n'est pas toujours où on l'attend*, in : Couloubaritis Lambros/Ost François (éd.), *Antigone et la résistance civile*, Bruxelles 2005, 205 ss

- RÜEGGER Vanessa, *Strategic Human Rights Litigation, sui generis* 2020, 94 ss
- SACHS Michael, *Verfassungsrecht II. Grundrechte*, Berlin/Heidelberg 2017
- SALADIN Peter/FÉDÉRATION DES ÉGLISES PROTESTANTES DE LA SUISSE, *Résistance ? Les chrétiens et les Églises face aux problèmes relatifs à l'asile*, Berne 1988
- SALADIN Peter ET AL., *Widerstand im Rechtsstaat: 10. Kolloquium der Schweizerischen Akademie der Geisteswissenschaften*, Fribourg 1988
- SANER Hans, *Identität und Widerstand. Fragen in einer verfallenden Demokratie*, Bâle 1991
- SAUTHIER Gaëlle, art. 116 LEtr, in : Amarelle Cesla/Nguyen Minh Son (éd.), *Code annoté de droit des migrations*, Berne 2017, 1310 ss
- SCHIEDER Tobias, *Ethisch motivierter Rechtsungehorsam. Rechtsdebatten zu Widerstandsrecht, Gewissensfreiheit und zivilem Ungehorsam in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1989*, thèse, Tübingen 2018
- SCHILD TRAPPE Grace/SCHÖBI Felix, *Not kennt kein Gebot beim Hausfriedensbruch ?*, Jusletter 11 mai 2020
- SCHMIDT Heiner Christian, *Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 121/2009, 645 ss
- SCHNEIDER René, *Das Widerstandsrecht in Staatsrecht und Staatstheorie der Gegenwart*, thèse, Winterthur 1964
- SCHREIBER Markus/JOSS Mara, *Der « Chilling Effect » auf die Grundrechtsausübung*, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 121/2020, 523 ss
- SCIARINI Pascal/FISCHER Manuel/TRABER Denise, *Political Decision-Making in Switzerland*, Londres 2015, 5 ss
- SÉMELIN Jacques, *Face au totalitarisme, la résistance civile*, Bruxelles 2011
- SINTOMER Yves, *Aux limites du pouvoir démocratique : désobéissance civile et droit à la résistance*, Actuel Marx 24/1998, 85 ss (cité : désobéissance)
- SINTOMER Yves, *La démocratie impossible ? Politique et modernité chez Weber et Habermas*, Paris 1999 (cité : démocratie)
- SMITH William, *Civil Disobedience and Deliberative Democracy*, New York 2015
- SPESCHA Marc, *Rechtsbruch und sozialer Wandel: über Ursachen und Wirkungen demonstrativer Normverletzungen im sozialen Konflikt und in gesellschaftlichen Veränderungsprozessen*, thèse, Zurich 1988 (cité : Wandel)

- SPESCHA Marc, Nötigung gemäss 181 StGB : Maulkorb für Politisches ?, Plädoyer 6/1994, 30 ss (cité : Nötigung)
- SPESCHA Marc, Absolute Demokratie – gefährdeter Rechtsstaat
Demokratiepraktische und staatsethische Überlegungen aus Anlass aktueller
Gesetzesrevisionen im Bürger-, Asyl- und Ausländerrecht, *Pratique
Juridique Actuelle* 2006, 181 ss (cité: absolute Demokratie)
- STAMENKOVIC Iva/STAWIAKI Philippe, Die rechtliche Dimension der
Klimastreik-bewegungen – Legitimität ihres Instrumentariums und
Justiziabilität ihrer Forderungen in einer direkten Demokratie, in: Hasani
Ybler/Hug Stefanie/Zalka Jascha (éd.), *Recht und Umwelt*,
Zurich/Bâle/Genève 2021, 99 ss
- STOCKER Atila, Mehrheitsfähige Klimapolitik, *sui generis* 2021, 103 ss
- STUDER Brigitte, *La conquête d'un droit. Le suffrage féminin en Suisse*,
Neuchâtel 2020
- STEINAUER Paul-Henri, L'interprétation des silences du législateur à l'aide des
arguments a contrario, a simili et a fortiori, in : Perrin Jean-François (éd.),
Les règles de l'interprétation, Fribourg 1989, 41 ss
- SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd.,
Paris 2021
- SUPIOT Alain, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*,
Paris 2009 (cité : *Homo juridicus*),
- SUPIOT Alain, Poétique de la justice, in : Cartuyvels Yves et al., *Le droit malgré
tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles 2018, 339 ss (cité : Poétique)
- SUREAU François, Obéissance à la loi, *Pouvoirs* 155/2015, 73 ss
- TASSIN Etienne, *Le trésor perdu : Hannah Arendt, l'intelligence de l'action
politique*, Paris 1999
- THIERS Éric, La désobéissance civile: entre Antigone et Narcisse,
l'égodémocratie, *Pouvoirs* 155/2015, 55 ss
- THOMMEN Marc/MATTMANN Jascha, Whistleblowing für das Weltklima, *sui
generis* 2021, 13 ss
- THOREAU Henry David, *La désobéissance civile, Mille et une nuits*, Paris 2016
- THÜRER Daniel, *Widerstand und Rechtsstaat*, *Studia philosophica* 44/1985,
255 ss
- THURNHERR Daniela, Le droit à un recours effectif en matière
environnementale selon la CEDH et la Convention d'Aahrus, in :
Environnement, climat : quelle justiciabilité ?, Véronique Boillet/Anne-
Christine Favre/Thierry Largey/Raphael Mahaim (éd.), Bâle 2022, à paraître

- TIMSIT Gérard, Premiers éléments pour une théorie des cas extrêmes, in : Bovay Benoît/Nguyen Minh Son (éd.), *Mélanges Pierre Moor. Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire*, Berne 2005, 167 ss
- TORNAY Bénédicte, *La démocratie directe saisie par le juge*, thèse, Zurich 2008
- TCHENTSCHER Axel, Grundrechtskonflikte, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich/Bâle/Genève 2020, 1345 ss
- TRESCH Anke ET AL., *Élections fédérales 2019. Participation et choix électoral*, Lausanne 2020
- TRESCH Stefan/PIETH Mark, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, 3^e éd., Zurich 2017 (cité: PK StGB–AUTEUR, Art., N)
- TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris 1994
- TSCHANNEN Pierre, Verfassungsauslegung, in: Daniel Thürer et al. (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, 149 ss
- TSCHANNEN Pierre, Perspektiven der schweizerischen Demokratie, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich/Bâle/Genève 2020, 511 ss (cité : Demokratie)
- TURENNE Sophie, *Judicial Responses to Civil Disobedience : A comparative Approach*, *Res Publica* 10/2004, 379 ss (cité : Judicial)
- TURENNE Sophie, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés*, thèse, Paris 2007 (cité : thèse)
- TURENNE Sophie, *Le discours judiciaire face à la désobéissance civile. Étude de la désobéissance civile anti-avortement en droits américain et français comparés*, in : Hiez David/Villalba Bruno, *La désobéissance civile*, Villeneuve d'Ascq 2008 (cité : discours)
- UEBERSAX Peter, *La liberté de manifestation*, *Revue de droit administratif et fiscal* 1/2006, 25 ss
- VAIREL Frédéric, Sit-in, in : Filleule Olivier/Lilian Mathieu/Péchu Cécile (éd.), *Dictionnaire des mouvements sociaux*, 2^e éd., Paris 2020, 539 ss
- VANHALA Lisa, *The comparative politics of courts and climate change*, *Environmental Politics* 3/2013, 447 ss
- VANHAMME Françoise, *Mise en ordre socio-morale et qualification pénale*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2/2021, 211 ss
- VAN MEERBEECK Jérémie, *De la certitude à la confiance. Le principe de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles 2014

- VAN DER BURG Wilbren, *The Myth of Civil Disobedience*, PRAXIS International 3/1989, 287 ss
- VERINORY Jean-Marc/WAELTI Fabien, *Le devoir de réserve des fonctionnaires spécialement sous l'angle du droit genevois*, Pratique Juridique Actuelle 2009, 810 ss
- VIALA Alexandre, *Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2/2011, 95 ss
- VILLEY Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris 2013
- VOGLIOTTI Massimo, *La « rhapsodie » : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse pour le champ pénal*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 1/2001, 141 ss (cité : rhapsodie)
- VOGLIOTTI Massimo, *L'érosion de la pyramide pénale moderne et l'hypothèse du réseau*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2/2005, 1 ss (cité : érosion)
- VOICE Paul, *Rawls explained: from fairness to utopia*, Chicago 2011
- VON KAENEL Adrian, *Whistleblowing*, Revue suisse de jurisprudence 103/2007, 309 ss
- VOUTAT Bernard, *Suisse : réflexions sur les droits politiques et la citoyenneté*, Mouvements 5/2002, 128 ss
- WALDMANN Bernhard/BELSER Eva Maria/EPINEY Astrid, *Schweizerische Bundesverfassung*, Bâle 2015 (cité: BSK BV–AUTEUR, Art., N)
- WALDRON Jeremy, *Arendt's constitutional politics*, in : Dana Villa (éd.), *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*, Cambridge 2006, 201 ss
- WEBER Jonas Peter/WIEDERKEHR René, *Ende der Blockade bei der Nötigung ?*, Recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2001, 214 ss
- WENK Hans, *Ohne jurassischen Widerstand hätte die Schweiz einen Waffenplatz mehr und einen Kanton weniger*, in : Gross Andreas/Spescha Marc (éd.), *Demokratischer Ungehorsam für den Frieden: zum Recht auf Widerstand in der schweizerischen Demokratie nach der GSoA Abstimmung vom 26. November 1989*, Zurich 1990, 119 ss
- WINZELER Christoph, *Variationen der Verhältnismässigkeit im Rechtsstaat – Symbolische Gesetzgebung ?*, Revue suisse de jurisprudence 106/2010, 181 ss
- WYLER Éric/PAPAUX Alain, *Le mythe structurant de l'humanité : la communauté internationale vivante*, in : Alland Denis et al. (éd.), *Unité et diversité du droit international. Mélanges P.-M. Dupuy*, Leiden 2014, 175 ss

YOUNG-BRUEHL Elisabeth, Hannah Arendt : biographie, Paris 2011

ZACCAI Edwin, Deux degrés. La société face au changement climatique,
Paris 2019

ZINN Howard, Désobéissance civile et démocratie : sur la justice et la guerre,
Agone, Marseille 2010

Introduction

Objet et question de départ. La désobéissance civile est une notion qui fait l'objet d'une attention renouvelée dans le débat public, tant au sein de la société civile et des médias, que des acteurs politiques. Elle constitue un mode d'action à disposition des mouvements sociaux¹, tantôt soutenu, tantôt conspué, impliquant une action collective et publique de violation d'une norme. La désobéissance civile fait partie du répertoire d'actions² à disposition de ces mouvements pour participer au et influencer sur le processus politique d'un État. Elle est, en conséquence, un objet d'étude pour la sociologie des mobilisations, tout comme, plus largement, pour les sciences politiques et la philosophie politique.

Néanmoins, la désobéissance civile constitue un sujet anecdotique en droit suisse et n'occupe qu'une place fortement marginale dans la discipline. La notion laisse de nombreux juristes indifférents, dont la plupart n'en connaissent pas même l'existence. C'est que la désobéissance civile n'est pas une catégorie juridique à proprement parler. Elle est, au sens défini par les philosophes du droit François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, un « objet juridique non identifié »³. Pourtant, les autorités judiciaires sont bel et bien confrontées à de tels actes de désobéissance civile, en raison de la violation du droit qu'elle implique, mais également de l'appel au droit présent dans ces actions. Les

¹ NEVEU, p. 5 à p. 26 ; BOURBAN, p. 329 ss ; DELLA PORTA/DIANI, p. 20, identifient trois caractéristiques principales des mouvements sociaux : ils entretiennent une relation conflictuelle avec d'autres groupes opposés, dépendent et s'appuient sur de forts réseaux informels et partagent une identité collective distincte ; cf. GIUGNI, p. 7-12, distingue entre différentes arènes politiques : la « politique des urnes », la « politique des couloirs » et la « politique de la rue ». Les mouvements sociaux recourent en priorité à la politique de la rue selon cette typologie.

² Défini par Charles TILLY dans son ouvrage de référence : « Contentious Performances », Cambridge 2008. Cette notion désigne l'ensemble des moyens à disposition d'un groupe pour faire valoir ses prétentions. L'idée de répertoire fait référence à « une série limitée de routines qui sont apprises, partagées et exécutées à travers un processus de choix relativement délibéré », voir à ce sujet, en français : PÉCHU, p. 454 ss.

³ OST/VAN DE KERCHOVE, p. 12.

désobéissants, quant à eux, sont directement concernés par le droit qui intervient comme conséquence de leur action, enjeu stratégique de leur mobilisation et, parfois également, finalité de leurs revendications, lorsqu'ils cherchent à faire constater des violations du droit au sens large. Du point de vue de la philosophie politique et de la théorie de l'État, ces actes sont en outre estimés pour leurs effets vertueux sur l'ordre juridique et démocratique. La désobéissance civile est ainsi notamment considérée comme un contre-pouvoir démocratique, un test de la maturité des États de droit ou un acte politique d'auto-institution du droit⁴. En conséquence, pourquoi ce *quid juris* s'agissant de la désobéissance civile ?

- 3 L'enjeu de définition du concept en droit est de taille dans la mesure où l'appartenance à une catégorie juridique ou l'existence d'une définition⁵ est bien souvent synonyme d'existence dans le champ juridique⁶. En l'absence d'une telle définition de la désobéissance civile, ce concept est relégué hors du juridique, relevant de questions de philosophie ou de politique uniquement, avec tout le dédain exprimé par une partie des juristes pour ces disciplines. En pratique, les actes de désobéissance civile sont alors, au mieux, considérés comme des actions de délinquance de droit commun, au pire jugés comme une forme aggravée de délinquance politique s'affranchissant des contraintes de la loi⁷. Dans les deux cas, les aspects citoyens et démocratiques de ces actes ne sont pas pris en compte, que ce soit dans les décisions d'espèce ou, dans un sens plus large, pour ce qu'ils nous disent du droit et de sa pratique⁸.
- 4 Les obstacles de définition sont d'ailleurs d'autant plus complexes que la notion de désobéissance civile est polysémique en philosophie politique. Au sein de ce champ, de nombreuses controverses existent et l'inscription dans l'une ou l'autre « théorie de la désobéissance civile » emporte une certaine conception du politique ou de la démocratie. Tel ou tel ancrage dicte ainsi les conséquences pratiques pour les désobéissants et les désobéissantes sur le plan des justifications possibles de leurs actes par exemple en termes d'acceptation de la sanction. Comme d'autres concepts, la désobéissance civile mérite donc d'être historicisée et contextualisée pour en rendre intelligibles les enjeux. Sa définition ne saurait être « prise au vol dans un ouvrage ni rattrapée en cours de

⁴ Cf. *infra* 5.II. au sujet des justifications démocratiques de la désobéissance civile au sens des philosophes John RAWLS, Jürgen HABERMAS et Hannah ARENDT.

⁵ « Une définition consiste à énumérer les éléments distinctifs – ce que nous appelons les paramètres, dont l'ensemble forme le programme normatif. [L]a définition détermine les cas concrets, lorsque la loi ne le fait pas », MOOR (micropolitique), p. 526 ss.

⁶ Voir sur cet aspect : PAPAUX (herméneutique), p. 85 ss.

⁷ Notamment, partageant ce dernier avis : NIGGLI/MUSKENS, § 1 ss.

⁸ CARBONNIER, p. 30, qui relève que les situations de violation de la loi offrent de nombreuses indications sur le droit. Elles ne sont donc pas pour autant des situations de « non-droit ».

route, sans connaître son vécu. »⁹ En effet, les situations visées par ce syntagme ne sont pas uniformes et, selon les périodes historiques ou les domaines du droit mobilisés, l'objet non identifié « désobéissance civile » prend un sens différent. Dès lors, il est également révélateur de souligner les préconceptions et les tendances, explicitées ou non, dans lesquelles les juristes, tout comme les activistes, s'inscrivent vis-à-vis de ce mode d'action. Il s'agit d'explorer les angles morts et les impensés juridiques liés à cet objet indéterminé et à arpenter les écarts entre disciplines à son sujet.

Contextualisation. Afin d'illustrer la polysémie de la notion de désobéissance civile, mais aussi pour ancrer notre propos géographiquement en Suisse, il nous paraît opportun d'ouvrir cette étude par un rappel sommaire de quelques campagnes qui ont recouru à des actes de désobéissance civile et contribué à mettre (et remettre) au goût du jour ce mode d'action sur le territoire¹⁰. Ces quelques jalons historiques permettent également d'éclairer la distinction effectuée entre deux périodes distinctes dans le traitement de notre objet. En effet, en matière de désobéissance civile en droit suisse, l'année 2018 a marqué

⁹ Selon l'expression de POMADE, p. 2, insiste sur ce point en lien avec un autre concept, celui de société civile, lui aussi utilisé pour désigner un ensemble de choses et son contraire à la fois. De même, sur l'importance de définir les notions lorsque l'on parle de démocratie ou de séparation des pouvoirs en droit constitutionnel, puisqu'elles varient selon la conception politique considérée, voir : REICH, N 1 à 8. Le professeur de droit international exemplifie ce besoin en comparant les textes de différentes initiatives populaires qui reprennent le terme « démocratie ». Il montre que la référence à ce terme est mobilisée pour des buts et avec des sens qui changent fortement d'un objet à l'autre. Pour lui, il est donc essentiel de se rappeler que ces concepts forment des cadres de valeurs et que leur portée normative est potentiellement infinie. « Prinzipielle politische Debatten drehen sich regelmässig um mittels wesensmässig umstrittener Begriffe bezeichnete Konzepte wie Souveränität, Freiheit oder Demokratie, die innerhalb des Meinungsspektrum der Politik auf einer abstrakten ebene oft unbestritten sind, aber abhängig von der jeweiligen politischen Position ganz unterschiedlich gedeutet werden. », REICH, N 8.

¹⁰ GIUGNI, spécialiste des mouvements sociaux suisses, classe les mobilisations traditionnelles dans cet État en trois groupes : les mouvements de mobilisation ouvrière, régionalistes et en faveur des droits des personnes étrangères, p. 59 ss. Outre ces mouvements traditionnels, depuis la seconde moitié du 21^e siècle, de nouveaux mouvements sont apparus, désignés en sociologie sous le qualificatif de « nouveaux mouvements sociaux », p. 63. Ceux-ci se caractérisent et se distinguent des mouvements traditionnels, car leurs revendications se focalisent majoritairement sur des droits culturels et des questions de qualité de vie, mais aussi en raison de leur composition sociologique marquée par l'apparition d'une classe moyenne et d'un engagement plus prononcé des milieux culturels et sociaux. GIUGNI, p. 63. Au sein de ces nouveaux mouvements sociaux, GIUGNI distingue : les écologistes, les pacifistes, les mobilisations de solidarité, les squatters, les féministes et le mouvement des droits LGBT (lesbiennes, gais, bisexuels et trans*). En parallèle de ces nouveaux mouvements sociaux (orientés à gauche de l'échiquier politique), la Suisse compose également avec des mouvements de droite radicale. GIUGNI, p. 85 ss.

le signe d'un retour de la notion dans le discours public, sous l'impulsion du mouvement antisépéciste¹¹, puis écologiste. Tous deux sont à l'origine d'une vague nouvelle de procès et se sont revendiqués explicitement de la désobéissance civile¹² contribuant à l'essor d'une nouvelle production judiciaire et doctrinale à ce sujet. Cette observation nous permet également de souligner la temporalité particulière de la présente étude, entamée début 2017, qui a donc composé avec un objet de recherche évoluant en parallèle. Enfin, cette mise en contexte est l'occasion de rappeler que la désobéissance civile ne constitue pas une nouveauté à l'échelle des mobilisations en Suisse, mais que son usage est lié à des temporalités politiques fluctuantes. Les exemples explicités ici ne sont en conséquence pas exhaustifs, mais sont représentatifs des mobilisations qui ont occupé le plus largement la doctrine juridique suisse et les autorités judiciaires jusqu'en 2018, puis récemment jusqu'à conclusion de la recherche. On décèle dans ces différents mouvements et leur traitement des logiques argumentatives récurrentes et révélatrices de manquements, qui nous serviront à mettre en perspective notre corpus de décisions.

- 6 Premièrement, une mobilisation assimilée à un mouvement de désobéissance civile qui a marqué l'histoire contemporaine suisse est celle entourant le projet de construction d'une centrale nucléaire dans le canton d'Argovie, sur le site de « Kaiseraugst »¹³. L'annonce du projet de construction, en 1968, fait l'objet de vives critiques et oppositions au sein de la société civile¹⁴. Sur le plan institutionnel, l'étendue et la vigueur du débat dans les différents espaces de discussion démocratique aboutissent au lancement d'une procédure de révision de la loi, datée du 23 décembre 1959, sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique (LUPEA)¹⁵. Malgré ces travaux législatifs, un chantier de fondation commence sur le site de « Kaiseraugst ». Un collectif, nommé « Action non

¹¹ Soit un mouvement qui combat les discriminations basées sur le critère de l'espèce. FRIGERIO, p. 311 ; GISEL, p. 948.

¹² Pour les décisions, cf. *infra* chapitre 3. S'agissant de la production théorique ou militante, on peut notamment citer l'ouvrage de l'activiste antisépéciste Virginia MARKUS, *Désobéir avec amour*, Genève 2018, ou, dans la presse, voir p. ex : Sylvia Revello, *Les éleveurs répliquent aux antisépécistes*, Le Temps, 9 janvier 2018, <https://www.letemps.ch/suisse/eleveurs-repliquent-aux-antisepécistes>, consulté le 15 janvier 2022. Sur les différentes prises de position du mouvement « Extinction Rebellion » ou de la « Grève du Climat » (« Fridays For Future ») cf. notamment DEMAY/LOETSCHER, p. 193 ss ; GNONI, p. 46 ss.

¹³ KLEGER (Gewaltfreiheit), p. 332 ; EPPLE-GASS, p. 93 ss ; GUIGNI, p. 69.

¹⁴ Voir notamment : ATF 99 Ia 247 ; ATF 105 Ia 157 (JdT 1981 I 226) ; ATF 106 Ia 20 (JdT 1982 I 322) ; ATF 112 I 107 (JdT 1986 I 587).

¹⁵ RO 1960 585, abrogée le 21 mars 2003. Voir également le Message du Conseil fédéral relatif à la LUPEA (FF 1958 II 1549) ; AUBERT, p. 155 et 156.

violente Kaiseraugst », est créé en réaction et organise l'occupation du site¹⁶. Il revendique un élargissement des droits populaires en matière d'énergie nucléaire, l'adoption de garanties de sécurité et la suspension du projet au nom d'un droit d'urgence « supérieur au droit positif »¹⁷. Ce sont 10'000 membres du corps civique qui répondent à l'appel entre avril et juin 1975. Le Grand Conseil argovien condamne fermement les méthodes illicites employées, en affirmant l'importance du respect des procédures légales dans un État de droit¹⁸. Le site est finalement évacué, mais les travaux ajournés. Le projet de centrale est abandonné quelques années plus tard, succès attribué notamment aux mobilisations au niveau national engendrées par ce mouvement d'occupation¹⁹. S'agissant du mouvement antinucléaire, le débat politique s'est ensuite à nouveau institutionnalisé et d'autres moyens d'action ont alors remplacé la désobéissance civile²⁰. À l'échelle internationale, les mouvements écologistes ont continué à recourir à la désobéissance civile, principalement dans le cadre de différentes oppositions à des projets de construction²¹. En Suisse, ce

¹⁶ Connu sous l'acronyme GAK en allemand. KLEGER (Widerstand), p. 332 ; EPPLE-GASS, p. 93 ss.

¹⁷ FAVEZ/MYSYROWICZ, p. 157.

¹⁸ Ces débats sont reproduits dans l'ouvrage de FAVEZ/MYSYROWICZ. On y observe que la tendance générale est de considérer que, bien que l'État de droit ne soit pas figé, il ne peut être modifié que par l'usage de moyens légaux, FAVEZ/MYSYROWICZ, p. 158. Le recours à la notion d'État de droit est fréquent dans les arguments des opposants à l'occupation et pour justifier une répression ferme de cette mobilisation. Il est d'ailleurs révélateur que l'action soit qualifiée par certains de « méthode peu suisse et peu orthodoxe », FAVEZ/MYSYROWICZ, p. 160. AUBERT (institutions) relève pour sa part que, si l'occupation était « indubitablement illégale », ce qui a surpris le public était qu'il ne s'agissait pas d'une infraction commise par « quelques têtes brûlées, qui tiraient prétexte de l'écologie pour troubler l'ordre social », mais bien le fait de « gens bien assis, qui n'avaient aucun goût pour la subversion », p. 154.

¹⁹ Arrêté fédéral du 17 mars 1989 relatif à une convention réglant l'abandon du projet de centrale nucléaire à Kaiseraugst (RO 1989 1413). Des oppositions sont également à noter contre le projet de centrale nucléaire à Verbois, en 1974. En 1976, une « initiative populaire pour la sauvegarde des droits populaires et de la sécurité, lors de la construction et de l'exploitation d'installations atomiques » est également lancée (FF 1977 III 387). Pour plus de détails, AUBERT (institution), p. 158 ss.

²⁰ Voir p. ex. : à ce sujet : KUMMER, p. 51 ss ; GIUGNI/PASSY, p. 51 ss.

²¹ CERVERA-MARZAL (nouveaux), p. 9, constate un phénomène de « reterritorialisation » des luttes écologistes ancrées autour de la contestation de grands projets d'aménagements, plutôt que sur la scène internationale. Cf. également : QUADRUPANI, p. 1 ss. Constituent des exemples de telles mobilisations les ZAD (zones à défendre) dont celle de Notre-Dame-des-Landes en France (dès 2008, dont l'historique est retracé dans l'ouvrage du COLLECTIF MAUVAISE TROUPE, p. 23 ss), l'occupation du Larzac (dans les années 70-80), les actions des Faucheurs volontaires (cf. BOVÉ/LUNAU, p. 7 ss pour un historique) ou encore les mouvements contemporains anti-extractions en Allemagne portés par le collectif « Ende Gelände » (cf. LAJARTHE/ZACCAI et ZACCAI, p. 212).

mouvement²² a largement contribué à une réactualisation de l'intérêt médiatique pour la désobéissance civile, notamment au travers des actions du mouvement « Extinction Rebellion » et de groupes affiliés au mouvement fédérateur de la « Grève du Climat »²³.

- 7 Un second groupe ayant alimenté le débat sur la question de la désobéissance civile est celui des objecteurs de conscience au service militaire²⁴. Leur lutte politique a permis l'inclusion dans la loi d'un service civil de remplacement²⁵. Dans le but de protester contre l'existence de l'armée, des occupations de places d'armes ont été organisées et ont fédéré une masse importante de citoyens. On mentionnera ainsi à titre d'exemple l'occupation du site qui devait voir la mise en place d'une caserne à Neuchlen-Anschwilen (Saint-Gall)²⁶ et à Bure (Jura). C'est aussi ce mouvement qui a porté en 1987 l'initiative populaire fédérale dite du « Rothenturm » visant officiellement à protéger une zone de marais, mais également à éviter l'extension d'une place d'armes²⁷. Les activistes du « Groupe pour une Suisse sans armée » (GSsA) se sont d'ailleurs explicitement revendiqués de la désobéissance civile et ont participé à la production théorique sur cette notion en Suisse, notamment à la suite du rejet en 1989 de leur initiative

²² Voir p. ex.: les actions menées par l'association « Greenpeace suisse », les revendications du collectif « Break-free » (Rédaction du Temps, *Quand les activistes chahutent les business meetings des grands hôtels*, Le Temps, 13 septembre 2016, <https://www.letemps.ch/suisse/activistes-chahutent-business-meetings-grands-hotels>, consulté le 16 janvier 2022 ; BOURBAN, p. 336 ss. Mais aussi les actions du mouvement anti-OGM, dont les campagnes sont répertoriées sur le site du CENAC : <http://www.non-violence.ch/sengager/participer-a-une-action/exemples-dactions-non-violentes/campagne-prudence-ogm/actions-prudence-ogm/>, consulté le 16 janvier 2022. Le mouvement anti-OGM suisse, à l'instar des « Faucheurs volontaires d'OGM » en France, a mené des actions contre l'Agroscope, un centre de compétence pour la recherche agronomique qui effectue des recherches sur cette technologie (voir p. ex. : ATS, *Un champ d'OGM saccagé à Zurich*, RTS info, 28 juin 2010, <https://www.rts.ch/info/suisse/1189260-un-champ-d-ogm-saccage-a-zurich.html>, consulté le 16 janvier 2022). En outre : BOVÉ/LUNEAU, p. 7 ss.

²³ GIUGNI, p. 67 ; DEMAY/LOETSCHER, p. 208 ss.

²⁴ Les revendications demandant la mise en place d'un service civil de remplacement existent en Suisse depuis le 16^e siècle, mais l'activité politique en ce sens a pris de l'ampleur surtout au début du 20^e siècle avec une première pétition communiquée au Conseil fédéral en 1903. Par la suite, dans les années 1970, les oppositions reprennent, avec un pic des incriminations pour refus de servir en 1984. C'est à partir de cette date que l'opinion publique s'est préoccupée plus significativement de cet enjeu. Cf. DE MONTMOLLIN/VON CRANACH, consulté le 16 janvier 2022.

²⁵ GIUGNI, p. 71 et 72. Le service de remplacement a été accepté en votation populaire le 6 octobre 1995 et la loi est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1996. RO 1996 1445.

²⁶ Voir à ce sujet les différentes contributions composant le 4^e chapitre du livre de GROSS/SPESCHA.

²⁷ Initiative acceptée en votation populaire le 6 décembre 1987 (FF 1988 I 541).

populaire fédérale « Pour une Suisse sans armée et pour une politique globale de paix »²⁸.

8
 Finalement, le troisième exemple de mouvement ayant contribué à la notoriété de la désobéissance civile en Suisse a trait aux mouvements de solidarité avec des personnes de nationalité étrangère et réfugiées, portés historiquement par les milieux religieux²⁹. Ses membres sont à l'origine d'une partie importante de la production théorique au sujet de la désobéissance civile dans le contexte helvétique³⁰. Le mouvement, bien qu'ayant toujours été présent en Suisse, s'est réaffirmé et s'est remobilisé ces dernières années en réaction à l'adoption du cadre juridique Dublin en matière d'asile³¹. Les appels des associations « Droit de Rester » ou, dans le canton de Vaud, du « Collectif R » à la désobéissance civile face à aux politiques de renvoi témoignent de ce regain³². En particulier, le « Collectif R » a occupé pendant de nombreux mois des églises lausannoises pour y loger des personnes concernées par des mesures d'éloignement. Plus récemment encore, l'organisation AMNESTY INTERNATIONAL et différentes figures publiques ont entamé une campagne de dénonciation, de soutien et d'encouragement au délit de solidarité en matière d'asile, l'assimilant à de la désobéissance civile³³.

9
 De nombreuses autres mobilisations pourraient encore être citées comme exemples de mouvements ayant recouru à des actes de désobéissance civile : celui des suffragettes³⁴, les actions en faveur de la légalisation de l'avortement,

²⁸ Initiative rejetée le 26 novembre 1989 (FF 1990 I 216). Voir au sujet de la GSsA : GIUGNI/PASSY, p. 75 et 76, ainsi que et l'ouvrage de GROSS/SPESCHA.

²⁹ GIUGNI, p. 73 à 76 ; MIAZ, p. 415 ss.

³⁰ Notamment : SALADIN/FÉDÉRATION DES ÉGLISES PROTESTANTES DE LA SUISSE. Sur le mouvement en général : GIUGNI/PASSY, p. 146.

³¹ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse, conclu le 26 octobre 2004, entré en vigueur le 1^{er} mars 2008. RS 0.142.392.68. Et pour le surplus, cf. Secrétariat d'État aux migrations SEM, <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/asyl/dublin.html>, consulté le 16 janvier 2022.

³² Voir : Collectif R, <http://www.desobeissons.ch/>, consulté le 16 janvier 2022. Ce collectif incite explicitement ses membres à user de désobéissance civile, afin de protester contre la politique d'asile. Sur leurs revendications, voir également : Mise au Point, *Désobéissance civile*, 9 octobre 2016, <https://www.rts.ch/play/tv/mise-au-point/video/desobeissance-civile?id=8077369>, consulté le 16 janvier 2022 ; Mohamed Musadak, *Délit de solidarité au Locle*, Le Courrier, 28 août 2018 ; Julie Jeannet, *La solidarité n'est pas un crime*, Le Courrier, 27 septembre 2018.

³³ Sur la thématique et les décisions relatives au délit de solidarité, cf. *infra* chapitre 3 et AMNESTY INTERNATIONAL, p. 2 ss.

³⁴ Tout au long du 20^e siècle, cf. STUDER. L'association suisse pour le suffrage féminin a été constituée le 28 janvier 1909, soit cinq ans après la création de l'Association internationale pour le suffrage féminin, elle-même fondée en 1904 à Berlin. L'histoire féministe suisse a été

ou encore les différentes actions organisées par le groupe dit « Bélier » dans le cadre du conflit séparatiste du Jura bernois³⁵. Néanmoins, ces mobilisations n'ont pas été qualifiées de mouvements de désobéissance civile. La littérature à leur sujet ne recourt généralement pas à la notion pour les décrire et les actions entreprises par ces groupes n'ont pas donné lieu à des décisions de justice identifiables portant sur ces campagnes³⁶. Cette observation permet déjà d'attirer l'attention sur la présence, parfois en creux, de la désobéissance civile en Suisse, et sur la volatilité de l'étiquette dans le débat public. Les discussions entourant la désobéissance civile n'en sont que plus complexes. Malgré l'absence de l'appellation, certains mouvements ont recours à la méthode, quand d'autres en usent sans que leurs pratiques ne soient conformes à ce qui est visé par la notion³⁷. C'est une des raisons qui justifient que la première partie de la recherche soit consacrée à l'exposé d'un certain nombre de délimitations. Enfin, l'acquisition de nouveaux droits étant notamment le fruit de luttes et de mobilisation politiques, il paraît évident que les exemples passés en revue ne sont qu'un aperçu des cas de figure où le recours à des actes qualifiables de désobéissance civile pourrait être retenu.

- 10 **Plan et méthode.** Notre recherche s'est construite comme une exploration avec ses étapes successives, chaque découverte débouchant sur de nouveaux questionnements et hypothèses, et nous obligeant à naviguer entre différents champs d'études. La démarche peut néanmoins être synthétisée en trois axes principaux qui dictent également la structure de la thèse : de quelle réalité la désobéissance civile est-elle le nom ? (Première partie : la notion de

marquée par de nombreuses luttes pour des droits dont l'historienne Brigitte STUDER offre un aperçu. On relèvera notamment, après l'obtention du droit de vote en 1971, les mobilisations pour la dépénalisation de l'avortement (pendant les douze premières semaines de grossesses, solution acceptée en 2002) ou la mise en place d'une assurance maternité (acceptée par votation populaire en 2004).

³⁵ Groupe occasionnellement qualifié en doctrine de « désobéissant », sans que l'épithète ne soit explicitée. Les velléités indépendantistes de cette région commencent en 1947. S'activent alors différents groupes usant de tactiques tantôt légalistes, tantôt illicites, allant jusqu'à l'action directe violente (le « Rassemblement jurassien » et le groupe « Jura libre » appartiennent au premier groupe et condamnent fermement les agissements des autres militants séparatistes, dont le groupe « Bélier », ainsi qu'un mouvement clairement violent « le Front de libération jurassien »). À ce sujet, voir : AUBERT (institutions), p. 56 ss, et HANS, p. 111 à 113. Ces différents collectifs vont se mobiliser pour l'indépendance jusqu'à son obtention en 1978, avec le vote qui entérinera la modification de la Constitution en ce sens.

³⁶ Alors que de telles actions ont bel et bien eu lieu, cf. STUDER, p. 31 ss.

³⁷ On peut notamment penser au cas des politiciens du parti de l'Union démocratique du centre (UDC), Jean-Luc ADDOR et Yvan PERRIN qui ont déclaré désobéir civilement au nom de la liberté d'expression en s'opposant à leur condamnation pour discrimination raciale. En ce sens, Cf. *infra* chapitre 2 sur les éléments de définition de la désobéissance civile en philosophie politique.

désobéissance civile). Comment ces cas et leurs auteurs sont-ils traités du point de vue du droit ? (Deuxième partie : casuistique matérielle et traitement judiciaire). Et, existe-t-il une manière de catégoriser la désobéissance civile au sein du système juridique, voire de la rendre opérationnalisable ? (Troisième partie : tentative de catégorisation).

La présente étude est ainsi structurée en trois parties qui constituent trois étapes nécessaires en vue de déterminer s'il est possible de proposer une qualification de la désobéissance civile en droit. La première partie s'efforce de délimiter les contours de la notion de désobéissance civile. Pour ce faire, nous avons commencé, dans le premier chapitre, par explorer les différentes sources juridiques existantes à la recherche de catégories pouvant *prima facie* présenter un lien de parenté avec cette pratique. Face au constat de l'absence d'un concept de désobéissance civile dans ces différentes sources, le chapitre 2 s'appuie sur la philosophie politique pour proposer une définition de travail de la notion valant pour l'ensemble de la thèse. La deuxième partie, forte de ces clarifications, présente les différentes décisions rendues dans des affaires identifiées comme relevant de la désobéissance civile en droit suisse (chapitre 3). Elle en propose également une analyse détaillée et identifie les limites du traitement judiciaire de la désobéissance civile (chapitre 4). Enfin, la troisième partie ouvre une discussion sous l'angle de la philosophie du droit et de la théorie de l'État à propos des limites identifiées lors du traitement judiciaire de ces actes de désobéissance civile (chapitre 5). Cette discussion amène à une série de propositions en vue de la transposition en termes juridiques de l'objet désobéissance civile (chapitre conclusif).

Nous souhaitons encore relever à titre préliminaire que la présente étude s'inscrit dans le cadre d'une recherche en droit qui mobilise des apports de philosophie politique et de philosophie du droit. En ce sens, nous nous efforçons au mieux de relever le défi de l'interdisciplinarité posé par l'objet « désobéissance civile » en nous appuyant sur des travaux issus de ces disciplines³⁸. Il nous paraît en outre nécessaire de clore cette partie introductive sur deux remarques. La première est une mesure de transparence : si nous devons reconnaître un engagement dans certaines des causes abordées dans la présente étude, leurs traces ont été rendues explicites par une identification systématique des avis personnels ou opinions de l'auteur au travers de l'usage du « nous ». Pour autant, la thématique a été traitée avec rigueur

³⁸ Concernant la sociologie de la désobéissance civile, peu abordée dans notre recherche, mais nécessaire à la compréhension des dynamiques de certains mouvements sociaux, les ouvrages de HAYES/OLLITRAULT et LAUGIER/OGIEN ont constitué nos sources principales.

méthodologique et ces rares passages clairement identifiés³⁹. La seconde concerne une clarification de l'élan qui a motivé le choix de la présente recherche : qu'elle puisse contribuer modestement à la complexification des positions au sujet des mobilisations illicites en droit et mettre en lumière les facettes intégrées, humaines et toujours dialogiques du droit.

- 13 **Note :** La présente étude prend en compte les développements jurisprudentiels et législatifs jusqu'au 31 décembre 2021⁴⁰. S'agissant de la langue de rédaction,

³⁹ Au sujet de la position de chercheur ou chercheuse engagée dans la recherche, ELIAS, p. 272 ss. Ainsi, le détail de cet engagement permet, d'une part, « la vigilance critique » préconisée par BOURDIEU, p. 51, et, d'autre part, rappelle qu'engagement et distanciation ne peuvent être clairement dissociés, dès lors que les deux activités se situent sur un continuum, ELIAS, p. 273. L'expérience singulière de la personne effectuant une étude teinte inévitablement son objet. Un rapport de surplomb détaché constitue en ce sens un idéalisme, les savoirs ne pouvant jamais être *a priori* et absolus. En outre, MERLEAU-PONTY, p. 40.

⁴⁰ Depuis lors, nous pouvons néanmoins signaler que de nombreux jugements supplémentaires sont sortis, notamment dans le cadre des « procès des 200 », pour lesquels les auditions ont eu lieu entre septembre 2021 et avril 2022, *cf. infra* 3.III.S. En outre, voir les décisions suivantes qui n'ont pas pu être intégrées ayant été rendues publiques après le 31 décembre 2021 : TF, 6B_145/2021 du 3 janvier 2022 (occupation par une personne mineure, gréviste du Climat, de la réception du bâtiment d'une caisse de pension à Lausanne), Cour de Justice de la République et du canton de Genève, arrêt du 23 décembre 2021, AARP/411/2021 (« sit-in » pour le climat à Genève ; acquittement), Cour de Justice de la République et du canton de Genève, arrêt du 17 décembre 2021, AARP/410/2021 (action symbolique devant une banque ; acquittement), Tribunal de police de La Côte, PE21.005985, 24 janvier 2022 (procès de la ZAD du Mormont à Eclépens), CourEDH, affaire *Communauté d'action syndicale genevoise c. Suisse* du 15 mars 2022, n° 21881/20 (affaire désormais portée devant la Grande Chambre), CourEDH, affaire *Bumbes c. Roumanie* du 3 mai 2022, n° 18079/15 (violation de l'art. 10 CEDH en raison de la condamnation d'un activiste climatique), CourEDH, affaire *Babayev et autres c. Azerbaïdjan* du 2 juin 2022, n° 71750/13 (violation de l'art. 10 CEDH) et CourEDH, affaire *Ibragimova c. Russie* du 30 août 2022, n° 68537/13. En doctrine récente, les nouvelles publications de NUSSBAUMER-LAGHZAoui, La condamnation des activistes du climat par le tribunal fédéral, *Lawinside* 31 juillet 2021, et d'Andrés PAYER, Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B_1295/2020 vom 26. Mai 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), A.-L. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Waadt, Art. 17 StGB, *Pratique juridique actuelle* 2021, p. 310 ss, commentant toutes deux la décision du TF dans l'affaire du « Lausanne Action Climat », sont à signaler, mais n'ont pas été intégrées au corpus. En effet, elles reprennent *passim* les thèses exprimées dans leurs précédentes contributions citées dans notre étude. Signalons encore la contribution de Tommaso CARPRARA, *Straftaten von Klimaaktivisten gegen Grossbanken können nicht gerechtfertigt werden*, *forumpoenale*, 2/2022, p. 137 ss. Ce dernier admet que la condition de danger de l'art. 17 CP puisse être retenue en matière d'actions de désobéissance civile climatique, mais pas les autres éléments d'application de cette disposition. En ce sens, il se rallie à la majorité de la doctrine pénale classique, *cf. infra* 4.III.A.2. Les contributions suivantes méritent enfin d'être mentionnées, car ses auteurs défendent des thèses partiellement similaires à celles défendues dans ce travail : Andreas NOLL, *Protestaktionen und klimaspezifische Rechtfertigungsgründe*, Berne 2022 et Gaspard GENTON/Pascal FAVROD-COUNE, *Liberté d'expression et répression pénale*, la

des termes épiciques ont été privilégiés autant que possible (par exemple : corps civique pour désigner les citoyens et citoyennes, activistes pour désigner les désobéissantes et désobéissants, autorité judiciaire pour le juge ou la juge) ou en alternance avec leur emploi au masculin et au féminin, afin de contrebalancer l'usage courant du masculin générique⁴¹.

Semaine Judiciaire 2022/8, p. 623 ss. En dernier lieu, notons que les arrêts rendus ces derniers mois dans des affaires de désobéissance civile climatique à Zurich, mais également dans le canton de Vaud, nuancent nos conclusions au sujet de la possible application des mobiles honorables aux causes de désobéissance civile. Ces évolutions à très brèves échéances de la jurisprudence attestent de la dynamique de la « fabrique du droit » au sujet de la désobéissance civile.

⁴¹ PERRIER, p. 216 et 219, dont nous avons suivi une partie des propositions ; FLÜCKIGER, p. 3 ss.



Première partie :

La notion de désobéissance civile



Chapitre 1 : La désobéissance civile : un « objet juridique non identifié » en droit suisse ?

I. Introduction

Afin de pouvoir nous prononcer sur une éventuelle qualification de la désobéissance civile en droit suisse, il convient tout d'abord de cerner les contours de la notion et en identifier le champ d'application. À cette fin, nous nous interrogerons dans un premier temps sur les différentes catégories légales dont elle pourrait *prima facie* relever, dès lors que l'expression n'apparaît pas dans les textes de loi (II). Nous passerons ensuite en revue les autres sources du droit en quête de la notion de désobéissance civile, dans une tentative de mettre en exergue ses différentes propriétés. Pour ce faire, nous recourrons à la jurisprudence (III) et la doctrine (IV). 14

L'objectif de ce chapitre et plus généralement de cette première partie est ainsi d'adopter une définition de travail permettant de délimiter ensuite notre casuistique d'actes de désobéissance civile et nous déterminer sur la qualification juridique potentielle de cette notion. Le flottement qui entoure le syntagme est une des raisons qui justifie que l'on prenne le temps d'exposer en détail la manière dont ce concept est appréhendé (ou non) en droit. Nous verrons que cette indétermination reflète sa polysémie philosophique qui fera, quant à elle, l'objet du deuxième chapitre de cette première partie. En effet, de nombreuses controverses existent au sujet des éléments caractéristiques d'un acte de désobéissance civile et il n'est pas anodin de s'inscrire dans l'une ou l'autre théorie de la désobéissance civile, puisque ce rattachement implique un certain nombre de présupposés politiques ou moraux qui dictent des conséquences pratiques pour les activistes désobéissants sur le plan des justifications de leurs actes. Dès lors, il est également utile de souligner les préconceptions et les tendances, explicites ou non, dans lesquelles les juristes de ce que nous nommerons la « doctrine de la désobéissance civile » s'inscrivent. Cette démarche permettra, à un stade ultérieur de la recherche, de faire la lumière sur les angles morts ou les impensés de cette doctrine, à l'aide de la philosophie politique. 15

- 16 Ce travail de délimitation amorce dans un même mouvement la mise en exergue des éléments qui poussent certains auteurs et auteures – en doctrine juridique, tout comme en philosophie politique –, mais aussi les activistes, à distinguer leurs actes de crimes ou de délits dits « de droit commun ». Ces éléments nous seront également nécessaires à la discussion sur les éventuelles justifications et catégories potentielles adaptées à une transposition (ou non) de la désobéissance civile en droit.

II. Les catégories légales dont la désobéissance civile relève *prima facie*

La désobéissance civile constitue donc *a priori* un mode d'action collectif et public de violation de la loi. De nombreux complexes de faits et de droit peuvent en conséquence être mobilisés à l'aune de ces caractéristiques, volontairement générales à ce stade de nos questionnements. On observe également à titre liminaire que les actions de désobéissance civile prennent place au sein de régimes politiques démocratiques et sont caractérisées par une volonté de réformer certaines lois ou pratiques politiques qui conduisent à des inégalités ou des injustices. La désobéissance civile mobilise en conséquence principalement deux domaines du droit au sein desquels nous allons rechercher à identifier les catégories légales et les éléments dont elle peut *prima facie* relever : le droit public, au travers des droits fondamentaux, et le droit pénal, au travers de l'incrimination de l'acte. 17

Les droits fondamentaux tout d'abord, car les désobéissants revendiquent avoir le droit à leur côté, face à des pratiques illicites de l'État⁴². Ils et elles plaident à l'occasion de leurs actes pour une nouvelle interprétation de la loi violée ou pour le développement de la protection offerte par leurs droits fondamentaux⁴³. Leurs actions sont motivées par des considérations politiques ou éthiques et constituent une forme d'expression politique. En ce sens, par leur action de désobéissance civile, les activistes exercent certains aspects des libertés fondamentales dont ils sont titulaires. Dans cette optique, leur démarche est révélatrice de conflits de droits et de libertés, puisque l'expression de leur opposition entre en conflit avec d'autres intérêts traduits dans la loi. Il n'est donc pas étonnant que la désobéissance civile fasse intervenir des concepts issus du droit public, et, plus précisément du droit constitutionnel. Un examen des droits fondamentaux apparaît donc nécessaire, afin de déterminer si certaines catégories existantes sont à même d'englober cette pratique. Une telle recherche permettra également de déterminer ultérieurement dans quelle mesure l'interprétation des droits fondamentaux soutenue par les activistes est conforme à l'acception partagée par les acteurs du droit. Cet examen vise également à comprendre les enjeux que ces actes de désobéissance civile soulèvent pour la doctrine juridique. Il convient en outre de se demander si, et 18

⁴² P. ex. car la législation ou la pratique gouvernementale mise en cause par leur action serait contraire à des principes constitutionnels d'égalité, de protection de l'environnement, de protection des minorités ou d'autres droits et libertés. Nous y reviendrons largement *infra* dans les chapitres 3 (pour des exemples) et 4 (sur les conséquences de cette appréciation).

⁴³ Ceux-ci pouvant être existants dans le catalogue constitutionnel ou à créer, *cf. infra* chapitre 2.

dans quelle mesure, les actes de désobéissance sont eux-mêmes susceptibles d'être protégés par certaines libertés fondamentales.

- 19 En matière pénale ensuite puisque, lorsque des groupes issus de la société civile⁴⁴ usent de moyens illicites pour protester, leur premier contact avec le droit intervient le plus souvent par le biais d'une procédure pénale. Le procès (ou son éventualité) devient alors à certaines conditions un cadre propice à la médiatisation et la publicisation de la cause des activistes, qui l'intègrent alors à leur stratégie⁴⁵. En résulte une procédure au cours de laquelle ils et elles font valoir leur conception du droit et de la justice. Par ailleurs, si l'intervention de la justice pénale implique de nombreux risques pour les désobéissants – neutralisation d'une partie de leurs forces vives en raison du prononcé de peines avec ou sans sursis, frais de justice élevés, lenteur de la procédure⁴⁶ –, elle a le mérite à leurs yeux de forcer la saisie de l'autorité, tout au moins en cas d'actes poursuivis d'office. Or, tel ne peut pas toujours être le cas devant les autorités publiques ou civiles qui, pour être saisies, nécessitent de mobiliser d'autres ressources et de faire valoir une qualité pour agir particulière⁴⁷. Dans le champ pénal, les désobéissantes et désobéissants ont en quelque sorte « le pouvoir de provoquer » un procès⁴⁸. Pour ces différentes raisons, il n'est pas surprenant que la conceptualisation *prima facie* de ces actes de désobéissance civile en droit le soit avant tout au travers du prisme du droit pénal.
- 20 Ainsi, ce chapitre sera divisé en deux sections principales : l'une concernant les libertés fondamentales (A.) et l'autre le droit pénal (B.). S'agissant des libertés fondamentales, le droit international des droits humains liant la Suisse⁴⁹ sera

⁴⁴ Dans le cadre de cette étude, nous utiliserons le terme de société civile dans son acception étymologique, tel que mis en avant par POMADE, p. 50, afin de désigner des groupements « de nature associative, économique ou politique, ou de structure spontanée ou juridique. » La société civile ne se réfère donc pas à des groupements qui possèdent nécessairement la personnalité juridique, POMADE, p. 61. De plus, les mouvements sociaux peuvent être considérés comme faisant partie de la société civile, mais cette dernière ne s'y réduit pas, POMADE, p. 64 et 65. Par la négative, on considérera de manière large que la société civile inclut les acteurs non étatiques, POMADE, p. 75 et 76.

⁴⁵ Sur ces différents ressorts sociologiques : HAYES/OLLITRAULT, p. 104 ss et 118 ss.

⁴⁶ HAYES/OLLITRAULT, p. 95 ss.

⁴⁷ On peut penser à l'exemple de l'action en justice menée par les *Aînées pour le Climat* auxquelles la qualité pour agir a été refusée, au motif qu'elles ne constituent pas un groupe plus particulièrement touché au sein de la population qu'un autre face au réchauffement climatique. Cf. *infra* 4.III.B.2 qui reprend en détail cette problématique.

⁴⁸ Cette possibilité étant utilisée de manière différente par les activistes en fonction de l'ordre juridique dans lequel ils ou elles se trouvent et selon le traitement de leurs cas par les autorités pénales. Pour un exemple en ce sens en matière d'actions de désobéissance contre les OGM, cf. DOHERTY/HAYES, p. 3 à 29.

⁴⁹ Principalement au travers de la CEDH dans notre étude.

également examiné dans la mesure où il déploie bien évidemment un effet contraignant pour nos juridictions. Dans la seconde section, nous détaillerons les éléments de l'analyse pénale nécessaire à la poursuite et à la sanction d'une infraction soit : la typicité d'une infraction, son illicéité et son caractère coupable. À chacune de ces étapes, la focale sera placée sur les infractions et mécanismes *a priori* convoqués face à des actes de désobéissance civile.

A. Les libertés fondamentales

Une fois ces éléments contextuels à l'esprit, il est possible d'analyser de manière topique les différentes libertés fondamentales dont on peut *prima facie* présager qu'elles trouveraient à s'appliquer d'une manière ou d'une autre aux affaires de désobéissance civile, que ce soit parce qu'elles sont invoquées par les activistes, par les autorités ou en doctrine. Pour notre étude, nous retiendrons ainsi à ce stade et sans opérer de discriminations conceptuelles préalables : la liberté personnelle et le droit à la vie (art. 10 Cst. féd.), la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst. féd.), la liberté d'opinion et d'information (art. 16 Cst. féd.) et la liberté de réunion (art. 22 Cst. féd.).

Ces différentes dispositions seront présentées selon un ordre qui reproduit la systématique de la Constitution et non en raison de l'importance ou de la fréquence de leur application aux cas de désobéissance civile. Seul un résumé des éléments principaux relatifs à ces libertés sera proposé, une analyse approfondie en lien avec la désobéissance civile interviendra au chapitre 4 après avoir adopté une définition de cette dernière permettant de discriminer parmi ces différentes dispositions.

1. Le droit à la vie et la liberté personnelle

Art. 10 Droit à la vie et liberté personnelle

¹ Tout être humain a droit à la vie. La peine de mort est interdite.

² Tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement.

³ La torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants sont interdits.

Le droit à la vie consacre un devoir de protection de l'État en faveur de la vie des individus. Il ne peut souffrir aucune restriction⁵⁰. Il a pour corollaire

⁵⁰ CR Cst.–HERTIG RANDALL/MARQUIS, art. 10, N 28.

l'interdiction de la peine de mort⁵¹. Cette disposition joue un rôle important dans le cadre des activités policières de l'État, lorsque ses agents recourent à la force létale dans le cadre d'une opération de police (art. 2 CEDH)⁵². Enfin, s'est posée la question de savoir si le droit à la vie inclut également un droit à la mort et au recours à l'assistance au suicide⁵³.

- 24 S'agissant de la désobéissance civile, le droit à la vie est mobilisé principalement par les activistes qui cherchent à justifier leur acte en invoquant ce droit⁵⁴. Ils et elles mobilisent en particulier le registre des obligations positives qui incombent à l'État en matière de protection des atteintes à la vie, notamment en lien avec des dérèglements climatiques, des failles techniques ou énergétiques ou encore des carences de protection publique de certaines populations. En effet, le droit à la vie impose à l'État de prendre des mesures protectrices afin de garantir aux individus leurs conditions d'existence⁵⁵. En conséquence, il lui incombe de tenir compte des risques d'activités industrielles et techniques pouvant s'avérer mortelles ou dangereuses pour l'être humain, comme en matière nucléaire par exemple⁵⁶. Cependant, la jurisprudence estime que l'État ne saurait garantir un « risque zéro » pour la vie et que le seuil de risque tolérable doit être défini par le législateur⁵⁷.
- 25 La liberté personnelle, quant à elle, englobe les trois dimensions jugées indispensables à la vie des individus : le respect de leur intégrité physique, psychique et de leur liberté de mouvement⁵⁸. Elle vise l'épanouissement de la personnalité dans un sens large⁵⁹. C'est une garantie subsidiaire en raison de son caractère général⁶⁰. Elle ne trouve à s'appliquer que si un autre droit fondamental plus spécifique n'offre pas de meilleure protection contre une ingérence⁶¹. La liberté personnelle est un droit inaliénable et imprescriptible, appartenant à chaque individu et dont la protection déploie ses effets avant la

⁵¹ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 285 ss.

⁵² CR Cst.–HERTIG RANDALL/MARQUIS, art. 10, N 19.

⁵³ Notamment: SGK BV–SCHWEIZER, Art. 10 ; CR Cst.–HERTIG RANDALL/MARQUIS, art. 10, N 17.

⁵⁴ Ce grief sera largement analysé, *infra* 4.B, plus particulièrement en lien avec le droit à un environnement sain 4.B.4.

⁵⁵ CR Cst.–HERTIG RANDALL/MARQUIS, art. 10, N 21.

⁵⁶ CR Cst.–HERTIG RANDALL/MARQUIS, art. 10, N 21.

⁵⁷ ATF 140 II 315 (RDAF 2015 I 300).

⁵⁸ DUBÉY, N 1342 et 1344, use de la métaphore suivante pour résumer la place de cette liberté au sein de l'ordre constitutionnel : « la liberté personnelle est à l'ordre constitutionnel ce que les cellules souches sont à un organisme vivant : c'est un droit indifférencié qui a la capacité d'engendrer des droits spécialisés qu'il appartient au juge constitutionnel de provoquer. »

⁵⁹ DUBÉY, N 1368.

⁶⁰ CR Cst.–HERTIG RANDALL/MARQUIS, art. 10, N 69.

⁶¹ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 333.

naissance d'une personne et jusqu'après sa mort⁶². Pour déterminer si une activité relève du champ d'application de la liberté personnelle, il convient d'examiner si celle-ci exerce un rôle essentiel pour le développement de la personnalité d'un individu⁶³. Cette liberté n'a pas pour autant vocation à garantir à chaque individu un droit d'agir comme bon lui semble en toutes circonstances. Ainsi, la jurisprudence a par exemple précisé que ne sont pas couverts par la liberté personnelle : le droit d'avoir des poules dans un immeuble, d'aller à l'école dans le véhicule de son choix, de choisir son école primaire, de se promener nu ou encore de faire du surf sur n'importe quel lac de Suisse⁶⁴. En raison de son champ d'application large, la liberté personnelle entre fréquemment en conflit avec l'exercice d'autres droits fondamentaux et une articulation au cas par cas est alors nécessaire⁶⁵.

Cette liberté se retrouve fréquemment invoquée en lien avec les actions de désobéissance civile liées au climat. En effet, il n'est pas rare que les activistes se prévalent d'une atteinte à leur liberté personnelle et leur droit à la vie, dans la mesure où des détériorations environnementales peuvent indirectement avoir des effets sur la jouissance de leurs libertés et faire peser une menace sur leur santé et leur vie⁶⁶. En ce sens, on peut admettre, au vu de la jurisprudence rendue également par la CEDH à ce sujet, que la liberté personnelle et le droit à la vie (dont l'art. 8 CEDH est le pendant) déploient une dimension « horizontale indirecte » et constituent ainsi « un aspect important des obligations positives en matière environnementale [...] qui permet parfois d'invoquer une protection par l'État contre des actes dont l'origine sont des privés. »⁶⁷ Néanmoins, quand bien même cette défense permet une certaine protection contre des pollutions particulières ou des risques environnementaux concrets sous l'angle de la liberté personnelle et du droit à la vie, la marge d'appréciation des États en matière de

26

⁶² DUBEY, N 1361 ss.

⁶³ DUBEY, N 1380.

⁶⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 343 et les réf. citées. *Idem*: MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 329.

⁶⁵ On peut citer p. ex : la collision entre la liberté d'expression de militantes féministes qui collent des slogans qui dénoncent les violences faites aux femmes sur les murs de bâtiments et la garantie de la propriété de personnes auxquelles ces biens appartiennent. Cf. *infra* à ce sujet sur l'articulation des différentes libertés entre elles et la conception libérale sous-jacente de liberté personnelle 4.III.A.1.a. et 5.III.B. CR Cst.–HERTIG RANDALL/MARQUIS, art. 10, N 70.

⁶⁶ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 10, N 17 admet que les crises écologiques font peser une menace sur la vie des individus et que l'État doit prendre des mesures de protection en conséquence ; CR Cst.–HERTIG RANDALL/MARQUIS, art. 10, N 102 ; ATAF A-299212017 du 27 novembre 2018 ; Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742 (« Lausanne Action Climat »). Cf. *infra* 3.III.N et également sur la notion de qualité pour agir en matière environnementale 4.III.B.3.

⁶⁷ PÉTERMANN, p. 307 et 308.

restrictions admissibles reste importante⁶⁸. Relevons que le « droit à un environnement sain », dont le statut reste à ce jour controversé, est considéré comme un aspect de la liberté individuelle garantie par l'art. 10 Cst. féd.⁶⁹.

2. La liberté de conscience et de croyance

Art. 15 Liberté de conscience et de croyance

¹ La liberté de conscience et de croyance est garantie.

² Toute personne a le droit de choisir librement sa religion ainsi que de se forger ses convictions philosophiques et de les professer individuellement ou en communauté.

³ Toute personne a le droit d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir et de suivre un enseignement religieux.

⁴ Nul ne peut être contraint d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir, d'accomplir un acte religieux ou de suivre un enseignement religieux.

- 27 En lien avec cette disposition, la doctrine distingue les notions de religion, de croyance et celle de conscience, quand bien même le législateur leur a accordé le même champ de protection⁷⁰. Avant d'en définir les contours, rappelons que la liberté de conscience et de croyance entretient une relation de *lex specialis* avec la liberté d'opinion, car elle offre une protection renforcée aux opinions lorsqu'elles revêtent certaines caractéristiques⁷¹. Par ailleurs, l'art. 9 CEDH, qui en constitue le pendant en droit international, offre une protection renforcée à cette liberté⁷².
- 28 Par religion et croyance, cette disposition vise toutes les convictions et conceptions spirituelles ou intellectuelles relatives aux rapports entre l'être humain et la divinité ou une forme de transcendance⁷³. Ces notions doivent être comprises dans un sens large. Ainsi, les religions ou croyances non majoritaires ou non reconnues par un État bénéficient également d'une protection⁷⁴. Néanmoins, toute conviction n'entre pas pour autant dans le champ

⁶⁸ PÉTERMANN, p. 309 ; CONSEIL DE L'EUROPE (Environnement), p. 1 ss et les exemples cités.

⁶⁹ Cf. *infra* 4.III.B.4 ; BAUMANN, p. 4 ss.

⁷⁰ HAFNER, N 6.

⁷¹ DUBEY, N 1946 ; SGK BV–CALVELTI/KLEY, Art. 15, N 23 ; CR Cst.–MARTENET/ZANDIRAD, art. 15, N 7 et 18, constatent que les notions de conscience et d'opinion ne sont pas toujours distinguées dans la pratique judiciaire.

⁷² SGK BV–CALVELTI/KLEY, Art. 15, N 2 et 5.

⁷³ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 506 ss ; DUBEY, N 1933 ss ; AUBERT/MAHON, art. 15, N 6 ; ATF 119 Ia 178 (JdT 1995 I 290).

⁷⁴ La CourEDH fait preuve d'une grande retenue lorsqu'il s'agit de qualifier une croyance de religion, GONIN/BIGLER, art. 9, N 25.

d'application de l'art. 15 Cst. féd./9 CEDH⁷⁵. Pour être protégée, il faut que la croyance ou la conviction considérée revête une certaine signification, à savoir qu'on puisse la qualifier « d'essentielle ou métaphysique et elle doit être liée à une conception du monde de caractère global. »⁷⁶ En outre, elle doit avoir des répercussions sur les comportements de son titulaire qui adopte en conséquence certains modes de vie ou pratiques. L'enjeu sous-jacent de cette exigence est d'éviter que l'on puisse invoquer la liberté de conviction pour justifier n'importe quel acte⁷⁷.

Plus particulièrement, la notion de représentation du monde (« Weltanschauliche Überzeugung »), qui est désignée comme un élément caractéristique d'une croyance ou d'une conviction essentielle, fait également l'objet d'une acception large, englobant notamment des convictions philosophiques⁷⁸. Ainsi et aux yeux de la doctrine, on préférera parler de « vision du monde » en présence de croyances liées « aux tâches existentielles de l'être humain en relation avec le monde sans référence à la transcendance »⁷⁹. À ce titre, l'athéisme ou d'autres doctrines philosophiques sont donc aussi inclus dans le champ de protection de cette disposition. Au sens de la doctrine, l'exigence du degré de signification minimal pour être protégé prévaut pour cette catégorie de motifs, mais la jurisprudence, quant à elle, se montre moins stricte⁸⁰. En ce sens, des convictions pacifistes ou écologiques pourront donc être considérées comme une croyance protégée⁸¹. Tant en présence de

29

⁷⁵ CR Cst.–MARTENET/ZANDIRAD, art. 15, N 22 ss.

⁷⁶ ATF 119 Ia 178 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 510.

⁷⁷ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 510 ; CR Cst.–MARTENET/ZANDIRAD, art. 15, N 52.

⁷⁸ AUBERT/MAHON, art. 15, N 6, estiment la notion peu claire. HAFNER, N 17 ss ; CR Cst.–MARTENET/ZANDIRAD, art. 15, N 65 ss.

⁷⁹ SGK BV–CALVELTI/KLEY, Art. 15, N 7 ; BSK BV–PAHUD DE MORTANGES, Art 15, N 23.

⁸⁰ SGK BV–CALVELTI/KLEY, Art. 15, N 7 ; CONSEIL DE L'EUROPE (article 9), ch. 16 « Pour qu'une conviction personnelle ou collective puisse relever du droit à la "liberté de pensée, de conscience et de religion", il faut qu'elle atteigne un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance. À supposer cette condition satisfaite, le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de sa part quant à la légitimité des convictions en question ou à la manière dont elles sont exprimées », bien que les recherches critiques de la jurisprudence dénotent que les choses ne soient pas si simples et objectives cf. MOREILLON/LUBISHTANI, p. 499-546 ; CourEDH, affaire *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n°48420/10 ; GONIN/BIGLER, art. 9, N 32 ss ; CR Cst.–MARTENET/ZANDIRAD, art. 15, N 67, soulignent et saluent l'évolution de la jurisprudence.

⁸¹ BSK BV–PAHUD DE MORTANGES, Art 15, N 23 ; BELSER/WALDMANN, p. 125 ; CR Cst.–MARTENET/ZANDIRAD, art. 15, N 67, considèrent en particulier le véganisme, mais aussi l'écologie et la « deep ecology » comme de telles représentations protégées. Les auteurs estiment néanmoins que l'écologie politique, pour sa part, n'entre pas dans cette catégorie et

croyanances religieuses que philosophiques, il convient encore de préciser que l'État ne doit pas effectuer une analyse dogmatique de celles-ci. Le seul élément déterminant pour l'autorité est d'identifier si le comportement adopté est motivé par une conviction religieuse ou par une croyance protégée, non pas la conformité de cet acte à une religion ou à un courant doctrinal particulier⁸².

- 30 La conscience, quant à elle, désigne la capacité d'un individu d'apprécier la justesse de ses actes et d'évaluer les conséquences de ses choix de manière morale⁸³. En d'autres termes, la conscience est l'autorité critique interne de tout un chacun⁸⁴. Si la distinction entre conscience et croyance est en partie artificielle, certains auteurs considèrent néanmoins que l'on peut distinguer les deux, dans la mesure où les croyances impliquent une dimension communautaire (une personne est membre d'une communauté de croyance), alors que la conscience serait purement individuelle⁸⁵. La désobéissance civile est ainsi parfois considérée comme relevant de la conscience et pourrait à ce titre être englobée dans le champ de protection de l'art. 15 Cst. féd. dans certains cas⁸⁶. En effet, la chercheuse et docteure en droit Anne KÜHLER estime que la dimension active et communicative de la liberté de croyance est spécifiquement pertinente pour analyser de tels actes⁸⁷. En définitive, on retiendra à titre d'exemples que rentrent dans le champ d'application de la liberté de croyance

n'est donc pas couverte par la liberté de l'art. 15 Cst. féd.. Elle relèverait plutôt de la liberté d'opinion à leur sens.

⁸² DUBÉY, N 2002 ss. Si ce dernier admet qu'il est essentiel que l'autorité ne se prononce pas d'un point de vue théologique ou dogmatique sur une conviction, il estime que l'autorité peut tout de même effectuer une analyse sociologique lui permettant de dire si un comportement peut ou non relever de la conviction invoquée.

⁸³ SGK BV–CALVELTI/KLEY, Art. 15, N 8 ; BSK BV–PAHUD DE MORTANGES, Art 15, N 33. La philosophie kantienne est régulièrement citée en doctrine ou jurisprudence pour délimiter ce qui appartient à la conscience, désignée comme une « cour de justice intérieure ».

⁸⁴ BSK BV–PAHUD DE MORTANGES, Art 15, N 33 ; DUBÉY, N 1937.

⁸⁵ SGK BV–CALVELTI/KLEY, Art. 15, N 8.

⁸⁶ En ce sens, DUBÉY, N 1938 ; KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 312 ; MONA, p. 478 et 479. Ce dernier estime que certaines formes d'activisme peuvent tout à fait atteindre le degré de sérieux nécessaire pour être considérées comme relevant de la conscience ou de la croyance protégée au sens de l'art. 15 Cst. féd. Néanmoins et *contra*, cf. *infra* chapitre 2 sur la distinction entre désobéissance civile et objection de conscience.

⁸⁷ KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 326 et 327. Elle estime néanmoins que, dans certains cas, l'analyse de la désobéissance à l'aune de la liberté d'opinion est également envisageable, les frontières entre ces deux libertés étant poreuses. Un peu moins catégoriques, mais n'excluant pas cette piste pour la désobéissance civile : CR Cst.–MARTENET/ZANDIRAD, art. 15, N 165.

et de conscience : le pacifisme⁸⁸, le véganisme⁸⁹ ou encore l'opposition à l'avortement⁹⁰. A en revanche été exclu d'une analyse à l'aune de cette disposition le cas d'un opposant à la candidature des Pays-Bas aux Jeux olympiques qui a fait valoir son refus de principe à l'organisation de cette manifestation, notamment au travers de banderoles⁹¹, mais aussi la situation d'une personne souhaitant faire valoir sa conviction de pouvoir se promener nue dans la rue⁹². Néanmoins, lorsque l'analyse sous l'angle de cette liberté n'est pas admise, il est commun qu'elle le soit sous l'angle d'une autre disposition, le plus souvent de la liberté d'expression⁹³.

La liberté de conscience et de croyance comporte différentes dimensions. Sur le plan interne, chacun est libre d'adopter et de nourrir les convictions de son choix. Cet aspect est protégé de manière absolue⁹⁴. Cependant, l'expression de

31

⁸⁸ CourEDH, affaire *Arrowsmith c. Royaume-Uni* du 12 octobre 1978, n° 7050/75, § 69 ; GONIN/BIGLER, art. 9, N 36. Cependant, bien que le pacifisme puisse être une croyance protégée au sens de cette disposition, la CEDH considère que « cette disposition protège en premier lieu ce qui relève du for intérieur et pas nécessairement tout comportement public dicté par une conviction. Elle n'autorise pas à se soustraire à une législation générale neutre sur le plan de la conscience et, qui plus est, prévue par la Convention (loi fiscale) », CourEDH, affaire *C. c. Royaume-Uni* du 15 décembre 1983, n° 10358/83, § 37. Dans cette décision, des membres du mouvement des quakers s'étaient opposés au paiement d'un impôt qui allait indirectement financer la production d'armes. Dans le même sens, CourEDH, affaire *H. et B. c. Royaume-Uni* du 18 juillet 1986, n° 11991/86 ; CourEDH, affaire *K. et V. c. Pays-Bas* du 16 juillet 1987, n° 11086/84, à propos du non-paiement de factures d'énergie provenant du nucléaire.

⁸⁹ CourEDH, affaire *W. c. Royaume-Uni* du 10 février 1993, n° 18187/91. Voir, en outre, la récente décision d'une juridiction civile anglaise de droit du travail, *Employment Tribunal, J Casamitjana Costa v The League Against Cruel Sports* du 6 mars 2020, n°3331129/2018, § 34 ss ; CR Cst.–MARTENET/ZANDIRAD, art. 15, N 67.

⁹⁰ CourEDH, affaire *Bouessel du Bourg c. France* du 18 février 1993, n° 20747/92, même si les convictions « pro-vie » peuvent être protégées, elles ne permettent pas pour autant de se soustraire au paiement d'assurances sociales qui financeraient indirectement des avortements. Le raisonnement est similaire à ce qui prévaut en matière de pacifisme. Dans le même sens, CourEDH, affaire *Van den Dungen c. Pays-Bas* du 22 février 1995, n°22838/93 ; CourEDH, affaire *Pichon et Sajous c. France* (déc.) du 2 octobre 2001, n°49853/99. Mentionnons encore pour souligner le caractère controversé de ces qualifications, que, de manière surprenante, GONIN/BIGLER, art. 9, N 36 ajoutent le communisme à cette liste des convictions couvertes par le champ d'application de l'art. 9 CEDH. Néanmoins, le communisme relève plutôt d'une doctrine politique. Or, les courants politiques ne sont en général pas analysés sous l'angle de l'art. 15 Cst. féd. par les juridictions. Cf. p. ex. : CourEDH, affaire *Hazar, Hazar et Acik c. Turquie* du 11 octobre 1991, n°16311/90.

⁹¹ CourEDH, affaire *K. c. Pays-Bas* du 13 mai 1992, n°15928/89.

⁹² CourEDH, affaire *Gough c. Royaume-Uni* du 28 octobre 2014, n° 49327/11.

⁹³ GONIN/BIGLER, art. 9, N 26 ss, qui soulignent néanmoins l'artificialité de la dichotomie entre *forum internum* et *externum*.

⁹⁴ CR Cst.–MARTENET/ZANDIRAD, art. 15, N 67.

croyanances et convictions, la pratique de rites ou l'adoption de comportements dictés par des croyances et convictions sont susceptibles d'être restreints (for externe)⁹⁵. La liberté de conscience et de croyance vise tout autant le droit d'avoir ou de ne pas avoir de croyance, que celui d'adhérer ou de ne pas vouloir adhérer à une croyance (aspects positifs et négatifs)⁹⁶. Dès lors, en présence d'une croyance protégée par l'art. 15 Cst. féd., l'État a une obligation d'abstention, dans la mesure où il ne doit pas interférer dans l'exercice de la croyance d'une personne. Il a également des obligations de protection des individus dans l'exercice de leurs croyances et, à ce titre, peut être amené à fournir des prestations à des groupes ou des personnes, afin de les soutenir dans cet exercice (p. ex.: en leur octroyant un accès à un lieu public)⁹⁷. Par ailleurs, la liberté religieuse ne peut être invoquée pour exiger que l'on soit préservé de confrontation aux opinions religieuses des autres⁹⁸. L'art. 15 Cst. féd. implique également un devoir de neutralité de l'État en matière de confessions ou de convictions⁹⁹. Enfin, CALVELTI/KLEY estiment que cette liberté déploie un important effet horizontal indirect lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit pénal¹⁰⁰. D'ailleurs, face à des actes de désobéissance civile en particulier, KÜHLER déplore l'absence d'une articulation cohérente entre liberté de conscience et application de la loi pénale¹⁰¹.

- 32 Concernant l'analyse des restrictions qui peuvent être apportées à cette liberté, soulignons que la gravité d'une atteinte s'analyse notamment en fonction de la signification que l'observation des règles religieuses ou philosophiques revêt pour la personne concernée¹⁰². S'agissant des intérêts publics qui justifient une ingérence, leur interprétation est évolutive, notamment en lien avec les évolutions sociales en matière de conception des missions éducatives ou intégratives de certaines obligations collectives, par exemple en matière scolaire ou d'objection de conscience au service militaire¹⁰³. Enfin, sous l'angle de la

⁹⁵ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, Art 15, N 35 ss ; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15, N 27.

⁹⁶ DUBEY, N 1955 ; AUBERT/MAHON, art. 15, N 6.

⁹⁷ DUBEY, N 1944 ; AUBERT/MAHON, art. 15, N 11.

⁹⁸ À ce sujet : ATF 101 Ia 252 qui concerne la possibilité pour le Mouvement de libération des femmes de projeter un film sur l'avortement dans un canton catholique, dans lequel il est rappelé que « la majorité ne peut prétendre réduire la minorité au silence » *cf. infra* sur cette dimension dans la désobéissance civile 5.II. BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, Art 15, N 7.

⁹⁹ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, Art 15, N 48, considère que si l'État peut se positionner sur le terrain des valeurs, mais que du point de vue idéologique et religieux, il doit être totalement neutre.

¹⁰⁰ SGK BV-CALVELTI/KLEY, Art. 15, N 21.

¹⁰¹ KÜHLER (Gewissensfreiheit), p. 318 ; *cf. infra* 4.III.A.1.

¹⁰² DUBEY, N 2007 ss.

¹⁰³ AUBERT/MAHON, art. 15, N 13 ; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15, N 153.

proportionnalité, cette liberté nécessite d'arbitrer des conflits de droits et dicte ainsi une analyse « particulièrement dynamique »¹⁰⁴. Ainsi, la casuistique admet comme justifiées les restrictions apportées à la liberté de croyance de personnes se fondant sur leurs convictions pour se soustraire au paiement d'assurances ou impôts obligatoires¹⁰⁵, aux prescriptions de sécurité routière¹⁰⁶, s'opposer à des interventions étatiques dont le but est de prévenir les dérives sectaires¹⁰⁷, se soustraire à des prises de sang dans le cadre d'une procédure pénale¹⁰⁸, refuser des prestations ou services à des personnes homosexuelles¹⁰⁹, ou encore refuser de travailler comme réceptionniste dans un centre de conférences et de séminaires appartenant à l'Église protestante locale dans le cadre d'une mesure de chômage¹¹⁰.

Le cas de l'objection de conscience au service militaire constitue pour notre étude un cas limite sur lequel il nous faudra revenir, puisqu'une partie des actions entreprises par ces objecteurs s'apparente à des actes de désobéissance civile¹¹¹. En effet, et par suite des mobilisations collectives de ces différentes personnes, c'est sous l'angle de la liberté de conscience et de croyance qu'un droit à la mise en place d'un service civil de remplacement a été consacré comme relevant des obligations positives des États¹¹². En doctrine, de nombreux parallèles sont tissés entre objecteurs de conscience, désobéissants civils, mais aussi lanceurs d'alertes, en raison de la dimension éthique ou de conviction

33

¹⁰⁴ Selon la terminologie de CR Cst.–MARTENET/ZANDIRAD, art. 15, N 156.

¹⁰⁵ CR Cst.–MARTENET/ZANDIRAD, art. 15, N 107 et CourEDH, affaire *C. c. Royaume-Uni* du 15 décembre 1983, n°10358/83.

¹⁰⁶ ATF 119 IV Ia 178 (JdT 1995 I 291).

¹⁰⁷ SGK BV–CALVELTI/KLEY, Art. 15, N 32.

¹⁰⁸ BSK BV–PAHUD DE MORTANGES, Art 15, N 94 ss.

¹⁰⁹ CourEDH, affaire *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, n°48420/10, §§ 102 à 106.

¹¹⁰ CourEDH, affaire *Dautaj Abaz c. Suisse* du 20 septembre 2007, n°32166/05.

¹¹¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 482 et 483, rappellent qu'avant la décriminalisation de ce comportement en 1991, les cas d'objection au service militaire conduisaient au prononcé de plus de 100 condamnations pénales par an. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 518, précisent que les objecteurs de conscience étaient donc des « criminels de droit commun ». Sur la distinction conceptuelle opérée entre objection de conscience et désobéissance civile, cf. chapitre 2. Comme nous le verrons, les juristes ne distinguent pas les deux, ce qui mène à différentes confusions, y compris sous l'angle des libertés fondamentales dont la désobéissance civile peut relever.

¹¹² PÉTERMANN, p. 338 ss ; CourEDH, affaire *Bayatyan c. Arménie* [GC] du 7 juillet 2011, n° 23459/03, §§ 92-111 ; CourEDH, affaire *Enver Aydemir c. Turquie* du 7 juin 2016, n°26012/11, § 75 ; CourEDH, affaire *Papavasylakis c. Grèce* du 15 septembre 2016, n°66899/14.

exprimée par les activistes qui recourent à ce mode d'action¹¹³. L'analyse pénale des cas d'objection de conscience au service militaire présente par ailleurs de nombreuses similarités avec celle proposée des cas de désobéissance civile, notamment lorsqu'il s'agit pour les juges d'articuler l'analyse des éléments constitutifs d'une infraction avec l'exercice d'une liberté fondamentale¹¹⁴.

3. La liberté d'opinion et d'information

Art. 16 Libertés d'opinion et d'information

¹ La liberté d'opinion et la liberté d'information sont garanties.

² Toute personne a le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion.

³ Toute personne a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser.

34 Cette liberté appartient aux libertés de communication qui sont les libertés qui couvrent :

« [...] tout le cheminement des nouvelles, des idées et du savoir au sein de la société civile, dès leur émission jusqu'à leur réception, en passant par leur développement, leur diffusion, leur discussion et leur critique. »¹¹⁵

On inclut parmi elles : la liberté d'opinion et d'information, la liberté de la presse, de la science, de l'art et de la radio et télévision¹¹⁶. Ce groupe de libertés forme le noyau central et nécessaire au développement d'une société civile autonome et libre d'ingérences de l'État¹¹⁷. Ces libertés sont considérées en doctrine comme les préalables et garanties à la mise en place d'un espace de discussion démocratique, ouvert et fécond, nécessaire au développement des dimensions citoyenne et politique des activités des individus¹¹⁸.

¹¹³ Cf. *infra* 1.IV et 4.III.A, ainsi que, notamment : HERMANN, p. 95 ; KÜHLER (Gewissensfreiheit), p. 300 ss ; THOMMEN/MATTMANN, p. 13.

¹¹⁴ Cf. *infra* 4.III. Voir p. ex. l'ancien ATF 99 IV 92 (JdT 1974 IV 50) dans lequel le juge pénal estime que son rôle n'est pas de se prononcer sur la constitutionnalité des lois et donc des devoirs militaires sous l'angle de la liberté religieuse, position qui fait écho à la décision Tribunal de La Côte, 20 décembre 2018, présentée *infra* 3.III.L. Également : ATF 101 Ia 172 (JdT 1977 I 62), portant sur une sanction disciplinaire infligée à un enseignant pour avoir encouragé à la violation des devoirs militaires. En matière de droit conventionnel, cf. CONSEIL DE L'EUROPE (objection de conscience), p. 1 ss.

¹¹⁵ ATF 132 I 256 (JdT 2007 I 327) ; MALINVERNI/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 567.

¹¹⁶ DUBEY, N 2031 ss.

¹¹⁷ DUBEY, N 2034 ss ; SGK BV-KLEY/TOPHINKE, Art.16, N 3.

¹¹⁸ Au sujet des dimensions sociales et démocratiques des libertés de communication, DUBEY considère que : « les idées sont considérées comme bonnes ou mauvaises non pas en vertu

En particulier, la liberté d'opinion et d'information de l'art. 16 Cst. féd. constitue un pilier de ces garanties essentielles à une société démocratique¹¹⁹. Celle-ci déploie un caractère général et certaines libertés lui sont donc préférées comme revêtant un caractère plus spécial, par exemple lorsqu'il s'agit d'exprimer un certain type d'opinion (à caractère religieux) ou selon une certaine modalité (par exemple sous forme d'une réunion)¹²⁰. La CEDH garantit de manière similaire la liberté d'opinion et d'expression à son art. 10 CEDH, avec pour seule différence qu'une distinction est effectuée entre l'expression lorsqu'elle prend une forme collective et lorsqu'elle est individuelle¹²¹. 35

Au sens de l'art. 16 Cst. féd. est une opinion « tout jugement, idée, manifestation de pensée, conception, création ou activité politique »¹²². En d'autres termes, tous les messages qu'un individu peut émettre et recevoir sont couverts par cette liberté, peu importe leur contenu¹²³. En effet, des opinions qui peuvent choquer ou importuner, indépendamment de ce qu'elles plaisent ou non au gouvernement ou à une majorité, entrent dans le champ d'application de cette disposition¹²⁴. L'État se doit ainsi d'adopter une attitude « axiologiquement neutre » vis-à-vis des opinions des individus et s'abstenir en principe d'en juger le bien-fondé afin de ne pas restreindre injustement l'exercice de la liberté d'opinion¹²⁵. De plus, les opinions en matière de politique jouissent d'une protection renforcée en raison de leur importance pour l'émergence et la vivacité d'un débat public et démocratique¹²⁶. En ce sens, les revendications portées par les activistes de la désobéissance civile s'apparentent à une forme d'expression politique, dont il conviendra d'identifier si, en raison du caractère illicite de l'action, une restriction se justifie. En effet, l'expression de telles 36

d'arguments d'autorité, mais au gré de constats empiriques et d'arguments raisonnables qui peuvent et doivent être échangés au fil d'un processus de communication continu, fait d'affirmations et de réfutations et ainsi de suite. », DUBEY, N 2036 ; BSK BV-HERTIG, Art. 16, N 3 et 4, considère que ces libertés donnent les impulsions : « pour la paix et le changement continu, ce qui est nécessaire pour créer un espace de réflexion et de discussion. » Sans cela, pas de décisions démocratiques légitimes pour l'auteur. Dans le même sens : SGK BV-KLEY/TOPHINKE, Art. 16, N 10 ; CR Cst.-COTTIER, art. 16, N 8 ss.

¹¹⁹ CR Cst.-COTTIER, art. 16, N 8 et 25 ss.

¹²⁰ BSK BV-HERTIG, Art 16, N 5. Cf. *infra* 1.II.4. pour la liberté de réunion et *supra* 1.II.A. pour la liberté de conscience et de croyance.

¹²¹ BSK BV-HERTIG, Art 16, N 6 ; GONIN/BIGLER, N 18 ss.

¹²² ATF 119 Ia 178 (JdT 1993 IV 192).

¹²³ DUBEY, N 2066 ; CR Cst.-COTTIER, art. 16, N 26 ss.

¹²⁴ Il est en effet nécessaire qu'un discours critique de l'autorité puisse être protégé, cf. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 569 et 601 ss ; DUBEY, N 2094 ; SGK BV-KLEY/TOPHINKE, Art. 16, N 5 et 6 ; ATF 109 Ia 208.

¹²⁵ DUBEY, N 2095 ; CR Cst.-COTTIER, art. 16, N 46.

¹²⁶ CR Cst.-COTTIER, art. 16, N 46 et les réf. citées.

opinions politiques ne peut en principe faire l'objet de restrictions qu'avec précautions¹²⁷. Dans ce domaine, la CourEDH admet d'ailleurs que les États jouissent d'une marge d'appréciation plus restreinte qu'en matière d'expression religieuse, morale ou encore commerciale¹²⁸. Outre la question du contenu, le moyen de communication utilisé pour véhiculer un message n'a pas d'impact sur l'inclusion dans le champ de protection l'art. 16 Cst. féd. Ainsi, des comportements ou des moyens de communication tels que la confection de banderoles, d'affiches¹²⁹, le port de masques¹³⁰, le fait de se maquiller de sang¹³¹, d'entamer une grève de la faim¹³², de bloquer le trafic ou un bâtiment¹³³, de donner une pièce de théâtre de rue¹³⁴, de peindre une statue¹³⁵ ou toute autre forme de comportement symbolique¹³⁶ sont couverts par cette disposition au sens de la jurisprudence. Enfin, l'art. 16 Cst. féd. protège également l'information¹³⁷.

¹²⁷ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 607 ss ; BSK BV–HERTIG, Art 16, N 42 ; DUBEY, N 2105.

¹²⁸ SGK BV–KLEY/TOPHINKE, Art 16, N 18. Les communications à caractère commercial font l'objet d'un débat pour déterminer dans quelle mesure elles sont aussi couvertes par l'art. 6 Cst. féd. cf. CR Cst.–COTTIER, art. 16, N 46. Le TF et une partie de la doctrine estiment qu'elles relèvent plutôt de la liberté économique, voir SGK BV–KLEY/TOPHINKE, Art. 16, N 7 et les réf. citées. La CourEDH et la doctrine dominante considèrent pour leur part que les discours commerciaux peuvent être appréhendés sous l'angle de la liberté d'opinion, entre autres : AUBERT/MAHON, art. 16, N 7 ; GONIN/BIGLER, art. 10, N 178.

¹²⁹ ATF 138 I 274 (JdT 2013 I 3).

¹³⁰ DUBEY, N 2100 effectue un parallèle entre le respect du secret du vote lors de l'exercice des droits politiques et la volonté que peuvent avoir certaines personnes à ne pas être identifiées pour une opinion lorsqu'elles expriment leurs convictions politiques. Néanmoins, bien que le port de masque puisse être protégé, cela ne signifie pas pour autant que des restrictions ne puissent se justifier selon les circonstances, p. ex. : ATF 117 Ia 472 (JdT 2003 I 291) ; ATF 111 Ia 322 (JdT 1987 I 220).

¹³¹ DUBEY, N 2074.

¹³² DUBEY, N 2074 ; ATF 136 IV 97.

¹³³ ATF 119 IV 301 (JdT 1995 IV 147) ; CourEDH, affaire *Drieman et autres c. Norvège* (déc.) du 4 mai 2000, n°33678/96. La doctrine est cependant divisée à ce sujet et il convient de nuancer la protection d'un tel mode d'expression au regard de l'ATF 134 IV 216 pour MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 602, ainsi que SGK BV–KLEY/TOPHINKE, Art. 16. Cf. également *infra* 3.III. et chapitre 4.III.

¹³⁴ ATF 100 Ia 392.

¹³⁵ CourEDH, affaire *Murat Vural c. Turquie* du 21 octobre 2014, n° 9540/07.

¹³⁶ ATF 117 Ia 472 ; AUBERT/MAHON, Art. 16, N 8 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 602 ; BSK BV–HERTIG, Art 16, N 5 ; GONIN/BIGLER, art. 10, N 17 ; CourEDH, affaire *Hashman et Harrup c. Royaume-Uni* [GC] du 25 novembre 1999, n°25594/94.

¹³⁷ Cette notion se distingue difficilement de l'opinion et la démarcation n'a en réalité pas de portée pratique. La doctrine précise que les informations porteraient plus sur des faits et les

La liberté d'opinion et d'information comprend différentes dimensions. Le for interne des individus est protégé de manière absolue, mais leur for externe l'est de manière relative¹³⁸. Cette liberté instaure avant tout une obligation d'abstention de l'État, mais déploie aussi une dimension positive en vertu de laquelle l'État est notamment tenu d'autoriser l'usage accru du domaine public ou de permettre de faire circuler et diffuser les informations¹³⁹. Enfin, des mesures positives tendant à la réalisation de certains principes de transparence en matière d'accès à l'information peuvent être déduites de cette garantie¹⁴⁰. 37

En ce qui concerne les restrictions apportées à cette liberté, les trois conditions de l'art. 36 Cst. féd. doivent être réunies. En lien avec l'examen de ces conditions, il convient de souligner encore une fois que le contenu des opinions qui font l'objet d'une transmission ou d'une communication n'est en principe pas pertinent pour évaluer la justification d'une restriction, sauf conflit de droits fondamentaux et sous l'angle de la proportionnalité¹⁴¹. En effet, les mesures prises ne doivent pas aboutir à censurer des opinions à titre préalable. Cette exigence est liée au risque de la création d'un « chilling effect » sur l'exercice de la liberté de l'art. 16 Cst. féd.¹⁴². Par cette interdiction de produire un effet dissuasif, la garantie de la liberté d'opinion et d'expression vise à souligner qu'il existe un risque qu'en raison de précédentes limitations, de nouvelles voix 38

opinions sur des réflexions : AUBERT/MAHON, art. 16, N 7 ; CR Cst.–COTTIER, art. 16, N 27; ATF 127 I 145 (JdT 2003 I 150).

¹³⁸ DUBEY, N 2077; SGK BV–KLEY/TOPHINKE, Art.16, N 11 et 12.

¹³⁹ DUBEY, N 2098 ; SGK BV–KLEY/TOPHINKE, Art.16, N 30. En particulier s'agissant de l'accès au domaine public, il est question d'un « quasi » droit d'accès dans le sens où un mécanisme d'annonce préalable à l'autorité est tout de même admissible sous cet angle, cf. CR Cst.–COTTIER, art. 16, N 41 et les développements du droit international en ce sens dont il sera question *infra* 1.II.A.4. en lien avec la liberté de réunion.

¹⁴⁰ CR Cst.–COTTIER, art. 16, N 41 à 43.

¹⁴¹ Le cas de la lutte contre le discours de haine constitue en ce sens un cas typique de conflits de droits fondamentaux, cf. ATF 131 IV 23 (JdT 2006 IV 88) qui prévoit, en lien avec l'interdiction de la discrimination raciale, que « la liberté d'expression commande que l'on n'admette pas trop facilement, dans le débat politique, l'existence d'un abaissement ou d'une discrimination au sens de l'art. 261bis al. 4 CP. Ne se rend pas encore coupable de cette infraction, celui qui exprime quelque chose de négatif sur un groupe humain protégé par cette disposition, pour autant que la critique demeure globalement dans les limites de l'objectivité et repose sur des faits objectifs. », c. 3. Dans ce cas, un politicien avait polémique au sujet de la surreprésentation de certains groupes ethniques parmi la population criminelle en Suisse. Il a été condamné en raison de ses propos et le TF a considéré sa liberté d'expression violée. En outre, sur la question du discours de haine : MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 607 ss ; BSK BV–HERTIG, Art 16, N 42 ; DUBEY, N 2105 ; CR Cst.–COTTIER, art. 16, N 50 à 52. *A contrario* : TF, 6B_636/2020 du 10 mars 2022 (condamnation justifiée).

¹⁴² CR Cst.–COTTIER, art. 16, N 47.

critiques renoncent à s'élever à l'avenir, alors même que ces discours sont valorisés comme des éléments essentiels au débat démocratique et à l'épanouissement de la société civile, raison pour laquelle une attention particulière doit être portée à cet effet¹⁴³. En ce sens, la question de la sanction pénale des comportements expressifs est particulièrement délicate, car elle peut conduire à alimenter un tel effet¹⁴⁴. Dès lors, des normes pénales trop vagues ou des mesures préventives trop incisives sont par exemple à proscrire pour permettre à cette liberté de déployer pleinement ses effets¹⁴⁵. Par ailleurs, indépendamment des opinions exprimées, des restrictions peuvent se justifier sous l'angle de l'évaluation de leur proportionnalité en raison de la qualité du titulaire de la liberté (membres d'un organe judiciaire, personnel enseignant d'école primaire, figures publiques, etc.) ou en raison de l'existence d'un devoir de fidélité ou de loyauté particulier¹⁴⁶. Enfin, la proportionnalité des restrictions varie en fonction du lieu et du moment concerné par la diffusion de l'opinion¹⁴⁷.

- 39 Un cas particulier qui a trait à l'admissibilité des restrictions à la liberté de l'art. 16 Cst. féd. est celui des « whistleblower », dont la protection a beaucoup occupé la doctrine, jusqu'à mener à une adaptation des dispositions du code des

¹⁴³ BSK BV–HERTIG, Art 16, N 40; BELSER/WALDMANN, p.180 ss ; CourEDH, affaire *Brasilier c. France* du 11 avril 2006, n°71343/01, § 43, dans lequel la condamnation du requérant au versement d'un franc symbolique a été analysée comme pouvant constituer une ingérence non admissible dans la liberté d'expression de son titulaire.

¹⁴⁴ CR Cst.–COTTIER, art. 16, N 47 et les réf. citées. Nous verrons par ailleurs dans les chapitres 3 et au chapitre 4 que, dans l'analyse pénale des cas de désobéissance civile, cette perspective constitutionnelle et le risque d'effet dissuasif sont relégués à une place marginale dans le raisonnement des autorités judiciaires pénales, ce qui questionne l'articulation effectuée entre droit pénal et constitutionnel. Cf. en particulier 4.II.A.1.a.

¹⁴⁵ BSK BV–HERTIG, Art 16, N 40 ; DOURNEAU-JOSETTE, p. 216 et 217.

¹⁴⁶ BSK BV–HERTIG, Art 16, N 46 ss ; SGK BV–KLEY/TOPHINKE, Art 16, N 23 et 29 ss, signalent en particulier que le devoir de réserve d'un membre d'une autorité judiciaire ne l'empêche pas de se prononcer seul sur une question sujette à controverse ; CourEDH, affaire *Wille c. Liechtenstein* [GC] du 28 octobre 1999, n°28396/95. Sous cet angle, un débat actuel concerne la liberté des membres de la communauté scientifique ou des fonctionnaires d'appeler à soutenir des mouvements recourant à la désobéissance civile. Cf. *infra* 4.III.A.1. S'agissant de la communauté scientifique, la liberté de la science entre également en ligne de compte. Voir en particulier à ce sujet : rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression des Nations Unies, David Kaye du 28 juillet 2020, A/75/261, p. 15 ss. Celui-ci met largement en garde contre toute tentative de limiter l'expression du personnel scientifique et des fonctionnaires étatiques face à ce type d'actions.

¹⁴⁷ ATF 132 I 256 (JdT 2007 I 327) ; ATF 124 I 267 (JdT 2000 I 336) ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 621 ; DUBÉY, N 2102 ; SGK BV–KLEY/TOPHINKE, Art 16, N 31.

obligations y relatives¹⁴⁸. En raison de la qualité particulière de ces personnes, l'usage de leur liberté d'expression est en effet souvent constitutif d'une infraction pénale pouvant mener au prononcé de sanctions. Or, sur ce point, les discussions qui ont occupé la doctrine sur les possibilités de justifier ces actes et donner au droit pénal une interprétation conforme à la Constitution soulèvent des enjeux analogues à celle de la désobéissance civile¹⁴⁹. En effet, par des actes de désobéissance civile, les activistes mettent en avant la nécessité de rendre publiques des informations ou opinions, là où les personnes lançant l'alerte révèlent des informations protégées par des secrets au sens de la loi pénale. Dans les deux cas, on trouve l'idée sous-jacente selon laquelle les éléments rapportés par ces deux catégories de personnes méritent d'être relayés dans l'espace public et rendus accessibles, car ils échapperaient autrement à un contrôle démocratique¹⁵⁰. Leur dimension citoyenne fait également l'objet de controverses et la question de la punissabilité de leur acte n'est donc pas limpide¹⁵¹. En l'état actuel, pour qu'une personne lançant l'alerte soit protégée et l'illicéité de son acte levée, elle doit se soumettre au respect de différentes conditions liées à l'épuisement des voies internes à son institution de signalisation du dysfonctionnement ou de l'irrégularité constatée¹⁵².

4. La liberté de réunion

Art. 22 Liberté de réunion

¹ La liberté de réunion est garantie.

² Toute personne a le droit d'organiser des réunions, d'y prendre part ou non.

La liberté de réunion, qui fait partie des libertés de communication, couvre également des aspects essentiels de l'expression dans un État démocratique. En ce sens, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER soulignent que :

40

¹⁴⁸ BELSER/WALDMANN, p. 182 ss ; BSK BV–HERTIG, Art. 16, N 174 ; DUBEY, N 2266, présente le lien entre la protection constitutionnelle des lanceurs d'alerte et l'application de motifs justificatifs pénaux tels que l'état de nécessité ou la sauvegarde d'intérêts légitimes ; SGK BV–KLEY/TOPHINKE, Art 16, N 22 ; CR Cst.–COTTIER, art. 16, N 21.

¹⁴⁹ La discussion sur l'analogie potentielle entre ces deux figures fait l'objet de la section 4.III.A.1.b de notre travail. En doctrine, le rapprochement est d'ailleurs parfois explicite, cf. THOMMEN/MATTMANN, p.14 ss ; BETTEX ET AL., p. 103 ss.

¹⁵⁰ Notamment : CEVA, p. 60 ss.

¹⁵¹ CR Cst.–COTTIER, art. 16, N 21. Nous y reviendrons largement au chapitre 4.

¹⁵² Des controverses et divergences existent néanmoins au sujet de ces conditions entre la pratique interne suisse et celle de la CourEDH, cf. *infra* 4.III. et CR Cst.–COTTIER, art. 16, N 21 et les réf. citées.

« [...] la démocratie moderne ne peut se passer de la liberté de réunion, dont l'exercice constitue souvent pour ceux qui n'ont pas les moyens ou les relations pour accéder directement aux médias, la seule possibilité d'intervenir dans le processus de formation de la volonté démocratique. »¹⁵³

- 41 D'autres auteurs, dont ERRASS, insistent sur la fonction démocratique fondamentale de cette liberté qui permet, d'une part, d'identifier le degré d'insatisfaction présent au sein de certains groupes de la population et, d'autre part, sert de catalyseur à l'émergence de nouvelles préoccupations politiques au sein de l'opinion publique¹⁵⁴. *A fortiori*, l'organisation de réunions constitue un levier d'action politique en cas de dysfonctionnements de la procédure démocratique ou en présence de rapports de force agonistiques au sein de la population et des autorités¹⁵⁵. Enfin, cette liberté est parfois qualifiée de « soupape » pour la population qui peut de la sorte faire valoir ses mécontentements¹⁵⁶. En d'autres termes, aux yeux de la doctrine, la liberté de réunion a pour fonction de garantir un espace de discussion entre gouvernants et gouvernés dans le but de trouver des solutions aux enjeux sociopolitiques soulevés par ses titulaires¹⁵⁷. En droit conventionnel, l'art. 11 CEDH consacre une garantie analogue qui insiste sur la dimension pacifique des réunions protégées et qui poursuit des finalités similaires à celles de l'art. 22 Cst. féd.¹⁵⁸.
- 42 Au sens de cette liberté sont protégés tous les rassemblements d'un groupe de personnes qui poursuivent une finalité idéale¹⁵⁹ et se regroupent dans le but d'échanger des idées et de les communiquer à des tiers sous différentes formes¹⁶⁰. L'acceptation de la notion de réunion est large et la jurisprudence admet également que de simples rassemblements aux buts culturels ou à des fins d'amusement sont compris dans le champ de protection de cette

¹⁵³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 672 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 746, insistent sur le besoin élémentaire de se réunir de la société civile ; DUBEY, N 2203 ; SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 5 ; en particulier : BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 1, souligne l'importance de cette liberté pour les groupes minoritaires qui ne peuvent pas faire valoir leurs opinions politiques dans les institutions démocratiques ; MANIFRINI, N 3 et 4.

¹⁵⁴ SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 5 et 6 ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 3.

¹⁵⁵ SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 7 ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 2 ss.

¹⁵⁶ BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 1 ss.

¹⁵⁷ BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 1 ss ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 2 ss.

¹⁵⁸ Cette condition de réunion pacifique est implicite dans la Constitution suisse et fait consensus. La portée des deux libertés, celle de l'art. 22 Cst. féd. et celle de l'art. 10 CEDH, est donc identique, *cf.* CONSEIL DE L'EUROPE (article 11), ch. 1 ss ; DUBEY, N 2213 ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 31 ss. Nous reviendrons sur la question de l'évaluation du caractère pacifique en lien avec les actions de désobéissance civile *infra* 4.III.

¹⁵⁹ Par opposition, c'est la liberté économique qui vise les rassemblements à caractère commercial.

¹⁶⁰ ATF 137 I 31 (JdT 2011 I 221), c. 6.1 ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 20 à 24.

disposition¹⁶¹. On admet ainsi qu'il y a réunion dès que deux personnes se retrouvent¹⁶². Les rassemblements à caractère spontané sont aussi englobés dans le champ de protection de cette disposition¹⁶³. L'élément déterminant pour la qualification est celui de la poursuite d'un but commun¹⁶⁴. Par conséquent, le contenu des idées qui sont communiquées n'est pas pertinent pour juger de l'application de la protection de cette disposition, l'État se devant d'être neutre à ce sujet et éviter toute forme de censure¹⁶⁵. Une certaine prise en compte du contenu des idées véhiculées dans une réunion peut néanmoins intervenir à la condition restreinte qu'elle soit nécessaire à l'évaluation des risques entourant la tenue d'une réunion et à l'identification des mesures de protection qui doivent être mises en œuvre en conséquence par l'État¹⁶⁶. Enfin, les réunions au sens de cette disposition peuvent prendre des formes très diverses : conférences, veillées, « sit-in », blocages, marches silencieuses, pièce de théâtre de rue, etc.¹⁶⁷. À cet égard, soulignons la nuance qui veut donc que la forme prise par la réunion ne soit pas l'élément déterminant pour activer le champ d'application de la liberté de l'art. 22 Cst. féd., mais qu'elle joue un rôle au stade de l'évaluation de l'admission des restrictions¹⁶⁸. En effet, pour activer la protection de cette disposition, c'est plutôt le caractère pacifique ou non d'une réunion qui constitue l'élément central. Par ailleurs, à l'occasion de ces réunions, il est possible de recourir à un large éventail de moyens pour atteindre le but idéal visé et communiquer avec le public, y compris par exemple des maquillages, le port de masques à gaz pour protester contre la pollution de l'air ou l'usage de haut-parleurs et de mégaphones¹⁶⁹.

¹⁶¹ AUBERT/MAHON, Art. 22, N 5 ; CONSEIL DE L'EUROPE (article 11), ch. 8 ss ; SGK BV-ERRASS, Art. 22, N 9 à 11 (sur les « bottelones ») ; ATF 109 Ia 76 (JdT 1985 I 48).

¹⁶² Tout comme en matière de liberté d'opinion et d'expression, cf. DUBEY, N 2209.

¹⁶³ ATF 135 I 302 ; BSK BV-HERTIG, Art. 22, N 4 ; DUBEY, N 2208.

¹⁶⁴ AUBERT/MAHON, Art. 22, N 5 ; CONSEIL DE L'EUROPE (article 11), ch. 19 ; SGK BV-ERRASS, Art. 22, N 22 ; CR Cst.-MALINVERNI, art. 22, N 21.

¹⁶⁵ ATF 108 Ia 300 : « l'autorité compétente ne saurait interdire une réunion uniquement en raison des idées qui doivent y être exprimées. » ; TF, 1C_550/2015 du 18 janvier 2016 ; BSK BV-HERTIG, Art. 22, N 21 ; SGK BV-ERRASS, Art. 22, N 40.

¹⁶⁶ ATF 111 Ia 322 ; DUBEY, N 223 ; SGK BV-ERRASS, Art. 22, N 40. Pour le surplus, cf. *infra*.4.III.

¹⁶⁷ ATF 108 IV 165 ; ATF 100 Ia 392 ; pour une casuistique détaillée : SGK BV-ERRASS, Art. 22, N 27 ss.

¹⁶⁸ CR Cst.-MALINVERNI, art. 22, N 48 ss ; COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, N 36 ss.

¹⁶⁹ En revanche, le port de masques peut être limité s'il vise uniquement à rendre l'identification plus complexe : ATF 117 Ia 472 (JdT 2003 I 291) ; SGK BV-ERRASS, Art. 22, N 28 ; ATF 111 Ia 322 ; ATF 107 Ia 64.

- 43 La manifestation est une forme particulière de réunion, dont le but affiché est de faire appel au public¹⁷⁰. Il n'existe pas de liberté propre à la manifestation dans la Constitution suisse, mais sa protection découle de la garantie de l'art. 22 Cst. féd.¹⁷¹. Au vu de l'importance de ce moyen d'action en démocratie, le principe veut que les manifestations soient protégées et admises en raison de leur importance pour la formation de l'opinion populaire¹⁷². AUBERT/MAHON soulignent la dimension essentielle de la possibilité de manifester pour les groupes minoritaires, qui ne sont pas en mesure de faire valoir leur point de vue par le biais des institutions démocratiques¹⁷³. La forme prise par une manifestation n'a pas d'impact sur l'application de la protection de l'art. 22 Cst. féd. comme pour les autres réunions. Il convient donc aussi de considérer comme une manifestation les « flash mobs », « freez mobs » et « smart mobs »¹⁷⁴.
- 44 Au sens de cette liberté et pour être protégées, tant les manifestations que les réunions doivent revêtir un caractère non violent, soit être pacifiques au sens de la CEDH¹⁷⁵. *A contrario*, un rassemblement qui aurait d'emblée pour finalité de porter atteinte à des biens ou des personnes ne sera pas protégé¹⁷⁶. La preuve du

¹⁷⁰ DUBEY, N 2220 ; SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 15 ; MANIFRINI, N 8 ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 25 à 30.

¹⁷¹ SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 15, pense qu'une disposition expresse en ce sens permettrait tout de même de clarifier la systématique.

¹⁷² DUBEY, N 2220.

¹⁷³ AUBERT/MAHON, Art. 22, N 7.

¹⁷⁴ ERASS définit par ailleurs les « flash mobs » comme des « rassemblements brefs au sein desquels les participants ne se connaissent pas personnellement et entreprennent une action commune et inattendue dans l'espace public », SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 17. Il reprend la définition de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, cf. BverfGE 3185/09 du 26 mars 2014. Une « freez mob », quant à elle, vise un rassemblement de personnes, mais statique et une « smart mob » serait un type de rassemblement qui « vise à atteindre des objectifs politiques particuliers » (définition tautologique), SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 17. Voir également : CourEDH, affaire *Obote c. Russie* du 19 novembre 2019, n°58954/09.

¹⁷⁵ MANIFRINI, N 13 ss ; SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 18 et 19, indique qu'en droit allemand une manifestation doit être « sans armes » ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 31 à 38.

¹⁷⁶ ATF 111 Ia 322 (JdT 1987 I 220) : « L'ordre public ne tolère pas des manifestations d'opinions qui sont liées à des actes illicites tels que le fait de barbouiller des vitrines ou d'y coller des affiches, de casser des vitres, d'endommager les voitures, de paralyser le trafic routier, de molester les passants, etc. Les autorités peuvent interdire de telles manifestations sans violer la liberté d'expression et la liberté de réunion. Qu'une manifestation soit considérée comme une mise en danger de l'ordre public, cela dépend des circonstances du cas concret. L'autorité doit examiner selon des critères objectifs si un tel danger existe. » Cet arrêt, ancien, est cependant à relativiser quelque peu, cf. *infra* 4.III.A.1. ; CourEDH, affaire *Schwabe c. Allemagne* du 1^{er} décembre 2011, n°8080/08 et 8577/08, « Article 11 of the Convention only protects the right to “peaceful assembly”. That notion does not cover a demonstration where the organisers and participants have violent intentions » ; DUBEY, N 2213 ; MANIFRINI, N 13.

caractère violent d'une réunion incombe aux autorités, faute de quoi son caractère pacifique est présumé¹⁷⁷. Cependant, il convient de préciser que, pour perdre son caractère pacifique, il faut que l'entière de la manifestation en cause vise un but répréhensible, et ce dès le départ¹⁷⁸. De plus, pour que la manifestation soit considérée comme violente, il faut que des atteintes aux biens ou aux personnes soient projetées ou aient été constatées ; l'adoption d'une attitude provocatrice ou le fait de scander des slogans agressifs ne suffit pas pour retirer son caractère pacifique à une réunion¹⁷⁹. En outre, la simple existence d'un risque de débordements ou de violences, en marge de la réunion ou à l'occasion de celle-ci ne doit en principe pas conduire à son interdiction¹⁸⁰. En effet, en vertu du principe du perturbateur, seules les personnes ayant effectivement perpétré des actes violents à l'occasion d'un rassemblement doivent en être tenues pour responsables et une interdiction ou une dispersion d'un rassemblement à cause de leur comportement constituerait alors une atteinte à l'art. 22 Cst. féd.¹⁸¹. En cas de crainte d'une contre-manifestation violente ou qui pourrait mener à des confrontations, le principe du perturbateur s'applique également. En conséquence, la première manifestation ne perd pas son caractère pacifique en raison de cette hypothétique contre-manifestation¹⁸². Dans le cas contraire, la liberté de réunion pourrait être neutralisée par des groupes idéologiques ou politiques opposés auxquels il suffirait d'annoncer vouloir également manifester¹⁸³. Des restrictions pourront néanmoins être

¹⁷⁷ CONSEIL DE L'EUROPE (article 11), ch. 25 ; SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 62, précise qu'un manque de coopération des participants peut renforcer la présomption des autorités qu'il existe un risque ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 33 à 35 ; COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, N 17.

¹⁷⁸ CONSEIL DE L'EUROPE (article 11), ch. 28 ; BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 8.

¹⁷⁹ BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 9 ; COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, N 11 à 20.

¹⁸⁰ DUBEY, N 2215 ; MANIFRINI, N 15 et 26 ; CourEDH, affaire *Schwabe c. Allemagne* du 1^{er} décembre 2011, n°8080/08 et 8577/08 ; COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, N 17 ss.

¹⁸¹ Une mesure de police doit toujours être dirigée à l'encontre de la personne qui trouble l'ordre et non pas à contre des tiers qui n'en sont pas responsables, DUBEY, N 2236 ; SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 21 ; CourEDH, affaire *Schwabe c. Allemagne* du 1^{er} décembre 2011, n°8080/08 et n°8577/08, §103 ss. Cet arrêt reprend et précise la jurisprudence antérieure de la CourEDH cf. notamment, affaire *Christians against Racism and Fascism c. Royaume-Uni* du 16 juillet 1980, n°8440/78 et CourEDH, *Annenkov et autres c. Russie* du 25 juillet 2017, n°31475/10.

¹⁸² Faute de quoi, en cas d'organisation d'une contre-manifestation, le droit des premiers organisateurs et premières organisatrices pourrait être vidé de sa substance, SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 38 et 44. Cependant, il peut arriver que les risques soient tels que des restrictions puissent tout de même être imposées, cf. ATF107 Ia 59. Sur la problématique des contre-manifestations dans la jurisprudence de la CEDH, l'arrêt de principe est l'affaire *Plattform "ÄRZTE FÜR DAS LEBEN" c. Autriche* du 21 juin 1988, n°10126/82.

¹⁸³ MANIFRINI, N 14.

admises si des violences sont à craindre, dans le but d'assurer la sécurité de la première manifestation et à condition de respecter les exigences de l'art. 36 Cst. féd.¹⁸⁴.

- 45 En lien avec l'évaluation du caractère pacifique d'une réunion ou d'une manifestation, la question de son caractère autorisé ou non fait débat, ainsi que son éventuelle illicéité¹⁸⁵. En effet, sur ce point, le droit a évolué, notamment en lien avec l'adaptation du cadre international, s'agissant de la possibilité de soumettre les réunions à un régime d'autorisation préalable¹⁸⁶. En effet, le refus d'une autorisation de manifester ne pouvant être prononcé qu'exceptionnellement et en présence de graves suspicions de violences, le cas de figure où une manifestation ou une réunion se tient sans avoir obtenu d'autorisation préalable ne devrait pas conduire à lui retirer son caractère pacifique¹⁸⁷. Le caractère non autorisé n'est donc pas synonyme de non protégé, ni d'illicite, mais peut jouer un rôle dans le cadre de l'analyse des restrictions apportées à la liberté de réunion¹⁸⁸. La confusion existe néanmoins en pratique. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour laquelle le Comité des droits de l'homme préconise d'abandonner le régime d'autorisation préalable au profit d'un régime d'annonce préalable¹⁸⁹.
- 46 À ce sujet, en l'état actuel du droit, il est admis que l'autorité puisse exiger que les personnes qui organisent une réunion obtiennent une autorisation préalable¹⁹⁰, ce même en l'absence d'une base légale en ce sens¹⁹¹. On parle à cet égard d'un droit subjectif « conditionnel » à l'obtention d'une

¹⁸⁴ CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 60 et 64.

¹⁸⁵ ATF 96 I 586 ; ATF 97 I 893 ; ATF 105 Ia 15 (JdT 1981 72) concernant un rassemblement non autorisé en raison de l'appel à l'occupation d'une centrale nucléaire ; ATF 108 Ia 300 (mouvement Lôzane Bouge) ; ATF 127 I 164 (JdT 2003 I 291) manifestation contre le « World Economic forum » de Davos ; PETER, p. 20 ss ; COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), N 46. La question continue d'ailleurs de porter à confusion pour les autorités *cf. infra* 4.III.A.1. en lien avec les actions de désobéissance civile.

¹⁸⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, N 36 ss ; CONSEIL DE L'EUROPE (manifestations de masse), N 21 ss ; COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE) (lignes directrices), N 46.

¹⁸⁷ COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE) (lignes directrices), N 46.

¹⁸⁸ CONSEIL DE L'EUROPE (article 11), ch. 89 à 93.

¹⁸⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, N 36 ss.

¹⁹⁰ SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 35 ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 88 ss. Demande d'autorisation qui devait devenir, pour se conformer aux standards internationaux, une procédure d'annonce.

¹⁹¹ SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 55 ss ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 88 ss.

autorisation¹⁹². Cette exigence d'autorisation ou d'annonce se justifie par un besoin pour l'autorité d'effectuer un arbitrage entre les règles relatives à l'usage du domaine public et un exercice équitable des libertés fondamentales. En conséquence, si la demande d'utilisation n'est absolument pas conforme avec l'usage prévu du domaine public, la liberté de réunion pourra être restreinte de manière justifiée¹⁹³. À titre d'exemple, on peut mentionner que la jurisprudence a admis un refus d'octroi d'autorisation pour une manifestation qui consistait en la mise en place d'une sculpture dans une salle d'opération¹⁹⁴.

Nonobstant ces éléments liés au régime d'autorisation ou d'annonce et à son acceptabilité, on ne saurait impliquer du caractère non autorisé d'une réunion ou manifestation qu'elle est alors violente et lui retirer sa protection¹⁹⁵. Dans le cas contraire, toute action non autorisée, spectaculaire ou inattendue serait alors d'emblée exclue du champ de protection de la liberté de réunion, dont la substance serait totalement vidée¹⁹⁶. Un raisonnement analogue prévaut en présence d'actions de blocage ou d'actes de contrainte commis lors de la manifestation. En effet, on ne saurait exclure du champ de protection de l'art. 22 Cst. féd. et considérer comme violent, tout rassemblement ou toute manifestation par lesquels des personnes remplissent les éléments constitutifs objectifs de l'art. 181 CP par exemple, puisque l'illicéité préalable ne préjuge pas de l'application de motifs justificatifs, dont l'exercice de droits constitutionnels fait partie¹⁹⁷. Malgré ces principes, la doctrine et la jurisprudence sont divisées au sujet des cas particuliers des réunions qui causent une obstruction du trafic, considérées parfois comme un mode d'action excluant le caractère pacifique et donc la protection de l'art. 22 Cst. féd.¹⁹⁸. Quoiqu'il en

47

¹⁹² BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 12 ; DUBEY, N 224; SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 34.

¹⁹³ CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 104 et 105 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 683 ; BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 9.

¹⁹⁴ DUBEY, N 2227 et les réf. citées.

¹⁹⁵ ATF 134 IV216 « Rechtswidrig bzw. Strafrechtlich unzulässig heisst in diesem Zusammenhang deshalb nicht unfriedlich i.s von Art 22 ». CONSEIL DE L'EUROPE (article 11), ch. 89 à 93. Le but de la procédure d'autorisation est avant tout organisationnel. Une certaine tolérance est de mise.

¹⁹⁶ SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 38 ; COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, N 6 ; COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE) (lignes directrices), N 17 ss.

¹⁹⁷ BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 9, 34 et les jurisprudences citées. Cette question sera largement approfondie et discutée dans le chapitre 4.

¹⁹⁸ MANIFRINI, N 9 ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 36 ; *contra* : CONSEIL DE L'EUROPE (article 11), ch. 11, mais qui considère que des restrictions à la liberté de manifester en présence de tels actes se justifient, nuance importante. Nous reviendrons sur ces éléments en lien avec l'analyse des cas de notre corpus d'actes de désobéissance civile et de l'analyse d'une tendance au légalisme dans leur appréhension *cf. infra* 4.III.A.1.c.

soit, il convient de retenir que l'illicéité d'un rassemblement ou d'une réunion ne lui fait pas automatiquement perdre son caractère pacifique¹⁹⁹.

- 48 En présence d'une réunion pacifique, l'État doit en premier lieu s'abstenir de toute ingérence. La liberté de réunion recèle ainsi différentes dimensions : le droit d'organiser, de prendre part, ainsi que de ne pas participer à des réunions²⁰⁰. L'État a, par ailleurs, différentes obligations positives, dont celle de protéger les rassemblements et d'encadrer une éventuelle contre-manifestation²⁰¹. Afin de remplir ses devoirs de protection, l'État peut demander aux organisateurs et organisatrices d'un rassemblement de se coordonner avec ses forces de l'ordre²⁰². De plus, parmi les obligations positives de l'État en matière de liberté de réunion, l'usage accru du domaine public doit être garanti comme déjà mentionné. Dans une certaine mesure, l'accès aux biens appartenant au patrimoine administratif de l'État est par conséquent également envisageable²⁰³. Cependant, la liberté de réunion ne donne pas de droit à un accès à tous les lieux ni en tous les temps²⁰⁴. En ce qui concerne les biens privés, l'effet de la liberté de réunion peut, dans une certaine mesure, déployer un effet horizontal, mais dans des situations très particulières²⁰⁵.
- 49 S'agissant des restrictions admissibles à la liberté de réunion, on distingue les restrictions en amont (en principe interdites) et celles qui interviennent durant ou à la suite de la réunion²⁰⁶. En amont, le principe qui prévaut est que l'interdiction ou le refus d'une autorisation pour une manifestation ou une

¹⁹⁹ SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 45 ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 73.

²⁰⁰ SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 31 et 32 ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 39 à 45.

²⁰¹ BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 17 ss ; SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 32 ss ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 69 ss ; COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, N 21 ss.

²⁰² SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 37 ; TF 1C_225/2012 du 10 juillet 2013 qui indique qu' : « une obligation de collaborer avec les autorités et les forces de police apparaît [...] compatible avec la liberté de réunion et d'expression, dans la mesure où cette obligation demeure conforme au principe de la proportionnalité. [...] Il ne saurait donc être question d'une obligation systématique au contenu prédéterminé, mais d'une mesure prise sur la base d'une évaluation spécifique des risques concrets liés à la manifestation. ». Le Conseil de l'Europe a adopté des lignes directrices qui explicitent les devoirs de collaboration et leurs limites en lien avec l'exercice du droit de l'art. 11 CEDH, cf. COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE) (lignes directrices), N 31 ss.

²⁰³ Ce qui peut être le cas de salles d'université, d'écoles ou de salles communales. SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 38 ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 42 ; ATF 138 I 274.

²⁰⁴ ATF 127 I 164 (RDAF 2002 I p. 277) ; ATF 124 I 267 (JdT 200 I 336) ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 692 ; CONSEIL DE L'EUROPE (article 11), ch. 20 ss.

²⁰⁵ Cette possibilité existe avant tout lorsque des lieux privés entretiennent une relation étroite avec d'autres lieux publics, p. ex. une rue ou une place ouverte au public, ATF 127 I 164 (JdT 2003 I 291) ; BSK BV–HERTIG, Art. 22 N 13.

²⁰⁶ CONSEIL DE L'EUROPE (article 11), ch. 63 ; COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, N 36 ss.

réunion doit rester un dernier recours²⁰⁷. Comme mentionné plus haut, les intérêts publics qui peuvent justifier une telle restriction sont liés aux risques de violences (ordre public), à l'usage de certains lieux ou à des questions d'horaire ou de calendrier (tranquillité et sécurité). Néanmoins, même en leur présence, le principe de proportionnalité impose que des alternatives soient offertes aux personnes qui organisent le rassemblement²⁰⁸. Ainsi, l'usage de haut-parleurs par exemple ne peut pas être exclu d'emblée pour tout moment de la journée, mais peut-être l'être à certaines heures de la nuit²⁰⁹. De même, il n'est pas possible d'interdire toute manifestation autre que la fête nationale un premier août, quand bien même le caractère particulier de cette date peut justifier certaines restrictions dans l'organisation d'autres événements²¹⁰. Les besoins liés au trafic ne sauraient pas non plus être un justificatif systématique pour imposer des restrictions à la liberté de réunion²¹¹. Avant la tenue d'une réunion, il est également possible d'imposer aux personnes qui l'organisent de mettre en place un service de sécurité, pour autant que cette condition ne devienne pas systématique et qu'elle se justifie par des besoins réels²¹². N'est cependant pas admissible, l'exigence que les organisateurs et organisatrices paient une caution à titre préalable ou prouvent avoir souscrit une assurance responsabilité civile pour la tenue d'une manifestation²¹³. Il est aussi jugé inadmissible d'exiger de ces personnes qu'elles nomment les intervenantes et intervenants qui prendront la parole à l'occasion de la manifestation²¹⁴. Dans la même veine, la jurisprudence a admis que l'on ne saurait refuser une autorisation à des activistes de la cause animale pour l'unique raison qu'elles refusent d'indiquer le motif exact de leur manifestation²¹⁵. Ainsi, en définitive, une analyse casuistique et individualisée de chaque cas est essentielle pour juger de l'admissibilité d'une restriction.

Concernant la condition de proportionnalité pendant et après le rassemblement, c'est à ce stade que s'analyse le principe du perturbateur²¹⁶. Bien que cela soit controversé, la jurisprudence admet la mise à la charge des organisateurs ou des organisatrices d'éventuels dégâts résultants de la manifestation s'ils ont commis

50

²⁰⁷ CONSEIL DE L'EUROPE (article 11), ch. 71 ; DUBEY, N 2233 ; BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 23 et 24.

²⁰⁸ DUBEY, N 2233 ; AUBERT/MAHON, art. 22, N 10 ; ATF 107 Ia 226.

²⁰⁹ ATF 107 Ia 64.

²¹⁰ ATF 132 I 256 (JdT 2007 I 327).

²¹¹ BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 25.

²¹² BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 29.

²¹³ BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 24.

²¹⁴ SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 30.

²¹⁵ TF, 1C_550/2015 du 18 janvier 2016.

²¹⁶ SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 64 et 65 ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 69 ss.

une négligence importante dans la préparation de l'événement²¹⁷. S'agissant des sanctions prononcées à la suite d'une manifestation, des peines autres que financières doivent en principe être exclues²¹⁸. Les limites à ce sujet restent floues. Ainsi, DUBEY admet que les dommages puissent être imputés aux personnes qui ont organisé la réunion, mais à condition uniquement qu'elles aient bien été à l'origine du préjudice et que des mesures de polices supplémentaires à l'ordinaire aient été mises en œuvre²¹⁹. Pour ERRASS, toute forme de sanction financière de ces personnes devrait être exclue en raison de l'effet dissuasif qu'elles risquent de générer²²⁰. HERTIG, quant à elle, admet que peuvent être répercutés sur les personnes qui organisent l'événement les frais liés à la mise à disposition de toilettes publiques ou en raison de l'élimination des déchets, mais que toute autre imputation des frais de police ou liés à l'organisation de la circulation ne saurait être envisagée, faute de constituer une sanction déguisée²²¹. En outre, un fichage des personnes qui participent à un rassemblement est aussi à proscrire et constitue une ingérence disproportionnée²²². Dans tous les cas et quel que soit le moment considéré, un égard particulier doit être apporté au risque d'effet dissuasif (« chilling effect ») que peut jouer une restriction de la liberté de l'art. 22 Cst. féd.²²³ sous l'angle de la proportionnalité.

5. Conclusion intermédiaire au sujet des droits fondamentaux

- 51 En définitive et au terme de ce tour d'horizon, on constate que la notion de désobéissance civile n'est pas mentionnée expressément en lien avec la théorie constitutionnelle des différentes libertés consacrées par la Constitution. Néanmoins, des relations d'analogies et de proximité se dessinent déjà à ce stade. Si les éléments mentionnés ne nous permettent donc pas de préciser les éléments de définition de la notion de désobéissance civile en tant que tels, ils nous seront néanmoins utiles, une fois ses caractéristiques précisées, pour proposer des pistes en vue d'une catégorisation de ce phénomène en droit. Les

²¹⁷ ATF 143 I 147 (JdT 2017 I 107) qui admet qu' : « en cas de trouble ou de mise en danger de l'ordre et de la sécurité publics, le remboursement des frais d'intervention de la police peut être exigé des perturbateurs par comportement, par situation ou par incitation. », c. 5.1 et 5.2. CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 73.

²¹⁸ CONSEIL DE L'EUROPE (article 11), ch. 77. Plus nuancé, CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 79 à 86.

²¹⁹ DUBEY, N 2239.

²²⁰ SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 42 et 43.

²²¹ BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 68 ss.

²²² AUBERT/MAHON, art. 22, N 6 ; BSK BV–HERTIG, Art. 22, N 112.

²²³ SGK BV–ERRASS, Art. 22, N 75.

considérations des prochains chapitres nous permettront également de trier et écarter certaines de ces libertés pour une éventuelle catégorisation²²⁴.

Les libertés mentionnées dans cette section correspondent aux droits présentant *prima facie* le plus fort lien de proximité avec des actions de désobéissance civile. Il arrive cependant que ces actions mobilisent encore d'autres droits, mais de manière plus marginale, raison pour laquelle nous n'en traiterons pas de manière étendue ici. On peut par exemple mentionner encore la liberté d'association (art. 23 Cst. féd.)²²⁵, le respect de la dignité humaine (art. 7 Cst. féd.)²²⁶ ou encore la garantie des droits politiques (art. 34 Cst. féd.)²²⁷.

52

B. Le droit pénal

En matière pénale, pour qu'une infraction soit incriminée et sanctionnée, trois éléments doivent être présents : le comportement poursuivi doit correspondre à la typicité d'un énoncé de fait légal, il doit être illicite, c'est-à-dire qu'aucun fait justificatif ne doit être applicable au cas d'espèce (illicéité *stricto sensu* ou « *Rechtswidrigkeit* »), et il doit avoir été commis de manière coupable (faute et absence de circonstances atténuantes)²²⁸. L'illicéité, au sens de comportement contraire à l'ordre juridique (illicéité *lato sensu* ou « *Unrecht* »), découle donc de l'addition de ces trois éléments qui justifie la condamnation. Le critère de la typicité ne constitue, en tant que tel, qu'un indice du caractère illicite *lato sensu*

53

²²⁴ Cf. *infra* 2.IV., puis chapitres 4 et 5.

²²⁵ Qui vise le droit de toute personne de créer, avec d'autres, un groupement organisé et volontaire en vue de réaliser des fins communes, *lex specialis* de la liberté de réunion, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 713 ; SGK BV-ERRASS, Art. 23, N 13. Ainsi, si cette disposition n'est pas d'un grand secours en présence d'actes de désobéissance civile, son étude peut néanmoins s'avérer instructive en lien avec des aspects théoriques proches de ceux prévalant au sujet de la liberté de réunion. Notamment, la doctrine et la jurisprudence ont développé toute une casuistique en matière d'interdiction des associations qui encouragent la commission d'actes illicites. Or, on pourrait craindre, par analogie, que les associations qui promeuvent explicitement le recours à des actes de désobéissance civile soient qualifiées comme telles. À cet égard, nous mentionnerons uniquement que l'interdiction d'une association doit constituer une *ultima ratio* BSK BV-SCHIESS/RÜTTIMANN, Art. 23, N 82. Dans une affaire *Rhino et autres c. Suisse* du 11 octobre 2011, n°48848/07, la CourEDH a précisé qu'une association qui prévoit le squat d'immeubles laissés vides, n'est pas en soi un but intolérable qui justifie sa dissolution et son interdiction.

²²⁶ Ce droit intangible est parfois invoqué par les désobéissants civils, notamment à l'appui d'un besoin de reconnaissance d'un nouveau droit fondamental ou afin de guider l'interprétation de la loi à leur cas. SGK BV-MASTRONARDI, Art. 7, N 30 ; AUBERT/MAHON, art. 7, N 4.

²²⁷ Cf. *infra* 4.III.B.4.

²²⁸ HURTADO POZO/GODEL, N 334 ss ; KILLIAS/DONGOIS/KUHN, N 702.

d'un comportement²²⁹. Enfin, si l'acte est jugé illicite au sens large (combinaison de la typicité et de l'absence de motifs justificatifs), l'examen de la culpabilité de l'auteur clôture l'analyse et influe sur la peine prononcée. La culpabilité pourra être admise ou exclue, voire atténuée ou aggravée.

- 54 En matière d'action de désobéissance civile, ces trois niveaux d'analyse sont susceptibles de provoquer des effets. Nous présenterons également *a priori* les éléments qui peuvent en conséquence se trouver mobilisés, afin de comprendre quelles sont les catégories qui peuvent s'appliquer à ce moyen d'action. Comme nous le verrons, la littérature non juridique et les activistes ne se prononcent que rarement sur ces différents éléments techniques et insistent avant tout sur l'absence de concordance entre illégalité et illicéité, soit un rappel que le droit n'est pas la loi, tandis que les juristes se focalisent avant tout sur les infractions commises et la question des motifs justificatifs²³⁰.

1. Les énoncés de faits légaux

- 55 À titre préalable, rappelons que les infractions prévues par le Code pénal s'organisent autour des différents biens juridiquement protégés, parmi lesquels on distingue notamment les infractions commises à l'encontre des individus et celles contre la collectivité. Les actes de désobéissance civile, selon la forme qu'ils prennent, peuvent en conséquence être poursuivis tant en raison d'une atteinte à des intérêts collectifs que privés.
- 56 Sans prétendre à l'exhaustivité des chefs d'inculpations, nous présenterons ici les infractions qui ont le plus de probabilité d'être invoquées face aux activistes en raison de leur acte de désobéissance civile. Ce sont également celles que nous rencontrerons dans notre corpus²³¹. Il s'agit de la soustraction (art. 141 CP), des dommages à la propriété (art. 144 CP), de la contrainte (art. 181 CP), de la violation de domicile (art. 186 CP), de l'empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 CP), de l'insoumission à une décision de l'autorité (art. 292 CP) et de l'incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégaux (art. 116 LEI al. 1). Ces infractions sont présentées selon leur ordre systématique.

²²⁹ KILLIAS/DONGOIS/KUHN, N 702 ; HURTADO POZO/GODEL, N 336.

²³⁰ Cf. *infra* chapitres 4 et 5.

²³¹ Cf. chapitre 3.

a. Soustraction

La soustraction de l'art 141 CP est un délit intentionnel poursuivi sur plainte. Cette infraction se distingue d'autres infractions contre les biens telles que le vol (art. 139 CP) ou l'appropriation illégitime (art. 137 CP), car elle n'exige pas que l'auteur ait agi avec un dessein d'enrichissement illégitime. Il suffit dès lors pour retenir son application que puisse être constatée la soustraction d'une chose mobilière et l'existence d'un préjudice²³². En matière de désobéissance civile, cette disposition entre en ligne de compte lors d'actions qui visent à publiciser une cause par l'acte de soustraction effectué. En sont exemplaires le procès de la militante antispéciste qui a allégué « sauver des cabris » d'un abattoir²³³ ou l'affaire française des « décrocheurs de Macron » dans laquelle des activistes ont soustrait un portrait officiel du Président Emmanuel Macron, afin de protester contre l'inaction du gouvernement français face aux changements climatiques en marge de la COP 21²³⁴.

b. Dommages à la propriété

Les dommages à la propriété (art. 144 CP) constituent une autre infraction dont les éléments constitutifs objectifs sont aisément remplis par des actions de désobéissance civile. Ces éléments sont : l'existence d'une chose appartenant à autrui et le fait de provoquer des dégâts ou des atteintes à cette chose²³⁵. Il s'agit d'une infraction intentionnelle poursuivie sur plainte. Sont par exemple considérés comme des dommages au sens de cette disposition : le fait de casser un bras à une statue, d'apposer des affiches sur des voitures s'il est nécessaire de recourir à l'aide d'un tiers pour les enlever, le fait de dégonfler les pneus d'un véhicule ou encore de mettre de l'huile à la place de l'essence dans un moteur²³⁶. Ainsi, on parle également d'atteinte si l'acte a pour effet de modifier la chose de sorte qu'il « en supprime ou réduit l'usage, les fonctions, les propriétés ou l'agrément »²³⁷. Un impact sur l'apparence d'une chose est aussi assimilable à une atteinte, raison pour laquelle le marquage au spray ou

²³² CORBOZ, p. 294 ; CR CP II–JEANNERET, art. 140, N 3 ; PC-CP, art. 141, N 2 ; BSK STGB–WEISSENERGER, Art. 141, N 3 à 5.

²³³ Tribunal criminel de La Côte, PE18.005962, du 20 décembre 2018. Cf. *infra* 3.III.L.

²³⁴ Tribunal de Grande Instance de Lyon, 7^e chambre correctionnelle, n° 19168000015 du 16 septembre 2019 (relaxe) ; Cour d'appel de Lyon, n° 19/06963 du 14 janvier 2020. Cf. *infra* 4.III.A.

²³⁵ CR CP II–MONNIER, art. 144, N 1 à 11 ; PC-CP, art. 144, N 2 ; BSK STGB–WEISSENERGER, Art. 144, N 3 à 19.

²³⁶ Cf. la casuistique présentée par CORBOZ, p. 294-302 ; DONATSCH, p. 211 ; CR CP II–MONNIER, art. 144, N 8.

²³⁷ ATF 128 IV 252.

l'application de peinture sur un objet (même déjà marqué) constitue tout de même une atteinte au sens de cette disposition²³⁸. Lorsqu'ils sont commis à l'occasion d'un attroupement formé en public, par exemple d'une manifestation, les dommages à la propriété sont poursuivis d'office (art. 144 al. 2 CP).

c. Contrainte

- 59 L'infraction de contrainte, prévue par l'art. 181 CP, a fait couler beaucoup d'encre en raison de la largesse de son champ d'application²³⁹. Elle prévoit en effet que :

« celui qui, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux, ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action, l'aura obligée à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »

Sa poursuite intervient d'office et ses éléments constitutifs objectifs sont l'usage d'un moyen de contrainte (la violence, une menace de dommage ou un comportement entravant la liberté d'action) illicite, l'adoption d'un comportement induit par ce moyen de contrainte et l'existence d'un lien de causalité entre celui-ci et le comportement de la victime²⁴⁰. Par violence, il faut comprendre, au sens de cette disposition, un acte physique commis à l'encontre de la victime. Néanmoins, un tel acte peut prendre des formes variées selon la doctrine, telles que l'exposition à un bruit insupportable, à des odeurs ou à de la lumière²⁴¹. Pour déterminer si l'on est dans un tel cas de figure, l'important est de savoir si le comportement a eu comme effet d'entraver la victime dans sa liberté d'action²⁴². Le caractère violent du moyen de contrainte s'interprète pour

²³⁸ CORBOZ, p. 298, précise que des considérations artistiques ne sont pas de nature à influencer cette qualification. *Idem* CR CP II–MONNIER, art. 144, N 6.

²³⁹ SPESCHA (Wandel), p. 1 ss ; SPESCHA (Nötigung), p. 30 ss ; WEBER/WIEDERKEHR, p. 214 ss ; PIETH, p. 58 ; Fleisch, p. 316 ss. Par ailleurs, les condamnations au sens de ce chef d'inculpation sont en augmentation depuis 1960, comme relevé par BSK STGB–DELNON/RUDY, Art. 181, N 1.

²⁴⁰ CR CP II–FAVRE, art. 181, N 8 à 17 ; PC-CP, art. 181, N 3.

²⁴¹ DONATSCH, p. 445 ; CR CP II–FAVRE, art. 181, N 11 et 12 ; BSK STGB–DELNON/RUDY, Art. 181, N 18 à 24 et 44.

²⁴² CR CP II–FAVRE, art. 181, N 15. La jurisprudence récente parle d'effet coercitif : TF, 6B_461/202 du 19 avril 2021. En l'espèce, la contrainte n'a pas été retenue à l'encontre du conjoint d'une femme qui, au cours d'une dispute, bloque le départ en véhicule de cette dernière pendant un bref laps de temps. En revanche, voir l'ATF 101 IV 42 qui illustre les frontières poreuses de cette qualification dans un autre cas de violence conjugale.

le surplus au cas par cas²⁴³. L'élément de menace d'un dommage sérieux désigne pour sa part l'exercice d'une pression psychologique sur la victime²⁴⁴. La casuistique retient par exemple l'existence d'une menace sérieuse lorsqu'un employeur déclare sans raison qu'il ne donnera pas de certificat de salaire à son employé ou si une personne menace de manière infondée de déposer une plainte pénale à l'encontre d'une autre personne²⁴⁵. Concernant la troisième variante, soit l'adoption d'un comportement entravant la liberté, elle vise les situations dans lesquelles la victime est entravée de manière substantielle dans ses facultés²⁴⁶. Une action d'obstruction du trafic, de blocage d'une voie ferrée ou de blocage de l'entrée d'une exposition pourra en conséquence être appréhendée comme telle²⁴⁷. En présence d'un moyen de contrainte, la loi exige encore que celui-ci soit illicite. Cette caractéristique traduit la *ratio legis* sous-jacente à l'infraction de contrainte, soit le principe commun selon lequel nul n'est censé se faire justice soi-même et l'exigence de respect du principe de proportionnalité²⁴⁸. Plus particulièrement, en présence d'actes de nature politique, CORBOZ relève que le caractère illicite de la contrainte doit faire l'objet d'un examen attentif et qu'il convient de prendre en compte les intérêts publics spécifiques en jeu et les droits constitutionnels de l'auteur²⁴⁹.

En conséquence, les autorités judiciaires bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'elles appliquent l'art. 181 CP à un complexe de fait. Face à ce constat, la doctrine plaide unanimement en faveur d'une interprétation restrictive de cette disposition²⁵⁰. À cet égard, SPESCHA constate que les groupes qui entreprennent des actions politiques se retrouvent rapidement dans une situation où l'infraction de contrainte peut être retenue à leur encontre, ce qui n'est pas sans produire une forme de « chilling effect » sur l'exercice de leurs libertés²⁵¹. L'auteur avance également l'hypothèse selon laquelle le choix de qualifier un complexe de fait comme relevant ou non de la contrainte est une décision qui varie notablement en fonction de la conception politique des

60

²⁴³ Critique : CORBOZ, p. 702, estime que cela peut amener à des distinctions non justifiées selon les cas. PC-CP, art. 181, N 8 à 11.

²⁴⁴ CR CP II-FAVRE, art. 181, N 13.

²⁴⁵ CORBOZ, p. 703.

²⁴⁶ CR CP II-FAVRE, art. 181, N 18; PC-CP, art. 181, N 18.

²⁴⁷ ATF 119 IV 306, ATF 129 IV 11 ; 119 IV 308. Cf. *infra* 4.III.A.1.a. sur l'articulation entre la liberté d'expression et l'infraction de contrainte.

²⁴⁸ CORBOZ, p. 707; CR CP II-FAVRE, art. 181, N 26 ss.

²⁴⁹ CORBOZ, p. 708 ; *idem* : PIETH, p. 58-59 ; CR CP II-FAVRE, art. 181, N 37.

²⁵⁰ CORBOZ, p. 704 et 706 ; PIETH, p. 58 ; DONATSCH, p. 450 ; CR CP II-FAVRE, art. 181, N 27, parle de « justification supplémentaire spéciale » pour admettre l'illicéité de la contrainte ; BSK STGB-DELNON/RUDY, Art. 181, N 44.

²⁵¹ SPESCHA (Wandel), p. 201 ss ; SPESCHA (Nötigung), p. 30 ss. Sur la notion de « chilling effect » cf. *supra* en lien avec les libertés de réunion et d'expression, ainsi qu'*infra* chapitre 4.

autorités²⁵². Leur appréciation est donc tributaire d'une certaine vision de la politique pénale et des libertés fondamentales, lorsqu'elles sont confrontées à des actions non violentes (et *a fortiori* de désobéissance civile)²⁵³.

d. Violation de domicile

- 61 En raison de l'interprétation large de la notion de domicile²⁵⁴ de l'art. 186 CP, l'infraction de violation de domicile, délit poursuivi sur plainte, intervient également rapidement en présence d'actions de désobéissance civile. Les éléments constitutifs de cette infraction sont : l'existence d'un domicile et une violation de celui-ci, qui soit illicite et contraire à la volonté de son ayant droit. Dans ce cas de figure, le bien juridiquement protégé est la liberté de domicile, à savoir la « faculté de régner sur des lieux déterminés sans être troublé et d'y manifester librement sa propre volonté. »²⁵⁵ Au sens de cette disposition, les locaux commerciaux (même inoccupés), les jardins, un chantier ou un local public sont notamment compris dans la notion de domicile. L'élément déterminant est que toute personne puisse déterminer que ce lieu n'est pas librement accessible et n'appartient pas au domaine public²⁵⁶. Cette infraction peut donc s'appliquer à des situations de manifestations politiques telles que l'occupation d'une usine ou la création d'un squat²⁵⁷. Pour retenir cette qualification, il suffit que l'auteur soit entré, peu importe son intention de rester, temporairement ou non, dans le domicile²⁵⁸. Enfin, la volonté de l'ayant droit s'apprécie en fonction des circonstances du cas. Il est néanmoins présumé qu'il est interdit de rentrer dans le logement d'une personne ou dans tout espace fermé²⁵⁹.

²⁵² SPESCHA (Wandel), p. 207-208. Également critiques : WEBER/WIEDERKEHR, p. 214 ss. Cette thématique fera l'objet du chapitre 5.III.B *infra*.

²⁵³ SPESCHA (Wandel), p. 207-208.

²⁵⁴ CR CP II–STOUDMANN, art. 186, N 2 à 9 ; PC-CP, art. 186, N 8 à 14 ; BSK STGB–DELNON/RUDY, Art. 186, N 13 ss.

²⁵⁵ CORBOZ, p. 767

²⁵⁶ CORBOZ, p. 68 ; DONATSCH, p. 500 et 501 et les jurisprudences citées CR CP II–STOUDMANN, art. 186, N 9.

²⁵⁷ CORBOZ, p. 767 ; CR CP II–STOUDMANN, art. 186, N 2 à 9.

²⁵⁸ CORBOZ, p. 769.

²⁵⁹ CORBOZ, p. 770 ; DONATSCH, p. 504 ; CR CP II–STOUDMANN, art. 186, N 36 à 39 ; BSK STGB–DELNON/RUDY, Art. 186, N 15.

e. Empêchement d'accomplir un acte officiel

L'infraction d'empêchement d'accomplir un acte officiel est consacrée par l'art. 286 CP. Elle prévoit que :

62

« [c]elui qui aura empêché une autorité, un membre d'une autorité ou un fonctionnaire d'accomplir un acte entrant dans ses fonctions sera puni d'une peine pécuniaire de 30 jours-amendes au plus. »

Elle peut entrer en application face à des cas de désobéissance civile, notamment en raison de la confrontation qui survient entre les forces de l'ordre et les activistes. Cette disposition vise à protéger l'activité des membres de la fonction publique²⁶⁰. Il s'agit d'une infraction de résultat qui incrimine donc l'entrave causée par le comportement des désobéissants potentiels²⁶¹. Pour que les ECO de cet état de fait soient remplis, il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'acte ait usé d'une quelconque violence, une simple présence physique suffit²⁶². *A contrario*, en cas de violence, l'acte est incriminé sous l'angle de l'art. 285 CP. Ces comportements d'entrave doivent en principe tout de même revêtir une dimension active, dans le sens où, un simple refus d'obéir à une autorité ne constitue pas encore un empêchement au sens de la jurisprudence et la doctrine²⁶³. Néanmoins, la frontière est poreuse et l'interprétation de cette notion potentiellement extensive. Ainsi, la pratique récente a considéré que le refus de coopérer à une évacuation par un comportement rendant l'intervention des forces de l'ordre plus complexe (en mettant les mains dans ses poches ou en obligeant que l'auteur soit porté hors du lieu) s'assimile à un comportement actif d'entrave²⁶⁴. Constatant la volatilité de la qualification, THOMMEN/MATTMANN relèvent que les autorités suisses ont tendance à considérer que les « sit-in » constituent des comportements actifs au sens de cette disposition, surtout en droit cantonal de police²⁶⁵. Enfin, relevons qu'il s'agit d'un délit poursuivi d'office.

²⁶⁰ CR CP II–BOETON ENGEL/BICHOVSKY, art. 286, N 1 ; PC-CP, art. 286, N 5.

²⁶¹ CR CP–BOETON ENGEL/BICHOVSKY, art. 286, N 7 ; PC-CP, art. 286, N 8.

²⁶² CR CP–BOETON ENGEL/BICHOVSKY, art. 286, N 8 ; BSK STGB–HEIMGARTNER, Art. 286, N 9.

²⁶³ CR CP–BOETON ENGEL/BICHOVSKY, art. 286, N 9 et 10 ; THOMMEN/MATTMANN, § 20 ; BSK STGB–HEIMGARTNER, Art. 286, N 12.

²⁶⁴ TF, 6B_333/2011 du 27 octobre 2011, c. 2.2.2 ; *cf.* également TF, 6B_166/2016 du 7 juillet 2016, c. 3.2. ; THOMMEN/MATTMANN, § 20. Également *cf. infra* 3.III.S. (« Procès des 200 »).

²⁶⁵ THOMMEN/MATTMANN, § 20 et p. ex : ATF 147 IV 297. Les auteurs soulignent qu'en droit allemand *a contrario* ce mode d'action n'est pas assimilé à un acte actif, mais à une forme de protestation passive. Pour le surplus, *cf. infra* 3.III.N. Sur ce point, comme en matière de

f. Insoumission à une décision de l'autorité

- 63 L'art. 292 CP vise également une infraction dont le bien juridiquement protégé est l'activité étatique. Plus précisément, il s'agit de « protéger les fondements juridiques de l'injonction faite par l'autorité »²⁶⁶. Pour trouver à s'appliquer, il faut qu'intervienne une décision, par opposition à un acte purement interne de l'administration²⁶⁷. La casuistique typique mentionne ainsi le refus de quitter des locaux en présence d'une décision d'expulsion²⁶⁸. La décision ne doit pas forcément revêtir un caractère formel. Autrement dit, une simple injonction des forces de l'ordre, pour autant qu'elles soient juridiquement habilitées à agir, est suffisante au sens de cette disposition²⁶⁹. Il faut néanmoins que cette décision ou injonction ait bel et bien été reçue par le prévenu²⁷⁰, élément dont la détermination n'est pas toujours aisée en présence de dispersion d'actes de désobéissance civile. Enfin, l'art. 292 CP est une contravention, passible en conséquence d'une amende, et dont le caractère est subsidiaire²⁷¹.

g. Incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégaux

- 64 Le droit pénal accessoire institue en délit poursuivi d'office l'incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégaux (art. 116 al. 1 LEI). À cet égard, on parle communément de « délit de solidarité » pour désigner cette infraction lorsqu'elle est réalisée par des individus qui prêtent assistance à une personne migrante par conviction et à titre gratuit²⁷². Il est question d'incitation à l'entrée dans le cas de figure où l'une des frontières de l'espace Schengen est franchie²⁷³. La facilitation au séjour, quant à elle, s'interprète restrictivement et ne doit pas conduire à criminaliser tout comportement d'aide qui rende la vie d'une personne étrangère sur le territoire suisse plus agréable²⁷⁴. Ainsi, acheter de la

contrainte, l'extension du champ d'application de cette disposition est débattue sous l'angle de sa compatibilité à la pratique de la CourEDH. Nous y reviendrons.

²⁶⁶ CR CP–BICHOVSKY, art. 292, N 1.

²⁶⁷ CR CP–BICHOVSKY, art. 292, N 4 ; PC-CP, art. 292, N 6 à 10.

²⁶⁸ CR CP–BICHOVSKY, art. 292, N 7. Elle peut donc intervenir en concours avec une infraction de violation de domicile. BSK STGB–RIEDO/BONER, Art. 292, N 26 ss.

²⁶⁹ CR CP–BICHOVSKY, art. 292, N 4 et 5.

²⁷⁰ CR CP–BICHOVSKY, art. 292, N 6.

²⁷¹ CR CP–BICHOVSKY, art. 292, N 31. Par conséquent, si l'acte est déjà poursuivi pour infraction à l'art. 286 CP, ce chef d'inculpation ne sera pas retenu. Voir notamment : ATF 127 IV 115 ; ATF 110 IV 92. Le raisonnement est identique en présence des art. 322 CP et 115 ou 116 LEI ; PC–CP, art. 292, N 26 ; BSK STGB–RIEDO/BONER, Art. 292, N 19 ss.

²⁷² DONNARUMMA, p. 45.

²⁷³ SAUTHIER, art. 116 LEtr, N 13.

²⁷⁴ SAUTHIER., art. 116 LEtr, N 13.

nourriture à une personne ou l’emmener manger quelque part n’est pas suffisant pour retenir un tel comportement constitutif²⁷⁵. Lorsqu’il y a hébergement, en revanche, la jurisprudence est plus stricte. La mise à disposition d’un toit pour une durée qui dépasse quelques jours est alors considérée comme un comportement facilitant le séjour, car l’offre dépasse ce qui relève de l’aide d’urgence²⁷⁶. Face à une situation floue, l’élément déterminant qui permet de trancher aux yeux de la doctrine consiste à identifier si, par son comportement, l’auteur a permis à la personne étrangère de se soustraire aux autorités²⁷⁷. L’art. 116 LEI érige ces différents comportements en infraction intentionnelle. Par conséquent, une personne qui n’est pas au courant du statut légal de la personne qu’elle héberge pourra bénéficier d’une erreur sur l’illicéité (art. 21 CP)²⁷⁸.

À titre général, relevons que cette disposition fait l’objet de critiques, notamment sous l’angle de son interprétation téléologique, puisqu’elle a initialement été introduite afin de lutter contre le trafic d’être humain²⁷⁹. Une initiative parlementaire visant à sa modification a été déposée le 28 septembre 2018 dans le but de décriminaliser l’aide au séjour lorsqu’elle est apportée pour des raisons humanitaires ou à but non lucratif²⁸⁰. Néanmoins, aucune suite ne lui a été donnée en raison d’un vote de non-entrée en matière par le Conseil

65

²⁷⁵ SAUTHIER, art. 116 LEtr, N 12.

²⁷⁶ SAUTHIER, art. 116 LEtr, N 14.

²⁷⁷ FAVRE/PELLET/STOUDMANN, Art. 116 Letr, c. 1.2.

²⁷⁸ Tribunal de police de l’arrondissement de Lausanne du 18 septembre 2018, PE18.006341. Dans cette affaire, l’illicéité de l’acte d’une femme qui a sous-loué à prix cassé un appartement à une personne déboutée de l’asile, bénéficiant de l’aide d’urgence, a été levée. Une partie du loyer du requérant était payé par l’établissement vaudois d’accueil aux migrants, qui savait où la trouver, et aucune mesure concrète en vue de son renvoi n’avait été entreprise. Le tribunal a donc estimé que la prévenue pouvait raisonnablement croire être en droit de fournir un logement à cette personne et s’acquitter d’une partie de son loyer, non couvert par les prestations de l’aide d’urgence ; *a contrario* : ATF 130 IV 77.

²⁷⁹ SAUTHIER, art. 116 LEtr, N 7. En outre, *cf.* la campagne d’Amnesty International, <https://www.amnesty.ch/fr/contacts/media/opinions/docs/2020/parlement-solidarite-delit>, consulté le 11 février 2022, la pétition de l’association Solidarité sans frontière « la solidarité n’est pas un crime » et la déclaration des 116 avocats et avocates de Suisse sur le délit de solidarité <http://article116.mystrikingly.com/>, consulté le 11 février 2022.

²⁸⁰ Initiative parlementaire déposée par la députée verte Lisa MAZZONE « Article 116 LEtr. En finir avec le délit de solidarité », BO 18.461.

national le 4 mars 2020²⁸¹. En l'état actuel du droit, l'application des motifs honorables de l'art. 48 CP²⁸² à ce type d'infraction est exclue²⁸³.

2. L'illicéité – les motifs justificatifs

66 Une fois les éléments constitutifs d'une infraction retenus, l'autorité doit examiner le caractère illicite de l'infraction, soit déterminer si le prévenu ou la prévenue peut bénéficier d'un motif justificatif. Ces motifs permettent de lever le caractère illicite de l'acte incriminé, avec pour résultat que ce dernier est alors toléré, sans que sa poursuite ou sa condamnation ne soit nécessaire. Il existe deux types de motifs justificatifs en droit pénal suisse : les motifs justificatifs légaux et les motifs justificatifs extra-légaux. Contrairement aux circonstances atténuantes qui visent la culpabilité de l'auteur, il est ici question de reconnaître licite l'acte, non pas de l'excuser²⁸⁴.

a. Les actes licites de culpabilité et les motifs justificatifs extra-légaux

67 Cette disposition vise avant tout les situations de conflit entre une obligation prescrite par une disposition légale et un comportement incriminé par une norme pénale²⁸⁵. Elle prévoit que :

« [...] quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du présent code ou d'une autre loi. »

Le législateur estime en effet que, dans une telle situation de conflit, l'auteur étant au bénéfice d'une autorisation d'agir, le caractère illicite de l'infraction n'est plus donné.

²⁸¹ Dans son rapport du 23 janvier 2020, la commission des institutions politiques recommandait le rejet de cette initiative. À son sens, le droit existant offrait déjà des possibilités suffisantes aux autorités judiciaires pour de tenir compte des motifs particuliers des personnes prévenues d'une violation de cette disposition. Une précédente interpellation, déposée par le parti démocrate-chrétien le 12 décembre 2018, intitulée « Article 116 de la loi sur les étrangers et délits de solidarité », BO 18.4188, a été liquidée par le Conseil des États à la suite de l'avis rendu le 13 février 2019 par le Conseil fédéral. Dans celui-ci, le CF indiquait ne pas être en mesure de chiffrer avec exactitude la part occupée par des délits de solidarité dans les infractions constatées à l'art. 116 LEtr.

²⁸² Cf. *infra* 1.II.B.3.

²⁸³ Voir notamment les motivations exposées dans les procès d'Anni LANZ et de Lisa Bosia MIRRA : Tribunal de Bellinzone du 28 septembre 2017, n.81.2017.250, c. 8. Cf. *infra* 3.IV.

²⁸⁴ BSK StGB–NIGGLI/GÖHLICH, Art. 14, N 1.

²⁸⁵ HURTADO POZO/GODEL, N 666.

En conséquence, pour que l'art. 14 CP entre en jeu, il faut que l'acte soit autorisé par une loi au sens matériel ou formel²⁸⁶. Peuvent ainsi constituer de telles normes, les arts. 301 CC, 895 CC, 926 CC, 52 al 3 CO, 268 CO, 419 CO, 100 al. 4 LCR et 218 CPP²⁸⁷. À titre d'exemple, n'agit pas illicitement, la femme mariée qui loge et aide son époux, remplissant ainsi ses devoirs résultant de l'union conjugale (art. 159 CC), alors que celui-ci n'est pas au bénéfice d'un titre de séjour valable. *A contrario*, en l'absence de disposition expresse en ce sens, un prévenu ou une prévenue ne pourra pas se prévaloir d'un droit au logement (pas de loi au sens formel) pour justifier une violation de domicile²⁸⁸. L'existence d'un devoir de fonction ou d'un devoir professionnel peut également remplir le rôle d'autorisation²⁸⁹. Ainsi, les ordres donnés par un supérieur hiérarchique bénéficient d'une présomption de licéité²⁹⁰. Cependant, l'existence d'un devoir de fonction n'est pas pour autant une condition suffisante pour justifier tout type d'infraction et les circonstances du cas jouent un rôle déterminant à cet égard²⁹¹. Ce régime particulier de protection en faveur des devoirs professionnels ou de fonction s'explique en raison des spécificités de certaines professions, dont l'exercice comprend plus de risques de léser les biens juridiquement protégés d'autrui que d'autres²⁹².

68

En lien avec l'art. 14 CP, la jurisprudence a admis, par voie prétorienne et en sus des motifs justificatifs légaux, l'existence de motifs justificatifs extra-légaux²⁹³. Ceux-ci constituent le plus souvent une adaptation d'un motif justificatif légal. Au sein de cette catégorie ont été consacrés les motifs suivants : le consentement du lésé, la sauvegarde d'intérêts légitimes, l'existence d'un risque admissible et la collision justificative des devoirs²⁹⁴. Ces différents motifs ne peuvent être invoqués qu'en présence d'une atteinte à des biens juridiques individuels²⁹⁵. La notion même de motifs justificatifs extra-légaux n'est pas uniforme en doctrine. Si certains auteurs les qualifient en effet

69

²⁸⁶ PC-CP, Art. 14, N 5 ; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 14, N 11 ; HURTADO POZO/GODEL, N 663.

²⁸⁷ PC-CP, Art 14, N 12.

²⁸⁸ BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 14, N 14. Il s'agit d'un enjeu dans les luttes squats notamment, *cf. infra*.

²⁸⁹ La doctrine suisse allemande parle alors de « devoir d'obéissance » (« Gehorsampflicht »), BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 14, N 20 ss.

²⁹⁰ BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 14, N 20 ss.

²⁹¹ HURTADO POZO/GODEL, N 666.

²⁹² Par exemple, pour les personnes travaillant dans le service du feu ou de la santé amenées à pratiquer des actes de soin et de premier secours : HURTADO POZO/GODEL, N 676.

²⁹³ HURTADO POZO/GODEL, N 657 et 735 ss.

²⁹⁴ KILLIAS/DONGOIS/KUHN, N 726 ss.

²⁹⁵ OFK StGB-DONATSCH, Art. 14 ; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 14, N 7 ss.

de moyens « extra » légaux²⁹⁶, d'autres les estiment « supra » légaux²⁹⁷, sans pour autant attacher de conséquences à cette distinction.

- 70 En particulier, le motif extra-légal de la sauvegarde d'intérêts légitimes (« die Wahrnehmung berechtigter Interessen ») fait l'objet de nombreuses controverses en doctrine²⁹⁸. En effet, les intérêts légitimes invoqués doivent constituer une manière exceptionnelle de justifier un comportement et ils ne peuvent être admis que restrictivement²⁹⁹. Les conditions générales d'application de ce motif justificatif rappellent celles de l'art. 17 CP, à la différence que ce moyen peut être invoqué pour sauvegarder des valeurs ou des devoirs protégés par l'ordre juridique au sens large et non uniquement pour protéger un bien juridique individuel³⁰⁰. Le comportement de sauvegarde doit apparaître strictement nécessaire et proportionné et les biens juridiquement protégés lésés doivent être d'une valeur moindre par rapport à ceux sauvegardés³⁰¹. En pratique, le TF a par exemple admis un tel intérêt dans le cas d'une personne à moto commettant un excès de vitesse dans le but de sécuriser une course cycliste³⁰² ou d'une personne apatride entrée illégalement sur le territoire pour pouvoir y épouser l'autre parent de ses enfants³⁰³. La casuistique exclut en revanche l'application de ce motif dans des affaires où les prévenus sont animés de motifs politiques³⁰⁴. La question est cependant restée ouverte de déterminer si une infraction commise dans le but de faire respecter la Constitution, comme cela pourrait être le cas dans des actes de désobéissance civile, peut ou non constituer un intérêt légitime au sens de cette disposition³⁰⁵.

²⁹⁶ KILLIAS/DONGOIS/KUHN, N 726 ss ; BSK StGB–NIGGLI/GÖHLICH, Art. 14 ; PC-CP, art. 14 ; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, art. 14. En allemand, « aussergesetzlichen Rechtfertigungsgründe ».

²⁹⁷ TF, 6B_1031/2015 du 1^{er} juin 2016 ; DONATSCH ; HURTADO POZO/GODEL. En allemand, « übergesetzliche Rechtfertigungsgrund ».

²⁹⁸ BSK StGB–NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, N 67, parlent d'un concept « dangereux » en raison de son indétermination ; CR CP–MONNIER, art. 14, N 55 ss ; PC-CP, art. 14, N 36 ss ; PK StGB–TRESCHSEL/GETH, Art. 14, N 13 ss.

²⁹⁹ PC-CP, art. 14, N 36 ; BSK StGB–NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, N 68 et 72 ; HURTADO POZO/GODEL, N 790 ss

³⁰⁰ Cf. *infra*. BSK StGB–NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, N 67 ; CR CP–MONNIER, art. 14, N 52 ss.

³⁰¹ PC-CP, art. 14, N 36 ss.

³⁰² ATF 113 IV 4.

³⁰³ ATF 117 IV 170 (JdT 1993 IV 152).

³⁰⁴ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215) ; 119 IV 301 (JdT 1995 IV 147) ; SJ 2001 I 612 ; PC-CP, art. 14, N 38.

³⁰⁵ BSK StGB–NIGGLI/GÖHLICH, Art. 14, N 68-69. Les auteurs estiment que la réponse à cette question devrait plutôt être négative. Selon eux, l'interprétation de la Constitution ne doit pas être laissée à la discrétion de tout un chacun. Ils soulignent cependant que l'art. 14 CP ne

La collision justificative de devoirs est un autre motif justificatif extra-légal dont les contours sont si proches de ceux de la sauvegarde des intérêts légitimes qu'ils peuvent en définitive être assimilés l'un à l'autre³⁰⁶. On notera cependant que la doctrine recourt à la terminologie en langue allemande de « *notstandsähnlich Widerstand* »³⁰⁷ pour s'y référer. Or, la résistance (« *Widerstand* ») est un concept régulièrement utilisé par les activistes et la doctrine comme synonyme de désobéissance civile³⁰⁸.

71

b. La légitime défense

La légitime défense (art. 15 CP, « *Notwehr* ») régit la situation dans laquelle une personne attaquée ou menacée de manière contraire au droit par une attaque imminente, repousse cette attaque par des moyens proportionnés aux circonstances. Cette disposition constitue un cas particulier d'état de nécessité licite³⁰⁹. Les deux dispositions se distinguent néanmoins sur deux points. Premièrement, en matière de légitime défense, il est question d'attaque illicite, par opposition à la notion de danger imminent, notion plus large, qui prévaut pour l'état de nécessité licite³¹⁰. Deuxièmement, la légitime défense ne peut être invoquée que pour se protéger soi-même, alors que l'état de nécessité peut justifier une intervention pour protéger un bien individuel d'un tiers³¹¹.

72

La légitime défense implique donc l'existence d'une attaque à l'encontre d'un bien juridique individuel³¹². Cette attaque doit être imminente³¹³, illicite³¹⁴ et

73

permet rien de plus qu'il ne soit déjà possible d'admettre en recourant à l'interprétation d'autres dispositions. En outre : ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215) détaillé *infra* 3.III.G.

³⁰⁶ Cf. ATF 113 IV 4, où les deux motifs sont appliqués conjointement ; OFK StGB–DONATSCH, Art. 14, N 7.

³⁰⁷ OFK StGB–DONATSCH, Art. 14, N 7.

³⁰⁸ Ce qui entretient une confusion théorique importante entre ces concepts pourtant différents, cf. *infra* 2.II.

³⁰⁹ HURTADO POZO/GODEL, N 677 ; OFK StGB–DONATSCH, Art. 15, N 1 ; *contra* : BSK StGB–NIGGLI/GÖHLICH, Art. 15, N 3.

³¹⁰ BSK StGB–NIGGLI/GÖHLICH, Art. 15, N 3.

³¹¹ KILLIAS/DONGOIS/KUHN, p. 710.

³¹² *A contrario*, la légitime défense ne peut être invoquée pour protéger des biens appartenant à la communauté, PC-CP, art. 15, N 4 ; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, art. 15, ch. 1.3. Cependant, pour autant que ce soit des biens individuels, il est possible d'invoquer cette disposition aussi pour des biens qui ne font pas l'objet d'une protection par le Code pénal (p. ex. en lien avec l'art. 28 CC), BSK StGB–NIGGLI/GÖHLICH, Art. 15, N 1 et 12.

³¹³ Ce qui n'est pas le cas d'une simple demande de renseignement ou de l'achat d'une arme, HURTADO POZO/GODEL, N 686.

³¹⁴ BSK StGB–NIGGLI/GÖHLICH, Art. 15, N 8 ss ; HURTADO POZO/GODEL, N 681. Ainsi, si une personne est en état d'arrestation, elle ne pourra s'en prévaloir.

doit permettre de sauvegarder un intérêt protégé de valeur supérieure ou équivalent à celui lésé³¹⁵. L'attaque ne peut avoir comme source qu'un comportement humain et non être le fait d'une chose³¹⁶. Il faut ensuite que, pour se protéger de cette attaque, un comportement de défense ait été adopté. Seul l'auteur de l'attaque doit être visé et l'acte de défense être proportionné³¹⁷. La légitime défense étant un moyen de défense subsidiaire, il est nécessaire que les autres possibilités légales de défense aient été utilisées³¹⁸. À cet égard, la jurisprudence précise que la fuite n'est pas toujours un moyen légal auquel il est nécessaire de recourir préalablement pour que la légitime défense puisse être retenue, tout comme le fait d'appeler les autorités au secours³¹⁹. Par ailleurs, la proportionnalité du comportement de défense s'examine toujours du point de vue fictif d'un observateur neutre, avant l'attaque. Ainsi, le comportement du provocateur doit être suffisamment significatif pour faire naître un sentiment de danger³²⁰.

c. L'état de nécessité licite

- 74 L'art 17 CP prévoit qu'agit au bénéfice d'un état de nécessité licite (« rechtfertigter Notstand ») quiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants³²¹. L'élément de « danger » de cette disposition vise un comportement humain ou naturel susceptible de léser des biens juridiques individuels³²². L'état de nécessité ne peut être invoqué pour protéger des biens

³¹⁵ Le lésé peut être une personne morale ou physique, HURTADO POZO/GODEL, N 686.

³¹⁶ Si l'attaque est causée par un animal, cette disposition n'est pas applicable, sauf dans le cas où l'animal est instrumentalisé par une personne physique qui s'en sert comme d'une arme, HURTADO POZO/GODEL, N 679.

³¹⁷ DONATSCH, N 13 ; HURTADO POZO/GODEL, N 694.

³¹⁸ DONATSCH, N 7 ss ; HURTADO POZO/GODEL, N 688 ss.

³¹⁹ OFK StGB–DONATSCH, Art. 15, N 13 et 14 ; DUFOUR, p. 63.

³²⁰ HURTADO POZO/GODEL, N 694.

³²¹ En doctrine, CONINX, constate que la casuistique liée à ce motif justificatif est disparate et parfois incohérente. Elle déplore l'absence d'une réelle « théorie générale de l'état de nécessité en droit suisse », p. 216. Elle insiste sur le besoin de faire de cette disposition une interprétation conforme à la Constitution, ce qui impliquerait de tenir compte des conditions de l'art. 36 Cst. féd. cf. *infra* 4.III.

³²² Sur le caractère non humain de l'attaque : ATF 122 IV 1 ; BSK StGB–NIGGLI/GÖHLICH, Art. 17, N 12. Au sujet du caractère individuel des biens : HURTADO POZO/GODEL, N 714 ; OFK StGB–DONATSCH, Art. 17, N 2 ; BSK StGB–NIGGLI/GÖHLICH, Art. 17, N 6 ; PK StGB–TRESCHSEL/GETH, Art. 17, N 4.

juridiques collectifs.³²³ Les biens juridiques mis en danger doivent dans tous les cas être d'une valeur supérieure à ceux lésés par le comportement en cause, faute de quoi, c'est l'état de nécessité excusable (circonstance atténuante) qui s'applique³²⁴. Pour la doctrine majoritaire, seule la sauvegarde de biens juridiques est invocable. Ainsi, *a contrario*, la sauvegarde de principes constitutionnels comme l'égalité devant la loi ne pourrait pas être invoquée³²⁵. En outre, au sens de cette disposition, le danger doit être actuel et concret, ce qui signifie qu'il ne doit être ni passé ni futur. Enfin, il faut que ce danger ne puisse être détourné autrement (principe de subsidiarité absolue)³²⁶. Contrairement au cas de la légitime défense, l'état de nécessité peut être invoqué pour protéger les biens juridiquement protégés individuels d'une tierce personne³²⁷. CONINX souligne que les motifs qui poussent la personne à agir dans le cadre de l'état de nécessité ne sont pas déterminants pour l'analyse. L'autorité judiciaire doit uniquement se prononcer sur l'existence d'un comportement de défense et l'existence du danger, non pas sur d'éventuelles motivations morales ou politiques poussant à se défendre contre ce danger³²⁸. Cette position est jugée nécessaire pour une « application éclairée du droit »³²⁹. C'est principalement ce motif justificatif qui est invoqué dans les affaires de désobéissance civile par les activistes qui tentent d'expliquer leur acte³³⁰.

En pratique, l'état de nécessité a été retenu par exemple dans le cas d'une personne sans-abri voyageant sans titre de transport valable pour se rendre dans un lieu d'accueil³³¹ ou d'une femme qui se résout à tuer son mari qui, après de multiples violences, annonce son intention ferme de la tuer dans son sommeil³³². Le cas de l'ex-officier de police GRÜNINGER qui a aidé des personnes en situation illicite fuyant l'Allemagne durant la Seconde Guerre mondiale a également été réhabilité comme un acte justifié par un état de nécessité³³³. *A contrario*, les conditions de l'art. 17 CP n'ont pas été considérées remplies en matière de droit des personnes étrangères pour justifier une entrée illicite sur le

75

³²³ La doctrine s'est récemment divisée dans les cas de contentieux climatique afin de savoir si, par extension, la protection de biens collectifs peut être concernée en raison de la protection de biens individuels. Cf. *infra* 4.II.B où ces discussions seront reprises.

³²⁴ PC-CP, art. 17, N 13 ss. Cf. *infra* 1.II.B.3.

³²⁵ CONINX, p. 132.

³²⁶ OFK StGB-DONATSCH, Art. 17, N 8 ; HURTADO POZO/GODEL, N 714 ; ATF 108 IV 120 (JdT 1983 IV 112) ; ATF 98 IV 5 (JdT 1973 IV 11).

³²⁷ BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, Art. 17, N 8.

³²⁸ CONINX, p. 140.

³²⁹ CONINX (Solidarität), p. 220.

³³⁰ Cf. *infra* chapitres 3 et 4.

³³¹ Tribunal cantonal de Bâle-Campagne du 6 septembre 1994 (SJ 1996 p. 130).

³³² P. ex. : ATF 122 IV 1.

³³³ P. ex. : RSJ 1996 259, affaire qui sera explicitée *infra* 3.IV.A.

territoire suisse, quand bien même la personne concernée fuyait des persécutions³³⁴ ni dans le cas des activistes de l'association « Greenpeace » qui souhaitent se protéger contre le danger représenté par l'énergie nucléaire et la crise écologique en bloquant le transport de combustibles nucléaires³³⁵ et, non plus, dans le cas d'une prise d'otage visant à attirer l'attention sur la situation politique d'un autre État³³⁶.

3. La culpabilité – Les circonstances atténuantes ou aggravantes

76 Dans le cas où la typicité de l'infraction est remplie et où l'application d'un motif justificatif n'est pas applicable, l'acte incriminé est donc illicite. Néanmoins, pour être condamné, encore faut-il qu'il ait été commis de manière coupable. L'analyse doit alors en dernier lieu porter sur la culpabilité de l'auteur (en lien avec la notion de faute) et la possibilité d'admettre des circonstances atténuantes ou aggravantes. Les actes de désobéissance étant commis de manière consciente et volontaire, donc intentionnelle, nous renonçons à présenter en détail les différents éléments relatifs à la faute en matière pénale³³⁷. De même, les circonstances aggravantes n'entrant pas en considération en pratique, puisque la controverse en littérature et dans le débat public se concentre sur l'éventualité de distinguer ces cas d'actes de délinquance ordinaire et non pas d'aggraver leur poursuite, il n'en sera pas non plus fait mention.

a. Circonstances atténuantes générales

77 L'art. 48 al 1 CP énumère une série d'éléments pouvant influencer sur la culpabilité de l'auteur, notamment : l'existence d'un état de détresse profonde, d'une menace grave, le fait d'agir sous l'ascendant d'une personne à laquelle un devoir d'obéissance est dû ou encore en cédant à un mobile honorable. En matière de désobéissance civile, ce sont avant tout les motifs honorables qui sont plaidés, les activistes essayant par ce biais de faire valoir leurs motivations idéales ou politiques³³⁸.

³³⁴ PC-CP, art. 17, N 11.

³³⁵ P. ex. : ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215).

³³⁶ P. ex. : ATF 109 IV 156 (JdT 1984 IV 121) ; pour une casuistique plus développée : FAVRE/PELLET/STOUDMANN, art. 17, ch. 1.7.

³³⁷ Pour des indications générales sur les infractions intentionnelles et par négligence cf. KILLIAS/DONGOIS/KUHN, p. 39 ss.

³³⁸ En particulier, en lien avec le délit de solidarité, cf. *infra* 3.IV.

Le motif honorable (art. 48 let. a ch. 1 CP) est une « une notion qui s'apprécie d'après les valeurs éthiques reconnues par la collectivité »³³⁹. Ces valeurs doivent être qualifiées de « supérieures »³⁴⁰, à savoir « mériter l'estime, forcer la considération et le respect [et] enfin [être] conformes aux idées d'honneur et de dignité. »³⁴¹ En présence de buts politiques, la doctrine et la jurisprudence soulignent que mobiles politiques et mobiles honorables ne se recoupent pas nécessairement³⁴², voire *a fortiori* que l'existence des uns exclurait même celle des autres³⁴³. De plus, quand bien même un mobile serait qualifié d'honorable, il ne s'agit que d'un élément parmi d'autres pour l'autorité. Son application pourra donc être neutralisée par les autres circonstances du cas³⁴⁴. Enfin, il faut

³³⁹ Sur la distinction entre convictions et mobile honorable, cf. ATF 101 IV 387 : « [c]elles-ci [les convictions] représentent la position que tout être humain adopte à l'égard de certaines valeurs d'ordre éthique, social, voire juridique. Elles peuvent présenter un caractère durable, profond ou n'être qu'une réaction devant un cas concret, en relation avec l'infraction. Le mobile est en revanche la cause psychologique d'une manifestation donnée de volonté. Le plus souvent il représente l'expression de sentiments conscients ou inconscients, d'impulsions ou de raisonnements qui ont une incidence médiate ou immédiate sur l'infraction. Les convictions générales ou particulières de l'individu peuvent avoir une relation étroite avec ses mobiles, mais ce n'est pas nécessairement le cas. » Sur la notion de conviction en droit constitutionnel, cf. *supra* II.A.2. Et sur l'articulation de l'analyse pénale et constitutionnelle, cf. *infra* 4.III.A.1.

³⁴⁰ HURTADO POZO/GODEL, N 1121 ss ; ATF 128 IV 53 ; ATF 101 IV 387.

³⁴¹ P. ex. : ATF 101 IV 387. La notion est donc on ne peut plus vague et les critères permettant de guider l'application quasi inexistant, signe d'une grande latitude confiée à l'autorité judiciaire, cf. *infra* 5.IV.A.

³⁴² PC-CP, art. 48, N 6, insiste particulièrement sur ce point. En effet, au sens de la jurisprudence, le mobile politique n'est pas « en soi un mobile honorable ; il peut l'être, mais peut aussi être éthiquement neutre ou condamnable », ATF 128 IV 53, c. 3. Voir, en outre, un arrêt ancien, ATF 101 IV 29 qui prévoit qu'« on chercherait en vain dans le Code pénal une disposition qui reconnaîtrait au mobile politique comme tel un caractère particulier d'honorabilité. C'est d'ailleurs normal, tant il est vrai que de semblables mobiles ont parfois sur le plan éthique les valeurs les plus diverses et peuvent aussi bien relever d'un idéalisme altruiste que de l'égoïsme le plus bas. S'il peut en effet paraître admirable de prendre des risques pour libérer ses semblables de l'oppression, on ne saurait souscrire en aucun cas à des actes de violence commis dans le but de s'installer confortablement à la tête d'un autre régime d'oppression, ni à la démarche consistant à lutter par les armes contre le gouvernement d'un État où règnent des institutions permettant d'agir par des moyens démocratiques, pour le seul motif que l'on est incapable de réunir une majorité. »

³⁴³ OFK StGB–DONATSCH, Art. 48, N 1.

³⁴⁴ Ainsi, on constate une tendance à exclure l'honorabilité si un moyen illicite a été utilisé par l'auteur. Pourtant, au regard de la systématique générale, la culpabilité est un élément distinct à analyser en plus de la typicité et de l'illicéité. Ce raisonnement revient donc à impliquer que, si l'illicéité au sens strict est donnée, alors la culpabilité l'est également, indice d'une tendance légaliste, cf. *infra* 4 et 5.III. En outre, ATF128 IV 53 ; ATF 107 IV 29 (JdT 1982 IV 76), « l'intention de créer un monde meilleur reste honorable même si elle implique une atteinte à l'ordre établi. On peut admettre ce point de vue si la lutte pour un monde meilleur est menée dans le respect de la légalité. Mais lorsqu'elle entraîne au crime et met en péril la vie humaine,

qu'existe un lien causal entre le mobile et l'acte entrepris, ce qui n'est pas le cas, selon la jurisprudence, lorsqu'une personne exprime une conviction par le refus de paiement d'un impôt³⁴⁵. Notons encore que la détermination du mobile appartient à l'établissement des faits, à la différence du caractère honorable qui relève du droit³⁴⁶. En somme, l'appréciation et « le sentiment du ou de la juge »³⁴⁷ sont déterminants pour retenir un tel motif.

b. La défense excusable

- 79 La défense excusable (« entschuldbare Notwehr ») s'applique lorsqu'une personne se trouve dans une situation similaire à celle de la légitime défense, mais que les moyens utilisés pour repousser l'attaque sont disproportionnés. En d'autres termes, cette disposition vise les cas d'excès de légitime défense³⁴⁸. Dans ces situations, l'autorité judiciaire est tenue d'atténuer la peine. L'alinéa 2 de cette disposition prévoit en outre que lorsque l'excès est imputable à un état d'excitation ou de saisissement excusable causé par l'attaque, l'auteur n'agit pas de manière coupable, ce qui permet un acquittement³⁴⁹. C'est l'état d'excitation qui doit être excusable et non pas la réaction de son auteur³⁵⁰. Pour le surplus, les conditions d'applications sont identiques à celles de la légitime défense³⁵¹.

l'auteur ne peut plus être considéré comme ayant cédé à un mobile honorable. », c. 2c. La lutte contre le réchauffement climatique n'a pas été considérée comme un motif honorable, cf. *infra* ATF 129 IV 6 ; PC-CP, art. 48, N 7 ; KILLIAS/DONGOIS/KUHN, N 1012.

³⁴⁵ Le même raisonnement s'applique aux objecteurs qui refusent de payer une taxe militaire (absence de lien direct entre être pacifiste et ne pas s'acquitter de ses obligations au sens de la doctrine), PC-CP, Art. 48, N 8. Cf. *supra* 1.II.A.2. pour une analyse de cette situation sous l'angle des droits fondamentaux.

³⁴⁶ ATF 107 IV 29 (JdT 1982 IV 76) ; DONATSCH, N 3 ; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, art. 48, ch. 1.2. Néanmoins, dans un cas comme dans l'autre, l'autorité judiciaire effectue une appréciation, contrairement à ce que l'approche positiviste de cette distinction pourrait suggérer, cf. *infra* 4 et 5.III.

³⁴⁷ BSK StGB–WIPRÄCHTIGER, Art. 48, N 10 ; PC-CP, art. 48, N 1. Ce dernier point apparaît curieux, dès lors que la position classique exprimée vis-à-vis du juge est qu'il doit justement éviter de se fonder sur des éléments non objectivables dans un système positiviste, cf. *infra* 5.III et IV.

³⁴⁸ CR CP–MONNIER, art. 16, N 4 et 5 ; PC-CP, art. 16, N 3.

³⁴⁹ DUFOUR, p. 65.

³⁵⁰ CR CP–MONNIER, art. 16, N 7.

³⁵¹ Pour une casuistique (peu abondante), cf. PC-CP, art 16, N 12.

c. L'état de nécessité excusable

L'art. 18 CP prévoit que, si l'auteur commet un acte punissable pour se préserver ou préserver autrui d'un danger imminent et impossible à détourner autrement menaçant la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine ou d'autres biens essentiels, le juge atténue la peine si le sacrifice du bien menacé pouvait être raisonnablement exigé de lui. Cette situation diffère de l'état de nécessité licite en raison de la valeur du bien juridique sauvegardé par la riposte qui est ici d'importance moindre ou égale en comparaison au bien juridiquement protégé lésé³⁵². 80

4. Conclusion au sujet des catégories de droit pénal

L'étude des différents ressorts de l'incrimination d'un comportement nous permet de souligner différents éléments *a priori* vis-à-vis de la désobéissance civile. Tout d'abord, concernant la typicité des infractions, les campagnes de désobéissance civile, en raison de leur dispositif (notamment le fait qu'elles prennent place sur le domaine public et de l'interpellation du public qu'elles impliquent), sont rapidement susceptibles de réaliser les ECO de différentes infractions, notamment la contrainte, sauf en cas de tenue d'une manifestation autorisée³⁵³. Lorsque l'acte de protestation est organisé sur des propriétés privées et en cas de plainte, la violation de domicile entre en ligne de compte. Or, le caractère large du champ d'application de ces dispositions pourrait ne pas soulever des problèmes particuliers, à condition que l'analyse postérieure des éléments de typicité et de culpabilité permet de nuancer et de tenir compte de la dimension expressive et citoyenne de ces actes de désobéissance civile. Cependant, comme nous le constaterons, la pratique actuelle – à quelques exceptions près – s'y refuse³⁵⁴. Quant à la culpabilité de l'auteur d'un acte de désobéissance civile, la stratégie des activistes consistant à plaider l'honorabilité et le civisme de leur action est, elle aussi, en porte à faux avec l'acception actuelle de ces notions dans le domaine juridique³⁵⁵. 81

Ces considérations permettent d'ores et déjà de mettre en avant les difficultés pour le droit pénal de penser l'action politique des membres du corps civique autrement que par le prisme de leur caractère *a priori* illicite³⁵⁶. On constate également une importante césure entre les stratégies de défense des activistes 82

³⁵² HURTADO POZO/GODEL, N 858 ; DUFOUR, p. 68.

³⁵³ Cf. *infra* 4.II.

³⁵⁴ Chapitre 3 et 4.II.

³⁵⁵ Cf. *infra*. 4.II.

³⁵⁶ Problématique dont il sera question dans le chapitre 5.

(qui estiment avoir le droit de leur côté ou, pour le moins, agir au bénéfice de motifs justificatifs ou atténuants qui permettraient de les distinguer des criminels de droit commun) et la réalité de la pratique et du raisonnement pénal³⁵⁷. Ce constat implique également que les désobéissantes et désobéissants, s'ils souhaitent éviter la poursuite ou obtenir des acquittements, doivent présenter une défense intelligible pour l'autorité judiciaire et nécessairement recourir à l'aide de personnes maîtrisant les arcanes du droit pénal, tout en acceptant qu'une condamnation soit probable³⁵⁸. De plus, l'examen des différents principes et notions théoriques du droit pénal permet de souligner que, malgré le principe de légalité, les juges pénaux ne sont pas réduits à devoir effectuer une application mécanique de la loi³⁵⁹. En effet, le raisonnement qui s'applique est plus complexe que de calquer sur la typicité, l'illicéité *stricto sensu* d'un acte.

- 83 Enfin, cet exposé des différents concepts de théorie pénale souligne également l'absence de la notion de désobéissance civile *per se* au sein des dispositions du CP. Le recours à ces éléments ne permet pas, à l'instar du droit constitutionnel, de définir notre objet, mais, plutôt, énonce les catégories *prima facie* qui pourront être mobilisées à un stade ultérieur, afin de catégoriser, poursuivre, voire justifier la désobéissance civile en droit.

C. Conclusion : la désobéissance civile, une inconnue pour la loi suisse

- 84 En conclusion de cette première section, il convient de retenir que le recours aux sources légales ne permet pas de définir la désobéissance civile ou de déterminer précisément les situations visées par cette notion. Ce que nous aurons néanmoins montré est qu'un éventail, large et diversifié – dans le sens où différents domaines du droit sont mobilisés –, de catégories peuvent *a priori* ou *prima facie* s'apparenter ou s'appliquer à des actes de désobéissance civile. Cependant, parmi ces éléments théoriques, en l'absence de définition claire de cet objet, il n'est pas possible de discriminer ou d'apprécier lesquelles de ces catégories seraient à même de permettre une transposition de la désobéissance civile en droit. Ce passage est d'autant plus complexe que les actions de désobéissance civile mobilisent tout à la fois des ressorts de droit pénal et de droit constitutionnel. Il apparaît ainsi nécessaire de poursuivre l'exploration à l'aide des autres sources du droit, afin d'identifier les critères permettant de

³⁵⁷ HAYES/OLLITRAULT, p. 123.

³⁵⁸ HAYES/OLLITRAULT, p. 127 et 128.

³⁵⁹ Cf. *infra* 5.IV.

« filtrer » parmi ces différentes catégories pour en sélectionner les plus pertinentes pour notre recherche.

III. Recherche de la notion au sein de la jurisprudence

- 85 Après l'étude des catégories légales, il convient de s'intéresser à la jurisprudence qui mentionne la désobéissance civile, afin de déterminer la place accordée à cette notion en droit. Cet exposé a pour but de mettre en exergue des éléments permettant de délimiter avec plus de précisions ce qui peut être entendu par « acte de désobéissance civile » et les situations de fait qui sont appréhendées de la sorte dans l'ordre juridique suisse. Dès lors, une revue des arrêts existants s'impose. À cette fin, une recherche quantitative a été menée au sein des différentes bases de données de jurisprudence³⁶⁰ pour identifier les mentions de l'occurrence « désobéissance civile », « zivil Ungehorsam » et « disobbedienza civile »³⁶¹. Ce sont les résultats de cette exploration préliminaire qui sont synthétisés ci-après.
- 86 Comme mentionné en introduction de cette étude, nous distinguons deux périodes temporelles principales au sujet de la désobéissance civile devant les juridictions suisses. Notre corpus se divise en conséquence entre la période antérieure à décembre 2018 et celle qui lui est postérieure. Ce découpage résulte d'une série de décisions rendues par des juridictions de première instance dans les cantons romands rendues à l'encontre d'activistes engagés dans des campagnes de désobéissance civile revendiquées explicitement comme telles³⁶². Ces décisions ne sont donc pour la plupart pas librement accessibles au public, mais elles ont fait l'objet d'une demande d'accès ou nous ont été transmises par des personnes concernées par les arrêts³⁶³. Ces campagnes ont joui d'un important écho médiatique qui a largement contribué à (re)mettre au goût du jour le syntagme « désobéissance civile », quand bien même ce moyen d'action avait déjà été utilisé par le passé³⁶⁴.

³⁶⁰ En conséquence, les résultats ne sont pas exhaustifs, puisque toutes les autorités inférieures n'ont pas de telles bases de données ou que, lorsqu'elles existent, elles couvrent des périodes variables, cf. sur la méthodologie générale utilisée pour les recherches jurisprudentielles, *infra* 3.II. S'agissant du droit international liant la Suisse, une recherche a également été effectuée au sein de la jurisprudence de la CourEDH.

³⁶¹ Soit dans les trois langues officielles. Précisons en outre qu'il existe un panel de situations et de décisions concernant des cas qui s'apparentent « matériellement » à de la désobéissance civile, mais dans lesquels la mention de la notion n'apparaît pas. Cette casuistique fera l'objet du chapitre 3.

³⁶² Principalement, le mouvement antispéciste, puis écologiste au sens large (p. ex. : LAC et XR).

³⁶³ Cf. *infra* 3.II.

³⁶⁴ Cf. *supra* introduction.

A. Les mentions de la désobéissance civile avant 2018

La première occurrence de la notion de désobéissance civile apparaît dans un avis de droit rendu par l'Office fédéral de la justice (OFJ) le 4 novembre 1985³⁶⁵. Cet avis constitue le seul cas identifié qui explicite ce qui doit être entendu par « désobéissance civile » au sens d'une autorité suisse durant la première période sélectionnée. 87

Le cas à l'origine de cette prise de position concerne un demandeur d'asile débouté qui est accueilli par des membres d'une paroisse dans une église afin d'empêcher son renvoi. L'OFJ y effectue différents constats sur cet acte, qu'elle qualifie de désobéissance civile. Elle mentionne tout d'abord que : 88

« [z]iviler Ungehorsam unterscheidet sich vom Widerstandsrecht dadurch, dass die verfassungsrechtliche Ordnung prinzipiell anerkannt, einzelne politische Entscheide oder behördliche Anordnungen aber nicht hingenommen werden. »³⁶⁶

Cependant, aucune définition précise n'en est proposée, bien que l'Office fédéral propose une typologie de ce qu'il considère comme relevant de la désobéissance civile :

« [e]r wird aktuell bei Demonstrationen, Wehrdienstverweigerung, Opposition gegen Standorte von Atomkraftwerken, Waffenplätzen, Strassen oder sonstige Bauten sowie bei Konflikten zwischen lokalen und nationalen Interessen. »³⁶⁷

Une relation de proximité est donc dessinée entre la désobéissance civile et les différents moyens d'action que sont la manifestation, l'obstruction du trafic ou des actions d'occupation.

Afin de fonder théoriquement son approche au sujet de la désobéissance civile, l'Office fédéral de la justice se réfère en outre dans cette affaire aux écrits du philosophe Jürgen HABERMAS et renvoie à une étude du professeur de droit constitutionnel René RHINOW, traitant en revanche principalement du droit de résistance³⁶⁸. L'autorité fait siennes les justifications présentées par ce dernier pour des actions de désobéissance civile et indique que : 89

« [...] für diese Aktionen werden zwei Rechtfertigungsgründe vorgebracht: sowohl individueller (Wehrdienstverweigerung) wie kollektiver Ungehorsam (Ökologie- und Friedensbewegung) können sich auf ethische Gebote oder Gerechtigkeitsdefizite

³⁶⁵ JAAC 1986 45, p. 45 à 54.

³⁶⁶ JAAC 1986 45, c. 4.3, p. 52.

³⁶⁷ JAAC 1986 45, c. 4.3, p. 53.

³⁶⁸ JAAC 1986 45, c. 4.3, p. 52. Ces apports feront l'objet d'une présentation détaillée *infra* 1.IV. et 2.III.C. En outre, relevons le rapprochement entre « droit de résistance » et désobéissance civile.

begründen. Ein zweiter Rechtfertigungsgrund geht vom Ungenügen unserer direktdemokratischen Einrichtungen aus (Gesetzesinitiative, Finanz-, Planungs- und Verwaltungsreferendum fehlen; Volksrechtsdefizite der lokalen Interessen und der Betroffenen). Die Ungehorsamen werden einwenden, dass die Rechtsordnung ständig und weit gravierender verletzt wird etwa im Strassenverkehr, der Wirtschaftskriminalität und der Steuerhinterziehung, ohne dass eine Gefährdung des Rechtsstaates beschworen werde. Ausserdem weise unsere rechtsstaatliche Ordnung Mängel auf – etwa der politischen Rechte, des Rechtsschutzes, der Grundrechtsverwirklichung –, die oft erst und gerade durch zivilen Ungehorsam aufgezeigt und einer Lösung zugeführt wurden. »³⁶⁹

La dimension de critique du système démocratique portée par la désobéissance civile est mise en avant, au même titre que l'aspect éthique de ce type d'actions. L'autorité considère qu'il existe des brèches de protection dans le système démocratique ou juridictionnel, mais s'en défend dans l'arrêt au motif que certaines d'entre elles ont été partiellement comblées³⁷⁰. L'arrêt conclut finalement que le droit suisse ne saurait reconnaître un droit à la désobéissance civile, lorsqu'une procédure régulière est arrivée à son terme³⁷¹. Toute portée générale de la reconnaissance de justification dans des cas particuliers est écartée³⁷². Bien que l'Office fédéral consacre un passage important de son raisonnement théorique à la notion de désobéissance civile, dans son application au cas d'espèce, elle en écarte toute conséquence, éclipsant totalement ses développements précédents.

- 90 Ce n'est que 20 ans plus tard que la notion de désobéissance civile apparaît à nouveau, soit en 2008, dans l'ATF 134 IV 216³⁷³. Cet arrêt porte sur une action de blocage d'un tunnel organisée par une association syndicale dans le cadre d'une journée d'action de grève en protestation contre l'augmentation de l'âge de la retraite dans le secteur du bâtiment. Les personnes chargées de l'organisation sont poursuivies pour infraction de contrainte (art. 181 CP), puisque l'action entraîne des perturbations importantes dans la circulation routière. Dans son considérant 4.5, le Tribunal fédéral indique brièvement que, pour lui, l'action menée par l'association n'est pas constitutive d'un acte de désobéissance civile, dans la mesure où elle est uniquement menée dans l'intérêt d'un groupe particulier et n'a pas une vocation « englobante ». Pour le surplus,

³⁶⁹ JAAC 1986 45, c. 4.3, p. 52.

³⁷⁰ JAAC 1986 45, c. 4.4, p. 53.

³⁷¹ JAAC 1986 45, c. 5.4, p. 54 : « gegen die in einem rechtsstaatlichen Verfahren zustande gekommenen rechtskräftigen Verfügungen gibt es grundsätzlich kein Recht auf Widerstand oder auf rechtmässigen zivilen Ungehorsam. Als Rechtfertigungsgründe für den zivilen Ungehorsam werden im vorliegenden Fall Notstand und Nothilfe geltend gemacht. »

³⁷² JAAC 1986 45, c. 5.4, p. 54.

³⁷³ Dont il sera également question *infra*. 3.III.8.

aucune définition n'est donnée de ce que la Haute Cour entend par acte de « désobéissance civile ».

Deux autres occurrences du terme peuvent être relevées, mais offrent peu d'indications significatives : l'une dans un arrêt cantonal argovien³⁷⁴ et l'autre dans la décision du Tribunal administratif fédéral relative au renvoi de deux demandeurs d'asile³⁷⁵. Dans le premier arrêt, la désobéissance civile n'est citée qu'en référence au grief formé par la partie, mais aucune définition ni précision sur ce que vise ce qualificatif n'en est donnée. Le tribunal conclut uniquement que l'on ne saurait justifier l'acte de « désobéissance civile »³⁷⁶ du recourant en raison d'un retard dans l'entrée en force de ses déclarations d'impôts précédentes³⁷⁷. Elle ajoute que l'absence du résultat escompté par le recourant dans une procédure antérieure de contestation du prononcé de taxation ne saurait légitimer son acte³⁷⁸. Dans la seconde décision, la désobéissance civile est citée à titre descriptif pour qualifier le « Collectif R »³⁷⁹. L'appel de ce groupe à user d'actes de désobéissance civile est même un élément qui fait office de circonstance aggravante, dans la mesure où il est pris en compte comme corroborant l'intention de se soustraire au renvoi et de ne pas se conformer aux ordres de l'autorité. La notion ne fait cependant pas l'objet d'une définition ou d'autres explications.

91

Enfin, notons encore l'apparition du terme dans le compte-rendu d'une affaire zurichoise du 23 février 2016³⁸⁰. L'arrêt cantonal dont il est question dans cette revue de presse relate l'arrestation de l'artiste de rue Gunnar JAUCH pour infraction à la réglementation de la ville sur l'exercice d'activités de rue dans certaines zones. Son comportement est qualifié de « zivilen Ungehorsam in ästhetischer Form » et le journaliste souligne que l'action de l'artiste avait pour but d'attirer l'attention des médias. On ne sait cependant si ces termes sont ceux qui ont été utilisés dans le jugement et il nous faut donc considérer ces

92

³⁷⁴ Décision du 29 janvier 1991 publiée dans la revue AGVE 1992, p. 272 ss. Cet arrêt concerne le cas d'un individu qui refuse de remplir sa déclaration d'impôts et doit payer une amende en conséquence.

³⁷⁵ ATAF, E-4618/2016 du 4 octobre 2016. Les deux recourants ont été aidé par le « Collectif R » dont il a été fait mention en introduction, *cf. supra*.

³⁷⁶ Il faut souligner que l'autorité se réfère à la notion de « désobéissance civile » avec des guillemets. Elle souligne ainsi le caractère non juridique ou incertain de la notion pour son autorité et ne s'y réfère qu'en lien avec les allégations des parties, AGVE 1992, c. 3b, p. 274.

³⁷⁷ « Wie es sich damit verhält, kann hier offen bleiben, da es den Beschwerdeführer nicht zum «zivilen Ungehorsam» legitimiert, wenn Aufsichtsbeschwerden nicht den von den Steuerpflichtigen gewünschten Erfolg zeitigen. », AGVE 1992, c. 3b, p. 274.

³⁷⁸ AGVE 1992, c. 3b, p. 274.

³⁷⁹ ATAF, E-4618/2016 du 4 octobre 2016.

³⁸⁰ Tribunal d'arrondissement de Zurich, 22 février 2016, GC150287, compte-rendu publié dans « Recht in Spiegel der NZZ » n°44 du 23 février 2016, p. 19 ss.

informations avec prudence. Néanmoins, cela permet d'émettre l'hypothèse que la dimension d'appel au public est un élément qui permet de qualifier un acte de désobéissance civile, caractéristique que l'on retrouve dans les définitions classiques en philosophie politique³⁸¹. Autre point significatif, un des arguments soutenant la condamnation de JAUCH se trouve être celui de la séparation des pouvoirs. Ainsi, on nous rapporte que la magistrate chargée de l'affaire a souligné qu'il n'appartenait pas aux tribunaux de changer le droit existant³⁸², argument que l'on retrouve également de manière régulière dans le débat général entourant l'acceptabilité de la désobéissance civile³⁸³.

B. Les mentions de la désobéissance civile dès 2018

- 93 La distinction principale entre les deux périodes délimitées tient à la tenue de procès pour des actions étiquetées par des activistes comme relevant de la désobéissance civile devant les juridictions de première instance des cantons romands. L'accessibilité au suivi de ces affaires et aux procès-verbaux d'audition des prévenus et prévenues et des témoins³⁸⁴ a permis de mettre en exergue un nombre plus important d'occurrences du syntagme. Ces différentes décisions seront analysées plus longuement dans le chapitre 3.
- 94 Ainsi, on peut lire dans une décision du 20 décembre 2018 du Tribunal de police de la Côte que les prévenues, militantes antispécistes, considèrent leur action comme un acte de désobéissance civile. Toutes deux sont poursuivies pour avoir soustrait des cabris dans un abattoir au sein duquel elles ont pénétré. Elles déclarent que :

« [c]ette désobéissance civile est nécessaire pour provoquer la discussion, sinon les animaux en pâtissent. Pour vous répondre par rapport au droit d'initiative et du référendum, cela fait 20 ans que nous faisons des actions légalistes, telles que tracts et actions autorisées. Aucun vrai changement pour les animaux n'a été observé. Pour la cause des femmes, il a été nécessaire de faire de la désobéissance civile pour faire avancer le débat. La désobéissance civile est un devoir moral du citoyen qui agit comme contrôleur des lois, afin que celles-ci évoluent vers des idées de justice et d'égalité. »³⁸⁵

En creux, on comprend qu'elles sont interrogées par l'autorité judiciaire sur leurs engagements et leurs motivations, mais également plus spécifiquement sur

³⁸¹ Cf. *infra* 2.II.

³⁸² « Es sei aber nicht am Gericht, eine bestehende Verordnung abzuändern. », NZZ n°44 du 23 février 2016, p. 19.

³⁸³ Cf. *infra* 4.III.A. et 5.III.B.

³⁸⁴ Pour le détail de la méthodologie de recherche en jurisprudence, cf. *infra* 3.II.

³⁸⁵ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 7.

leur rapport aux outils de participation démocratiques légaux. Pour le surplus, il n'est cependant pas fait mention de la notion dans le dispositif ou la motivation de la décision, l'autorité n'y attachant pas en tant que tel des conséquences.

Dans une autre affaire concernant des militants antispécistes rendue par le Tribunal de police de Genève le 8 novembre 2019, la désobéissance civile est mentionnée de manière analogue dans l'état de fait de l'affaire³⁸⁶. Tout comme dans le cas du « Collectif R », ce qualificatif est uniquement descriptif et mobilisé par les activistes, mais pas par l'autorité. Enfin, dans une décision de 2020, toujours face à des activités de groupes antispécistes, on relève une brève mention de la désobéissance civile dans les déclarations d'une prévenue qui insiste ne plus vouloir mener de telles actions, afin de se concentrer sur une activité d'accueil d'animaux. Elle estime avoir perdu confiance dans le débat public et souhaite se détacher de ce mode d'action³⁸⁷. 95

En matière de désobéissance climatique, la désobéissance civile est également mentionnée *pro memoria* et à titre descriptif dans l'état de fait de plusieurs affaires. Ainsi, dans le cas dit des « Mains rouges »³⁸⁸, l'autorité de première instance relève que : 96

« [I]es organisateurs, dont [le prévenu] faisait partie, avaient été conscients qu'ils réalisaient un acte de désobéissance civile. Leur volonté n'avait pas été de causer un dommage, mais de perpétrer un acte de visibilité. »³⁸⁹

La dimension de publicité est une fois de plus soulignée, car elle semble tout de même porter à conséquence dans l'évaluation du mobile de l'auteur aux yeux de l'autorité.

Une autre décision en matière climatique qui a reçu un important écho médiatique concerne le groupe « Lausanne Action Climat » (LAC) dont les membres ont occupé le hall d'une banque pour y jouer une partie de tennis, dans le but de dénoncer les investissements de la place financière dans les énergies fossiles³⁹⁰. En première instance, la notion de désobéissance civile est mobilisée principalement par les prévenus et les témoins³⁹¹. La notion n'est cependant pas définie par les activistes qui la mobilisent dans des contextes et avec des 97

³⁸⁶ « Les prévenus estiment justifier leur action par “une forme de désobéissance sociale”, afin de mettre le débat [sur la souffrance animale] sur le devant de la scène. », Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019, P/8314/2018, c. B.ab, p. 7.

³⁸⁷ Tribunal de police La Côte, 19 novembre 2020, PEI 7.024981, procès-verbal d'audition, p. 21.

³⁸⁸ Cf. *infra* 3.III.A.O. Tribunal de police de Genève, 20 février 2020, JTDP/245/2020.

³⁸⁹ Tribunal de police de Genève, 20 février 2020, JTDP/245/2020, c. B aa. En seconde instance, puis devant le TF, la formule est reprise sans que l'on puisse en tirer plus d'enseignements.

³⁹⁰ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742.

³⁹¹ Cf. *infra* 3.III.A.N.

acceptations larges et fluctuantes, dénotant l'absence de consensus sur ce qu'elle recouvre. Ainsi :

« L'engagement citoyen est nécessaire. Désobéissance civile n'est pas une distinction qui me plaît. C'est l'engagement qui compte... pas comment on s'engage. J'ai déjà fait de la désobéissance civile qui m'a mené quelques heures au poste de police. Je n'aime pas faire des distinctions : 1,5°C c'est bien, 2°C c'est catastrophique ; engagement politique c'est bien, désobéissance civile c'est catastrophique. Qui ne fait pas de la désobéissance civile ? En dépassant la vitesse autorisée, c'est de la désobéissance civile. »³⁹²

« Pour répondre à Me [...], je pense que ce genre d'action de désobéissance civile peut avoir un impact sur la décision, mais quel impact... Je pense que ça peut avoir un impact ; cela pourrait être de se dire que plus personne n'est dupe [...]. »³⁹³

« Moi et les autres activistes avons déjà essayé tous les autres moyens légaux. La loi n'est pas adaptée alors que l'on sait depuis 30 ans où on va. Comment se fait-il que [cet établissement financier] peut détruire notre futur sans être puni pour cela alors que nous ne pouvons même pas défendre notre cause ? Vu leurs dépenses énormes pour le lobbyisme politique, les moyens ne sont pas adaptés donc on a choisi la désobéissance civile pour lancer l'alerte. »³⁹⁴

« L'action de désobéissance civile que nous avons faite peut être vue comme utile ou non. Elle s'inscrit dans un but de renseignement et d'information, mais ce n'était pas un blocage. Cela ne signifie pas que je suis contre un engagement politique institutionnel. Cela ne signifie pas que c'est un moyen unique d'agir. Nous avons l'impression d'être seuls, actions après actions, de se fracasser contre un système qui n'a pas envie de changer, qui est basé sur la violence et l'exploitation et qu'en outre c'est nous qui subissons. »³⁹⁵

« Pour moi c'était vraiment important d'informer un public qui n'a pas forcément accès à la littérature scientifique et à la possibilité de la comprendre. Par "public", je vise en tout cas la société civile. [...] Plusieurs essais scientifiques sont apparus pour montrer comment la désobéissance civile peut vivifier la démocratie et la faire bouger. Pour l'impact de l'action, je vous répondrai que l'on fait ce qu'on peut avec les moyens que l'on a. »³⁹⁶

Si les références à la désobéissance civile ne sont pas uniformes, apparaissent néanmoins des éléments communs, dont une dimension d'appel au public et une volonté de dénoncer des déficits démocratiques au travers de l'acte. La pratique est résolument ancrée par les militants dans le registre de l'action citoyenne. Du côté de l'autorité, aucune mention n'est faite du syntagme dans la décision. En seconde instance et devant le TF, le terme n'apparaît pas³⁹⁷.

³⁹² Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 15.

³⁹³ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 21.

³⁹⁴ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 25.

³⁹⁵ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 27.

³⁹⁶ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 32.

³⁹⁷ Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371 et ATF 147 IV 297.

Ultérieurement, la désobéissance civile a encore été mentionnée dans ce type d'affaires, mais le terme a également fait son apparition dans les dispositifs des jugements. Parmi ces occurrences, il est indiqué que :

98

« [I]e message véhiculé par les manifestants est une crainte légitime face à un danger reconnu, de sorte que le caractère répréhensible de l'acte est passablement amoindri. Ces éléments amènent à relativiser la volonté d'illicéité des prévenus, les motivations étant altruistes dans un but de sensibilisation d'autrui à une problématique qui ne doit pas être ignorée. Les prévenus ne sont pas récidivistes. Ils n'ont néanmoins pas réellement de prise de conscience sous l'angle du vivre ensemble, puisqu'ils ont cherché, de manière contradictoire, à s'exonérer des infractions avant d'en soutenir leur caractère licite par le biais de faits justificatifs. Ce refus d'acceptation de sa responsabilité est difficilement compréhensible dans le cadre d'un mouvement de désobéissance civile et constitutif d'un double discours. »³⁹⁸

Différents éléments caractéristiques de la désobéissance civile y sont mentionnés, dont la volonté d'interpeller l'opinion publique. Une nouveauté consiste en la mention de l'idée selon laquelle les personnes qui entreprennent l'action doivent en accepter la sanction. Dans une autre affaire relative à un acte de désobéissance civile climatique ayant donné lieu à l'audition d'experts par l'autorité, on nous indique que l'accusation :

« [...] plaide pour sa part, en substance, que la voie démocratique peut seule être utilisée dans un état démocratique, quel que soit le rythme de l'élaboration des lois, les outils politiques à disposition ou ce qu'on peut penser de l'usage qui en est fait, et que la désobéissance civile n'en fait assurément pas partie. »³⁹⁹

On peut aussi y lire qu'un des témoins, professeur honoraire de la faculté des géosciences de l'Université de Lausanne, a déclaré durant les auditions que :

« [...] la désobéissance civile prend nécessairement place au sein d'une société démocratique où, d'un côté, la norme est censée être en accord avec les préférences du plus grand nombre, l'intérêt général et les idéaux relatifs aux droits humains et où, de l'autre, les idées et les préférences, comme les techniques et les choses, sont en proie au mouvement [...]. En conclusion, l'auteur écrit que la désobéissance civile lui paraît ainsi "comme un devoir aussi impérieux que fragile, et comme une faible lueur d'espoir, non pour éviter l'iceberg, mais au moins pour réduire la vitesse du choc" [références aux pièces du dossier]. Aux débats, [...] le témoin] a décrit la désobéissance civile comme servant à accélérer l'évolution de la loi et du droit pour que ces derniers finissent par prendre en compte l'enjeu majeur que constitue la cause du réchauffement climatique,

³⁹⁸ Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.682, c. 31. Également, p. 7 : « Outre l'avis juridique, les prévenus se prévalent tous du principe de "désobéissance civile", en admettant que la notion même de "désobéissance" implique, en logique, le non-respect d'une norme. » puis, c. 21 : « [d]'autre part, les prévenus, parfaitement conscients des enjeux [...], ne peuvent pas sérieusement se prévaloir, en plaidant la désobéissance civile, d'avoir adopté une attitude fondée sur le comportement de l'administration – c'est-à-dire de la police – en prenant place, sans autorisation, au milieu d'une route de manière à entraver le trafic. »

³⁹⁹ Tribunal de police de Lausanne, 11 décembre 2020, PE19.005999, c. 3.

dans un contexte de non-violence. La désobéissance civile est utilisée pour “titiller la justice et le politique pour inciter des évolutions” ; elle vise à attirer l’attention de l’opinion, des industriels et des banques, dont le rôle est certain en matière d’émissions de gaz à effet de serre. [...] À la question de savoir où et quand doit s’arrêter la désobéissance civile, le témoin répond, parlant de manifestations non-autorisées, que le but est “de mettre les autorités dans la difficulté”, ce que justifie le côté intenable de la situation, ou, autrement dit, “de pousser le bouchon le plus loin possible sans jamais être dans la violence” [références aux pièces]. Le témoin a émis l’idée que chaque juge statuera en son âme et conscience. [...] Ainsi, la désobéissance civile s’arrêtera le jour où elle obtiendra gain de cause. [...] Interrogé sur la portée de manifestations non autorisées par rapport à des manifestations “standards”, le témoin a notamment répondu que l’impact des premières l’emporte sur celui des secondes et dit : “la presse cherche à faire le buzz et la désobéissance civile est son excellent client. Les militants utilisent les ficelles qu’ils peuvent tirer. Ce n’est pas qu’une question de stratégie, mais d’angoisse vitale” [référence aux pièces]. [...] En conclusion, le témoin pense que les actions de désobéissance civile ne sont pas en soi la solution au problème, mais une des pièces du puzzle qui devra être construit pour tenter de le résoudre. »⁴⁰⁰

Ces différentes déclarations sont ensuite reprises par l’autorité qui s’en distancie en partie et indique qu’:

« [i]l n’est pas question un seul instant pour le Tribunal de mettre en doute les déclarations des témoins, les publications des scientifiques autorisés et, finalement, l’existence d’un réchauffement climatique accéléré dont tout un chacun peut se rendre compte. La question est plutôt celle de savoir si la désobéissance civile, eu égard au but poursuivi, peut se justifier ici. [...] Le Tribunal a bien compris que la désobéissance civile, de l’avis du prévenu, servait à “titiller” les institutions, parmi lesquelles la police et la justice ; il peut comprendre le sens de la démarche, mais il ne voit pas que les comportements incriminés puissent être cautionnés par un État de droit et par l’institution judiciaire qui est amenée à appliquer la loi. Ce point de vue, comme tout point de vue, peut se discuter, soit par la doctrine, soit par la jurisprudence d’une autorité supérieure, soit par la révision de processus législatifs ou encore par l’instauration d’une espèce de droit non-écrit à la désobéissance civile non violente et proportionnée. Tel n’est pas le cas maintenant [...]. En conclusion, si c’est le rôle d’activistes du climat de sensibiliser la population, les représentants des autorités et les acteurs économiques à la problématique très sérieuse et reconnue du réchauffement climatique, au besoin par la désobéissance civile, c’est le rôle du Tribunal de poser des limites et d’appliquer la loi. On pourrait d’ailleurs se demander si la désobéissance civile, rendue licite par un Tribunal, dès ce moment, serait toujours de la désobéissance avec l’impact médiatique recherché par les militants. On peut aussi se demander, si l’on cautionnait ce genre de désobéissance civile, jusqu’où les tenants de la nécessité de désobéir civilement repousseraient encore la limite, si l’on se rappelle que le but est de “faire le buzz”. »⁴⁰¹

Enfin, à l’occasion d’une dernière série de procès dits « Procès des 200 », on lit du côté des activistes que :

⁴⁰⁰ Tribunal de police de Lausanne, 11 décembre 2020, PE19.005999, c. 5.

⁴⁰¹ Tribunal de police de Lausanne, 11 décembre 2020, PE19.005999, c. 7.

« J'utilise les voies institutionnelles, mais aussi non institutionnelles comme la désobéissance civile ou le travail associatif. »⁴⁰²

« En plus la désobéissance civile a beaucoup servi en Suisse, notamment [pour] l'indépendance du Jura. Ça ne peut pas être considéré comme un geste apolitique. »⁴⁰³

« La désobéissance civile est très démocratique pour moi ; c'est notre moyen de communication le plus direct et le plus accessible. [...] Il faut nous considérer comme des lanceurs d'alerte car les politiques ont besoin d'un signal d'alerte. La désobéissance civile est ce moyen. »⁴⁰⁴

On constate encore une fois la diversité des contextes et des caractéristiques attribués à la désobéissance civile. Élément qu'un des juges de première instance résume dans une formule qui souligne cette hétérogénéité :

« [I]a désobéissance civile est décrite comme efficace et indispensables dans cette problématique [celle de la lutte contre la crise écologique]. S'il n'est pas douteux que la réflexion en général sur le dérèglement climatique donne des résultats très lents, et trop lents, il n'appartient pas à un tribunal de première instance de prôner et cautionner la désobéissance civile. Il n'y a de toute manière pas de réponse univoque à donner à la question de la désobéissance civile. Il faudrait déjà savoir ce qu'on englobe dans ce vocable très à la mode. »⁴⁰⁵

En conséquence de la lecture de ces différents jugements, il convient de souligner le travail qui a été effectué par les autorités judiciaires pour tenter d'appréhender les ressorts de la désobéissance civile, bien que la notion ne soit pas définie à proprement parler. Différents éléments caractéristiques sont mobilisés, sans grande cohérence, au gré des affaires. Ainsi, la désobéissance civile serait avant tout une action qui vise à rendre publique une cause, mais également qui doit être non violente et proportionnée. Les tribunaux et les activistes insistent sur la composante de relais médiatique nécessaire au succès de la désobéissance civile en tant que stratégie. Des similitudes sont relevées entre manifestations, actes de « whistleblowing » et désobéissance civile. L'acceptation de se soumettre à une sanction est en outre une caractéristique qui apparaît. Enfin, l'autorité semble considérer qu'il n'est pas de son ressort de décider si ce moyen d'action constitue ou non un acte démocratique qui puisse justifier l'infraction commise dans un cas d'espèce. Elle doute ainsi que la désobéissance civile soit compatible avec les missions de la justice et l'État de droit, deux *topoi* récurrents des critiques classiques formulées à la désobéissance civile⁴⁰⁶.

⁴⁰² Tribunal de police de Lausanne, 22 décembre 2021, PE21.008856, p. 15.

⁴⁰³ Tribunal de police de Lausanne, 27 octobre 2021, PE19.020367, p. 12.

⁴⁰⁴ Tribunal de police de Lausanne, 27 octobre 2021, PE19.020367, p. 22.

⁴⁰⁵ Tribunal de police de Lausanne, 24 novembre 2021, PE21.008856, c. 3b, p. 34.

⁴⁰⁶ Cf. *infra* chapitre 5.

C. Synthèse au sujet de la notion en jurisprudence

- 100 Au terme de cette première recherche quantitative au sein de la jurisprudence, on constate donc que la notion de désobéissance civile n'est mentionnée explicitement qu'à quatre occasions avant 2018, puis dans moins d'une quinzaine de cas depuis 2018⁴⁰⁷. Or, ces occurrences ne nous permettent pas de constater qu'il existe des catégories topiques pour tenir compte de la désobéissance civile en droit ni que ses contours ou son champ d'application soient identifiés⁴⁰⁸. Seuls des indices sont disponibles. En effet, certaines conditions de définition sont tout de même mentionnées, notamment : publicité de l'acte, motifs politico-moraux, non-violence, illégalité ou acceptation de la sanction. Cependant, les éléments caractéristiques de ce mode d'action restent flous et variables.
- 101 En outre, on constate qu'à certaines occasions la notion de « droit de résistance » (« Widerstandsrecht », « diritto di resistenza ») est utilisée comme synonyme de désobéissance civile. Or, comme dans les arrêts relatifs à la

⁴⁰⁷ Il est cependant possible d'émettre l'hypothèse que, dans les affaires antérieures à 2018, la notion a sans doute été mobilisée auprès des instances inférieures à l'instar de ce qui est observé pour les décisions ultérieures. Les autorités n'attachant cependant pas d'effets à ce qualificatif, on n'en trouve plus trace. Par ailleurs, les mentions postérieures à décembre 2018 ne concernent souvent que des déclarations des activistes et non pas une utilisation dans le dispositif des jugements.

⁴⁰⁸ S'agissant de la jurisprudence de la CourEDH, le constat est similaire et ne nous apporte pas plus de précisions. Ainsi, le terme désobéissance civile apparaît dans les affaires suivantes : CourEDH, affaire *Gualiani et Gaggio c. Italie* du 24 mars 2011, n° 23458/02, § 17 : « [i]ls croyaient en la contestation non violente (désobéissance civile) [...] » (mort d'un manifestant lors du G8 à Gênes en 2001, non-violation de l'art. 2 CEDH) ; CourEDH, affaire *Hermann c. Allemagne* du 26 juin 2012, n°9300/07, opinion du juge Pinto De Albuquerque : « [s]a position juridique et éthique à l'égard de la chasse n'est ni un acte de résistance, pacifique ou non, contre un acte ou une conduite injustes d'une autorité publique (*jus resistendi*) ni un refus actif d'obéir opposé à une règle ou un ordre injustes provenant d'une autorité publique pour les faire changer (désobéissance civile). » (violation de l'art. 1 du Protocole n°1 à la CEDH, opposition de principe à la chasse) ; CourEDH, affaire *Ifran Temel et autres c. Turquie* du 3 mars 2009, n°36458/02, § 15 (violation de l'art. 2 du protocole n°1, non-respect du droit des langues d'une minorité kurde) ; CourEDH, affaire *Kavala c. Turquie* du 11 mai 2020, n°28749/18, § 50 et 52 (violation de l'art. 5 CEDH, détention d'un opposant au régime) ; CourEDH, affaire *Murat Aksoy c. Turquie* du 13 avril 2021, n°80/17, § 12 (violation de l'art. 5 CEDH pour la détention d'un journaliste) ; CourEDH, affaire *Mbemba c. Autriche* du 22 mai 1995, n°25664/94, § 44 (renvoi d'une personne requérante d'asile, non-violation de l'art. 3 CEDH).

désobéissance civile, cette expression ne fait pas l'objet d'une définition⁴⁰⁹. Les deux notions n'étant pas clairement distinguées, nous chercherons à identifier si ce rapprochement se justifie d'un point de vue philosophique et ses implications pour la catégorisation et la justification de la désobéissance civile.

En définitive, on constate donc que le recours à la jurisprudence a permis de mettre en exergue des mentions occasionnelles de la désobéissance civile, sans permettre de la définir. En conséquence, il convient encore de poursuivre notre recherche et compléter ces conclusions au moyen d'un détour par la doctrine.

102

⁴⁰⁹ Notamment : ATF 101 Ia 72 (JdT 1977 I 162) au sujet d'un professeur interdit d'enseignement en raison de propos tenus à l'encontre du service militaire obligatoire. Le Tribunal fédéral souligne dans cette décision qu' : « il n'y a pas de droit démocratique à exprimer ses convictions politiques par des actes délictueux », JdT 1977 I 162, c. 6.

IV. Recherche de la notion de désobéissance civile en doctrine

- 103 La désobéissance civile fait office de sujet de niche dans la doctrine juridique suisse. Trois thèses lui ont été consacrées depuis 1964, un colloque interdisciplinaire et quelques articles topiques. Depuis 2018, avec une explosion du nombre de procès climatiques de désobéissance civile, la production doctrinale à ce sujet a bondi en droit pénal, surtout sous forme de commentaire de ces arrêts. Avant ce tournant, les occurrences du syntagme apparaissent dans des contributions qui concernent des sujets dérivés ou connexes à la désobéissance civile et sont peu nombreuses. Ainsi, la thématique, qui semblait pourtant prometteuse dans les années 1980-1990 au vu des mobilisations en cours et sachant qu'elle faisait largement débat en droit allemand, n'a pas reçu les échos escomptés et a conservé un statut marginal dans les discussions juridiques en Suisse.
- 104 Toujours à des fins d'identification des éléments qui permettraient de déterminer les situations couvertes par la désobéissance civile et afin d'en appréhender les contours, nous commencerons dans cette section par présenter les quelques positions doctrinales existantes à son sujet. Les sources recensées composeront ainsi ce que nous qualifierons ensuite de « doctrine suisse de la désobéissance civile ». Nous tenterons en outre d'identifier les ressorts épistémologiques mobilisés par les juristes et chercherons à expliquer l'absence de cette notion dans ce champ.

A. Identification d'une « doctrine de la désobéissance civile » en Suisse

- 105 Afin de mener notre recherche sur une éventuelle définition juridique de la désobéissance civile, nous avons répertorié les contributions qui sont consacrées à la notion en Suisse et en présentons ci-après les enseignements principaux. Nous distinguons entre les études thématiques de la désobéissance civile (a.) et celles qui se limitent à mentionner la notion, mais se consacrent à d'autres thématiques (b). Les contributions sont présentées par ordre chronologique.

1. La désobéissance civile comme objet d'étude

La première mention de la notion apparaît dans l'article de René A. RHINOW publié en 1985 sous le titre de « Widerstandsrecht im Rechtsstaat ? »⁴¹⁰. Partant du constat qu'il existe de nouvelles formes de mouvements sociaux en Suisse, l'auteur propose une généalogie des idéologies justifiant ce type d'actes de « résistance » dans un état démocratique⁴¹¹. Dans ce cadre général, il présente la désobéissance civile comme une des émanations possibles de ces idéaux résistants. Il considère les désobéissants civils non comme des personnes s'opposant au système⁴¹², mais comme des personnes s'attaquant à des normes spécifiques pour contester un type choisi d'injustice. Il constate que les membres de ces mouvements de désobéissance sont principalement motivés par l'existence de déficits démocratiques et juridiques⁴¹³. Selon lui, les désobéissants civils soutiennent leurs thèses par les trois arguments principaux : l'existence d'une élite politique poursuivant ses propres intérêts politiques, une trop faible consultation populaire et une impossibilité de garantir la justesse d'une norme par son caractère majoritaire⁴¹⁴. RHINOW souligne que ces types de discours sont particulièrement forts au sein des mouvements écologistes suisses⁴¹⁵. Enfin, pour encadrer son propos, l'auteur étudie la problématique de la désobéissance civile en se référant aux théories des philosophes John RAWLS et Jürgen HABERMAS, ainsi qu'à la doctrine juridique allemande de la désobéissance civile⁴¹⁶. Au vu des motifs invoqués par les désobéissants civils,

106

⁴¹⁰ Cette contribution a servi de source principale à l'avis de droit de l'OFJ rendu dans l'affaire d'occupation d'une église mentionnée *supra* 1.III.A. Nous nous référons dans cette étude au texte original de l'article publié dans la revue « Staat und Politik ». Une réédition de cet article a depuis été publiée dans le recueil intitulé « Recht im politischen Prozess : Beiträge zu Institutionen und Reformen im demokratischen Verfassungsstaat : mit biografischen Anmerkungen » Bâle 2017.

⁴¹¹ RHINOW use du terme résistance civile et désobéissance civile comme des synonymes.

⁴¹² Parmi ce premier type de résistants s'opposant au système, on trouverait selon l'auteur les tenants de la pensée néo-marxiste, les défenseurs de la théorie de la violence structurelle et les anarchistes. Voir : RHINOW, p. 12 ss.

⁴¹³ RHINOW, p. 15 et 19.

⁴¹⁴ RHINOW, p. 11 ss.

⁴¹⁵ RHINOW, p. 17.

⁴¹⁶ RHINOW, p. 18 et 19. Les auteurs de cette doctrine en Allemagne sont : Ralf DREIER, professeur de philosophie du droit, qui a cherché à justifier les actes de désobéissance civile grâce aux droits fondamentaux (p. ex. : « Widerstandsrecht im Rechtsstaat ? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam » Berlin 1983 ou « Widerstandsrecht und zivil Ungehorsam im Rechtsstaat » Francfort-sur-le-Main 1983). Cet auteur a défendu l'idée d'une illicéité *prima facie* des actes de désobéissance civile, idée sur laquelle nous reviendrons *infra* 4.II., et s'est fortement inspiré des écrits de RAWLS et d'HABERMAS pour définir la désobéissance civile ; Thomas LAKER, docteur en droit sous la direction de DREIER, auteur d'une monographie intitulée « Ziviler Ungehorsam. Geschichte – Begriff – Rechtfertigung » Baden-Baden 1986,

RHINOW estime que leurs actes ne devraient pas être appréhendés uniquement sous l'angle de leur illégalité, mais il constate cependant l'absence de théorie générale permettant une autre manière de procéder en droit suisse⁴¹⁷. Pour le surplus, il lie de manière indissociable les questions soulevées par les actions de désobéissance civile avec celle de l'évaluation de la légitimité de l'État de droit et inscrit ce type de contestation dans le cadre du contentieux constitutionnel. En effet, RHINOW émet l'hypothèse selon laquelle le seul principe d'État de droit ne suffit plus à garantir la légitimité des actes de l'état en présence d'un sentiment de déficit démocratique au sein du corps civique⁴¹⁸. C'est, selon lui, dans un tel contexte qu'il faut analyser le phénomène de la désobéissance civile⁴¹⁹. En guise de conclusion, il livre un aveu d'impuissance face à ce qu'il estime être une impossibilité d'appréhender juridiquement le phénomène de la désobéissance civile et plaide tout de même pour que ces actes soient sanctionnés, de peur que le recours à cette stratégie de militantisme ne se généralise⁴²⁰. Néanmoins, on souligne qu'il se positionne en faveur d'une certaine nuance dans la prise en charge de ces actes par rapport à d'autres infractions. Il serait souhaitable, selon lui, que les juges puissent tenir compte des circonstances de chaque cas en fonction des motifs altruistes ou moraux invoqués et qu'ils ou elles allègent les peines le cas échéant, ne faisant pas preuve d'une automaticité aveugle⁴²¹.

107 Si l'article de RHINOW est précurseur dans la doctrine suisse de la désobéissance civile, c'est la thèse de doctorat de Nicolaus H. FLEISCH, « Ziviler Ungehorsam oder Gibt es ein Recht auf Widerstand im schweizerischen Rechtsstaat », rédigée en 1989 qui constitue la première – et seule – étude juridique suisse complète du phénomène de la désobéissance civile⁴²². Cet assistant du

retrace l'origine de la notion de désobéissance civile et présente les différentes approches américaines de cette question. L'accent de son travail a été mis sur la dimension pénale de la désobéissance civile ; Theodor EBERT, politologue, qui a étudié les modes d'action non violent, auteur notamment de « Gewaltfreier Aufstand. Alternative zum Bürgerkrieg » Fribourg 1968 et « Zivil Widerstand. Fallstudien aus der innenpolitischen Friedens- und Konfliktforschung » Düsseldorf 1970. Les thèses de ces différents auteurs de doctrine allemande sont synthétisées et compilées dans la thèse de Tobias SCHIEDER, p. 42 ss, et dans celle de MOULIN-DOOS, p. 15 ss.

⁴¹⁷ RHINOW, p. 21 et 31.

⁴¹⁸ RHINOW, p. 31 ss.

⁴¹⁹ RHINOW, p. 34 ss.

⁴²⁰ « An der geschichtlich und staatsrechtlich vermittelten Einsicht, dass es ein Widerstandsrecht im Rechtsstaat und ausserhalb der rechtlichen Institutionen nicht gibt und nicht geben kann, ist zweifellos festzuhalten. », RHINOW, p. 41.

⁴²¹ RHINOW, p. 41 et 41. Cf. *infra* 4.II. et 5.III. sur le constat du légalisme des autorités auquel conduit l'étude de la désobéissance civile.

⁴²² Elle fait d'ailleurs office de source principale pour les auteurs et autrices qui se pencheront postérieurement sur la question en doctrine suisse.

professeur de droit constitutionnel bernois Peter SALADIN, cherche explicitement à s'inscrire dans la suite de la réflexion entamée par RHINOW. Il fait état d'une lacune totale en doctrine au sujet du phénomène de la désobéissance civile. Son étude vise à y remédier et offre une analyse de la légitimité de la désobéissance civile en démocratie, ainsi que de ses conditions possibles de justification juridique. L'auteur retrace l'historique du concept de désobéissance civile de manière exhaustive, tant dans le discours juridique américain, qu'allemand⁴²³. Il souligne l'influence notable des doctrines du droit de résistance à ce sujet et y consacre également une place importante dans sa réflexion. En effet, l'auteur insiste sur la nécessité de distinguer la désobéissance civile d'actes de résistance⁴²⁴. Il relève par exemple qu'on ne peut pas mettre sur le même plan, sans se fourvoyer, la résistance au national-socialisme et le fait de bloquer des rails de train en signe de protestation contre le commerce de matériel polluant. L'élément distinctif entre la résistance et la désobéissance civile découle selon lui de l'existence d'un régime démocratique au sein duquel prend place l'acte de désobéissance⁴²⁵. Il se rallie à la thèse du politologue ERBERT sur ce point. Enfin, sa thèse expose les différentes sources de légitimité du droit en Suisse et propose une critique de la règle de majorité⁴²⁶.

De son étude, on retiendra à ce stade que le cadre conceptuel qu'il applique à l'analyse de la notion de désobéissance civile est identique à celui prévalant dans la discussion entre philosophes libéraux classiques. De manière similaire, il commence par essayer de définir les contours de ce qui peut être reconnu comme un acte de désobéissance civile pour ensuite, *via* des conditions justificatives, permettre d'exclure un certain nombre de cas de figure⁴²⁷. Il insiste d'ailleurs sur l'importance de distinguer définition et justification de la désobéissance civile⁴²⁸. Ses réflexions l'amènent à proposer sa propre définition de la désobéissance civile après avoir constaté le caractère controversé de la terminologie⁴²⁹. Puis, et c'est là l'originalité de sa thèse, FLEISCH envisage toute une série de justifications juridiques à la désobéissance civile, en droit pénal et en droit constitutionnel, laissant les justifications morales de côté⁴³⁰. Sa

108

⁴²³ FLEISCH, p. 95 ss.

⁴²⁴ FLEISCH, p. 123.

⁴²⁵ FLEISCH, p. 123, *cf. infra* 2.II.

⁴²⁶ FLEISCH, p. 383 ss.

⁴²⁷ FLEISCH, p. 130.

⁴²⁸ Thèse également défendue par DREIER avec lequel il s'accorde largement et dont le travail lui sert de source principale. Voir : FLEISCH, p. 130.

⁴²⁹ Soit un acte public de protestation non violente contre ce qu'un tiers doit pouvoir reconnaître comme une injustice importante, entrepris sur la base de motifs politico-moraux, réalisant l'état de fait d'une infraction pénale et dont les conséquences sont assumées [notre traduction]. FLEISCH, p. 174.

⁴³⁰ *Cf. infra* 2.IV.

conclusion principale à cet égard est qu'aucune forme de justification générale n'est possible sous l'angle du droit pénal. Pour ce qui est de l'analyse à l'aune des droits fondamentaux, il considère que l'état de l'opinion publique suisse sur la question lors de la conclusion de sa thèse ne permet pas de reconnaître un droit fondamental de désobéissance civile, bien que l'on puisse admettre que cette dernière constitue une sorte de condition préalable à l'exercice de tout le catalogue des droits fondamentaux⁴³¹. Il conclut par un plaidoyer pour une approche moins criminalisante des actes de désobéissance civile⁴³² et leur reconnaît, à l'instar de RHINOW, une fonction de critique positive dans l'ordre juridique⁴³³. La désobéissance civile contiendrait à l'évidence un potentiel créateur et dynamisant pour la démocratie pour l'auteur⁴³⁴.

- 109 La thèse de FLEISCH a été alimentée avant publication par les réflexions issues d'un colloque organisé dans le cadre de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales, tenu en 1988 et organisé par le professeur de droit public Peter SALADIN et le philosophe Beat SITTTER. Les actes de ce colloque ont été rassemblés dans l'ouvrage « Widerstand im Rechtsstaat » qui contient des publications interdisciplinaires sur les thèmes de la désobéissance civile, la résistance ou le devoir d'obéissance au sens large. Une partie de ces contributions peuvent être incorporées à notre corpus. Quelques remarques transversales s'imposent à la lecture de ces différentes contributions : elles s'inspirent des événements historiques se déroulant en trame de fond⁴³⁵ qui dictent une certaine préconception de ce que peuvent être les actes de désobéissance civile, elles signalent une tendance à la criminalisation des actes d'opposition ou de désobéissance civile dans les régimes démocratiques⁴³⁶ et les différents auteurs y font état d'un certain flou sur l'objet réel du colloque, ainsi que leurs difficultés à se mettre d'accord sur les termes à employer dans les différents cas de figure⁴³⁷. Remarquons encore que moins de la moitié des

⁴³¹ FLEISCH, p. 378.

⁴³² FLEISCH, p. 400.

⁴³³ FLEISCH, p. 384.

⁴³⁴ FLEISCH, p. 416.

⁴³⁵ À la suite de l'occupation du site de Kaiseraugst, les discussions politiques sont alors en cours au sujet du maintien du projet, avant la décision d'arrêt en 1989. Cf. *supra* introduction. De même, le débat politique est également occupé à l'époque par la gestion de l'afflux de personnes réfugiées en provenance du Vietnam en faveur desquelles un mouvement de solidarité s'organise, SALADIN/SITTTER, p. 13.

⁴³⁶ On retrouve cette affirmation dans tous les articles, mais pour plus de développements sur les éléments définissant ou renforçant cette tendance, voir surtout les contributions de : EBERT, p. 73 ss ; KLEGER (Gewaltfreiheit), p. 327 ; MAYER-TASCH, p. 29 ss.

⁴³⁷ Les questions suivantes sont soulevées : la désobéissance civile est-elle comprise dans le droit de résistance ? Peut-on parler de résistance en droit interne ? etc. Voir à cet égard : GUTSCHER, p. 143 ; KÄLIN, p. 235 ; MAYER-TASCH, p. 29 ss.

contributions publiées sont le fait de juristes (dont la plupart sont des juristes allemands) et que la composition de l'audience du colloque est dans un rapport de proportion identique (on trouve notamment parmi les participants et participantes des représentants des églises, des philosophes et des théologiens, mais peu de juristes)⁴³⁸, ce qui vient soutenir l'idée déjà évoquée selon laquelle ce thème est jugé comme ne pouvant pas être appréhendé juridiquement. Cette composition nous enseigne également que le cercle des personnes intéressées par la désobéissance civile est plutôt restreint dans la mesure où ce sont en grande partie des personnalités déjà spécialisées dans la thématique qui sont réunies, que ce soit avec la présence du politologue Theodor EBERT, du professeur de droit pénal allemand NESTER-TREMEL, engagé dans la controverse sur la justification des actes de désobéissance civile en Allemagne, d'Hans SANER, auteur d'une thèse de philosophie sur la résistance, ou encore de Heinz KLEGER – contemporain et collègue de FLEISCH –, doctorant en philosophie qui a consacré sa thèse à la désobéissance en démocratie.

Concernant les différentes publications, il convient de souligner pour le travail qui nous intéresse les thèses développées dans leurs articles par Michel ROSSINELLI, docteur en droit à Genève, et par le professeur de droit public bernois Walter KÄLIN. Dans son article, ROSSINELLI aborde la désobéissance civile par le prisme de la protection constitutionnelle contre l'arbitraire. Il s'y montre farouchement opposé à toute reconnaissance d'un droit de résistance ou de désobéissance civile (lesquels sont amalgamés) au nom de la préservation d'une conception positiviste du droit⁴³⁹. Toute théorie de la résistance traduisant selon lui d'une pensée jusnaturaliste, elle n'a de place que dans le domaine moral ou politique, mais pas juridique⁴⁴⁰. Il relève l'intérêt du débat soulevé par les actes de désobéissance civile sur le plan de la légitimité du droit, mais exclut toute possibilité de justifier les actes visés en droit positif, dès qu'ils dépassent le cadre de ce qui est autorisé par la Constitution⁴⁴¹. Selon lui, la désobéissance civile peut s'apparenter à un besoin de contrôle de constitutionnalité⁴⁴².

L'article du professeur KÄLIN, malgré son titre, s'intéresse également au cas de figure de la désobéissance civile. Il y propose une analyse de cette notion à l'aune des droits fondamentaux et s'inspire pour ce faire des auteurs allemands.

⁴³⁸ Dans son introduction, Michel ROSSINELLI insiste d'ailleurs lourdement sur son embarras face au sujet de ce colloque qui relève selon lui de domaines métajuridiques principalement. ROSSINELLI, p. 217.

⁴³⁹ ROSSINELLI, p. 230.

⁴⁴⁰ ROSSINELLI, p. 233. L'auteur s'inscrit en ce sens dans les critiques classiques opposées à la désobéissance civile, *cf. infra* 5.III.

⁴⁴¹ ROSSINELLI, p. 230.

⁴⁴² ROSSINELLI, p. 227. *Cf. infra* 4.III.B.2 et 5.III.

Il se rattache à la thèse selon laquelle l'illicéité de certains actes de désobéissance ne constitue qu'une illicéité *prima facie* pouvant être neutralisée grâce à une inclusion dans le champ de protection de certaines libertés garanties par la Constitution⁴⁴³ qui ne peuvent être restreintes qu'à des conditions particulières. KÄLIN reprend aussi la thèse assez répandue selon laquelle les droits fondamentaux sont une manière de séculariser en droit des valeurs morales⁴⁴⁴. Sous l'influence des philosophes libéraux de la désobéissance civile⁴⁴⁵, il formule une définition de la désobéissance civile comme d'un acte public, non violent et motivé moralement, qui opère une violation d'une norme⁴⁴⁶. KÄLIN estime nécessaire dans un État de droit que les citoyens et citoyennes puissent obtenir un examen judiciaire, sous l'angle des droits humains, de leurs revendications. À défaut, le recours à des moyens de protestations illicites devient compréhensible⁴⁴⁷. L'équation ne peut être réduite selon lui à une simple question de contrôle de constitutionnalité où seules deux options sont ouvertes : soit la loi est inconstitutionnelle et le comportement n'était pas illicite, soit la loi est constitutionnelle et le comportement est alors licite⁴⁴⁸. Pour lui, il existe également une palette entre ces deux cas de figure où les réponses peuvent être plus nuancées, en vertu d'une interprétation dynamique et évolutive des droits constitutionnels⁴⁴⁹. Cette approche lui permet de souligner les impensés résultant d'une analyse uniquement sous l'angle du droit pénal de ces situations de désobéissance civile⁴⁵⁰. En effet, selon lui, la

⁴⁴³ La liberté de conscience et de croyance et la liberté personnelle, KÄLIN, p. 247. C'est une thèse développée par DREIER et ensuite reprise par LAKER. KÄLIN reprend également la terminologie de DREIER qui parle de « klein Widerstand » pour désigner des actes de désobéissance civile. Ce choix terminologique est cependant critiqué par FLEISCH dans une note suivant sa contribution. Ce dernier insiste sur la nécessité de bien distinguer les deux notions qui ne relèvent pas de la même tradition et ne visent pas de situations assimilables, distinction sur laquelle nous reviendrons, KÄLIN, p. 249.

⁴⁴⁴ KÄLIN, p. 237 et 240.

⁴⁴⁵ L'auteur se réfère aux écrits de RAWLS, HABERMAS et DWORKIN au sujet de la désobéissance civile dans sa contribution. KÄLIN considère en conséquence pour acquis que la désobéissance civile est une question avant tout morale. Les distinctions théoriques entre ces philosophes, mais également, vis-à-vis d'autres courants philosophiques sur la question ne sont pas mentionnées. Nous verrons *infra* dans le chapitre 2 que ce choix n'est pas sans conséquences, puisqu'il tend à invisibiliser les propositions qui rejettent le besoin de sanctionner la désobéissance civile, celles qui plaident pour son usage non modéré en démocratie et, surtout, celles qui s'intéressent à sa justification juridique.

⁴⁴⁶ KÄLIN, p. 240 et 241.

⁴⁴⁷ KÄLIN, p. 244.

⁴⁴⁸ Ce qui permet déjà de répondre à l'interrogation soulevée par le juge de première instance *cf. supra* 1.III.B dans la décision Tribunal de police de Lausanne, 11 décembre 2020, PE19.005999, c. 7.

⁴⁴⁹ KÄLIN, p. 242. *Cf. infra* 4.II.

⁴⁵⁰ KÄLIN, p. 243.

conformité à la loi pénale ne saurait éluder une analyse de conformité de cette même loi à la Constitution. Il serait nécessaire pour rester fidèle aux valeurs constitutionnelles et tenir compte des ressorts particuliers des conflits sociaux de penser le droit hors du prisme bidimensionnel du permis-interdit⁴⁵¹. Cependant, malgré la reconnaissance d'un potentiel positif aux actes désobéissants et la mise en exergue de certains biais dans l'approche pénale usuelle du phénomène, KÄLIN conclut en rappelant que la désobéissance civile ne devrait pas être une forme de militantisme qui soit banalisée⁴⁵². Le rôle du ou de la juge ne doit pas être de se positionner pour trancher les conflits sociaux à son sens, cette tâche appartenant au pouvoir exécutif ou au législateur⁴⁵³.

Après la publication de FLEISCH, il faut attendre 1995 pour que la désobéissance civile fasse à nouveau l'objet d'une étude. Le chercheur Philipp DOBLER de l'Université de Fribourg consacre en effet une partie de sa thèse sur la résistance. Il se penche sur l'existence de ce qu'il appelle un droit de résistance en démocratie, comprenant les actes de désobéissance civile⁴⁵⁴. De manière générale, il concentre son étude sur les possibilités de participation citoyenne dans les différents régimes politiques et a pour ambition d'appliquer la théorie de Karl Popper au sujet de la « société ouverte »⁴⁵⁵ à la lecture des actes de résistance et à leur appréhension par les juges dans ces différents régimes. La désobéissance civile apparaît donc comme une figure secondaire, prétexte pour se questionner sur le thème large de la démocratie. À son sens, on constate que seule une infime portion d'actes de désobéissance, quand bien même ils s'avèreraient justifiés politiquement et moralement, ne pourraient l'être juridiquement, qui plus est à titre exceptionnel et par le biais des motifs justificatifs pénaux⁴⁵⁶. En effet, pour que ces actes soient justifiés juridiquement il faudrait qu'ils remplissent un certain nombre de conditions strictes pour l'auteur, à savoir, cumulativement : que leur but soit conforme aux idéaux démocratiques et permette de faire naître une discussion politique ou

112

⁴⁵¹ KÄLIN, p. 245 et 246.

⁴⁵² KÄLIN, p. 246. Il s'appuie à cet égard sur la thèse d'HABERMAS, *cf. infra* 2.III., dont il fait une lecture partielle, afin de conférer à ce constat une autorité, mais passe sous silence l'existence d'autres théories de la désobéissance civile, ainsi que la complexité de la position d'HABERMAS sur ce point. Nous verrons en effet que le philosophe est pourtant élogieux et plutôt favorable à l'usage de ce mode d'action en démocratie.

⁴⁵³ KÄLIN, p. 246. En ce sens, il fait sienne une des critiques classiques opposées à la reconnaissance de la désobéissance civile en droit, *cf. infra* 5.IV. La thèse est par ailleurs paradoxale, dès lors que les conflits de droits fondamentaux font intervenir de tels conflits.

⁴⁵⁴ L'auteur assimile en effet la Suisse à une société « demokratiennah » selon sa typologie, DOBLER, p. 117. Il se réfère en outre aux thèses de RAWLS et de DREIER sur la désobéissance civile, malgré une utilisation fréquente du terme d'acte de « résistance ».

⁴⁵⁵ DOBLER, p. 214 ss.

⁴⁵⁶ DOBLER, p. 218. En particulier, au travers de l'art. 34 aCP.

d'améliorer les opinions sur la thématique visée par la désobéissance, qu'ils soient proportionnés et qu'ils s'inscrivent dans un domaine où il n'existe pas de possibilités d'exercer un contrôle démocratique citoyen⁴⁵⁷. DOBLER illustre son propos au travers d'exemples, bien qu'il ne définisse pas la désobéissance civile ou ne précise son champ d'application. Il exclut ainsi la possibilité de justifier les cas suivants : le cas historique du chef de la police saint-galloise GRÜNINGER⁴⁵⁸, le soutien à des personnes réfugiées déboutées et l'objection au paiement d'impôt pour des motifs de conscience. *A contrario*, il admet une justification juridique dans un seul cas : celui de l'affaire dite « KNUSDEN »⁴⁵⁹. Dès lors, on peut synthétiquement dire que ce qui est central selon lui pour admettre une justification juridique d'un acte de désobéissance civile est l'inexistence de moyens de contrôle juridictionnels d'un acte ou d'une politique gouvernementale. Ainsi, bien qu'il admette qu'une forme de résistance en démocratie soit possible, il confine la désobéissance civile à un moyen exceptionnel ne pouvant que rarement trouver grâce aux yeux d'un ou une juge⁴⁶⁰, confirmant la tendance déjà présente chez les auteurs précédents.

⁴⁵⁷ DOBLER, p. 125 et 126.

⁴⁵⁸ L'exemple de Paul GRÜNINGER, commandant de la police du canton de Saint-Gall, est souvent mentionné dans la doctrine suisse en lien avec le droit de résistance ou la désobéissance civile. En effet, ce membre des forces de l'ordre est considéré comme la figure de proue de la résistance en Suisse. Pendant la Seconde Guerre mondiale, il a falsifié des documents d'identité de réfugiés juifs afin de leur permettre d'échapper aux persécutions du régime national-socialiste. Ses agissements lui ont valu d'être licencié de la police et il est mort dans l'indigence quelques années plus tard. Ce n'est qu'en 1996 que son cas a fait l'objet d'une réhabilitation politique et juridique. Voir, RSJ 92/1996, p. 259 ss. Cf. *infra* 3.IV.A.

⁴⁵⁹ DOBLER, p. 162 ss. L'affaire KNUSDEN fait référence à un fait divers qui concerne un pasteur anti-avortement norvégien, Borre KNUSDEN, qui a prétendu être l'auteur du vol du célèbre tableau « Le Cri » d'Edward Munch commis en 1994. Grâce à cette allégation, le pasteur a bénéficié d'une forte audience dans les médias et a pu publiciser ses vues sur l'avortement. Le tableau du « Cri » pouvant symboliser selon lui la mort des embryons avortés, il demandait en échange d'un aveu sur le lieu où se trouvait le tableau qu'un film sur la vie des embryons soit diffusé sur les chaînes de télévision nationales norvégiennes. Toute implication de ce dernier dans le vol du tableau a cependant rapidement été exclue et sa requête n'a pas été prise au sérieux. Le choix par DOBLER de cet exemple comme unique cas de désobéissance civile admissible en droit apparaît donc douteux. Selon ses propres conditions de justification, l'acte de KNUSDEN n'est sans doute même pas constitutif d'une infraction et ne prend pas non plus place dans un domaine où un contrôle juridictionnel ne peut être effectué. En effet, les dispositions sur l'avortement sont susceptibles d'un contrôle de constitutionnalité au même titre que les dispositions sur l'octroi de l'asile, si l'on suit son argument, ce qui l'a pourtant poussé à rejeter la possibilité de justifier des actes de désobéissance dans le domaine de l'aide aux personnes réfugiées. Ce que cette casuistique permet de souligner encore une fois est l'absence d'une recherche approfondie sur ce que constitue la désobéissance civile de la part des auteurs juristes.

⁴⁶⁰ DOBLER, p. 220.

La thématique de la désobéissance civile refait surface en doctrine suisse en 2004 grâce à la professeure espagnole de droit international et de philosophie du droit⁴⁶¹ Maria Jose FALCON Y TELLA à l'occasion de l'Université d'été des droits de l'homme et du droit à l'éducation de l'université de Genève. Cette chercheuse, qui a également écrit sur l'origine du concept de désobéissance en histoire des idées politiques⁴⁶², s'intéresse à l'hypothèse d'une éventuelle légalisation de la désobéissance civile, permettant de lui reconnaître un fondement juridique et non uniquement politique ou moral. Son propos est principalement étayé par un exposé de différents courants de la philosophie du droit (jusnaturalistes, positivistes et réalistes) et de leur rapport à la notion de validité du droit. Ainsi, les distinctions entre ces courants lui permettent d'avancer l'hypothèse selon laquelle, en présence d'une simple validité formelle, soit d'une approche positiviste, le recours à la désobéissance civile ne peut être consacré sous forme d'un droit⁴⁶³. Notons déjà à ce stade que cette auteure constate également un climat peu favorable aux actes de désobéissance qui sont, selon elle, essentiellement appréhendés par le prisme d'une vision pénale du droit⁴⁶⁴.

Le sujet de la désobéissance civile est ensuite l'objet d'une étude effectuée par la professeure de droit Samantha BESSON dans son ouvrage « The morality of conflict : reasonable disagreement and the law »⁴⁶⁵. Dans ce cadre, un chapitre est consacré à la figure de la désobéissance civile comme forme d'expression d'un désaccord raisonnable appliqué à l'idée de justice en droit⁴⁶⁶. BESSON

⁴⁶¹ Il existe en Espagne une grande littérature, y compris juridique, tant sur la thématique de la résistance que de la désobéissance civile. Notamment, Jorge MALEN « Concepto y justificación de la desobediencia civil » Barcelone 1988 ou Fransisco Fernandez BUEY, « Desobediencia Civil » Madrid 2005. Ce dernier, philosophe et résistant au franquisme, insiste sur l'influence des théories de GANDHI et Martin Luther KING, puis des mouvements pacifistes de lutte sociale et environnementale pour expliquer l'essor de la notion de désobéissance civile en Espagne. La notion a également été publicisée par des mobilisations telles que celles des paysans et paysannes sans terre au Brésil ou les mouvements argentins contre la crise économique qui s'en sont inspirées. On nommera également la mobilisation des Indignés de 2011 qui a remis la notion au goût du jour et, plus récemment, les mouvements pour l'indépendance de la Catalogne. BUEY insiste sur le caractère politique de la désobéissance civile et en rejette les fondements moraux afin de la distinguer de l'objection de conscience.

⁴⁶² FALCÓN Y TELLA (History).

⁴⁶³ FALCÓN Y TELLA (philosophie), p. 2. Thèse qu'elle développe tout au long de son propos. Le positivisme constituerait en ce sens une matrice philosophique qui rend impossible toute justification juridique de la désobéissance civile. Cf. *infra* 5.III.

⁴⁶⁴ FALCÓN Y TELLA (philosophie), p. 118.

⁴⁶⁵ Le projet de cet ouvrage est de transposer la théorie de Paul RICŒUR sur le désaccord raisonnable en droit, BESSON (Morality), p. 1 ss.

⁴⁶⁶ BESSON (Morality), p. 504.

insiste sur le caractère controversé du concept de désobéissance civile⁴⁶⁷. Nous retiendrons qu'elle caractérise ces actes comme constituant des actes illicites uniquement de prime abord, ce qui lui permet de suggérer une distinction entre deux types de justifications : *a priori* et *a posteriori*. L'enjeu de cette distinction réside dans l'admission des motifs de justifications de ces actes : ainsi, si l'on ne peut admettre de justification juridique *a priori* à la désobéissance civile⁴⁶⁸, les justifications *a posteriori* sont pour le moins envisageables ou devraient *a minima* conduire à un allègement de la sanction prononcée⁴⁶⁹. En conséquence, la professeure reste réservée sur la possibilité de parler de légalisation de la désobéissance civile⁴⁷⁰. Cette position ainsi que ses développements sur les conditions de justifications des actes de désobéissance civile l'amèneront à se rallier à la thèse du philosophe Jürgen HABERMAS qui place la désobéissance civile à cheval entre la légalité et la légitimité⁴⁷¹.

- 115 La publication de Johannes HERMANN « Zivil Ungehorsam und rechtfertigender Notstand – Ziviler Notstand und gerechtfertigter Ungehorsam ? » est également centrale. Son auteur y présente le concept de désobéissance civile au travers d'un bref historique qui attribue l'origine du concept à THOREAU, puis s'intéresse à la discussion académique libérale du concept⁴⁷². Il souligne l'importance qu'a eu le débat sur la désobéissance civile aux États-Unis et en Allemagne, tout comme l'absence de consensus qui caractérise la définition de cette notion, pour déplorer sa relative absence dans l'espace de discussion suisse⁴⁷³. Pour la pallier, l'auteur propose une analyse de ce phénomène à la lumière de l'ancien art. 34 aCP⁴⁷⁴ et de la théorie des motifs justificatifs extra-

⁴⁶⁷ BESSON (Morality), p. 507.

⁴⁶⁸ Soit en tant que principe général. Elle est en désaccord sur ce point avec le juriste DREIER. BESSON (Morality), p. 515 et les réf. citées.

⁴⁶⁹ BESSON (Morality), p. 516. Cependant, l'auteure ne se prononce pas sur les catégories ou les droits potentiels qui peuvent fonder une telle justification.

⁴⁷⁰ Puisqu'elle ne souhaite pas entretenir la confusion avec le « droit de résistance » et une éventuelle justification *a priori* de la désobéissance civile. BESSON (Morality), p. 523.

⁴⁷¹ BESSON (Morality), p. 519 et 524. Choix qui, comme dans le cas de la contribution de KÄLIN, témoigne d'une lecture orientée des théories politiques de la désobéissance civile. cf. *infra* 2.II. et 5.II.

⁴⁷² HERMANN (Grenzen), p. 87 ss. L'auteur adopte néanmoins sa propre définition de la désobéissance civile : « [z]iviler Ungehorsam ist ein politisch-moralisch motivierter, öffentlicher, gewaltloser, systemimmanenter Widersetzungsakt gegen das Verhalten staatlicher Gewalten, der mindestens eine tatbestandsmässige Rechtsverletzung als Protestmittel beinhaltet. »

⁴⁷³ HERMANN (Grenzen), p. 89-90.

⁴⁷⁴ Cette disposition consacrait un fait justificatif intitulé « état de nécessité » dont les différents alinéas ont été séparés pour devenir, à partir du 1^{er} janvier 2007, les actuels art. 16, 17 et 18 CP (« défense excusable » et « état de nécessité licite »), cf. FF 1999 1787. Le message relatif à la modification du Code pénal du 21 septembre 1998 (FF 1999 1811) indique que cette

légaux en droit pénal. Son approche se veut complémentaire à une analyse constitutionnelle. Le choix de cet angle d'analyse permet de mettre en exergue une difficulté conceptuelle révélatrice d'une tendance en droit, à savoir : le refus d'intégrer les biens juridiquement protégés publics ou collectifs dans le champ d'application des motifs justificatifs pénaux⁴⁷⁵. Cette manière de procéder, appliquée aux actes de désobéissance civile, implique que ces derniers, le plus souvent commis au nom de la sauvegarde de biens juridiquement protégés collectifs pour l'auteur, ne peuvent que rarement être justifiés par les recours à ces dispositions⁴⁷⁶. L'auteur n'exclut néanmoins pas *a contrario* que cette catégorie puisse être pertinente en présence de bien juridiques individuels⁴⁷⁷. Il admet en outre que des motifs justificatifs puissent s'appliquer dans des cas particuliers de désobéissance civile, comme le délit de solidarité⁴⁷⁸. Pour tous les types d'actes de désobéissance civile, il propose qu'une exemption de peine (art. 52 CP) entre en ligne de compte⁴⁷⁹. En définitive, il considère néanmoins que ce mode d'action relève avant tout du conflit de conscience face à la loi⁴⁸⁰.

Une autre publication à intégrer à notre corpus traite de la désobéissance civile sous le titre de « notwendiger Ungehorsam » et a été réalisée par le docteur en droit Dominik HERMANN. Ce juriste mobilise la notion en lien avec un plaidoyer pour une meilleure protection par l'État des données personnelles des particuliers sur internet. En effet, face à une surveillance croissante sur la toile, il constate l'émergence de moyens d'autodéfense, jugés légitimes, de la part des particuliers et tire une parallèle entre ces comportements et des actes de désobéissance civile⁴⁸¹. L'auteur rejette qu'une justification juridique de ces comportements puisse être admise, néanmoins, tous deux sont moralement

116

adaptation n'est qu'une clarification systématique de l'ancien art. 34 aCP. Dès lors, la jurisprudence et les autres considérations théoriques qui prévalaient pour l'application de cet article et ses alinéas peuvent être transposées aux nouvelles dispositions. L'objectif principal des modifications intervenues était de permettre de distinguer plus simplement entre les cas de figure pouvant se présenter en fonction de la valeur du bien juridiquement protégé en cause ou en conflit dans le cas d'espèce. Cf. *infra* 4.III.B. où nous reprendrons en détail le débat lié à l'état de nécessité. Également *supra* 1.II.B.2.c.

⁴⁷⁵ HERMANN (Grenzen), p. 109. L'auteur est précurseur des discussions contemporaines à ce sujet. Cf. *infra* 4.III.2.

⁴⁷⁶ HERMANN (Grenzen), p. 110.

⁴⁷⁷ HERMANN (Grenzen), p. 110.

⁴⁷⁸ HERMANN (Grenzen), p. 110.

⁴⁷⁹ HERMANN (Grenzen), p. 108.

⁴⁸⁰ HERMANN (Grenzen), p. 110.

⁴⁸¹ HERMANN (Notwehr), p. 150. L'auteur considère que sont aussi des actes de désobéissance civile, au même titre, des actions de boycott, de protestation contre le transport de déchets nucléaires ou encore le combat contre les inégalités raciales. Cet éventail hétérogène souligne encore la polysémie du concept et le manque de définition claire de son champ d'application pour les juristes.

compréhensibles dans des situations relevant selon lui de la « légitime défense »⁴⁸². En ce sens, comme d'autres juristes avant lui, il considère la désobéissance civile avant tout comme une thématique de philosophie, mais non de droit⁴⁸³.

- 117 La dernière contribution doctrinale significative pour la Suisse au sujet de la désobéissance civile est la thèse de la professeure Anne KÜHLER, publiée en 2012, et présentant une analyse systématique de la liberté de croyance en droit suisse et international des droits humains. Son analyse l'amène à détailler les différents aspects de la liberté de croyance, parmi lesquels peut figurer *a priori* l'objection de conscience, mais aussi la désobéissance civile⁴⁸⁴. L'auteure ancre ses hypothèses dans un contexte où elle estime plausible d'ériger les questions environnementales et leur défense au rang d'une croyance ou conviction qui peut entrer dans le champ d'application de l'art. 15 Cst. féd.⁴⁸⁵. Dès lors, on comprend pour quelles raisons elle applique la grille de lecture de ce droit fondamental aux actes de désobéissance civile en matière environnementale. Elle inscrit la désobéissance civile dans le prolongement du droit de résistance, lui-même préalable à l'exercice de tous les droits fondamentaux⁴⁸⁶. L'auteure considère que les actes de désobéissance civile sont des actes publics, motivés politiquement ou moralement et commis en violation d'une disposition légale, par référence à la définition de John RAWLS⁴⁸⁷. KÜHLER se consacre ainsi à une analyse détaillée de la jurisprudence suisse relative à des cas de manifestation de conscience ou de croyance pouvant être subsumés dans la catégorie « désobéissance civile »⁴⁸⁸. Elle démontre que le TF n'a pas de pratique cohérente dans son appréhension de ces actes et que la composante pénale de l'analyse prend généralement le pas sur une analyse à l'aune des droits fondamentaux, ne permettant pas de justification de l'acte de désobéissance civile. *A contrario*, pour l'auteure, lorsque les droits fondamentaux sont appliqués, ils peuvent permettre de lever le caractère illicite d'un comportement

⁴⁸² HERMANN (Notwehr), p. 154.

⁴⁸³ Indice d'une position positiviste, *cf. infra* 4.II. et 5.III.

⁴⁸⁴ *Cf. supra* 1.II.A.2.

⁴⁸⁵ KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 320 ss.

⁴⁸⁶ KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 301 et 315 ss.

⁴⁸⁷ KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 308. Le caractère controversé de la définition de ce dernier n'est cependant pas relevé par la chercheuse. Elle ne juge pas non plus utile de souligner que RAWLS rejette par ailleurs le rapprochement entre objection de conscience et désobéissance civile. *cf. infra* 2.II. Elle mobilisera en outre également l'idée d'HABERMAS de désobéissance civile à la frontière de la légalité et la légitimité, *cf. infra* 2.II. et 4.II. L'existence d'autres courants philosophiques de la désobéissance civile n'est pas mentionnée.

⁴⁸⁸ KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 308 ss. Elle souligne que la plupart des actes sont cependant appréhendés par le biais de la liberté de réunion ou d'expression.

et faire office de justification pénale⁴⁸⁹. À ce titre, la liberté de conscience peut donc être un des droits fondamentaux invoqués pour qualifier la désobéissance civile à son sens⁴⁹⁰. Enfin, KÜHLER rappelle que les juges ont un rôle central à jouer dans l'interprétation des droits fondamentaux et qu'ils sont, à ce titre, des acteurs centraux de la désobéissance civile sur le plan judiciaire⁴⁹¹.

Enfin, par suite des décisions dans l'affaire du LAC⁴⁹², quelques contributions doctrinales se consacrent à une critique du raisonnement opéré par l'autorité dans cette affaire et mentionnent la désobéissance civile⁴⁹³. Toutes traitent de ce mode d'action en lien avec la notion d'état de nécessité en droit pénal et mentionnent le terme par référence au discours des activistes⁴⁹⁴. Néanmoins, aucune ne définit l'objet désobéissance civile, de sorte que les éléments qui permettent de retenir ce qualificatif restent flous. 118

2. Les autres mentions de la désobéissance civile en doctrine : une indétermination symptomatique ?

Au côté de ces contributions présentées plus haut qui se consacrent au moins partiellement à la désobéissance civile, on peut encore mentionner quelques occurrences de la notion au sein de la doctrine. La désobéissance civile n'y est pas le sujet de l'étude à proprement parler. Nous les recensons néanmoins, car elles permettent de souligner la polysémie de contextes et de sens donnés à ce concept, mobilisé de façon hétérogène. Elles serviront aussi à étayer plus tard une casuistique « matérielle d'actes de désobéissance civile »⁴⁹⁵. Ce constat plaide en effet pour un besoin de clarification du champ d'application et une définition de cet objet. 119

On citera premièrement à cet égard l'article de Jonas WEBER et René WIEDERKEHR qui mentionnent brièvement la désobéissance civile dans leur article sur la pratique relative à l'art. 181 CP. Cette disposition est jugée vague et posant des problèmes sous l'angle du principe de la légalité des poursuites, tant son interprétation est parfois extensive⁴⁹⁶. Les auteurs relèvent 120

⁴⁸⁹ KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 330.

⁴⁹⁰ KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 330.

⁴⁹¹ KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 337 ss. Ce qui semble déjà à ce stade entrer en contradiction avec la conception des juges pénaux de leur tâche face à ces actes, cf. *supra* 1.II. et *infra* 4.II.

⁴⁹² Cf. *infra* 3.III.14.

⁴⁹³ Il en sera largement fait mention *infra* 4.III. Le syntagme est présent chez : PAYER, p. 239 ; MAHAIM (Rodgeur), p. 26 ; NUSSBAUMER ; STAMENKOVIC/STAWIAKI, p. 106 ; HASANI/ZALKA, p. 15.

⁴⁹⁴ Cf. *supra* 1.III.B.

⁴⁹⁵ Cf. chapitre 3.

⁴⁹⁶ WEBER/WIEDERKEHR, p. 214. Cf. *supra* 1.II.B.1.

l'importance de mettre au point une meilleure articulation entre la prise en compte des droits fondamentaux d'expression, d'association et autres libertés de communications, et des actes pouvant remplir les ECO de l'infraction de contrainte⁴⁹⁷. Enfin, ils défendent une interprétation plus restrictive en jurisprudence des actes de contrainte pour ne pas arriver à une criminalisation des mouvements sociaux.

- 121 De manière similaire, le professeur en droit pénal à l'Université de Fribourg, Franz RIKLIN décrit un cas pratique dans lequel un journaliste a été sanctionné pour avoir traversé la frontière en compagnie des personnes migrantes⁴⁹⁸ afin d'effectuer un reportage, acte pouvant être qualifié d'« acte de désobéissance civile ». Si la notion en elle-même n'est pas discutée, l'auteur propose une analyse de la jurisprudence qu'il estime proche de ce cas en matière de presse, pour tenter d'y appliquer des motifs justificatifs pénaux. Il insiste sur la nécessité de ne pas criminaliser les pratiques journalistiques qui peuvent parfois se manifester sous forme de participation à des actes illicites. En vertu du rôle particulier de la presse en démocratie, ces infractions méritent selon lui d'être excusées⁴⁹⁹.
- 122 Également dans une approche casuistique, Peter UEBERSAX lie désobéissance civile et liberté de manifester. Il insiste sur le rôle « d'appel au public » que revêtent les manifestations et qui, en ce sens, peut être rapproché d'une des fonctions des actes de désobéissance civile. L'auteur ne définit pas ce qu'il entend par actes de « désobéissance civile », mais qualifie de la sorte des actions de « sit-in » ou des « flash mobs »⁵⁰⁰. Il admet une justification juridique de tels actes dans la mesure où ils peuvent être « considérés comme des actions paisibles [...] et ne restreignent pas les droits des tiers d'une manière disproportionnée »⁵⁰¹. Un autre enseignement à retenir de son analyse concerne la restriction de la liberté de manifestation en présence de soupçons de commission d'actes illicites par les participants et participantes à cette mobilisation. Dans ce cas de figure, l'auteur estime la pratique des autorités de condamnation conforme aux exigences de l'art. 36 Cst. féd. et admet une restriction. Cependant, il nous indique que pour les actions de « désobéissance civile pure »⁵⁰², qui seraient non violentes et proportionnelles, une telle restriction ne se justifierait pas. Dans cette conception, la liberté de manifester

⁴⁹⁷ WEBER/WIEDERKHER, p. 223 ss.

⁴⁹⁸ Il est alors complice d'une infraction à la LEtr (ancienne LEI).

⁴⁹⁹ RIKLIN, p. 549.

⁵⁰⁰ UEBERSAX, p. 36.

⁵⁰¹ UEBERSAX, p. 36.

⁵⁰² UEBERSAX, p. 36.

serait donc une voie efficace pour appréhender les actes de désobéissance et les justifier en droit.

Dans une tout autre perspective, la notion de désobéissance civile apparaît dans des travaux en lien avec le devoir de réserve des fonctionnaires. Ainsi, Sandrine JOMINI nous indique qu'en droit français, les fonctionnaires bénéficient d'un « droit de désobéissance » dans le cas particulier où il leur est demandé d'exécuter un ordre manifestement illicite. Si cette situation peut, éventuellement et selon la manière dont le refus de l'agent de l'État se matérialise, entrer dans le champ d'application d'actes de désobéissance civile, le droit suisse n'en connaît pas d'équivalent. En effet, notre ordre juridique ne prévoit pas sous un tel libellé de possibilité d'exonérer un fonctionnaire de son devoir d'obéissance. Ainsi, même en présomption forte d'illicéité d'un ordre, un fonctionnaire devra *a priori* s'y conformer, afin de ne pas violer son devoir de fidélité⁵⁰³. L'analyse comparée nous indique que le droit suisse consacre de manière stricte le principe selon lequel l'obéissance prime, peu importe qu'il existe un doute sur la légalité⁵⁰⁴. Elle permet aussi de constater que, y compris dans un autre ordre juridique qui consacre un « droit de désobéissance », ce dernier n'a que peu en commun avec un « droit de désobéissance civile ». La focale est uniquement orientée sur la question de la validité de la source d'obligation supérieure.

123

La professeure BESSON emploie quant à elle la notion de désobéissance civile dans un article sur les différents modes d'expression de la société civile en démocratie. Elle y étudie l'importance de la vie associative et se positionne en faveur d'un renforcement de la société civile en tant qu'acteur politique⁵⁰⁵. À l'appui de son propos, elle effectue une distinction entre société civile et société politique en fonction du degré de compétence et de rôle politique reconnu à l'une ou l'autre. Dans ce cadre, elle relève que la désobéissance civile est plutôt l'apanage de la société civile, l'engagement dans le vote ou l'élection relevant d'un engagement dans la société politique⁵⁰⁶. Si les considérations qu'elle élabore ne nous sont pas d'une grande aide pour déterminer les contours de la notion de désobéissance civile dans une perspective juridique, le contexte dans lequel elle emploie cette notion est, cependant, révélateur de certaines préconceptions. En effet, il est intéressant de relever que cette auteure inclut implicitement les actes de désobéissance civile parmi les actions permettant de

124

⁵⁰³ JOMINI, p. 56.

⁵⁰⁴ Cf. *supra* 1.II.B.2.

⁵⁰⁵ BESSON (société civile), p. 331.

⁵⁰⁶ BESSON (société civile), p. 331.

définir l'intérêt public⁵⁰⁷. En ce sens, elle reconnaît à ces actes une fonction en démocratie et les juges dignes de considération.

- 125 Dans une veine encore différente, relevons les contributions du juriste Marc SPESCHA qui participe à la rédaction d'un ouvrage collectif soutenant l'usage de la désobéissance civile, afin de questionner le principe majoritaire de la démocratie⁵⁰⁸. Ce militant du GSsA (« Groupe pour une Suisse sans armée ») détaille également sa thèse dans un article où il met en cause les développements du droit d'asile suisse. Cet article est pour lui l'occasion de prendre position en faveur des actes qualifiés de désobéissance civile. Néanmoins, s'il use de la notion, il ne la définit pas⁵⁰⁹. En revanche, il insiste longuement sur le rôle essentiel qu'occupent de tels actes en « rappel[ant] la démocratie à ses limites »⁵¹⁰. À la manière de BESSON, il considère ces actes de désobéissance comme une émanation de la société civile, jouant un rôle important dans la construction de la légitimité d'un régime juridique⁵¹¹.
- 126 Dans une tout autre tonalité, la désobéissance civile est mentionnée dans un article sur le principe de proportionnalité écrit par le professeur de droit ecclésiastique, Christoph WINZELER. Ce dernier avance l'hypothèse selon laquelle un climat d'insécurité juridique encourage les actes de désobéissance civile et fait diminuer la confiance des membres du corps civique en les capacités de l'État à s'adapter aux évolutions sociales⁵¹². Il part du constat que l'acceptation générale de l'autorité des règles de droit ne va plus de soi, phénomène qu'il explique par une inflation législative. Dans sa perspective, la désobéissance civile fait figure de conséquence négative et inquiétante de ce climat de perte de confiance⁵¹³. On peut uniquement inférer de ses propos qu'il associe la désobéissance civile à une forme de remise en cause de l'autorité de lois, sans que le sens de la notion soit réellement défini. D'ailleurs, les exemples utilisés à l'appui de sa thèse permettent de douter du sens qu'il prête à cette notion. En effet, on peine à comprendre en quoi le fait de conduire en état d'ébriété ou de fumer dans un lieu où la fumée passive est interdite peut être assimilé à de la désobéissance civile si ce n'est que ce sont des comportements illicites⁵¹⁴. Le recours à ce concept semble dès lors incertain. Néanmoins, on

⁵⁰⁷ BESSON (société civile), p. 331.

⁵⁰⁸ GROSS/SPESCHA, p. 1 ss. Les notions de désobéissance civile et de résistance sont utilisées de manière indifférenciée dans cet ouvrage.

⁵⁰⁹ L'auteur fait néanmoins référence à RHINOW et HABERMAS.

⁵¹⁰ SPESCHA (absolute Demokratie), p. 193.

⁵¹¹ SPESCHA (absolute Demokratie), p. 193.

⁵¹² SPESCHA (absolute Demokratie), p. 184.

⁵¹³ Élément de critique classique opposé à la désobéissance civile, cf. *infra* 5.IV.

⁵¹⁴ Deux exemples mentionnés par l'auteur avec pour objectif de dénoncer le rigorisme de certaines législations. Voir : WINZELER, p. 186. Il manque une composante collective

relèvera la conclusion de l'auteur qui estime que le législateur privilégie dans les contextes de changements sociaux une réglementation rapide et pénalisante sur une réflexion de fond permettant d'aboutir à une réglementation répondant à des exigences de qualité⁵¹⁵. Ce facteur contribue aux yeux de l'auteur à créer un contexte favorable à la commission d'actes illicites de protestation⁵¹⁶.

Relevons encore la mention qui est faite de la désobéissance civile par le professeur de droit constitutionnel Jean-François AUBERT. Ce dernier consacre un chapitre de son manuel au contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre duquel il mentionne l'opposition des désobéissants civils à des actes étatiques⁵¹⁷. Dans cette hypothèse, AUBERT relève qu'il revient alors aux juges de se prononcer sur la conformité de la réglementation mise en cause et de statuer sur une éventuelle justification si des droits fondamentaux sont en jeu⁵¹⁸. Sur la notion de désobéissance civile, l'auteur nous indique uniquement que ces actes ont pour but d'attirer l'attention du public et nécessitent, pour se faire, de prendre un risque dont les conséquences sont ensuite acceptées⁵¹⁹. Les peines prononcées à l'encontre de ce type d'acte restent néanmoins anecdotiques selon lui⁵²⁰. La thématique de la désobéissance civile n'est cependant pas centrale pour son propos et le reste de son analyse porte sur les différents mécanismes de contrôle de constitutionnalité existants, laissant cet objet de côté.

127

On trouve aussi un certain nombre de mentions de la désobéissance civile dénotant de préconceptions hostiles à ce concept. Ainsi, Jean-Marc VERNIORY et Fabien WAELTI, dans un article examinant l'articulation du devoir de réserve des fonctionnaires en droit genevois et de l'exercice de différentes libertés fondamentales, mettent en relation désobéissance civile et « appel à la haine ou à la violence »⁵²¹. De tels actes constitueraient des « attaques ciblées contre les valeurs fondamentales de l'État »⁵²², avec pour conséquence de justifier une restriction de la liberté d'expression de leurs défenseurs. Dans une perspective similaire, la désobéissance civile est mentionnée dans un rapport du Conseil national intitulé « "Sectes" ou mouvements endoctrinant en Suisse. La nécessité de l'action de l'État ou vers une politique fédérale en matière de "sectes" ». Dans ce dernier, les actions de désobéissance civile sont mentionnées parmi les

128

importante à ces deux exemples pour pouvoir être assimilé à des actes de désobéissance civile. On peine également à comprendre leur caractère démocratique.

⁵¹⁵ WINZELER, p. 188.

⁵¹⁶ WINZELER, p. 188.

⁵¹⁷ AUBERT (Bundesstaatsrecht), p. 462 et 466.

⁵¹⁸ AUBERT (Bundesstaatsrecht), p. 462 et 466.

⁵¹⁹ AUBERT (Bundesstaatsrecht), p. 462.

⁵²⁰ AUBERT (Bundesstaatsrecht), note 3, p. 462.

⁵²¹ VERNIORY/WAELTI, p. 826.

⁵²² VERNIORY/WAELTI, p. 826.

comportements « problématiques » des membres d'une secte. La désobéissance civile est décrite comme un moyen utilisé par les :

« [...] groupes endoctrinant [qui usent d'] une doctrine qui refuse l'autorité de l'État, ou tout du moins, la subordonne à l'autorité du groupe. En cas de développement déterminé de cette tendance, le groupe va jusqu'à légitimer la désobéissance civile, voir à dispenser ses adeptes du respect des règles de l'État. »⁵²³

- 129 Enfin, Marie-Thérèse DE LEONARDIS exclut de son champ d'étude la désobéissance civile qui correspond selon elle au « refus opposé par certaines personnes invoquant la prééminence d'un ordre spirituel, religieux ou éthique pour se soustraire à l'autorité du pouvoir temporel »⁵²⁴. De manière analogue, Bernhard EHRENZELLER associe désobéissance civile et exercice de la liberté de croyance. Néanmoins, pour ce dernier, il n'existe pas de droit à la désobéissance civile en Suisse⁵²⁵. Il souligne qu'une telle revendication ne peut à son avis trouver un fondement qu'en dehors de la Constitution, lorsque les principes fondamentaux de l'État de droit ne sont plus garantis.
- 130 En conclusion, cet exposé des différentes mentions de la désobéissance civile en doctrine juridique suisse nous permet de constater différents points : tout d'abord, il existe une confusion importante au sujet de la notion de désobéissance civile, qui constitue donc bien un « objet juridique non identifié ». Désobéissance civile, droit de résistance, objection de conscience, voire « whistleblowing », sont des catégories auxquelles les auteurs recourent généralement de manière interchangeable, sans que les éléments constitutifs de ces concepts ne soient identifiés. Par conséquent, cette indétermination influence les possibilités de justification de la désobéissance civile. À ce sujet également, les auteurs et autrices traitent des justifications à apporter à ces actes de manière peu uniforme, puisqu'il est parfois question de justifications morales ou politiques et non juridiques. Lorsqu'il est question de justifications juridiques, la tendance principale est d'exclure une possibilité de reconnaître un droit général à la désobéissance civile. Enfin, si quelques auteurs ont pris leur plume pour défendre la place d'un tel mode d'action au sein d'un État de droit démocratique, ou pour le moins lui attribuent des mérites, le climat général prévalant est plutôt hostile à la désobéissance civile. Il conviendra dans la suite de notre étude de proposer des hypothèses quant à ce rejet et nous déterminer à notre tour sur une éventuelle qualification et justification de la désobéissance civile en droit⁵²⁶. En définitive, retenons que l'intérêt de la doctrine suisse pour

⁵²³ Rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 1^{er} juillet 1999 (BO 1999 9211).

⁵²⁴ DE LEONARDIS, XV.

⁵²⁵ EHRENZELLER, p. 311. L'auteur recourt à la notion de droit de résistance comme un synonyme.

⁵²⁶ Chapitres 4 et 5.

la désobéissance civile est resté mince, malgré une littérature interdisciplinaire et de droit comparé plus importante sur la question⁵²⁷.

B. Des critères de définition de la désobéissance civile ?

On constate ainsi au sein de ce corpus doctrinal qu'une majorité d'auteurs ne précisent pas ce qu'ils entendent par désobéissance civile ou renvoient aux définitions proposées par des philosophes politiques. Ainsi, les travaux de John RAWLS, Jürgen HABERMAS et plus marginalement Ronald DWORKIN ou Henri David THOREAU sont mentionnés⁵²⁸. Or, ces références sont convoquées sans autres motifs que l'autorité de ces auteurs, et sans que le cadre général de leur théorie de la justice ou de la démocratie ne soit explicité. Ce constat crée une incertitude sur le cadre épistémologique mobilisé. Les auteurs de doctrine font ainsi fi des controverses existantes en philosophie politique au sujet de la désobéissance civile et des conditions permettant de la définir et la justifier. Ils invisibilisent également les courants philosophiques non libéraux de désobéissance civile et en limitent en conséquence d'emblée la portée et les effets⁵²⁹.

De manière plus précise, c'est avant tout les écrits de John RAWLS qui sont cités, seule une partie de la doctrine ayant pris le temps de développer une approche critique de cet héritage conceptuel⁵³⁰. La théorie développée par Jürgen HABERMAS fait ensuite office de source privilégiée chez les auteurs de notre corpus⁵³¹. Il convient d'ailleurs de souligner que sa définition a été reprise

⁵²⁷ On signale à cet égard notamment les contributions et ouvrages de DELRUELLE, p. 175 ; DE SCHUTTER, p. 105 ; HIEZ/VILLALBA, p. 1 ss ; LAUDANI, p. 141 ss ; LOCHAK (Désobéir), p. 91 ss ; MOULIN-DOOS, p. 1 ss ; MARKOVITS, p. 1897 ; PEDRETTI, p. 103 ss ; PETEL, p. 1045 ; PERROUTY, p. 1 ss ; TURENNE (thèse), p. 1 ss ; TURENNE (Judicial), p. 379 ss ; VAN DER BURG, p. 287 ss. Les juristes de « common law » sont par ailleurs plus accoutumés aux discussions à ce sujet, cf *infra* 2.III. et 5.III.

⁵²⁸ RHINOW, p. 17 ; DOBLER, p. 159 ; KLEY, p. 294 ; FALCÓN Y TELLA (philosophie), p. 118 ; BESSON (Morality), p. 508 ; HERMANN (Notwehr), p. 151 ; HERMANN (Grenzen), p. 91 ss. Les thèses de ces différents philosophes seront explicitées *infra* 2.II.

⁵²⁹ Si l'on examine uniquement le 20^e siècle, cinq courants de théories liées à la désobéissance civile peuvent être identifiés dans le débat académique portant sur la désobéissance civile, chacun ayant développé des justifications politico-morales à ce type d'actes. Ces conceptions varient entre elles en fonction de l'évolution du contexte socio-historique dans lequel elles ont été produites, voir : CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 52 ss.

⁵³⁰ Voir surtout à ce sujet BESSON (Morality) et FLEISCH.

⁵³¹ RHINOW, p. 12 ; KÄLIN, p. 242 ; FLEISCH, p. 92 ; DOBLER, p. 136 ; FALCÓN Y TELLA (philosophie), p. 21 ; BESSON (Morality), p. 512.

par DREIER, influençant par voie de conséquence l'ensemble de la doctrine allemande de la désobéissance civile (qui a elle-même eu un fort impact en Suisse)⁵³². C'est aussi HABERMAS qui a inspiré les considérations de l'Office fédéral de la justice dans son arrêt du 4 novembre 1985⁵³³. En outre, les contributions de doctrine juridique allemande de DREIER et LAKER constituent les sources dont la mention est la plus systématique⁵³⁴.

- 133 Ainsi, la matrice conceptuelle de notre « doctrine de la désobéissance civile » est fortement teintée des approches philosophiques libérales de cette notion. L'existence d'autres théories sur la désobéissance civile est absente. Les figures de Martin Luther KING ou GANDHI ne font l'objet que de peu d'attention ou sont mobilisées pour exemplifier des campagnes de désobéissance civile⁵³⁵. D'autres perspectives, telles que celle de la philosophe Hannah ARENDT, ne sont que marginales dans le corpus. En effet, on ne trouve presque aucune mention de ses écrits sur la désobéissance civile en littérature juridique suisse⁵³⁶. Cette absence est d'autant plus interpellante qu'elle se limite aux écrits juridiques suisses, dans la mesure où la thèse de KLEGER, qui fait office de référence en Suisse dans le domaine de la philosophie sur la désobéissance civile, en traite abondamment⁵³⁷. De plus, chez les juristes continentaux de langue française, les écrits d'ARENDT sont centraux, lorsqu'il est question de désobéissance civile, ce qui rend d'autant plus inexplicable son passage sous

⁵³² Néanmoins, la position de DREIER se distingue de celle HABERMAS dans la mesure où il admet que la désobéissance civile puisse être un droit si on lui donne une application au travers des libertés fondamentales, proposition qu'HABERMAS ne formule pas en ces termes. Cela s'explique notamment, car il n'aborde la question du droit que de manière secondaire, sa théorie étant avant tout une défense politique et morale de la désobéissance civile, cf. *infra* 5.II. Au sujet de la distinction entre les auteurs, cf. FLEISCH, p. 378 ss. Également : SCHIEDER, p. 200.

⁵³³ VPB 1986, JAAC N. 45, c. 4.3, p. 54.

⁵³⁴ Comme déjà mentionné, DREIER élabore une théorie des justifications de la désobéissance civile en droit allemand dans une perspective constitutionnelle et s'inspire principalement d'HABERMAS et de RAWLS. LAKER, pour sa part, s'intéresse surtout à une vision pénale de la désobéissance civile et étudie spécifiquement le débat juridique américain sur cette question.

⁵³⁵ À l'instar de THOREAU, ces derniers ne sont pas considérés comme des penseurs de la désobéissance civile et leurs travaux ne constituent pas une ressource pour les auteurs de notre corpus. Deux exceptions doivent tout de même être mentionnées : FLEISCH, p. 102 ; HERMANN (Grenzen), p. 87.

⁵³⁶ Pourtant la philosophe propose la reconnaissance d'un « droit à la désobéissance civile », cf. *infra* 5.II. et LAUDANI, p. 141. BESSON (Morality), p. 7, s'y réfère en lien avec l'idée de dissensus.

⁵³⁷ On soulignera en plus que FLEISCH et KLEGER ont connaissance de leurs travaux respectifs et ont échangé à ce sujet à différentes occasions.

silence⁵³⁸. Ainsi, ces considérations permettent déjà de questionner à ce stade la matrice conceptuelle dans laquelle s'insèrent les auteurs de doctrine juridique suisse : sans que l'objet ne soit même clairement identifié, il est implicitement inscrit dans une épistémologie libérale qui en conditionne les effets et la portée, sans que ce choix ne soit explicite⁵³⁹. Il nous faudra donc problématiser cet ancrage à un stade ultérieur de la recherche.

Au côté de ces auteurs qui délèguent la définition de la désobéissance civile à la philosophie, certains auteurs proposent leur propre définition de celle-ci. En ce sens, FLEISCH considère que :

« [Z]iviler Ungehorsam ist ein öffentlicher und gewaltfreier Akt des Protestes gegen ein auch für Dritte einsehbar und nachvollziehbar als schweres Unrecht empfundenes Verhalten der staatlichen Gewalt; er entsteht aus einer achtungswerten politisch-moralischen Motivation, enthält eine mindestens tatbestandmäßige Rechtsverletzung und ist geprägt durch die Bereitschaft, für die rechtlichen Folgen der Normverletzung einzustehen. »⁵⁴⁰

Ainsi la désobéissance se caractérise selon lui par : la commission d'un acte illicite⁵⁴¹, intentionnel, motivé, public, non violent, et dont l'auteur accepte qu'il soit sanctionné. KÄLIN, quant à lui, est moins prolixe et indique uniquement qu'il entend employer le terme de désobéissance civile pour désigner des actes non violents, publics, motivés moralement et qui vont à l'encontre du droit existant⁵⁴². Dans la même veine, on trouve chez DOBLER l'idée que la désobéissance civile serait un comportement illicite à vocation symbolique, commis pour susciter le débat public et visant à améliorer la société. Selon cet auteur, son exercice doit rester proportionné et intervenir dans un domaine où il existe des carences de contrôle démocratique⁵⁴³. Confirmant cette tendance, BESSON considère que, pour parler de désobéissance civile, il faut être en présence des éléments suivants : illicéité, publicité, motivation politique ou morale, non-violence, *ultima ratio* et acceptation des conséquences de l'acte⁵⁴⁴. FALCON Y TELLA indique pour sa part que la désobéissance civile est :

⁵³⁸ ENCINAS DE MUNAGORRI, p. 73 ss ; LOCHAK, p. 195 ; OST (désobéir), p. 32 ; PERROUTY, p. 69 ; FALCÓN Y TELLA (philosophie), p. 63 et 90 ss. Ces auteurs insistent sur la dimension collective et politique que revêt la désobéissance civile chez ARENDT.

⁵³⁹ Sur ces distinctions en philosophie politique de la désobéissance civile cf. chapitre 2.

⁵⁴⁰ FLEISCH, p. 174. C'est donc un acte de protestation non violent et public contre une injustice qui doit pouvoir également être reconnue comme telle par des tiers. Cet acte doit être motivé par des motifs politico-moraux. Par sa commission, le désobéissant ou la désobéissante réalise l'état de fait d'une infraction dont il ou elle assume les conséquences légales.

⁵⁴¹ À entendre au sens d'une illicéité *prima facie*.

⁵⁴² KÄLIN, p. 240. La désobéissance civile serait donc contraire *au droit*.

⁵⁴³ DOBLER, p. 125.

⁵⁴⁴ BESSON (Morality), p. 508 et 509.

« [...] l'acte d'infraction conscient et intentionnel, public et collectif à une norme juridique, par un recours normal à des moyens pacifiques, l'appel à des principes éthiques, l'acceptation volontaire des sanctions dans le but de parvenir à des fins novatrices. »⁵⁴⁵

Elle relève cependant le caractère controversé de ces éléments de définition⁵⁴⁶.

- 135 Dès lors, on peut considérer qu'un certain nombre d'éléments permettant de qualifier la désobéissance civile aux yeux de la doctrine peuvent être mis en exergue. Ainsi, il est régulièrement mentionné que la désobéissance civile se caractérise par : un acte public, contraire à la loi, non violent et motivé politiquement ou moralement.
- 136 Premièrement, s'agissant du caractère public de l'acte⁵⁴⁷, cette caractéristique permet de remplir deux objectifs. Tout d'abord, elle traduit le reflet de la volonté des désobéissants civils de faire connaître leur position au reste de la population et susciter la discussion sur un sujet donné. Elle permet, deuxièmement, de distinguer l'acte de désobéissance d'un acte de délinquance qui, lui, n'aurait pas vocation à être connu du public. Le caractère public joue sur le parallèle entre l'acte commis et d'autres cas emblématiques jouissant d'une légitimité, avec pour intention de susciter de la sympathie auprès des autres membres de la société. Il donne également un caractère symbolique à l'acte⁵⁴⁸.
- 137 Le critère de l'illicéité renvoie dans notre corpus à des éléments peu précis. Ainsi au travers de critère des auteurs semblent faire référence à l'accomplissement des éléments constitutifs objectifs d'une infraction, mais pas forcément à son illicéité au sens large⁵⁴⁹. Ainsi, la distinction entre une illicéité *prima facie* et le fait que cette même illicéité ait réellement été constatée par un juge qui aurait rejeté l'application de faits justificatifs et se serait également prononcé sur la présence d'un élément constitutif subjectif suffisant pour condamner les désobéissants est mise en avant⁵⁵⁰. Cette nuance est plus aisée pour les juristes de langue allemande qui distinguent ces différents stades d'analyses par des locutions différentes⁵⁵¹. L'enjeu d'opérer ce raisonnement en deux temps est à lier avec les possibilités de justification de l'acte. On constate

⁵⁴⁵ FALCÓN Y TELLA (philosophie), p. 61.

⁵⁴⁶ FALCÓN Y TELLA (philosophie), p. 61.

⁵⁴⁷ FLEISCH, p. 100 ; LOCHAK (Désobéir), p. 193 ; OST (désobéir), p. 17 ; BESSON (Morality), p. 510 ; HERMANN (Grenzen), p. 93 ; HERRMANN (Notwehr), p. 151.

⁵⁴⁸ NESTLER-TREMEL, p. 131.

⁵⁴⁹ KRIESI (Gegenkultur), p. 166 ; MAYER-TASCH, p. 36 ; FLEISCH, p. 100. Cf. *supra* I.II.B. sur la distinction en droit pénal.

⁵⁵⁰ KÄLIN, p. 236. Cette distinction a originellement été opérée par DREIER et été reprise par LAKER, puis par les auteurs suisses.

⁵⁵¹ On parle de « Tatbetandmässigkeit », « Widerrechtlichkeit », puis de « Rechtswidrigkeit » lorsque le jugement a été rendu.

également qu'il n'est pas toujours clair si l'acte est jugé contraire à une norme ou au droit⁵⁵².

Le caractère non violent de l'acte de désobéissance civil est souligné, sans que cette notion ne soit définie. Celle-ci est alors retenue avec une interprétation à géométrie variable, créant une insécurité importante⁵⁵³. 138

Aux yeux de la doctrine, la présence de motivations politiques ou morales permet d'insister sur la différence existante entre acte de désobéissance civile et acte de délinquance aux yeux d'une partie de la doctrine. L'acte de désobéissance civile n'est pas entrepris pour des motifs égoïstes ou personnels, mais viserait la création d'un débat social⁵⁵⁴. 139

De manière moins unanime, certains auteurs mentionnent encore les critères d'acceptation de la sanction de l'acte⁵⁵⁵. Celle-ci est jugée essentielle pour une partie de la doctrine qui la considère comme la traduction du caractère citoyen de l'acte⁵⁵⁶. Elle permet de témoigner de la volonté de ses auteurs de ne pas agir contre l'ordre, mais, au contraire pour le renforcer. Cet élément permet à leur sens l'inscription de l'acte dans le cadre du respect de valeurs constitutionnelles. Néanmoins, relevons que FLEISCH souligne qu'en doctrine allemande de la désobéissance civile les auteurs DREIER et LAKER semblent néanmoins douter de la pertinence de ce critère, doutes dont on ne trouve pas autant trace en doctrine suisse⁵⁵⁷. 140

En définitive, de nombreux éléments flous persistent. Ainsi, la distinction entre désobéissance civile, droit de résistance et objection de conscience n'est pas évidente. Les notions sont tantôt synonymes, tantôt distinctes, selon les auteurs, ce qui n'est pas sans effet sur les possibilités de justifier et caractériser les actes en cause. En outre, comme mentionné, le cadre épistémologique de référence n'est que peu souvent explicite et, lorsqu'on peut le reconstituer, il s'avère majoritairement libéral. Les importantes controverses en philosophie politique portant sur les conditions de définition d'un acte de désobéissance civile, son cadre épistémologique ou ses conditions de justifications ne sont pas mentionnés. Enfin, le caractère moral prêté à l'acte de désobéissance civile par une majorité d'auteurs brouille les propos. Les niveaux argumentatifs sont en 141

⁵⁵² Indice d'une position légaliste, cf. *infra* 4.II. et 5.III.

⁵⁵³ LOCHAK (Désobéir), p. 193 ; HERMANN (Grenzen), p. 93.

⁵⁵⁴ Sur la présence de motifs moraux ou altruistes : RHINOW, p. 8 ; MAYER-TASCH, p. 36 ; KLEY, p. 462 ; HERMANN (Notwehr), p. 151.

⁵⁵⁵ FLEISCH, p. 39 ; FALCÓN Y TELLA (philosophie), p. 493 ; HERMANN (Grenzen), p. 94 ; KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 463.

⁵⁵⁶ PERROUTY, p. 75, souligne la dimension stratégique de cette exigence peut revêtir pour les militants, plutôt qu'un devoir moral. Voir encore : TURENNE (thèse), p. 39.

⁵⁵⁷ FLEISCH, p. 168 ss.

effet fréquemment mélangés entre justifications morales et juridiques de la désobéissance civile⁵⁵⁸.

C. Au-delà de la définition : des pistes de justification ?

- 142 Une partie de la doctrine juridique, si elle ne lève pas totalement le voile sur ce qu'est la désobéissance civile, propose des pistes et une série de critères permettant à ses yeux de justifier ces actes. Ces éléments sont eux aussi tributaires d'une certaine préconception de ce qu'est la désobéissance civile au sens de la philosophie politique et, en ce sens, il est utile à notre recherche d'en présenter les éléments principaux. Ces observations nous permettront à un stade ultérieur de souligner les angles morts ou héritages implicites de la notion en doctrine. Notons en outre, qu'il existe au sujet des justifications de la désobéissance civile un important flou en doctrine entre les justifications d'ordre moral et les justifications juridiques, toutes deux étant la plupart du temps dissociées. On constate deux tendances principales à cet égard : d'une part, les auteurs qui recourent à une liste de critères qui, s'ils sont présents, permettent une justification morale et « politique »⁵⁵⁹ de la désobéissance civile, mais qui restent évasifs sur les possibilités de justifications en droit positif de telles actions. D'autre part, les auteurs qui se focalisent sur les justifications juridiques pouvant s'appliquer aux actes de désobéissance civile dans une perspective positiviste stricte.

1. Justifications morales et politiques

- 143 Concernant les critères permettant de justifier moralement et politiquement le recours à la désobéissance civile, il est notamment fait mention des éléments suivants : la désobéissance civile doit être une *ultima ratio*, les désobéissants doivent faire preuve d'une certaine retenue, la sanction doit être acceptée et l'acte doit avoir permis de dénoncer une injustice ou une inconstitutionnalité. Ces éléments ne font cependant pas l'objet d'un consensus et, comme nous

⁵⁵⁸ Écueil propre aux courants libéraux de la désobéissance civile qui font de la place de la moralité un élément central de la théorie de la désobéissance civile, non présent dans la pensée de ARENDT qui se préoccupe uniquement de sa dimension politique. La transposition juridique des théories qui fondent la désobéissance civile en morale est d'autant plus complexe que le paradigme légaliste dominant rejette la place de toute valeur en droit. Cf. *infra* chapitre 5 sur ces questions en philosophie du droit et chapitre 2 en philosophie politique.

⁵⁵⁹ Politique au sens où ils reconnaissent une légitimité en démocratie à la désobéissance civile. Leur perspective est celle d'une analyse de théorie du droit ou de l'État.

l'avons vu, certains auteurs considèrent même plutôt ces critères comme des éléments de définition.

L'exigence d'user de la désobéissance civile uniquement en dernier recours, lorsque toutes les autres procédures légales de protestations sont restées sans succès, est sans conteste l'élément le plus partagé au sein de la doctrine⁵⁶⁰. DOBLER élargit quelque peu le champ d'application aux situations ou domaines dans lesquels il n'existe pas de possibilités de contrôle démocratique⁵⁶¹. Seul HERMANN semble admettre que les voies de droit ne doivent pas forcément avoir été épuisées si l'on peut, avec un certain degré de probabilité, penser qu'elles aboutiraient tout de même à un échec, tempérant quelque peu cette exigence⁵⁶². Cet élément traduit de la méfiance persistant malgré tout à l'encontre de la désobéissance civile, qui bien que jugée vertueuse à certains égards, ne reste souhaitable qu'à titre exceptionnel⁵⁶³. Dans la même veine, le fait que les désobéissants aient fait preuve de retenue dans les actions entreprises semble être un élément essentiel pour que l'on puisse admettre le recours à la désobéissance civile⁵⁶⁴. En lien avec cette retenue, la question de l'acceptation de la sanction rallie également un certain nombre de partisans⁵⁶⁵. Enfin, pour que l'acte puisse être jugé comme justifié, il convient encore, à lecture d'une partie de la doctrine, qu'il soit entrepris pour dénoncer une injustice ou pour mettre en exergue une inconstitutionnalité⁵⁶⁶.

2. Justifications juridiques

Parmi les auteurs de la seconde tendance qui prévoient des justifications positives, l'analyse effectuée par FLEISCH des différentes sources juridiques de justifications des actes de désobéissance civile fait office de travail précurseur. Dans cette optique, il propose deux approches de justifications juridiques : une en recourant aux faits justificatifs pénaux⁵⁶⁷ et une sur la base des libertés

⁵⁶⁰ KÄLIN, p. 244 ; NESTLER-TREMEL, p. 136 ; KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 307.

⁵⁶¹ DOBLER, p. 220.

⁵⁶² HERRMANN (Notwehr), p. 150.

⁵⁶³ Influence notable des philosophies libérales de la désobéissance civile, *cf. infra*. 2.III et 5.III. Voir p. ex. : GÉRARD, p. 91 dont la conclusion est qu'il faut privilégier les autres formes de contestation par rapport à la désobéissance civile qu'il qualifie de « manière extrême de protester ».

⁵⁶⁴ Notamment: THÜRER, p. 163 ; HERMANN (Grenzen), p. 86.

⁵⁶⁵ SCHNEIDER, p. 35 et 40 ss ; DOBLER, p. 124 ; GÉRARD, p. 91 ; HERRMANN (Notwehr), p. 151.

⁵⁶⁶ THÜRER, p. 161 ; EBERT, p. 75 ; DOBLER, p. 220 ; KLEY, p. 462.

⁵⁶⁷ FLEISCH, p. 224. En doctrine allemande, c'est la thèse de LAKER qui fait office de référence sur ce point.

fondamentales de communication⁵⁶⁸. En guise de conclusion, il défend que la meilleure solution dans l'ordre juridique suisse pour l'appréhension des actes de désobéissance civile et leur justification est le recours au principe de la proportionnalité, appliqué dans le cadre des conditions de restrictions des droits fondamentaux⁵⁶⁹.

- 146 Ce résultat est proche de celui défendu par les auteurs qui recourent au droit constitutionnel pour analyser les cas de désobéissance civile⁵⁷⁰. Notons cependant que ces auteurs, comme FLEISCH, estiment que des justifications *a priori* ne sont pas possibles et qu'aucune théorie générale de justification sur la base des droits fondamentaux ne peut être élaborée, les affaires devant être traitées au cas par cas⁵⁷¹. Du côté des auteurs pénalistes, qui tentent de recourir aux motifs justificatifs pénaux, les résultats sont moins concluants, ce mécanisme étant jugé peu adapté au vu de la jurisprudence développée pour appréhender les cas de désobéissance civile. Ponctuellement cependant, une justification pénale peut tout de même être proposée en fonction des circonstances particulières du cas d'espèce⁵⁷².

D. Synthèse : la désobéissance civile saisie par renvoi à la philosophie politique

- 147 Cette section a permis de montrer le caractère restreint de la production scientifique au sujet de la désobéissance civile en droit suisse⁵⁷³. Elle a néanmoins permis de constituer un corpus de « doctrine juridique suisse de la désobéissance civile ». Au sein de cette doctrine, on constate que la définition du syntagme n'est ni systématique ni consensuelle⁵⁷⁴. Une confusion existe entre des notions telles que droit de résistance, désobéissance civile et objection de conscience.
- 148 On peut tout de même relever que les éléments suivants sont considérés comme caractéristiques de la désobéissance civile : un acte public, illicite (sans qu'il

⁵⁶⁸ FLEISCH, p. 299 ss.

⁵⁶⁹ FLEISCH, p. 348 ss.

⁵⁷⁰ KÄLIN, p. 244 ; KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 330.

⁵⁷¹ RHINOW, p. 21 et 31 ; BESSON (Morality), p. 515.

⁵⁷² DOBLER, p. 218 ; HERMANN (Grenzen), p. 109.

⁵⁷³ 11 contributions qui thématisent la notion pour elle-même et 10 occurrences annexes en doctrine jusqu'en 2018. Depuis 2018, s'ajoute un nombre similaire de nouvelles occurrences annexes, sans discussion de fond sur la désobéissance civile.

⁵⁷⁴ POMADE, p. 15, parle de définition « en libre-service » dans le cadre de son étude sur la société civile. On peut reprendre le qualificatif à notre compte et faire un constat similaire pour la désobéissance civile.

soit toujours évident si cette illicéité renvoie à un examen *prima facie* uniquement), motivé politiquement ou moralement et dont le désobéissant accepte les conséquences. Ces éléments de définition sont pour la plupart issus de références aux auteurs de philosophie politique que sont RAWLS et HABERMAS. L'origine de la notion est quant à elle attribuée à Henry David THOREAU. Force est de constater que les travaux de doctrine juridique suisse s'inscrivent ainsi dans le prolongement des théories libérales de la désobéissance civile, sans que soient mentionnées d'autres approches, ce qui conditionne les possibilités de justifications et les effets pouvant être attribués à la désobéissance civile.

S'agissant des conditions de justification proposées en doctrine, elles répondent à une logique similaire et la majorité des auteurs estime que la désobéissance civile est avant tout un enjeu de philosophie morale, mais pas de droit ou de philosophie politique. C'est ce qui conduit la plupart des auteurs à lui reconnaître uniquement une place entre légalité et légitimité⁵⁷⁵. De plus, une incertitude règne au sujet des justifications de la désobéissance civile comme moyen d'action. Les auteurs traitent en général plutôt des motifs visant à justifier moralement ou politiquement la désobéissance civile que de ses moyens de justifications légaux. Le sujet est ainsi regardé comme une question qui n'est qu'accidentellement juridique.

Enfin, relevons néanmoins qu'une majorité des auteurs de doctrine reconnaissent à tout le moins le caractère démocratique de la désobéissance civile et la distinguent d'actes criminels de droit commun.

⁵⁷⁵ En référence à HABERMAS, *cf. infra* 2.III.

V. Conclusion : une notion à préciser à l'aide de la philosophie politique

- 151 Les sections précédentes ont été l'occasion de mettre en exergue différents constats. Ainsi, nous avons pu montrer que la thématique de la désobéissance civile n'est pas une notion qui se traduit aisément dans les carcans des catégories légales existantes. Ses effets et ses ressorts stratégiques (notamment son caractère public et contraire à une loi) mobilisent néanmoins *prima facie* des figures connues du droit constitutionnel et du droit pénal. Or, afin de discriminer au sein de ces catégories identifiées *prima facie* et choisir celles qui seraient aptes pour accueillir la désobéissance civile ou nous permettraient de nous prononcer sur son éventuelle qualification juridique, il nous manque des filtres. Nous avons cherché à déterminer les éléments qui pourraient constituer de tels filtres au moyen d'une définition de la désobéissance civile et en recourant aux autres sources de droit suisse.
- 152 L'étude de la jurisprudence a mené au constat que la désobéissance civile n'est pas un objet identifié en tant que tel par l'autorité. Les indications des cours à son égard sont rares et, lorsque la notion est présente, elle est avant tout utilisée en termes descriptifs pour qualifier les actes des prévenus. La recherche en doctrine a également révélé une incertitude sur ce que recouvre la notion et sa définition. Lorsqu'elle fait l'objet d'un traitement, elle est assimilée à un complexe de situations et de références hétérogènes⁵⁷⁶. Son traitement est avant tout considéré sous le prisme de la philosophie morale et non pas juridique. En conséquence, le recours à la jurisprudence et à la doctrine, plutôt que nous permettre d'identifier des éléments discriminants pour nous orienter au sein des catégories légales identifiées *prima facie*, a soulevé de nouvelles interrogations et renforcé la nécessité de délimiter le champ d'application de la notion de désobéissance civile.
- 153 En effet, au terme de ce chapitre, se forme une série de questionnements : peut-on assimiler désobéissance civile et droit de résistance ? Et *quid* de l'objection de conscience ? Quel est le cadre philosophique de référence des théories mobilisées ? Comment expliquer que les seules rationalités présentes soient, par défaut, issues de la philosophie libérale ? Enfin, que peut-on retenir comme élément caractéristique de la désobéissance civile, outre son caractère public et contraire à une loi ?
- 154 Afin de répondre à ces questions et dans le but d'adopter une définition de travail qui puisse nous servir pour la suite de notre étude, il convient alors

⁵⁷⁶ Ou « en libre-service », POMADE, p. 15. Cf. également la déclaration du juge dans la décision du Tribunal de police de Lausanne, 24 novembre 2021, PE21.008856, c. 3b, p. 34, précitée.

Conclusion : une notion à préciser à l'aide de la philosophie politique

d'effectuer un détour nécessaire au sein des théories de philosophie politique de la désobéissance civile.

Chapitre 2 : La désobéissance civile : apports de la philosophie politique

I. Introduction

- 155 Afin de définir l'objet « désobéissance civile » en vue d'une catégorisation en droit et au vu des carences à ce sujet au sein des sources juridiques, nous explorons les contours de la notion telle que définie par les philosophes politiques. Ce travail nous permettra également de rechercher si la désobéissance civile, l'objection de conscience et le droit de résistance relèvent du même registre. Ce détour par la philosophie politique est aussi nécessaire pour souligner la nature polysémique⁵⁷⁷ et controversée⁵⁷⁸ du concept de désobéissance civile, et ainsi offrir des nuances et pistes de critiques sur ces différentes caractéristiques. Cet exposé permettra en outre de nous orienter au sein d'un champ disciplinaire qui n'est pas le nôtre⁵⁷⁹.
- 156 Dans le but de mettre en exergue les éléments de définition de la désobéissance civile, nous nous intéresserons donc aux auteurs de philosophie politique principalement mobilisés en doctrine juridique dans le chapitre précédent (John RAWLS et Jürgen HABERMAS, ainsi que Henry David THOREAU, *a priori* à l'origine du concept). Ce tableau sera complété par une étude des positions

⁵⁷⁷ BEDAU, p. 517 ; MELLON, p. 43.

⁵⁷⁸ La définition de ce terme fait effectivement l'objet d'une lutte au sein même du champ politique qui n'est pas unanime, ne serait-ce que sur la bonne manière de nommer cette pratique. Voir notamment : BALIBAR (droit), p. 17; SÉMELIN, p. 27. On peut lire, tour à tour, les expressions de désobéissance civique, résistance citoyenne, etc. *cf. infra* 2.II. et 2.IV.

⁵⁷⁹ Et dont nous n'avons pas la prétention de pouvoir rendre compte de manière exhaustive. Il est aussi nécessaire de souligner que le présent chapitre n'a pas vocation à trancher parmi ces controverses politiques, mais d'en présenter les prémisses et d'en déterminer les apports pour la qualification juridique de la désobéissance civile.

développées par Hannah ARENDT au sujet de la désobéissance civile, afin d'illustrer les alternatives à la pensée libérale de la désobéissance civile⁵⁸⁰.

Ainsi, nous verrons l'importance de souligner les rationalités politiques et philosophiques sous-jacentes à l'adoption de l'une ou l'autre définition de la désobéissance civile. Celles-ci conditionnent en effet la possibilité de reconnaître d'éventuelles justifications juridiques et politiques de ce moyen d'action au sein d'un État de droit démocratique. Sur la base de ces considérations, nous adoptons une définition de travail qui servira pour la suite de la recherche. S'agissant enfin des écrits de Ronald DWORKIN, parfois mentionnés en doctrine, nous les présenterons dans un chapitre ultérieur, dès lors que l'auteur ne propose pas à proprement parler de définition de la désobéissance civile⁵⁸¹. 157

Le chapitre se subdivise en conséquence entre une première section portant sur la doctrine philosophique du droit de résistance, ainsi que son traitement dans le champ du droit, puis différentes sections correspondant aux définitions de la désobéissance civile proposées par THOREAU, RAWLS, HABERMAS et ARENDT. 158

⁵⁸⁰ Les contributions d'ARENDT et de THOREAU, font d'ailleurs office de figures d'autorité dans l'ensemble des doctrines juridiques francophones non suisses qui se sont penchées sur la notion de désobéissance civile, *cf.* DELRUELLE, p. 175 ; DE SCHUTTER, p. 105 ; HIEZ/VILLALBA, p. 1 ss ; LAUDANI, p. 141 ss ; LOCHAK (Désobéir), p. 91 ss ; MOULIN-DOOS, p. 1 ss ; MARKOVITS, p. 1897 ; PETEL, p. 1045 ; PERROUTY ET AL, p. 1 ss ; TURENNE (thèse), p. 1 ss ; TURENNE (Judicial), p. 379 ss ; VAN DER BURG, p. 287 ss. Ce constat rend d'autant plus curieux leur (relative dans le cas de THOREAU) mise au ban par la doctrine juridique suisse.

⁵⁸¹ Son travail sur la notion en lien avec l'herméneutique juridique fera l'objet d'une section du chapitre 5. En effet, l'apport principal de l'auteur a trait aux liens qu'il construit entre désobéissance civile et l'interprétation du droit.

II. La doctrine du droit de résistance

- 159 L'étude de la désobéissance civile est liée à de nombreuses occasions à celle du droit de résistance (civile ou à l'oppression). Ce constat prévaut en doctrine juridique⁵⁸², mais également dans le discours des activistes qui recourent parfois aux notions comme synonymes⁵⁸³. L'amalgame est courant et il arrive ainsi que le droit de résistance soit compris comme une catégorie générale dont la désobéissance civile ne serait qu'une des nombreuses émanations possibles⁵⁸⁴. Il s'agit ici de déterminer si ce rapprochement se justifie.
- 160 En effet, *a priori*, les deux notions prennent source dans une tradition historico-politique distincte. Or, pour certains, leur confusion porte à conséquence lorsqu'il s'agit de définir et justifier les possibilités de recourir à la désobéissance civile⁵⁸⁵. C'est que, si toutes deux présentent des caractéristiques communes (notamment la violation de normes au nom de principes politiques ou moraux), elles diffèrent pourtant sur une majorité d'éléments : notamment le recours ou non à la violence, le cadre démocratique préalable à l'action, leur finalité, la reconnaissance de l'autorité de l'État et leur consécration juridique. Cette section vise à clarifier le champ d'application du droit de résistance par rapport à la désobéissance civile, dans le but de préciser l'impact de cette tradition pour notre étude.
- 161 Nous commencerons par exposer les fondements conceptuels de la notion de droit de résistance (1.). Puis, nous nous intéresserons à ses consécutions en droit positif (2.), en particulier allemand (a.), puis suisse (b.).

A. Les fondements du droit de résistance en philosophie politique

- 162 Le droit de résistance relève d'une question classique de théorie politique, celle du sort d'un gouvernement qui ne remplit plus le mandat politique pour lequel

⁵⁸² Cf. *supra* 1.III. et 1.IV.

⁵⁸³ Par exemple, les activistes du groupe XR s'appuient sur l'ouvrage de la professeure de science politique Erica CHENOWETH consacré à la résistance civile, tout en se revendiquant d'une tradition de désobéissance civile. CHENOWETH, p. 2 et 3 ; DEMAY/LOETSCHER, p. 215 ss.

⁵⁸⁴ Et pouvant à ce titre occasionnellement servir pour analyser la question de la désobéissance civile. Voir notamment : SINTOMER (désobéissance), p. 97 ; SÉMELIN, p. 24 et 28 ; CHENOWETH, p. 7 à 13.

⁵⁸⁵ FLEISCH, p. 122, dans notre corpus de doctrine de désobéissance civile, met notamment en garde contre cette fausse proximité.

il a été institué⁵⁸⁶. Son étude s'inscrit également dans la thématique plus large des fondements du devoir d'obéissance (et non de désobéissance)⁵⁸⁷. Cette tradition, déjà présente chez les philosophes jusnaturalistes médiévaux⁵⁸⁸, a été nourrie au 17^e siècle par la pensée de John LOCKE dans le contexte de la révolution anglaise⁵⁸⁹. De manière schématique, pour John LOCKE, les individus sont poussés à mettre en place un gouvernement, afin de s'extraire de l'état de nature et trouver une certaine sécurité⁵⁹⁰. En échange de cette sécurité, ils acceptent de se soumettre aux lois de ce gouvernement. Néanmoins, si la tâche pour laquelle l'autorité a été instituée n'est plus effectuée, leur obligation d'obéissance aux lois ne tient plus et la résistance devient légitime⁵⁹¹. Le recours au concept lockien de résistance est donc historiquement lié à l'exercice de la souveraineté étatique sous une forme absolue⁵⁹². Historiquement donc, le droit de résistance vise à garantir un droit d'opposition extrajuridique aux membres du corps civique contre un régime politique tyrannique ou despotique, gouvernant en l'absence de loi⁵⁹³. La forme que prend la résistance n'est donc pas déterminée à l'usage de certains moyens d'action : elle peut être violente ou non, clandestine ou non⁵⁹⁴. Elle vise avant tout un soulèvement populaire face aux autorités politiques en place et a pour but la mise en place d'un nouveau régime⁵⁹⁵.

Dans un contexte contemporain, la notion a ensuite été utilisée pour décrire le mouvement de résistance durant la Seconde Guerre mondiale⁵⁹⁶ ou des mouvements de révolte politiques⁵⁹⁷. Actuellement, dans le discours juridique, ce terme est utilisé pour décrire des situations de révoltes en cas d'occupation

163

⁵⁸⁶ MOULIN-DOOS, p. 49.

⁵⁸⁷ GROS, p. 71 ss.

⁵⁸⁸ Notamment au travers de la figure de Thomas d'Aquin. Cf. MOULIN-DOOS, p. 49 ; CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 35 ; DESMONS, p. 39. Il y est abondamment question de la figure du « tyran » et des possibilités de sa destitution. La résistance est ainsi un thème présent chez les monarchomaques notamment. Sur le jusnaturalisme, cf. *infra* 5.III.A.

⁵⁸⁹ SÉMELIN, p. 25 ; MOULIN-DOOS, p. 50.

⁵⁹⁰ Cf. *infra* sur le contractualisme 5.III.B.

⁵⁹¹ Voir au sujet de la résistance chez LOCKE : DESMONS, p. 38 ss.

⁵⁹² DESMONS, p. 31 ; DEMAY/FAVRE, p. 251 à 253.

⁵⁹³ RHINOW, p. 9 ; BENOÎT-ROHMER/WACHSMANN, p. 93 ; GROSBON, p. 153 et 157 ; FLEISCH, p. 122.

⁵⁹⁴ CHENOWETH, p. 6 ; KOUBI, p. 128.

⁵⁹⁵ MOULIN-DOOS, p. 50 ; FLEISCH, p. 122 ; KOUBI, p. 128 ; SINTOMER (désobéissance), p. 91. Nouveau régime qui n'est pas nécessairement un régime démocratique par ailleurs, cf. CHENOWETH, p. 26.

⁵⁹⁶ Dans un sens encore différent de la tradition médiévale ou contractualiste. LOCHAK, p. 29 ss.

⁵⁹⁷ CHENOWETH, p. 15 à 19, propose une liste des mouvements pouvant être qualifiés de résistants depuis la Rome antique (notamment l'opposition des Sabines) aux « Printemps arabes ».

illicite du territoire d'un État par un autre État ou en cas de mise en place d'un régime politique par des moyens illégitimes⁵⁹⁸.

- 164 En ce sens, lorsque l'analyse se place sous l'angle des démocraties contemporaines et que l'acte de violation de la loi n'est pas entrepris pour remettre en cause le bien-fondé général d'un système politique, on préférera parler de désobéissance civile. La situation visée par le concept de désobéissance civile présuppose en effet l'existence d'un État de droit, ce qui n'est pas nécessairement le cas de la résistance, ainsi qu'un projet politique démocratique⁵⁹⁹. La désobéissance civile est en outre une pratique publique, ce que la résistance n'est pas forcément⁶⁰⁰. Par conséquent, le droit de résistance vise en ce sens une notion plus large que celle de désobéissance civile⁶⁰¹. Enfin, la désobéissance civile doit être comprise selon le professeur de droit public Éric DESMONS par opposition à l'idée de luttes révolutionnaires « qui, elles, n'ont aucun besoin de s'autoriser du droit... »⁶⁰², dans la mesure où elle vise une réforme du système en place ou sa correction, mais pas sa destitution⁶⁰³.
- 165 Quelques auteurs, dont le politologue Yves SINTOMER⁶⁰⁴, revendiquent cependant à dessein l'usage du terme de résistance en démocratie. Ces auteurs estiment que les démocraties constitutionnelles libérales, sous leurs formes actuelles, ne sont pas à la hauteur des idéaux qu'elles professent. Pour eux, l'existence de groupes minoritaires subissant des discriminations structurelles et la mainmise des partis, médias et autres élites sur la politique sont des carences démocratiques telles qu'il en devient impossible de qualifier nos régimes politiques de démocraties⁶⁰⁵. Dans cette perspective, la distinction entre

⁵⁹⁸ Par exemple, le cas du régime de Vichy durant l'occupation allemande en France dont il est question dans la contribution de LOCHAK, p. 29 ss. Aussi : DESMONS, p. 31.

⁵⁹⁹ Cf. *infra* 2.III.

⁶⁰⁰ DESMONS, p. 36 ss. Cf. *infra* 2.III.

⁶⁰¹ CHENOWETH, p. 61. Ce que DREIER distingue au travers du concept de « klein » Widerstand et « gross » Widerstand, cf. *supra* et à ce sujet KÄLIN, p. 249.

⁶⁰² DESMONS, p. 39.

⁶⁰³ FLESICH, p. 122.

⁶⁰⁴ Professeur de science politique à l'Université Paris VIII. Spécialiste de la sociologie allemande, il défend la conception d'une démocratie radicale permettant une plus grande participation des citoyens et citoyennes.

⁶⁰⁵ SINTOMER (désobéissance), p. 96 et 97 ; CERVERA-MARZAL (nouveaux), p. 42. Cette vision est emblématique du courant dans lequel RHINOW regroupe les tenants de la théorie de la violence structurelle de l'État. Ceux-ci critiquent une trop grande autonomisation des structures étatiques au détriment des membres du corps civique et plaident pour une refonte en profondeur de la manière dont nous concevons la notion d'État. Ce courant se distingue des individus qui plaident pour une possibilité limitée de remise en question des pouvoirs étatiques face à des situations ponctuelles d'injustice ou de manquement aux procédures démocratiques.

désobéissance et résistance ne serait donc pas nécessaire. De plus, SINTOMER critique le concept de désobéissance civile comme étant par essence plus limité et ne reflétant pas pleinement « l'idée d'un pouvoir constituant qui peut à tout moment reprendre le pouvoir qui est le sien »⁶⁰⁶, par opposition au droit de résistance. Néanmoins, il reconnaît tout de même trois mérites non négligeables à la désobéissance civile: celui de s'inscrire dans une tradition philosophique qui met l'accent sur des valeurs démocratiques au sein d'un espace où la souveraineté populaire et les droits de l'homme font partie « d'un même cercle »⁶⁰⁷, de mettre en avant des formes démocratiques de transformation sociale, par opposition aux révolutions autoritaires, et « d'inciter à réfléchir sur les formes de résistance à l'oppression les plus efficaces et les plus légitimes dans le moment présent »⁶⁰⁸, notamment par l'usage de moyens non violents. Ainsi, il préfère parler de résistance, afin d'éviter une filiation théorique majoritairement ancrée dans le libéralisme politique⁶⁰⁹. C'est d'ailleurs cette volonté de démarcation qui a conduit différents auteurs à parler plutôt de désobéissance civile⁶¹⁰, de désobéissance démocratique⁶¹¹, de désobéissance politique⁶¹² ou de résistance civile⁶¹³.

Dans la mesure où l'objectif principal de notre travail est de mettre en exergue les différentes conceptions de la désobéissance civile et d'en clarifier les contours, le recours au terme de « résistance en démocratie » au sens défendu par ce courant nous semble contenir trop de sources potentielles de confusion pour que nous le suivions. Nous préférons ainsi nous en tenir à la terminologie de « désobéissance civile » lorsque l'analyse concerne un mouvement public qui s'inscrit sur le terrain d'une démocratie et qui ne cherche pas à obtenir un changement de régime politique⁶¹⁴, afin que les cas de figure visés par ces deux concepts restent clairs.

166

Dans ces conditions, nous retiendrons pour notre recherche les différences principales entre les doctrines du droit de résistance et celle de la désobéissance

167

C'est parmi ce deuxième groupe que RHINOW classe les désobéissants civils, ce qui marque l'ancrage de cet auteur dans les théories libérales de la désobéissance civile, RHINOW, p. 11 ss.

⁶⁰⁶ SINTOMER (désobéissance), p. 97. Ce dernier semble en ce sens ignorer la théorie républicaine de la désobéissance civile ou les théories non académiques de ce mode d'action. Cf. *infra* 2.III. et 5.III. À tout le moins, sa critique est clairement dirigée à l'encontre des théories libérales de la désobéissance civile.

⁶⁰⁷ SINTOMER (désobéissance), p. 100.

⁶⁰⁸ SINTOMER (désobéissance), p. 101.

⁶⁰⁹ Cf. *infra* 2.III.

⁶¹⁰ BOVE/LUNEAU ; PAPAUX (désobéir), p. 297 ss.

⁶¹¹ MOULIN-DOOS, p. 83 ss.

⁶¹² MARKOVITS, p. 1933 ; LEFEBVE, p. 229.

⁶¹³ SINTOMER (désobéissance), p. 101.

⁶¹⁴ Ou tout du moins dans un régime qui puisse être qualifié *a priori* de démocratique.

civile, à savoir : premièrement, que la désobéissance civile est un mode de contestation qui vise à dénoncer une situation précise d'injustice et ne vise pas la remise en cause générale de l'ensemble des fondements du régime politique en place, par opposition au droit de résistance qui dénonce l'exercice du pouvoir. Deuxièmement, la résistance peut prendre des formes diverses alors que l'acte de désobéissance civile emploie majoritairement des moyens jugés non violents et publics. En résumé, on peut retenir que la désobéissance civile vise la remise en cause de certains actes étatiques au nom d'un idéal démocratique, tandis que le droit de résistance vise à désigner une opposition au pouvoir étatique et à sa remise en cause.

B. Consécration positives du droit de résistance

168 L'esprit de la tradition philosophique du droit de résistance a été consacré juridiquement dans certains textes fondamentaux des États modernes au 19^e siècle. On en trouve des réminiscences dans les Constitutions de certains États contemporains. Parmi les États qui connaissent une telle disposition inscrivant un droit de résistance, la doctrine juridique suisse se réfère principalement à l'Allemagne, avec son art. 20 al 4 GG⁶¹⁵, et à la France, avec l'art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁶¹⁶. Si ces deux dispositions sont les plus connues de la doctrine suisse de la résistance ou de la désobéissance civile, on peut aussi mentionner que d'autres États prévoient des droits similaires. Ainsi, on trouve des dispositions consacrant un droit de résistance dans plusieurs États américains (par exemple section 3 de la « Declaration of Rights » de l'État de Virginie⁶¹⁷, art. 6 de la « Declaration of Rights » de l'État du Maryland⁶¹⁸, art. 10 du « Bill of Rights » du New

⁶¹⁵ Art. 20 al. 4 GG « Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist. » Il y est question de « Widerstandsrecht » par opposition à la désobéissance civile qui est désignée dans la littérature sous le nom de « zivil Ungehorsam ». Rien de tel n'existe dans l'ordre juridique suisse. Seule la Constitution bernoise de 1848 prévoyait à son art. 76 un « droit de résister » contre une violation de son domicile, cf. *infra* 2.II.B.2.

⁶¹⁶ Qui prévoit que : « 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. »

⁶¹⁷ « [W]henever any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community hath an indubitable, inalienable, and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal. », dans sa version adoptée le 12 juin 1776.

⁶¹⁸ « [W]herefore, whenever the ends of Government are perverted, and public liberty manifestly endangered, and all other means of redress are ineffectual, the People may, and of right ought, to reform the old, or establish a new Government; the doctrine of non-resistance against

Hampshire⁶¹⁹), dans les « Länder » allemands⁶²⁰ (par exemple : art. 19 Constitution de Brême⁶²¹, art. 36 al. 3 Constitution berlinoise⁶²², art. 147 de la Constitution hessoise⁶²³), à l'art. 21 de la Constitution portugaise⁶²⁴, à l'art. 120 al. 4 de la Constitution grecque⁶²⁵, à l'art. 3 de la Constitution lituanienne⁶²⁶ ou encore à l'art. 32 de la Constitution slovaque⁶²⁷.

La Constitution suisse, quant à elle, ne consacre pas de telle disposition⁶²⁸. À l'occasion d'une interpellation parlementaire, la question de l'introduction d'un

169

arbitrary power and oppression is absurd, slavish and destructive of the good and happiness of mankind. », adopté le 8 mai 1867.

⁶¹⁹ « Whenever the ends of government are perverted, and public liberty manifestly endangered, and all other means of redress are ineffectual, the people may, and of right ought to reform the old, or establish a new government. The doctrine of nonresistance against arbitrary power, and oppression, is absurd, slavish, and destructive of the good and happiness of mankind. », Constitution du 31 octobre 1783.

⁶²⁰ Si une bonne partie d'entre eux ne prévoient pas explicitement cette garantie, il est admis en doctrine que les différentes constitutions des états fédérés allemands l'admettent implicitement, cf. SCHNEIDER, p. 62 ; MOULIN-DOOS, p. 50 et 51.

⁶²¹ « Wenn die in der Verfassung festgelegten Menschenrechte durch die öffentliche Gewalt verfassungswidrig angetastet werden, ist Widerstand jedermanns Recht und Pflicht », Constitution du 21 octobre 1947.

⁶²² « Werden die in der Verfassung festgelegten Grundrechte offensichtlich verletzt, so ist jedermann zum Widerstand berechtigt », Constitution du 23 novembre 1947.

⁶²³ « Widerstand gegen verfassungswidrig ausgeübte öffentliche Gewalt ist jedermanns Recht und Pflicht », Constitution du 1^{er} décembre 1946.

⁶²⁴ « Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública. [Toute personne a le droit de s'opposer à un ordre qui porte atteinte à ses droits, à ses libertés ou à ses garanties, ainsi que de repousser par la force toute agression lorsqu'il est impossible de recourir à l'autorité publique.] », Constitution du 2 avril 1976.

⁶²⁵ « Observance of the constitution is entrusted to the patriotism of the Greeks who shall have the right and the duty to resist by all possible means against anyone who attempts the violent abolition of the Constitution », Constitution du 11 juin 1975, traduction proposée par Axel Tschentscher, International Constitutional Law, <https://www.servat.unibe.ch/icl/info.html>, consulté le 16 janvier 2022.

⁶²⁶ « The Nation and each citizen shall have the right to resist anyone who encroaches on the independence, territorial integrity, and constitutional order of the State of Lithuania by force. », Constitution telle qu'adoptée par référendum le 25 octobre 1992, traduction proposée par Axel Tschentscher, International Constitutional Law, <https://www.servat.unibe.ch/icl/info.html>, consulté le 16 janvier 2022.

⁶²⁷ Entrée en force le 1^{er} octobre 1992 et qui prévoit que : « [t]he citizens shall have the right to resist anyone who would abolish the democratic order of human rights and freedoms set in this Constitution, if the activities of constitutional authorities and the effective application of legal means are restrained. », traduction proposée par Axel Tschentscher, International Constitutional Law, <https://www.servat.unibe.ch/icl/info.html>, consulté le 16 janvier 2022.

⁶²⁸ Seule l'ancienne Constitution bernoise du 4 juin 1893 prévoyait un tel droit, mais qui s'apparentait plus à un droit de résistance au sens des dispositions américaines (art. 76, « [d]as

droit de résistance a néanmoins été évoquée⁶²⁹. Cette interpellation nous permet de confirmer que les notions de résistance et de désobéissance civile sont utilisées comme des synonymes dans l'opinion publique suisse avec les conséquences que l'on connaît en termes de rejet de toute possibilité de justifications en droit positif. Ce constat confirme le besoin de clarifier l'objet de notre étude et de distinguer la désobéissance civile du cas de figure de la résistance.

- 170 D'un point de vue contextuel, cette intervention traduit l'inquiétude de certaines et certains parlementaires face à l'usage dans le débat public de la notion de « résistance » pour désigner des actes qui ne devraient pas être qualifiés comme tels selon eux, leur donnant une forme de légitimité morale malvenue⁶³⁰. Les mouvements d'occupation et de solidarité sont alors largement médiatisés et désignés comme des mouvements de résistance, plutôt que de désobéissance civile⁶³¹. Cette interpellation vise ainsi à demander une clarification au Conseil fédéral, notamment sur le statut d'un hypothétique droit de résistance qui serait analogue à celui de l'Allemagne⁶³². Le parlementaire à l'origine de l'interpellation et ses co-signataires y sont fermement opposés et considèrent que la Suisse, en raison de ses instruments de démocratie directe, se distingue de l'Allemagne et n'a, dès lors, pas besoin de consacrer un tel droit⁶³³. En clôture de leur interpellation, les parlementaires soulignent que la question de la

Hausrecht ist unverletzlich. [...] Gegen jedes rechtswidrieger Eindringen ist der Widerstand erlaubt. Das Nähere bestimmt das Gesetzst. », qu'allemandes. En outre : KLEY, p. 293.

⁶²⁹ Interpellation SAGER 85.451 au Conseil fédéral le 5 juin 1985 relative au « droit de résistance », BO 1985 CN, p. 1851-1852.

⁶³⁰ BO 1985 CN, p. 1851.

⁶³¹ Ce qui permet d'insister sur « l'effet de mode » du qualificatif selon les périodes historiques. Si le terme de désobéissance civile n'a pas été utilisé à certaines époques, des mouvements recourant cependant à ce mode d'action ont bel et bien existé, y compris en Suisse, et ce depuis de nombreuses années, cf. *supra* introduction.

⁶³² Notamment : « [l]e Conseil fédéral estime-t-il pas [...] qu'il devrait exposer son point de vue sur cette question étant donné que des opinions erronées se répandent dans le peuple sur le sens et la nature du droit de résistance dans le cadre d'une société démocratique ? », BO 1985 CN, p. 1851.

⁶³³ BO 1985 CN, p. 1851-1852. Peter SAGER, issu du parti Union démocratique du centre (UDC) section bernoise, et ses 52 autres co-signataires soulignent également une incompatibilité de principe existant à leurs yeux entre démocratie majoritaire et pratique de résistance. Ce reproche est une des critiques classiques formulées à la désobéissance civile dont nous traiterons *infra* 5.II. On souligne par ailleurs le parallèle entre cette interpellation et les différentes interventions contemporaines de parlementaires devant le Conseil d'État vaudois : cf. *infra* 4.III.A.1.b. Interpellation Florence GROSS et consorts ; Interpellation Denis RUBATTEL ; Jean-Daniel CARRARD et consorts au nom du groupe PLR.

résistance n'est pour eux qu'une affaire de philosophie dont la place est en cours d'éducation civique, mais pas dans les débats juridiques ou politiques⁶³⁴.

La position subséquente du Conseil fédéral est sans appel. En effet, sa réponse est lapidaire et indique que le débat ne revêt que peu d'intérêt. La Suisse étant un État de droit dans lequel les membres du corps civique sont libres d'exprimer leurs volontés et de participer à tous les niveaux de pouvoir, il est en conséquence exclu de reconnaître une place à un droit de résistance, peu importe la forme que l'on voudrait lui donner⁶³⁵. Ces explications font l'objet de réactions animées lors d'une séance ultérieure du Conseil national⁶³⁶. Parmi elles, on peut dessiner plusieurs tendances : les parlementaires qui s'accordent totalement avec le Conseil fédéral et qui insistent sur le danger des actes de résistance ou d'opposition à l'État, peu importe la forme qu'ils revêtent ; un groupe qui insiste sur l'importance en démocratie de la critique, mais qui défend une politique de tolérance zéro face à des actes illicites et met l'accent sur l'existence d'un risque de « tyrannie de la minorité » ; une autre tendance qui rappelle que les mouvements sociaux sont un indicateur important de l'état de l'opinion publique qui doit être compris et non criminalisé, bien que sanctionné en présence d'actes illicites⁶³⁷. Enfin, on trouve un certain nombre d'élus et élues qui ont personnellement participé aux mobilisations de Kaiseraugst ou à des mouvements d'accueil de personnes réfugiées, qui s'indignent d'une absence de volonté de prendre en compte leurs revendications et qui font de leurs combats un impératif moral de justice⁶³⁸. En résumé, toutes et tous ont à l'esprit des situations plus ou moins dissemblables et, à la lecture des débats, on navigue sans réelle logique de Socrate, à Kaiseraugst, en passant par

171

⁶³⁴ BO 1985 CN, p. 1851-1852.

⁶³⁵ « In diesem demokratisch-rechtsstaatlichen Umfeld bleibt kein Raum für ein legitimes Recht auf aktiven oder passiven Widerstand gegen den Staat in irgendeiner seiner vielfältigen Erscheinungsformen. » BO 1986 CN, p. 656. Ce qui semble inclure un rejet de la désobéissance civile, puisque l'autorité ne considère pas utile de les distinguer.

⁶³⁶ BO 1986 CN, p. 656-662. Prennent la parole, par ordre chronologique, au sujet de cet objet : Walter RENSCHLER (Parti socialiste PS), Hansjörg BRAUNSCHWEIG (PS), Lilian UCHTENHAGEN (PS), Ernst CINCERA (Libéral-radical PLR), Claude BONNARD (démocrate), Johan WEDER (PLR), Kurt MÜLLER (PLR), Rudolf OTT (groupe démocrate et évangéliques), Valentin OEHEN (groupe de l'action nationale), Verena GRENDELMEIER (alliance des indépendants), Richard BÄUMLIN (PS), Hans-Ulrich GRAF (UDC) et Bruno HUNZICKER (PLR). La Conseillère fédérale Elizabeth KOPP (PLR) conclut avant le vote qui liquide l'interpellation : « es sei die Aufgabe des Bundesrates zu regieren und nicht zu philosophieren. », p. 661. On retrouve donc la tendance à considérer que le droit de résistance, comme la désobéissance civile, ne sont pas des thématiques juridiques ou politiques, mais uniquement morales. À ce titre, nous avons encore un indice de l'importance du légalisme dans le rapport au droit des acteurs considérés, cf. *infra* 5.III.

⁶³⁷ BO 1986 CN, p. 656-662.

⁶³⁸ BO 1986 CN, p. 660.

l'opposition à Hitler, avec encore quelques considérations sur la lutte des classes⁶³⁹. La thématique n'a plus fait l'objet de débats au sein des organes fédéraux depuis lors.

- 172 Malgré l'absence de consécration d'un droit de résistance en Suisse, la doctrine juridique s'est intéressée à la notion en droit allemand. À cet égard, ce sont surtout les discussions entourant cette disposition qui ont influencé la doctrine juridique suisse de la désobéissance civile en raison de l'amalgame existant entre les deux notions. De nombreux auteurs indiquent en effet avoir consulté les spécialistes de la question en droit allemand, voire en exposent ou reprennent explicitement les thèses pour étayer leur propos⁶⁴⁰. Nous en reprenons ici les points saillants dans le but de déterminer si certaines de ces sources liées au droit de résistance peuvent néanmoins servir à notre étude et si la distinction entre droit de résistance et désobéissance civile prévaut aussi dans le domaine juridique. Ce travail est également utile pour lever l'incertitude tant terminologique que conceptuelle sur le champ d'application de la désobéissance civile.

1. La doctrine juridique allemande du droit de résistance

- 173 Tenant compte de l'importance de l'impact de la doctrine du droit de résistance en Allemagne sur les discussions dans le débat juridique sur la désobéissance civile en droit suisse, il nous paraît nécessaire de rapporter les éléments théoriques principaux relatifs à l'analyse de l'art. 20 al. 4 GG et à son origine. L'histoire constitutionnelle allemande nous apprend que le pouvoir constituant allemand a initialement renoncé à consacrer une garantie d'un droit de

⁶³⁹ BO 1986 CN, p. 656-662.

⁶⁴⁰ Les juristes allemands de référence concernant le droit de résistance sont Carl HEYLAND, auteur de l'ouvrage « Das Widerstandsrecht des Volkes. Gegen verfassungswidrige Ausübung der Staatsgewalt im neuen deutschen Verfassungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 147 der Hessischen Verfassung vom 1. Dezember 1946. » Tübingen 1950 (voir à son sujet SCHNEIDER, p. 101 ss), Julius VON GRIERKE, auteur de « Widerstandsrecht und Obrigkeit : Gedanken anlässlich d. Falles "Schlüter" », Stuttgart 1956 (cf. SCHNEIDER, p. 92 ss ; SCHIEDER, p. 69 ss), Hermann WEINKAUFF, président de la Cour fédérale de justice allemande (cf. SCHNEIDER, p. 119 ss) et Joseph ISENSEE, fervent opposant à la reconnaissance positive d'un droit de résistance et auteur de « Das legalisierte Widerstandsrecht », Bad Homburg 1969. Leurs thèses respectives et l'évolution du débat autour du droit en résistance en Allemagne fait l'objet de l'étude de SCHIEDER à laquelle nous renvoyons pour plus de précisions. Du côté des politologues qui ont influencé le débat sur le droit de résistance en Allemagne, on mentionnera les contributions d'Ulrich K. PREUSS, « Politische Verantwortung und Bürgerloyalität, von den Grenzen der Verfassung und des Gehorsams in der Demokratie », Francfort 1984, de Theodor EBERT sur l'action non violente (cf. *supra* 1.IV.A.) et de Peter Cornelius MAYER-TASCH, spécialiste du droit de résistance dans la pensée hobbesienne.

résistance dans sa Loi fondamentale, contrairement à ce qui s'est fait dans certains États américains. Le motif principal invoqué en faveur de ce rejet est qu'il relevait de l'ordre du paradoxe de demander au droit de penser ses propres exceptions, position qui avait triomphé lors des débats parlementaires⁶⁴¹. Ce n'est que par suite des crimes perpétrés par le régime national-socialiste et afin de rassurer les citoyens et citoyennes en créant un moyen d'opposition en cas de concentration trop importante des pouvoirs en main des fonctions dirigeantes que la question de l'instauration d'un droit de résistance a refait surface en Allemagne⁶⁴². C'est d'abord la Cour constitutionnelle allemande qui a reconnu un droit non écrit de résistance dans sa jurisprudence⁶⁴³, droit qui fera ensuite l'objet d'une inscription dans la Loi fondamentale allemande lors de sa révision du 24 juin 1968⁶⁴⁴. Le cas emblématique qui a été rappelé dans les discussions politiques dans le but de soutenir l'adoption de cette disposition est la tentative d'assassinat dirigée contre Hitler le 20 juillet 1944 qui bénéficiait des faveurs de l'opinion publique⁶⁴⁵.

La doctrine allemande admet que, par cette inscription, le droit de résistance a acquis un caractère de droit justiciable et subjectif, mais son effectivité et sa portée sont restées controversées. En effet, la doctrine majoritaire contemporaine considère que ce droit n'a qu'une portée symbolique ou historique⁶⁴⁶ et souligne que les tribunaux n'en ont jamais reconnu de cas d'application⁶⁴⁷. Concernant son statut au sein de la Loi fondamentale, le droit de résistance est assimilé à un droit fondamental, sans toutefois en être un à part entière, et peut fonder un recours auprès de la Cour constitutionnelle au sens de l'art. 93 GG⁶⁴⁸. Il peut être invoqué contre des organes étatiques, ainsi que, selon une partie minoritaire de la doctrine, contre des particuliers s'ils sont directement les auteurs de la menace envers l'ordre constitutionnel dont il s'agit de se défendre⁶⁴⁹. La doctrine insiste sur le caractère défensif de ce droit qui ne peut être utilisé qu'en cas de mise en péril du régime démocratique. Ce droit garantit par ailleurs la possibilité de se dérober à une injonction étatique dans le cas de figure d'un renversement des pouvoirs démocratiques⁶⁵⁰.

174

⁶⁴¹ GREZICK, N 7 ss.

⁶⁴² Pour un compte rendu détaillé des débats parlementaires à ce sujet, voir : SACHS, p. 662 ; SCHIEDER, p. 76 ss.

⁶⁴³ BVerfGE 5, 85 KPD ; MOULIN-DOOS, p. 51.

⁶⁴⁴ GROSBON, p. 153.

⁶⁴⁵ SCHIEDER, p. 265.

⁶⁴⁶ SACHS, p. 663.

⁶⁴⁷ GROSBON, p. 162.

⁶⁴⁸ GROSBON, p. 153 ; GREZICK, N 13.

⁶⁴⁹ GROSBON, p. 153 ; GREZICK, N 13.

⁶⁵⁰ GROSBON, note 35, p. 150.

- 175 Concrètement, le droit de résistance prévoit donc une justification pour les actes illicites mis en œuvre pour protéger une atteinte à l'ordre constitutionnel en cas de prise de contrôle du pouvoir. Cette justification ne peut cependant intervenir que comme une *ultima ratio*⁶⁵¹. Le droit de résistance ne peut être invoqué en cas de « simple » situation de restriction des valeurs constitutionnelles⁶⁵². Ne sont donc pas visés des situations de mécontentement face aux agissements des organes étatiques ou des manquements du gouvernement dans l'exécution de l'une ou l'autre de ses tâches. Est uniquement visée la mise en place d'un régime dictatorial ne pouvant faire l'objet de contrôle⁶⁵³. Outre l'intensité de cette menace contre l'ordre constitutionnel, le principe de subsidiarité doit également être appliqué, ce qui signifie que tant qu'une possibilité existe de faire évaluer la constitutionnalité de la loi ou de signaler la menace pesant sur l'organisation démocratique du gouvernement, une justification d'actes de résistance ne saurait être admise par le jeu de 20 al. 4 GG.
- 176 En doctrine, GROBSON souligne qu'en pratique, l'application de ce principe à la mise en œuvre de la protection de l'art. 20 al. 4 GG revient à exiger que la Cour constitutionnelle elle-même ait été destituée⁶⁵⁴. SACHS, quant à lui, estime que la condition de subsidiarité ne peut être remplie que s'il est question d'abroger des dispositions intangibles au sens de l'art. 79 al. 3 GG de la Loi fondamentale (ce qui revient également à vider la garantie de toute portée pratique)⁶⁵⁵. Il convient d'ajouter que, selon cet auteur, une justification ne peut intervenir que pour les actes dont le destinataire est directement l'auteur de la menace⁶⁵⁶. Enfin, la disposition ne dit rien sur les moyens ou la forme que doivent revêtir les actes de résistance pour pouvoir être justifiés. La doctrine estime que sont acceptables tant les actes violents que non violents, publiques ou non et passifs ou actifs, pour autant que le principe de proportionnalité soit respecté⁶⁵⁷.
- 177 S'agissant d'un potentiel lien entre ce droit de résistance et la justification juridique d'actes de désobéissance civile, SACHS avance que les deux questions sont étroitement liées en doctrine et que leurs contours respectifs sont souvent

⁶⁵¹ SACHS, p. 663.

⁶⁵² GREZICK, N 22 et 23.

⁶⁵³ GROBSON, p. 162.

⁶⁵⁴ GROBSON, p. 160.

⁶⁵⁵ SACHS, p. 665.

⁶⁵⁶ Il prend l'exemple dans lequel une personne chercherait à user de ce droit de résistance pour justifier un tyrannicide. Dans ce cas de figure, il serait possible de se prévaloir de ce droit et de sa justification uniquement si l'attaque a bel et bien pris pour cible le tyran lui-même, mais ne pourrait pas intervenir si la victime est un des descendants de ce tyran hypothétique. Cf. SACHS, p. 665.

⁶⁵⁷ GREZICK, N 25.

confondus⁶⁵⁸. Dès lors, de nombreux éléments relevant de la controverse sur le droit de résistance sont repris tels quels dans les recherches sur la désobéissance civile en droit allemand, tout comme en droit suisse⁶⁵⁹. La distinction existe cependant et mérite selon nous d'être effectuée. En effet, la notion de désobéissance civile vise des cas de figure distincts (tels que des manifestations ou des grèves, mais pas des attentats contre le pouvoir). Ce n'est que stratégiquement, pour essayer de défendre ces actes de désobéissance civile et de leur donner une plus grande légitimité, que la rhétorique du droit de résistance et sa grille de lecture leur ont été appliquées⁶⁶⁰. La réalisation de cet objectif est néanmoins discutable au vu de l'absence de portée pratique du droit de résistance. De plus, nous insistons encore une fois sur ce qui différencie ces deux types d'actes : si le droit de résistance s'applique au cas particulier des actes de résistances face à une situation d'accaparement du pouvoir constitutionnel par un régime tyrannique ou dictatorial, la désobéissance civile désigne des cas d'opposition que l'on pourrait dire plus « ordinaires » à une norme, mais qui ne menacent pas l'existence même de l'ordre constitutionnel, ni ne visent la destitution des organes du pouvoir⁶⁶¹.

2. La doctrine juridique suisse du droit de résistance

Dès lors que la doctrine allemande du droit de résistance a été exposée, il convient désormais de présenter le volet suisse de cette théorie de la résistance. Nous verrons que cette doctrine est, en Suisse, également fortement entremêlée à celle de la désobéissance civile et se calque sur des considérations similaires à celles prévalant en doctrine allemande. Un certain nombre de contributions qui traitent de ce sujet peuvent donc matériellement être incorporées à notre corpus de doctrine de « désobéissance civile » constitué dans le premier chapitre, leur exclusion étant uniquement due à une confusion terminologique.

Tout d'abord, retenons l'article du professeur de droit constitutionnel de l'Université de Zurich, Daniel THÜRER, qui livre un état des lieux de la discussion en 1985 sur le droit de résistance en Suisse. Si cette thématique peut être classée parmi les sujets classiques de la philosophie du droit et de la philosophie politique, THÜRER souligne le peu d'intérêt qu'elle suscite parmi les publicistes et son absence des manuels de droit⁶⁶². L'auteur propose alors de

⁶⁵⁸ SACHS, p. 665.

⁶⁵⁹ Cf. *supra* I.IV.

⁶⁶⁰ SCHNEIDER, p. 95. Tentative à notre avis contre-productive.

⁶⁶¹ On peut penser à la distinction faite par DREIER entre « petite » et « grande » résistance qui a pour conséquence de placer ces deux notions sur un continuum. Voir également à ce sujet : SCHIEDER, p. 257 ss ; SCHNEIDER, p. 261 ss.

⁶⁶² THÜRER, p. 143 et 144.

s'atteler à l'analyse de cette thématique en articulant son propos autour de trois questions principales, à savoir : est-il possible de prévoir un renversement de l'ordre juridique au sein même de cet ordre (question classique du droit de résistance), peut-on admettre d'un État de droit différents types d'actes de désobéissance et à quelles conditions pourrait-on justifier de tels actes ? Les réponses qu'il apporte sont très semblables à celles qui ont été théorisées par RAWLS. Distinguant la résistance dans différents types de régimes politiques, lorsqu'il parle de résistance dans un État de droit, THÜRER préfère parler de « *bürgerliche ungehorsam* » et se réfère à la définition de la désobéissance civile donnée par RAWLS⁶⁶³. Il se rallie à la thèse selon laquelle la possibilité d'admettre un droit de résistance ou de désobéissance sert l'État de droit en suscitant la critique et en palliant l'imperfection du droit⁶⁶⁴, mais ne lui reconnaît qu'un statut paralégal, pouvant être implicitement rattaché aux valeurs constitutionnelles⁶⁶⁵. L'auteur place ainsi la désobéissance civile dans un continuum conceptuel avec le droit de résistance qu'il juge être une notion moins adaptée aux situations contemporaines⁶⁶⁶. Du point de vue de l'admissibilité de ces actes de désobéissance civile en démocratie, l'accent est mis sur le caractère exceptionnel des situations pouvant trouver une justification politique ou morale (et il n'est pas question de justification juridique). En conséquence, il conviendrait selon THÜRER de tout de même sanctionner ces actes, mais d'en alléger la sanction si un caractère démocratique peut leur être reconnu⁶⁶⁷.

- 180 Une autre source significative concernant la doctrine du droit de résistance peut être trouvée dans le colloque organisé par SALADIN en 1988 dont il a été fait mention précédemment. Il y est question tant de désobéissance civile que de résistance et il convient de distinguer selon les contributions quel est réellement l'objet du propos des auteurs au-delà de la terminologie utilisée. En effet, lors de ce colloque, on peut constater que le mélange entre les notions de résistance et de désobéissance civile est commun à l'ensemble des contributeurs (qu'ils soient allemands et suisses, politologues, philosophes ou juristes)⁶⁶⁸. Cette confusion fait d'ailleurs l'objet d'une remarque de FLEISCH qui critique

⁶⁶³ THÜRER, p. 146 ss.

⁶⁶⁴ THÜRER, p. 169.

⁶⁶⁵ THÜRER, p. 167.

⁶⁶⁶ THÜRER, p. 145.

⁶⁶⁷ THÜRER, p. 169.

⁶⁶⁸ Voir particulièrement : MAYER-TASCH, p. 29 ss ; NESTLER-TREMEL, p. 117 ss. P. ex. : NESTER- TREMEL se penche sur la situation de l'accueil des réfugiés qu'il qualifie d'acte de « résistance », alors même que, matériellement, nous sommes face à un acte de désobéissance civile, puisqu'il est question d'actes de soutien qui prennent place dans un démocratie contemporaine et qui visent uniquement à critiquer les lois sur l'asile, mais ne témoignent pas d'une volonté de renverser l'ordre établi.

vivement cette assimilation comme relevant d'une entreprise de décrédibilisation de la désobéissance civile. Selon ce dernier, la négation de la nature particulière de la désobéissance civile qui vise d'autres cas de figure et désigne une démarche qui s'inscrit dans le respect de l'ordre juridique général (« systemimmanenz ») est bien différente des actes de résistance. De plus, FLEISCH avance que l'assimilation de la désobéissance civile à des actes de résistance permet trop facilement de rejeter les revendications des désobéissants civils dans le champ du métajuridique, économisant par là une réflexion distincte en droit qui pourrait pourtant être fertile⁶⁶⁹. Malgré cet usage variable des deux concepts, nous relèverons tout de même certains points utiles pour nos recherches, à savoir : d'une part, le professeur MAYER-TASCH fait état d'une attitude généralisée de criminalisation des activistes en Suisse et il admet que les thèses du droit de résistance et de leurs justifications peuvent s'appliquer à des situations d'urgence écologique⁶⁷⁰. D'autre part, le professeur de droit pénal et de philosophie du droit, NESTLER-TREMEL, place l'analyse de l'accueil des personnes réfugiées sur le terrain de l'opposition entre légalité et légitimité du droit et conclut que ces actes, bien que révélant la limite de la légalité, restent illicites et ne peuvent donc être appréhendés autrement en droit⁶⁷¹.

Une autre source à considérer pour notre corpus qui amalgame injustement droit de résistance et désobéissance civile⁶⁷² est le rapport à l'élaboration duquel SALADIN a participé pour la Fédération des Églises protestantes de la Suisse en 1988, intitulé « Résistance ? Les chrétiens et les Églises face aux problèmes relatifs à l'asile ». Ce rapport est le fruit des réflexions d'un groupe de travail présidé par SALADIN et composé de membres juristes principalement, mandaté par l'union synodale et le Conseil de la Fédération des églises protestantes de Suisse, afin de déterminer quels seraient les possibilités pratiques et les fondements théologiques qui permettraient aux membres de l'église de s'opposer à la politique d'asile suisse. À l'époque de sa rédaction, la Loi sur l'asile vient d'être révisée⁶⁷³ dans le sens d'un durcissement des conditions d'admissions et les œuvres d'entraides dénoncent la longueur des procédures au dépôt des demandes d'asile, un climat de xénophobie à la suite du changement

181

⁶⁶⁹ Toutes les critiques de FLEISCH sont reproduites à la suite de l'article de MAYER-TASCH, p. 40 ss.

⁶⁷⁰ Il est uniquement question de justifications morales ou politiques, mais pas juridiques dans ses propos.

⁶⁷¹ NESTLER-TREMEL, p. 136.

⁶⁷² S'il est tout d'abord question de GRÜNINGER (droit de résistance), il est par la suite uniquement question de désobéissance en démocratie et uniquement contre des décisions d'asile qui s'avèreraient non conforme à l'interdiction du *jus cogens* de protection contre les traitements cruels, inhumains ou dégradants.

⁶⁷³ Révision du 20 juin 1986.

du type de migration⁶⁷⁴ et une augmentation des demandes⁶⁷⁵. Les églises cherchent alors à prendre part au débat politique sur ces questions au nom d'un devoir chrétien d'aide au prochain. Si toute la réflexion est axée sur le cas de l'aide aux personnes déboutées, les auteurs insistent sur le caractère transposable à d'autres cas de figure de leurs développements⁶⁷⁶. Concernant l'objet même du rapport, les auteurs distinguent la notion de résistance au « sens classique », par opposition à la résistance « procédant d'une opposition aux réglementations de l'État »⁶⁷⁷. Ils insistent également sur l'incertitude terminologique qui caractérise la thématique de la résistance/désobéissance civile, ce qui leur permet de justifier d'importants développements visant à définir leur objet de recherche⁶⁷⁸. L'absence de perspective juridique sur cette question est soulignée⁶⁷⁹ et, finalement, une définition de la « résistance » en démocratie est esquissée. Il s'agit alors d'actes d' :

« [...] opposition aux ordres de l'état par la non-observation de prescriptions du droit positif motivée par le fait que la réglementation imposée par l'état lèse de manière patente et grave certaines valeurs fondamentales, enfreignant par là des normes supérieures. »⁶⁸⁰

On constate alors que la dimension de conscience est également mobilisée et que le sens prêté est encore différent de celui des auteurs allemands du droit de résistance. Ainsi, la confusion qui règne entre les différents concepts de désobéissance civile, droit de résistances et objection de conscience, demeure. Les auteurs du rapport considèrent la possibilité d'une justification juridique de ces actes. Or, l'accent est avant tout mis sur le respect de la liberté de conscience et de croyance⁶⁸¹, puis sur le recours aux motifs justificatifs pénaux, l'usage de la participation politique et le recours aux mécanismes de contestation des décisions (contentieux)⁶⁸². En définitive, les auteurs constatent que l'arsenal actuel de contrôle des normes et de participation n'est pas sans faille et, c'est dans cette faille que vient se nicher une place pour une reconnaissance juridique d'un droit de désobéissance civile à leurs yeux. Dans cette situation uniquement, où les mécanismes existants ne permettent pas de redresser une injustice, il leur paraît alors justifiable, bien que cela doive rester exceptionnel, que des citoyens et citoyennes recourent à des actes illicites et que ces actes puissent être justifiés

⁶⁷⁴ Notamment une augmentation du nombre de demandes de personnes issues des États tiers plutôt que d'Europe de l'Est et une population plus jeune et masculine que lors de la crise des « boat-people ».

⁶⁷⁵ SALADIN/FÉDÉRATION DES ÉGLISES PROTESTANTES DE LA SUISSE, p. 18 ss.

⁶⁷⁶ SALADIN/FÉDÉRATION DES ÉGLISES PROTESTANTES DE LA SUISSE, p. 7.

⁶⁷⁷ SALADIN/FÉDÉRATION DES ÉGLISES PROTESTANTES DE LA SUISSE, p. 79.

⁶⁷⁸ SALADIN/FÉDÉRATION DES ÉGLISES PROTESTANTES DE LA SUISSE, p. 85.

⁶⁷⁹ SALADIN/FÉDÉRATION DES ÉGLISES PROTESTANTES DE LA SUISSE, p. 82.

⁶⁸⁰ SALADIN/FÉDÉRATION DES ÉGLISES PROTESTANTES DE LA SUISSE, p. 84.

⁶⁸¹ SALADIN/FÉDÉRATION DES ÉGLISES PROTESTANTES DE LA SUISSE, p. 5 et 33 ss.

⁶⁸² SALADIN/FÉDÉRATION DES ÉGLISES PROTESTANTES DE LA SUISSE, p. 87 à 90.

y compris sous l'angle du droit⁶⁸³, élément distinctif par rapport aux thèses défendue par de nombreux autres auteurs et autrices.

Au nombre des écrits sur le droit de résistance en Suisse dont on peut tirer des enseignements, il convient de s'attarder sur le texte rédigé par le professeur de droit public Andreas KLEY. Ce dernier effectue une analyse comparée du droit suisse vis-à-vis du droit de résistance allemand ou français, en se demandant si l'ordre juridique suisse peut connaître un tel droit. Il effectue une distinction claire entre ce droit et un éventuel droit de désobéissance civile⁶⁸⁴. Le débat sur la désobéissance civile régit des cas de figure différents du droit de résistance et est un concept américain sans portée en doctrine continentale, selon lui⁶⁸⁵. Au sujet de la résistance, il insiste sur la qualité extrajuridique de cette figure, malgré l'existence d'une littérature voulant le rendre positif⁶⁸⁶. KLEY estime cette démarche de légalisation paradoxale⁶⁸⁷ et ne reconnaît au droit de résistance qu'une place de relique historique. Il définit le droit de résistance comme étant l'acte d'opposition à un tyran et estime que son existence n'est plus nécessaire, dès lors que la Suisse est devenue un État de droit. Cette position a, selon lui, pour conséquence d'exclure *a priori* tout intérêt de se questionner sur d'éventuels cas de désobéissance dans un État de droit. Ainsi, KLEY exclut toute possibilité de fonder une prétention à un droit positif de résistance en droit suisse⁶⁸⁸, mais il considère la portée historique de ce droit comme pertinente pour rappeler les conditions préalables à l'existence d'un régime de droit, par opposition à un ordre tyrannique.

182

Le droit de résistance n'est, par la suite, plus un objet d'étude en tant que tel en doctrine suisse, mais nous pouvons encore signaler les quelques développements que Martin HILTI lui consacre dans sa monographie sur la liberté de croyance. L'auteur reprend la distinction terminologique entre « petite résistance » et « grande résistance »⁶⁸⁹, la désobéissance civile se recoupant avec la notion de « petite résistance ». HILTI indique que l'on ne peut pas exclure que des actes de ce second type de résistance tombent dans le champ d'application de la liberté de croyance, à laquelle on pourra appliquer les

183

⁶⁸³ SALADIN/FÉDÉRATION DES ÉGLISES PROTESTANTES DE LA SUISSE, p. 87 à 90.

⁶⁸⁴ D'ailleurs, il insiste sur l'impossibilité de fonder une prétention à un droit de désobéissance civile en droit suisse. KLEY, p. 294.

⁶⁸⁵ Il renvoie, sur la notion de désobéissance civile, à la thèse de FLEISCH dont il critique le titre comme étant source de confusion, car laissant penser qu'elle porte sur la thématique de la résistance. KLEY, p. 294, note 48.

⁶⁸⁶ KLEY, p. 297, note 66.

⁶⁸⁷ Nouvel indice d'une position légaliste, dès lors que l'auteur semble considérer que la Constitution ne saurait prévoir des situations de violation de la loi.

⁶⁸⁸ KLEY, p. 293.

⁶⁸⁹ HILTI, p. 197.

conditions de restrictions de l'art. 36 Cst. féd. Dans cette grille d'analyse, de tels actes seraient la manifestation d'un aspect positif de la liberté de croyance dans sa composante externe (*forum externum*), pouvant être exercée collectivement⁶⁹⁰. L'auteur cite à l'appui de sa thèse les travaux de FLEISCH, DREIER, KÄLIN et KLEGER, tous théoriciens de la désobéissance civile et non de la résistance. D'ailleurs, il recourt à la définition donnée de la désobéissance civile par la Cour constitutionnelle allemande, à savoir :

« [...] ein Widerstehen des Bürgers gegenüber einzelnen gewichtigen staatlichen Entscheidungen [...], um einer für verhängnisvoll und ethisch illegitim gehaltenen Entscheidung durch demonstrativen, zeichenhaften Protest bis zu aufsehenerregenden Regelverletzungen zu begegnen. [...] kennzeichnend sei stets, dass der Ungehorsam unbedingt gewaltfrei und damit unter Ausschluss jeden Risikos für andere auszuüben sei. »⁶⁹¹

Au sens de cet auteur, il serait donc possible de justifier juridiquement la désobéissance civile au travers d'une analyse à l'aune des libertés fondamentales, pour autant que les conditions de restrictions de celles-ci ne soient pas respectées.

- 184 En conséquence, ce que nous permet de constater cette section est que, quand bien même une majorité des auteurs de théorie politique distinguent désobéissance civile et droit de résistance, en droit Suisse, l'amalgame est présent et l'étude du droit de résistance a englobé ou évincé bon nombre de considérations liées à la désobéissance civile. En outre, un certain nombre de contributions qui traitent du droit de résistance proposent par ailleurs des apports qui permettent de les inclure à notre « doctrine juridique de la désobéissance civile ». Celles-ci plaident pour une partie d'entre elles pour une justification juridique possible de cette dernière au travers du jeu de l'application des droits fondamentaux. Elles entretiennent néanmoins la confusion déjà constatée entre désobéissance civile et objection de conscience.

⁶⁹⁰ HILTI, p. 203.

⁶⁹¹ On pourrait traduire cette définition de la sorte : c'est un acte d'opposition du citoyen contre une décision particulière de l'État qui se matérialise sous forme de protestation démonstrative et symbolique pouvant aller jusqu'à entraîner la violation de normes. Le but de cet acte de protestation est de contrer une décision jugée illégitime d'un point de vue éthique. Ces actes sont caractérisés par leur non-violence et excluent tout risque pour autrui. Cf. BVerfGE 73 p. 206 ; HILTI, p. 203.

C. Conclusion : un besoin de distinguer désobéissance civile et droit de résistance

En guise de conclusion, il nous paraît nécessaire de distinguer les notions de désobéissance civile et de résistance. Les deux concepts, s'ils visent tous deux des cas d'opposition à la loi, n'ont pas vocation à s'appliquer aux mêmes cas et sont héritiers de traditions philosophiques distinctes. L'amalgame entre résistance et désobéissance civile est ainsi nuisible au débat sur la désobéissance civile en droit, car il place cette notion dans le domaine du métajuridique. La largesse de son champ d'application ne permet pas non plus d'aider à discriminer parmi les catégories *prima facie* identifiées lesquelles pourraient s'appliquer à la désobéissance civile. 185

La doctrine consacrée au droit de résistance n'est donc qu'une source dérivée pour comprendre les enjeux de la désobéissance civile en droit. Elle ne mérite notre attention que dans la mesure où les notions sont parfois utilisées l'une pour l'autre et qu'une partie des auteurs qui l'ont étudiée peuvent en conséquence être inclus à notre corpus de doctrine juridique de la désobéissance civile, malgré l'absence d'usage de ce qualificatif. 186

III. Une riche polysémie de la notion de désobéissance civile en philosophie politique

- 187 La notion de désobéissance civile est polysémique. Elle est l'objet de multiples tentatives de définition, que ce soit en philosophie politique, en sociologie politique ou en science politique. Selon que l'on s'y penche avec une focale plus ou moins large⁶⁹², la doctrine en science politique sur le sujet est vaste. Il existe des controverses importantes sur les éléments permettant de caractériser un acte de « désobéissance civile » – par opposition à un simple acte délictueux ou de révolte –, sa place au sein d'un État démocratique (ou non) et les justifications qui peuvent lui être apportées. Les fondements invoqués pour justifier et légitimer le recours à la désobéissance civile sont alternativement issus de considérations politiques, morales, voire parfois juridiques, au sein même de la philosophie politique. Il convient donc de revenir sur les différentes conceptions de cette notion grâce aux auteurs qui ont aidé à en façonner les contours, afin de délimiter autant que possible notre objet d'étude et ses enjeux dans ces champs.
- 188 Cette recherche permettra, dans un second temps, la discussion des implications de ce mode d'action en droit et de ses justifications potentielles⁶⁹³. Elle sera aussi l'occasion de mettre en perspective et souligner les ressorts épistémologiques sous-jacents des éléments de définition proposés en doctrine juridique suisse. Un des objectifs de notre démarche reste d'identifier au travers de ces considérations si l'emprunt du concept de désobéissance civile à ces disciplines peut s'avérer novateur pour penser le droit, mais aussi ce qu'il nous dit de la conception du droit adoptée par les juristes.
- 189 À cette fin, nous présenterons les travaux et les théories des philosophes qui constituent les références pour les auteurs du chapitre 1, soit : les contributions de Henry David THOREAU, de John RAWLS et de Jürgen HABERMAS. Ce tableau sera complété par les apports de Hannah ARENDT qui ont trait à la notion de désobéissance civile, afin d'illustrer les controverses existantes en philosophie politique au sujet de la définition de la désobéissance civile. Ultérieurement, les travaux de cette auteure permettront d'exposer un registre de justification non libérale de la désobéissance civile, absente du corpus de doctrine juridique⁶⁹⁴.

⁶⁹² Son étude peut en effet être une prémisse pour aborder une théorie critique de la domination, des fondements de l'obligations citoyenne et du contrat social, de la justice, ou encore de la révolte, SINTOMER (démocratie); CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 69 ; GROS, p. 17 ss.

⁶⁹³ Chapitres 4 et 5 en particulier.

⁶⁹⁴ Cf. chapitre 5.

En outre, ces différents philosophes, majoritairement issus du courant de pensée dite « académique »⁶⁹⁵ de la désobéissance civile, proposent une réflexion sur la désobéissance civile qui est assortie de considérations sur des éléments généraux de politique institutionnelle et juridique au sein d'États démocratiques et d'États de droit. En ce sens, leurs travaux présentent aussi un intérêt pour nourrir la réflexion sur le droit. Par opposition, les apports théoriques d'autres acteurs de la désobéissance civile⁶⁹⁶ seront mobilisés de manière plus occasionnelle. Ce choix est motivé par le caractère marginal et exceptionnel de l'utilisation de leurs réflexions, rendant leurs propos moins généralisables sous l'angle de la théorie du droit et la philosophie du droit, mais aussi en raison du corpus plus fragmenté et moins systématisé de leurs contributions.

Enfin, le choix des auteurs présentés pour composer notre corpus de philosophie politique est également soutenu par la prééminence de leurs thèses dans ce champ⁶⁹⁷. Elles servent également de cadre conceptuel de référence pour la doctrine juridique allemande dont nous avons vu qu'elle a marqué les travaux suisses⁶⁹⁸. C'est en outre les auteurs auxquels les désobéissants civils se réfèrent majoritairement dans leurs plaidoiries⁶⁹⁹.

Ainsi, pour toutes ces raisons et au vu de nos objectifs d'explicitation des rationalités sous-jacentes aux différentes positions défendues en doctrine et en vue de l'identification de critères de définition du concept de désobéissance civile, leur présentation s'impose.

A. Henry David THOREAU : une paternité accidentelle du concept

Afin, de comprendre ce qui est couvert par la notion de désobéissance civile et la manière dont ce concept a été développé en philosophie politique, nous commencerons par présenter la perspective d'Henry David THOREAU (1817 à 1862), auteur américain⁷⁰⁰ auquel on attribue (à tort) la paternité du

⁶⁹⁵ Dans le sens défini par CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 72. À savoir, ici : RAWLS, HABERMAS et ARENDT.

⁶⁹⁶ Soit un discours produit par les désobéissants civils eux-mêmes. Par exemple, par des figures telles que GANDHI, Martin Luther KING ou les écrits de ZINN ou BOVÉ/LUNEAU. À ce sujet : CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 72.

⁶⁹⁷ La littérature secondaire francophone et continentale de science politique se concentre en effet à une immense majorité sur les apports de RAWLS, HABERMAS, ARENDT et DWORKIN.

⁶⁹⁸ Cf. *supra* 2.II.

⁶⁹⁹ Cf. *infra* chapitre 3.

⁷⁰⁰ THOREAU est né et a vécu à Concord dans l'État du Massachusetts aux États-Unis et a acquis une notoriété principalement pour son livre « Walden ou la vie dans les bois », Boston 1854.

syntagme « désobéissance civile »⁷⁰¹. En effet, l'auteur n'a pas utilisé le terme pour décrire son acte dans un premier temps, ce n'est qu'à titre posthume, sous l'impulsion de son éditeur, que le titre de son intervention a été modifié pour s'intituler « La désobéissance civile », publicisant plus largement cette expression⁷⁰². Néanmoins, en raison de cette confusion, ses écrits ont constitué le point de départ de la réflexion en science politique sur le concept et alimenté de nombreux mouvements sociaux, les auteurs ultérieurs et activistes se situant dans le prolongement ou en rupture avec ses propositions. Par ailleurs, il reste le premier auteur à partir duquel la réflexion sur la désobéissance civile se distingue de celle de la tradition du droit de résistance pour se développer sur le terrain de la contestation de la loi au sein d'une démocratie. De plus, bien que THOREAU ne soit pas une figure académique des théories de la désobéissance civile⁷⁰³, il propose néanmoins une certaine conception de la justice et des éléments de définitions qu'il convient d'explicitier. Comme nous le verrons, THOREAU amorce la prise en compte de la thématique de la désobéissance civile dans une perspective morale et individuelle, ce qui influencera fortement les approches ultérieures de ce sujet. Ainsi, il se justifie tout de même d'aborder son travail, ne serait-ce que pour démêler les différents *imbroglios* sémantiques liés à l'usage de ce terme et éclairer le champ d'application de la notion.

194 L'apparition de la notion de désobéissance civile résulte d'une réflexion autobiographique de THOREAU qui milite pour la fin de la guerre des États-Unis contre le Mexique et l'abolition de l'esclavage. Dans ce contexte, en signe de protestation, il décide de ne plus payer ses impôts, ne voulant plus être associé à un État qui défend un assujettissement racial qui lui est insupportable. Ce refus a pour conséquence que l'auteur est emprisonné en 1846⁷⁰⁴. Il passe une nuit enfermé, puis est libéré sous caution. Cet événement lui inspire le texte d'une conférence qu'il donne au Lyceum de Concord pour expliquer et justifier son acte d'opposition⁷⁰⁵. Le texte de son intervention sera ensuite publié sous le titre de « Résistance au gouvernement civil » et propose les premières bases théoriques d'une réflexion générale sur la désobéissance civile. Ses écrits seront repris par d'importantes figures telles que GANDHI, TOLSTOÏ ou Martin Luther KING⁷⁰⁶. GANDHI en fait l'éloge et adopte d'ailleurs le terme de « Satyagraha »

⁷⁰¹ Pour une introduction plus détaillée à la vie de Henry David THOREAU, voir : FALCÒN Y TELLA (History), p. 155 ss ; MELLON, p. 37 ; MULLER, p. 50 ss.

⁷⁰² Le professeur de philosophie politique Frédéric GROS, p. 164, retrace ces éléments historiques dans le chapitre qu'il consacre à THOREAU dans son livre sur le concept de désobéissance.

⁷⁰³ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 72.

⁷⁰⁴ Le récit de cet épisode est fait par THOREAU lui-même dans « Walden ou la vie dans les bois ». Voir également : THOREAU, p. 35 ss.

⁷⁰⁵ GROS, p. 1161 ss ; CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 9 ss.

⁷⁰⁶ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 10 ss.

qui correspond matériellement au concept de désobéissance civile. Il l'adapte pour les besoins spécifiques de la marche du sel et inscrit la désobéissance civile – qu'il nomme plus volontiers résistance civile – comme un outil d'opposition non violente⁷⁰⁷. Pour sa part, Martin Luther KING reconnaît explicitement l'héritage de THOREAU comme essentiel à l'élaboration d'une « tradition de contestation créatrice »⁷⁰⁸ dans laquelle s'inscriront les actions antiségrégationnistes qu'il entend mener. Ces différentes campagnes de protestation forment aujourd'hui la batterie d'exemples les plus symboliques et les plus utilisés dans l'imaginaire collectif pour exemplifier la notion de désobéissance civile⁷⁰⁹, c'est pourquoi il est utile d'en rappeler les fondements avec la théorie de THOREAU.

1. La loi n'est pas le Juste

Chez THOREAU, le concept de désobéissance civile doit être compris comme étant un impératif moral lié au respect d'intimes convictions issues de la perception de chacun de ce qui est juste. Ainsi, dans sa perspective, la loi n'est pas suffisante pour opérationnaliser et garantir la justice⁷¹⁰. L'entier de son propos est teinté d'une critique du conformisme légal⁷¹¹ et de la réduction du droit à son expression dans la loi. En effet, selon lui, le seul critère qui permet de juger de l'adéquation de la loi à ses fonctions de garantie de la justice est la conformité de celle-ci avec notre conscience personnelle. Comme l'explique CERVERA-MARZAL, la source de la connaissance du droit chez THOREAU réside donc dans la conscience individuelle et non plus dans la raison universelle, tranchant avec la tradition philosophique qui le précède⁷¹². En résumé, la situation est triviale pour THOREAU : face à une situation où l'on juge que la loi n'est pas moralement juste, il existe un devoir (moral également) de ne pas s'y

195

⁷⁰⁷ Voir sur ces éléments la contribution d'une des figures de la recherche sur philosophie de la non-violence, MELLON, p. 39.

⁷⁰⁸ KING, p. 32.

⁷⁰⁹ Cf. *supra* chapitre 1 et *infra* chapitre 3.

⁷¹⁰ « Pourquoi, alors, chacun aurait-il une conscience ? Je pense que nous devons d'abord être des hommes, des sujets ensuite. Le respect de la loi vient après celui du droit. La seule obligation que j'aie le droit d'adopter, c'est d'agir à tout moment selon ce qui me paraît juste. », THOREAU, p. 12.

⁷¹¹ « D'autres [...] servent l'État surtout avec leur tête ; et, comme ils font rarement la moindre distinction morale, ils risquent tout autant de servir le Diable, sans en avoir l'intention, que Dieu. » THOREAU, p. 14. Cf. *infra* sur le légalisme 5.III.

⁷¹² Le politologue et spécialiste de la désobéissance civile parle de processus de « subjectivation de la justice », CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 47. Un tel processus peut néanmoins conduire à une forme d'anomie redoutée par les opposants à la désobéissance civile, cf. *infra* 5.IV.

conformer. Ce jugement moral est à la fois une condition d'identification de la désobéissance civile et sa justification, comme nous le verrons.

- 196 L'injustice potentielle de la loi, pour THOREAU, prend source dans le système de démocratie représentative et le vote majoritaire. En effet, il reproche au système représentatif de déresponsabiliser les membres du corps civique. Dans un tel système, les citoyennes et citoyens n'ont d'autre choix, s'ils souhaitent formuler une prétention, que d'élire des représentants qui, eux, se chargeront de la responsabilité d'une prise de parole dans l'espace politique. Dès lors, THOREAU estime que le citoyen n'est plus capable de faire entendre sa voix individuellement⁷¹³. Or, un véritable engagement politique de membres du corps civique et une expression fidèle de leurs opinions nécessitent à son sens plus qu'une simple possibilité de vote, car « voter pour la justice, ce n'est rien faire pour elle »⁷¹⁴. À son sens, œuvrer pour la justice étant une responsabilité personnelle, la déléguer paraîtrait contradictoire. L'existence d'un devoir moral de recherche de justice implique donc que le citoyen prenne des risques et soit actif dans la mise en œuvre de cet objectif.
- 197 THOREAU critique également la composante majoritaire de la démocratie qui ne permettrait en rien de garantir la justice et institutionnaliserait uniquement la loi du plus fort⁷¹⁵. Il y voit une méthode hasardeuse de décider du « juste » et de sa concrétisation dans la société⁷¹⁶. Par conséquent, il considère que le simple respect des procédures d'adoption de la loi n'est pas suffisant pour garantir que celle-ci soit intrinsèquement juste. En d'autres termes, il plaide pour que la validité matérielle de la norme prime sa validité formelle. Au vu de ces critiques, la désobéissance civile est présentée comme un acte d'émancipation face à une loi ou un commandement, permettant aux citoyens et citoyennes de reprendre la parole et occuper une place au sein d'un espace politique⁷¹⁷. Cela revient, selon THOREAU, à agir concrètement pour la justice⁷¹⁸. La désobéissance est alors décrite comme un moyen d'ouvrir le débat démocratique. Celui-ci se doit de ne pas être figé et réservé à une élite politique ou législative. Sa qualité est la garante de dérives potentielles de loi. Toujours dans cette veine, THOREAU rappelle que « la vérité du juriste n'est pas la Vérité

⁷¹³ « Henry David Thoreau et Ralph Waldo Emerson [...] s'exprimaient en contexte démocratique [...] contre une trahison des idéaux de leur démocratie : c'est ce sentiment qui suscite la désobéissance, on ne se reconnaît pas dans l'État et sa parole, on ne veut plus parler en son nom (ni qu'il prétende nous exprimer). » LAUGIER/OGIEN, p. 45.

⁷¹⁴ THOREAU, p. 19.

⁷¹⁵ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 44.

⁷¹⁶ THOREAU, p. 20.

⁷¹⁷ GROS, p. 169.

⁷¹⁸ GROS, p. 168.

avec un grand V, mais la cohérence, ou une utilité cohérente »⁷¹⁹ qui *a fortiori* ne correspond pas toujours à ce que serait le « juste ». En conclusion, c'est donc de l'intersection de ces deux critiques de la démocratie (son caractère représentatif et majoritaire) que découle la légitimité de la désobéissance civile en démocratie chez THOREAU, dans le but de réaliser un idéal de justice.

2. Désobéir, une affaire de conscience

La conception de THOREAU du Juste implique que le citoyen ou la citoyenne puisse, en pleine conscience, juger de la validité de la loi. Cela découle du fait qu'il relève de la responsabilité de chacun de ne pas se faire complice d'un mal commis, « car l'injustice d'une loi n'a de réalité qu'à partir de l'instant où les sujets lui obéissent »⁷²⁰. THOREAU invite en effet ses compatriotes à adopter une position critique, qui se résume à se poser la question suivante : « sur le dos de quel homme je suis juché pour pouvoir être libre »⁷²¹. La réponse à cette question doit logiquement mener les membres du corps civique à ne pas accepter d'être associés ou à ne pas laisser subsister des injustices. À défaut de réaction ou d'usage de cette faculté de juger de la justesse de la loi, ils se font complices de l'injustice et peuvent donc être considérés comme la cautionnant⁷²². Ainsi, pour THOREAU, en tant que membre d'une société, on ne saurait « se contenter d'avoir une opinion et d'en jouir »⁷²³. Dès lors, le rôle de citoyen implique que « ce à quoi je dois veiller, à tout le moins, c'est à ne pas me prêter au mal que je condamne. »⁷²⁴ Ainsi, on constate que la position de cet auteur est très axée sur la dimension de responsabilité individuelle et est *a priori* plus proche de ce que l'on conçoit communément comme de l'objection de conscience⁷²⁵. Cependant, THOREAU va au-delà de cette position de retrait

198

⁷¹⁹ THOREAU, p. 45. On retrouve en creux la critique de THOREAU à l'encontre du légalisme dans cet extrait, puisque bien que le législateur ne soit pas le juge ou le juriste, il semble considérer que la tendance est pourtant d'assimiler les deux positions, les juristes étant déterminants dans l'élaboration des lois et les juges ne devant que les appliquer. Au sujet de la critique du légalisme chez THOREAU : CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 46 ss, et *cf. infra* sur le légalisme 5.III.

⁷²⁰ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 15.

⁷²¹ Comme le résume la philosophe et professeure à l'Université de Toulouse BENTOUHAMI-MOLINO, p. 66.

⁷²² Voir à ce sujet l'article de BEDAU, qui discute de l'attribution de la responsabilité aux particuliers pour des actes commis par leur gouvernement. L'auteur, grand connaisseur de THOREAU, juge néanmoins sa position trop rigoureuse pour être exigée des individus.

⁷²³ THOREAU, p. 22.

⁷²⁴ THOREAU, p. 24.

⁷²⁵ C'est d'ailleurs d'objection de conscience que qualifient MELLON, p. 45 et MULLER, p. 57, le refus de THOREAU de payer ses impôts. En outre, GROS, p. 165.

intrinsèque à l'objection. Il sait que son acte aura tout de même une portée d'ordre politique malgré son absence d'incitation à une organisation collective de désobéissance. En effet, est politique l'affirmation de l'existence d'une liberté citoyenne⁷²⁶.

199 On trouve chez THOREAU une forme de critique du contrat social et de ses philosophes⁷²⁷. L'idée d'une responsabilité citoyenne et la critique du système représentatif ne sont en effet pas conciliables avec l'argument contractualiste du consentement préalable à l'entrée en société, couvrant par avance les actes qui seront adoptés par le gouvernement ultérieurement institué⁷²⁸. Chez cet auteur, la citoyenneté est quelque chose de dynamique, qui se redéfinit en permanence. On ne saurait donc consentir une fois pour toute et déléguer sa faculté de juger à un État. Ce qu'il résume dans sa fameuse formule : « le meilleur des gouvernements est celui qui gouverne le moins »⁷²⁹. C'est en ce sens et au regard de la notion de responsabilité de chacun dans la mise en œuvre de la justice que l'on peut dire que la désobéissance à un caractère « civil » chez THOREAU⁷³⁰. Sa philosophie est également une philosophie de l'action⁷³¹. Tous et toutes étant garants de la justice, les membres de la société se doivent d'agir pour elle et ne peuvent donc se contenter d'un consentement tacite à l'autorité des lois.

200 THOREAU insiste également sur un autre point qui doit pousser les membres d'une société démocratique à adopter une posture active en présence d'injustices et à utiliser à cette fin leur conscience : ces injustices doivent être combattues, non pas par philanthropie, mais parce qu'elles sont constitutives en tant que telles d'une menace pour les libertés des autres individus. Elles forment autant de contre-exemples de liberté qui sont susceptibles de mettre à mal nos droits individuels⁷³². En d'autres termes :

« [i]l faut se battre non pas pour les Noirs, pour les esclaves, mais pour soi, car notre situation même d'êtres libres est remise en cause par le fait que d'autres sont en captivité. »⁷³³

⁷²⁶ Voir sur cet aspect : MULLER, p. 57.

⁷²⁷ Nous y reviendrons *infra* 5.III.B.

⁷²⁸ Voir : CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 45.

⁷²⁹ THOREAU, p. 9.

⁷³⁰ Cette vision du citoyen responsable et titulaire d'une capacité politique propre et inaliénable est un des points qui permet d'expliquer pourquoi THOREAU jouit d'une certaine sympathie parmi les défenseurs de la théorie de la domination et de la démocratie critique, voir : BENTOUHAMI-MOLINO, p. 52.

⁷³¹ GROS, p. 168.

⁷³² Voir en substance : THOREAU, p. 30 ss.

⁷³³ BENTOUHAMI-MOLINO, p. 69.

Le moteur de la recherche du Juste n'est donc pas celui de la mise en place d'un « bien commun », mais de la garantie de l'autonomie individuelle et les libertés individuelles⁷³⁴.

L'omniprésente de la référence à la conscience individuelle et à l'individu chez THOREAU s'explique par l'influence du courant philosophique qui prévaut alors aux États-Unis et l'inspire : le transcendantalisme⁷³⁵. Ce courant se définit comme une « forme d'empirisme qui consiste à se dégager des catégories trop cognitives pour pouvoir renouer avec une appréhension sensible de la nature »⁷³⁶, mouvement dont la paternité est attribuée à Ralph Waldo EMERSON, philosophe américain contemporain de THOREAU. La désobéissance civile, dans ce cadre, permet de dépasser le paradigme légaliste permis/interdit en invitant les individus à se questionner et utiliser leur faculté de juger en tout temps. Comme déjà souligné, ce n'est pas parce que la loi est adoptée selon une procédure établie qu'elle sera pour autant matériellement juste pour THOREAU. Ce sont les intuitions morales des membres du corps civique qui font office de boussole en vue de définir ce qui est juste. De plus, cette tradition philosophique s'inscrit elle-même dans la lignée du perfectionnisme⁷³⁷. Une implication de cet héritage philosophique est l'émergence d'une pensée fortement marquée par l'individualisme. Cette filiation explique le recours au concept de « self reliance »⁷³⁸, utilisé comme un moteur justifiant le recours à la désobéissance civile et permettant de combattre le conformisme⁷³⁹, tout en affirmant la nécessité de penser par soi, librement. L'absence de cette confiance, tout comme le mouvement de déresponsabilisation du citoyen par la délégation de sa voix à

201

⁷³⁴ Nous reviendrons sur ce point et ce rapport aux libertés *infra* 5.III.

⁷³⁵ OGIEN/LAUGIER, p. 172.

⁷³⁶ BENTOUHAMI-MOLINO, p. 59.

⁷³⁷ TURENNE (thèse), p. 22. Le courant perfectionniste estime qu'il existe des modes de vie qui permettent ou non de réaliser et développer l'excellence des potentialités humaines. Pour les défenseurs de ce courant, certains modes de vie permettent de réaliser la perfection humaine et doivent donc être encouragés et promus, alors que les autres devraient être pénalisés. Voir à ce sujet : KYMLICKA, p. 190.

⁷³⁸ Principe de la confiance en soi. Concept développé par Emerson dans son texte du même nom en 1841 et repris par THOREAU. A ce sujet, OGIEN/LAUGIER, p. 169.

⁷³⁹ « La position de Thoreau et d'Emerson atteint aussi bien le libéralisme moderne que le communautarisme, en décalant à l'avance leur fondement commun : l'idée que si je suis là, je suis forcément d'accord (avec les règles de ma société ou d'une tradition, qui ainsi peuvent parler *pour moi*), j'ai donné mon consentement. Ce fondement commun, Emerson lui a donné un nom : le conformisme ; et c'est précisément cela que la « confiance en soi » (*self reliance*) doit secouer, et que le savant ou l'intellectuel américain (à venir) doit renverser. » OGIEN/LAUGIER, p. 31.

des représentants, explique, selon THOREAU, ce qui pousse des individus à se laisser aller à obéir à des lois, sans se poser la question de leur « justesse »⁷⁴⁰.

3. Une définition ?

202 En définitive, que pouvons-nous retenir des différents apports de THOREAU à la définition de la notion de désobéissance civile pour notre recherche ? Contrairement aux auteurs de la tradition académique de la désobéissance civile, THOREAU n'apporte pas une définition claire ou critérielle de celle-ci. Son approche ne s'inscrit pas dans une telle logique et il ne propose pas non plus une liste de conditions permettant d'admettre la justification du recours à la désobéissance civile.

203 L'auteur définit « en acte », par référence à son opposition au paiement des impôts, ce qu'il entend par désobéissance civile. Par conséquent, la seule condition nécessaire pour qualifier et justifier un acte de désobéissance est l'évaluation morale de la situation. Ainsi, selon lui :

« [o]n ne saurait trop désobéir, puisque la désobéissance civile est constitutive de la démocratie. »⁷⁴¹

L'évaluation morale de loi fait donc partie des devoirs citoyens de tous et toutes et motive la violation de la loi jugée injuste.

204 On relève alors que d'autres critères, tels que la non-violence de l'acte, son caractère public ou son expression collective, n'ont pas de pertinence significative pour qualifier ce mode d'action aux yeux de THOREAU. C'est encore une fois pour cette raison que les auteurs ultérieurs ont qualifié son acte comme relevant plutôt de l'objection de conscience⁷⁴². Par ailleurs, sur la question spécifique du recours à la violence, il est intéressant de noter que la position de THOREAU a évolué au cours de sa vie et qu'il a pu apporter son soutien à des actes violents, tout en les qualifiant d'actes de désobéissance civile⁷⁴³.

⁷⁴⁰ Voir : BENTOUHAMI-MOLINO, p. 61 qui souligne que cette vision est cependant incomplète, car elle laisse sous-entendre que l'obéissance à des lois injustes vient uniquement de l'existence ou non de caractéristiques psychologiques des individus, laissant de côté la question de la production sociale des valeurs. En outre sur les mécanismes de les moteurs psychologique et sociaux de l'obéissance, sujet qui excède le champ de notre recherche : GROS, p. 101 ss.

⁷⁴¹ CERVERA-MARZAL (désobéir), p.14.

⁷⁴² Comme déjà précisé, cf. notamment, RAWLS, § 56, p. 408 ss.

⁷⁴³ FALCÓN Y TELLA (History), p. 158 ; BESSON (Morality), p. 512.

En conclusion, la désobéissance civile au sens de THOREAU est définie et justifiée par référence à la conscience morale et individuelle qui pousse à enfreindre une prescription légale. Cette conception a influencé tant certains défenseurs contemporains de la prise en compte des motifs moraux des désobéissants, que certains théoriciens, académiciens ou non, qui se sont ensuite emparés de la notion de désobéissance civile⁷⁴⁴. L'omniprésence de ce motif moral dans la majorité des écrits sur la thématique explique en partie le rapprochement opéré par certains juristes entre désobéissance civile et liberté de conscience⁷⁴⁵. Cette définition entretient cependant en raison de la largesse de son champ d'application et son caractère individuel et moral une confusion qui perdure avec l'objection de conscience. 205

Pour notre recherche visant à identifier les critères de qualification et d'identification de la désobéissance civile, l'apport des propositions de THOREAU se limite ainsi à ce besoin de distinction et a souligné les rapports que peuvent entretenir désobéissance civile et objection de conscience dans certains cas⁷⁴⁶. En effet, ce seul critère de conscience n'apparaît néanmoins pas suffisant pour rendre compte de toutes les réalités couvertes par les actes et campagnes de désobéissance civile se présentant en pratique. En effet, ce seul critère ne permet pas de distinguer par hypothèse un acte de refus de pratiquer un avortement légal, d'une action d'occupation d'une centrale nucléaire ou d'une banque, quand bien même les ressorts de ces deux actes apparaissent pourtant dissemblables (par le caractère collectif, public, visant à interpeller autrui, etc. du second type d'acte). Il convient par conséquent de compléter la lecture de THOREAU par l'étude des définitions proposées par les philosophes ultérieurs de la désobéissance civile. 206

⁷⁴⁴ En ce sens, les travaux de MELLON ou de MULLER.

⁷⁴⁵ Voir : KÜHLER (Gewissensfreiheit) et KLEY *cf. supra* I.IV. Également les doctrines religieuses cherchant à fonder un droit au soutien des personnes migrantes SALADIN/ÉGLISES PROTESTANTES DE SUISSE.

⁷⁴⁶ On pensera p. ex. aux objecteurs de conscience au service militaire, qui, dans un premier mouvement souhaitent que la loi ne leur soit pas appliquée (objection de conscience, car ils ne veulent pas être associés à une politique militariste qu'ils condamnent) et peuvent, dans un second mouvement, s'organiser collectivement afin de revendiquer l'extension de ce droit à d'autres et mettre en scène leur désaccord pour rallier l'opinion publique (campagne de désobéissance civile). *Cf. infra* sur cette distinction qui sera reprise par RAWLS.

B. John RAWLS : fondateur de la théorie libérale de la désobéissance civile

1. Contextualisation

- 207 Comme mentionné précédemment, les écrits de THOREAU ont notamment inspiré GANDHI et Martin Luther KING⁷⁴⁷ qui vont tous deux utiliser le terme de désobéissance civile en lien avec la lutte pour l'indépendance coloniale et la fin de la ségrégation raciale. Ainsi, le concept de désobéissance civile est principalement utilisé au 20^e siècle aux États-Unis pour qualifier les grandes campagnes de mobilisation pour les droits civiques⁷⁴⁸. En effet, le pays est en pleine effervescence dans les années 50-60 et voit apparaître des mouvements sociaux d'une ampleur encore inédite dans son histoire. La contestation des lois « Jim Crow »⁷⁴⁹ et l'opposition à la guerre au Vietnam sont au centre du débat public.
- 208 C'est dans ce contexte historique que le philosophe John RAWLS propose sa théorie de la désobéissance civile⁷⁵⁰. Ce faisant, il se positionne au sein du débat qui anime alors le champ académique américain au sujet des campagnes de contestation en cours et des justifications possibles de ces actes de désobéissance civile en termes politiques et moraux⁷⁵¹. Sa particularité est de proposer une théorie générale de défense de la désobéissance civile qu'il inscrit dans le projet global de sa « Théorie de la justice » et de ne pas se limiter à soutenir l'une ou l'autre campagne⁷⁵².
- 209 L'auteur se démarque largement de THOREAU en proposant une théorie de la désobéissance civile qui s'intègre dans le prolongement d'une philosophie politique libérale⁷⁵³ et qui soutient la réalisation de son projet de société

⁷⁴⁷ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 48 et p 72 ss ; TURENNE (Judicial), p. 384 ; GROS, p. 175.

⁷⁴⁸ MOULIN-DOOS, p. 16.

⁷⁴⁹ Lois qui consacraient la ségrégation raciale p. ex. notamment en interdisant les mariages interracialisés ou en justifiant des distinctions d'accès aux espaces publics.

⁷⁵⁰ LYONS, p. 106.

⁷⁵¹ MOULIN-DOOS, p. 17, note 2, qui répertorie les nombreuses interventions et contributions académiques de cette période sur le sujet.

⁷⁵² TURENNE (thèse), p. 52.

⁷⁵³ Pour une définition du libéralisme politique, voir : CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 137 ; TURENNE (thèse), p. 57 et ses références, ainsi que sur l'influence de cette doctrine sur la désobéissance civile : MOULIN-DOOS, p. 20 à 27. La caractéristique principale du libéralisme politique est de défendre un régime dont la pierre angulaire est la mise en œuvre des droits individuels des personnes et la mise en place d'un gouvernement qui se limite à ce

pluraliste et juste⁷⁵⁴. Il se distancie rapidement de son précurseur, qu'il qualifie d'objecteur de conscience⁷⁵⁵. Subsiste alors uniquement comme similarité entre les auteurs l'inscription de la désobéissance civile dans une démarche morale visant la réalisation d'un idéal de justice.

La théorie libérale de la désobéissance civile développée par RAWLS constitue en ce sens la première défense en son genre de la désobéissance civile. La doctrine ultérieure en science politique s'est depuis lors développée à partir d'elle, pour la prolonger ou s'en démarquer, mais en la prenant comme point de référence⁷⁵⁶. Elle est également la pierre angulaire des juristes qui se sont intéressés à la notion⁷⁵⁷. En raison de son caractère académique et systématique, l'étude de la théorie rawlsienne s'impose également à notre recherche, car elle propose une série de critères, certes controversés⁷⁵⁸, permettant de qualifier un acte de désobéissance civile qui permet d'en délimiter le champ d'application⁷⁵⁹. 210

2. Une définition critérielle de la désobéissance civile

Selon RAWLS la désobéissance civile peut être appréhendée à l'aide de conditions constitutives⁷⁶⁰. En effet, ce dernier propose la définition suivante de ce concept : 211

« [...] un acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener à un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement. »⁷⁶¹

projet. La démocratie sert alors la mise en œuvre des valeurs morales libérales, MOULIN-DOOS, p. 24 et 26.

⁷⁵⁴ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 58 ss ; MOULIN-DOOS, p. 17. Le projet de THOREAU, on le rappelle, n'était pas de proposer une théorie politique générale qui justifie un certain type de régime politique, encore moins une démocratie de type majoritaire telle que la défend RAWLS. Cf. *supra* 2.III.A.

⁷⁵⁵ LYONS, p. 104.

⁷⁵⁶ MOULIN-DOOS, p. 29 ss ; OST (désobéir), p. 217 ss.

⁷⁵⁷ Cf. *supra* 1.III.

⁷⁵⁸ Et sur lesquels nous reviendrons. Ce caractère controversé justifiera également que l'on s'intéresse en outre aux définitions offertes par Jürgen HABERMAS et Hannah ARENDT afin de compléter notre étude.

⁷⁵⁹ La définition de RAWLS est considérée en doctrine comme ayant le mérite de faire preuve d'une « grande rigueur intellectuelle », MULLER, p. 153.

⁷⁶⁰ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 60. Cet auteur parle même de « conditions de validité ».

⁷⁶¹ RAWLS, § 55, p. 405.

Le philosophe ajoute encore qu'« en agissant ainsi, on s'adresse au sens de la justice de la majorité de la communauté »⁷⁶². En conséquence, les critères suivants doivent être réunis à ses yeux pour que l'acte puisse être considéré comme relevant de la désobéissance civile : il faut que l'on soit en présence d'actes publics (faisant appel à une majorité), illicites⁷⁶³, non violents, motivés politiquement ou moralement, collectifs et visant un changement de législation ou de politique gouvernementale. Nous allons ci-après détailler l'analyse de chacun de ces critères afin de déterminer s'ils peuvent servir une catégorisation juridique ou l'adoption d'une définition en droit.

212 Concernant le caractère public tout d'abord, RAWLS précise qu' :

« [e]lle [la désobéissance civile] fait appel à des principes publics, mais encore elle se manifeste publiquement. Elle s'exerce ouvertement avec un préavis raisonnable, elle n'est pas cachée ou secrète. »⁷⁶⁴

Ainsi, la désobéissance civile équivaut à une forme de discours public et vise à encourager la discussion politique⁷⁶⁵. L'acte de désobéissance civile doit donc avoir lieu aux yeux de tous et toutes, ce qui permet de les distinguer d'actes de vandalisme notamment. Comme l'a formulé Jean-Marie MULLER, philosophe spécialiste des théories de la non-violence à propos de la théorie rawlsienne de la désobéissance civile, ces actes visent ainsi à alimenter le débat démocratique en espérant que « la majorité des citoyens prendront conscience de cette violation du droit qui fonde le pacte politique de leur "vivre ensemble" »⁷⁶⁶. Ce critère de publicité soutient donc la dimension persuasive que doit revêtir l'acte pour être qualifié de désobéissance civile. Soulignons encore que l'appel public que constitue la désobéissance civile s'adresse à la majorité. En effet, cette dernière est usuellement garante d'adopter des lois justes, mais RAWLS admet que, dans certaines circonstances, elle puisse avoir oublié de prendre en considération des éléments importants⁷⁶⁷. Les désobéissants interviendraient

⁷⁶² RAWLS, § 55, p. 405. Il dérive cette définition de celle donnée par Hugo Adam BEDAU, professeur de philosophie américain, dans son article « On Civil Disobedience » paru dans « Journal of Philosophy » vol. 58, en 1961.

⁷⁶³ RAWLS parle d'actes qui contreviennent à la loi, mais il convient de se demander s'il n'opère pas ici une réduction du droit à son expression dans la loi lorsqu'il considère que la désobéissance civile vise à opérer un changement dans la loi. Sur cette composante légaliste et ses liens avec les doctrines contractualistes et libérales cf. *infra* 5.III.

⁷⁶⁴ RAWLS, § 55, p. 406.

⁷⁶⁵ Les commentateurs de RAWLS usent, en lien avec ce critère de publicité, de l'expression « d'actualisation » du débat politique grâce aux actes de désobéissance qui font (re)surgir des thématiques sur le devant de la scène politique, BESSON (Morality), p. 510 ; RAWLS, § 57, p. 416.

⁷⁶⁶ MULLER, p. 150. Voir sur ce critère de publicité chez RAWLS : BESSON (Morality), p. 510.

⁷⁶⁷ P. ex. en oubliant les intérêts d'une minorité discriminée. Cette exigence doit se comprendre en lien avec les principes d'égalité et de différence. Nous y reviendrons *infra*. 5.II.A.1.

alors pour faire entendre une voix dissonante qui permettrait de corriger cet oubli⁷⁶⁸.

Vient ensuite le critère d'illicéité qui implique simplement que l'acte en question soit constitutif d'une violation d'une norme au sens large, voire d'une pratique gouvernementale. Précisons à cet égard que RAWLS envisage tant l'omission d'un acte obligatoire que la commission d'un acte interdit⁷⁶⁹. Cet élément étant jugé peu controversé, il ne fait l'objet de quasiment aucun commentaire particulier chez les auteurs de philosophie politique. 213

Autre nécessité pour qu'un acte relève du champ d'application de la désobéissance civile, qu'il puisse être qualifié de non violent. Cette caractéristique constitue l'élément le plus controversé en philosophie politique et pour les activistes de la définition de RAWLS, dès lors qu'il appelle à un débat sur la définition de la violence, question qui occupe des pans entiers de la philosophie⁷⁷⁰. Pour RAWLS, le respect de cette condition est fondamental pour que l'acte de désobéissance civile puisse remplir sa fonction d'appel au public. La non-violence est aussi considérée comme prouvant le caractère citoyen de l'acte qui doit rester au plus proche des valeurs communes. Dans cette optique, s'ajoute encore la condition d'« assumer les conséquences légales de sa conduite »⁷⁷¹, élément qui entre en ligne de compte pour décider du caractère non violent de l'acte en cause. Avec cette condition, c'est donc également la fonction persuasive de la désobéissance civile qui est mise en avant⁷⁷². Rien n'est dit cependant par l'auteur de ce qui doit être considéré ou non comme relevant de la violence. 214

Pour être qualifié de désobéissance civile, l'acte en cause doit encore pouvoir s'appuyer sur un motif politique ou moral. Cette exigence suppose que l'acte a été entrepris de manière consciente dans le but de faire respecter les principes de justice tels que définis par RAWLS et permettant de soutenir une société libérale. Ainsi, il est politique au sens où « il [l'acte de désobéissance] poursuit des fins innovatrices et fait appel à une conception commune de la justice »⁷⁷³. En droit positif, cette conception commune de justice se traduit notamment dans les principes constitutionnels adoptés par les membres du corps civique et au 215

⁷⁶⁸ Il est alors question d'une fonction stabilisatrice de la désobéissance civile, cf. *infra* 5.II.A.

⁷⁶⁹ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 61.

⁷⁷⁰ À ce sujet, voir notamment les études des philosophes BENOUHAMI-MOLINO et DORLIN qui retracent les grandes lignes de ces oppositions. Également : MOULIN-DOOS, p. 37 à 42, qui distingue entre la violence contre les biens, la violence physique, la violence psychologique, la violence systémique et l'usage légal de la violence.

⁷⁷¹ RAWLS, § 55, p. 407.

⁷⁷² Qui appuie cette lecture : MULLER, p. 150 ; AGUILLON, p. 28.

⁷⁷³ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 61.

travers de la garantie des libertés fondamentales⁷⁷⁴. Dès lors, les motifs invoqués par les désobéissants et désobéissants ne peuvent qu'être liés à l'existence d'une injustice d'un degré particulier. Au sens de RAWLS, cette exigence de motivation découle de la responsabilité des citoyens de surveiller que les autorités respectent les principes de justice et de signaler les dysfonctionnements potentiels du système⁷⁷⁵. Cet acte doit donc être mûrement réfléchi pour l'auteur qui admet son utilisation, mais avec réticence⁷⁷⁶.

- 216 Enfin, l'acte de désobéissance doit avoir comme finalité le changement d'une loi ou d'une politique gouvernementale⁷⁷⁷. L'objectif est donc de « convaincre et non de contraindre » la majorité par l'ouverture d'une discussion sur le bien-fondé de la norme⁷⁷⁸. Si l'acte de désobéissance est bien fondé⁷⁷⁹, la majorité devrait alors se rallier aux arguments de la minorité⁷⁸⁰. Précisons encore à cet égard que la désobéissance civile peut se décliner sous deux formes pour RAWLS : directe ou indirecte⁷⁸¹. Elle est dite directe si la norme violée est la même que celle que les désobéissants souhaitent dénoncer et indirecte dans le cas contraire. Par exemple : le blocage d'une voie ferrée constituerait un acte de désobéissance civile indirecte si son objectif n'est pas directement la remise en question des règles de la circulation ferroviaire, mais, par hypothèse, la protestation contre le transport de matériel nucléaire⁷⁸². Tant la désobéissance civile directe qu'indirecte peut entrer dans le champ d'application de la définition de la désobéissance civile donnée par RAWLS.
- 217 Selon le philosophe, ces éléments constitutifs permettent de distinguer les actes de désobéissance civile d'actes d'objection de conscience⁷⁸³. Ainsi, par opposition, l'objection de conscience est une demande de se voir appliquer un traitement d'exception, mais pas forcément un appel au public. C'est un acte individuel et non collectif⁷⁸⁴. L'objecteur ou l'objectrice espère ne pas avoir à se trouver dans une situation où il ou elle doit matérialiser ou exprimer son refus. Il ou elle ne souhaite pas forcément que la majorité reconnaisse l'injustice de la

⁷⁷⁴ VOICE, p. 73 ; TURENNE (thèse), p. 53 ss.

⁷⁷⁵ Cf. *infra* 5.III.A.

⁷⁷⁶ RAWLS, § 55, p. 405 et 414.

⁷⁷⁷ D'une loi et non du droit, comme précédemment mentionné, RAWLS se rendant ainsi coupable d'une réduction propre au légal-positivisme sur ce point, cf. *infra* 5.III.

⁷⁷⁸ Dans ce sens, MULLER, p. 151 ; CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 62.

⁷⁷⁹ C'est-à-dire justifié moralement au sens de la théorie rawlsienne, cf. *infra* 5.II.

⁷⁸⁰ Sur ce point RAWLS souscrit à un certain idéal de rationalité des discussions que l'on retrouvera chez HABERMAS. Cet élément fait partie des prémisses idéales pour lesquelles la théorie générale de la justice de l'auteur a été critiquée, cf. *infra* 5.II.A.3.

⁷⁸¹ RAWLS, § 55, p. 405.

⁷⁸² Exemple tiré de l'ATF 129 IV 6 qui fera l'objet d'une présentation dans le chapitre 3.

⁷⁸³ Sur cette distinction voir en substance : RAWLS, § 56, p. 408 ss.

⁷⁸⁴ TURENNE (thèse), p. 35.

loi ou de la pratique contestée, mais souhaite uniquement ne pas être obligé de s'y plier pour des raisons personnelles⁷⁸⁵. Pour RAWLS, les motivations de l'objecteur ou de l'objectrice ne sont ainsi pas forcément politiques dans le sens défini plus haut, mais peuvent avoir trait à des considérations relevant par exemple de nature religieuse ou de préférences personnelles, sans lien avec la notion de justice commune⁷⁸⁶. Rappelons d'ailleurs que le refus exprimé par THOREAU de payer ses impôts est considéré par RAWLS comme une objection de conscience et non comme un acte de désobéissance civile, car ses motivations sont avant tout personnelles. Ce dernier ne démontre pas, selon RAWLS, en quoi le sens commun de la justice serait atteint par le prélèvement de cet impôt.

Une difficulté existe cependant lorsqu'il s'agit de différencier en pratique un acte d'objection de conscience d'un acte de désobéissance civile. En effet, une même séquence d'action peut tomber sous le coup d'un acte d'objection dans un premier temps, puis être transformée en campagne de désobéissance civile dans un deuxième temps⁷⁸⁷. L'acte d'objection ne devient un acte de désobéissance civile pour RAWLS que s'il est publicisé dans le but de dénoncer une obligation qui touche également d'autres membres du corps civique. En d'autres termes, pour pouvoir se transformer en acte de désobéissance civile, la revendication portée par l'auteur doit avoir vocation à devenir collective et viser à créer le débat sur le bien-fondé d'une norme dans une perspective de justice commune. La distinction entre ces deux notions est importante pour RAWLS dans la mesure où l'acte de désobéissance civile démontre un caractère démocratique que l'objection de conscience ne présente pas. Cette différence porte ainsi à conséquence lorsqu'il convient de considérer les justifications qui peuvent être apportées à l'action considérée⁷⁸⁸.

3. Une définition (trop) limitée ?

La combinaison des différents critères présentés permet de définir de manière étroite les actes pouvant être qualifiés comme des actes de désobéissance civile, tout en laissant un certain nombre de points ouverts (que faut-il entendre par violence, comment délimiter le degré d'injustice nécessaire ou le sens commun de la justice ?). S'agissant du caractère strict de ses critères, RAWLS reconnaît

⁷⁸⁵ Ainsi, la personne qui ne souhaite pas pratiquer d'avortement pour des raisons de conscience dans sa pratique professionnelle ne s'oppose pas forcément pour autant à ce que d'autres personnes en pratiquent.

⁷⁸⁶ RAWLS, § 56, p. 409.

⁷⁸⁷ RAWLS, § 56, p. 411. Ainsi l'exemple de l'objection au service militaire présentée *supra*.

⁷⁸⁸ Cf. *infra*. 5.II.A.1.

la dimension restrictive de sa définition et admet que certains de ces éléments puissent être sujets à controverse⁷⁸⁹. En effet, du fait de son ancrage libéral et de la théorie de la justice qui sous-tend son approche du phénomène, certains éléments de sa définition ont été jugés inadaptés aux réalités pratiques et sociologiques de la désobéissance civile et critiqués par certains courants de philosophie politique. À cet égard, nous souhaitons ici reprendre quelques-unes de ces critiques, afin de souligner le caractère non consensuel de la conception proposée par RAWLS et souligner l'importance de situer toute définition dans son contexte épistémologique. Les différentes critiques soulevées constituent en outre autant de limites qui justifient que l'on complète ensuite l'étude de cette notion en recourant aux propositions de définition d'autres philosophes qui permettent d'en préciser ou nuancer certains éléments constitutifs.

- 220 Concernant le caractère non violent que doit revêtir la désobéissance civile au sens de RAWLS, CELIKATES, professeur de philosophie politique à l'Université d'Amsterdam, a relevé qu'en pratique cette exigence dessert les désobéissants en raison de son imprécision et de l'absence d'univocité de la notion⁷⁹⁰. Dans le cadre de sa recherche, l'auteur démontre que les autorités adoptent une conception intellectualisée de la violence qui a pour conséquence de permettre d'assimiler un panel large d'actes à des actes violents, sans considération pour des éléments tels que la présence d'atteinte physique ou aux biens⁷⁹¹. Il explique ainsi qu'une action de blocage ou un « sit-in » peut être considéré comme une action violente⁷⁹². Selon cet auteur, la violence est un élément qui devrait jouer un rôle au niveau de l'analyse des justifications qui peuvent être apportées à l'acte, mais ne devrait pas entrer en ligne de compte pour octroyer le statut de désobéissance civile à une action⁷⁹³. Ce critère est également source de confusion dans la mesure où il peut mener à exclusion des situations qui se voulaient non violentes, mais dont le déroulement des événements a fait que des dérapages ou des actes de déprédation ont eu lieu⁷⁹⁴. Un autre risque selon CELIKATES est, qu'avec cette condition, la désobéissance civile soit réduite à exprimer un caractère purement symbolique et s'autoneutralise dans ses

⁷⁸⁹ Voir RAWLS, § 56, notes 19 et 22, le philosophe se référant notamment à la critique d'Howard ZINN.

⁷⁹⁰ CELIKATES, p. 43.

⁷⁹¹ Constat qui vaut également dans notre corpus, cf. *infra* 3. Ne sont pas distinguées : violences verbales, physiques, morales, etc. Au sens des activistes de la désobéissance civile, la non-violence vise avant tout l'absence de lésions physiques. Cf. *infra* 4.

⁷⁹² CELIKATES, p. 43. Cette interprétation semble d'ailleurs s'écarter largement de ce que Rawls souhaitait exprimer. Ce constat sur l'interprétation de la notion de violence par les autorités concorde avec ce qui peut être observé dans la pratique du Tribunal fédéral, comme nous le verrons *infra* 4.II.

⁷⁹³ RAZ ; CELIKATES, p. 42.

⁷⁹⁴ Voir en substance cet argument chez BIGIRIMANA, p. 340.

potentialités de contestation, ce qui l'empêche alors de remplir son rôle d'alerte⁷⁹⁵.

Concernant l'exigence de faire appel au sens de la justice de la majorité, cette condition témoigne d'un certain idéal de rationalité des membres du corps civique qui seraient prêts à écouter les désobéissants civils et à reconnaître que leurs revendications participent d'un idéal de justice commune. Pourtant, en pratique :

221

« [i] semblerait fréquemment que la désobéissance civile s'inscrive à l'encontre du sens de la justice dominant qui, systématiquement subverti, n'envisagerait d'abord que de (re)produire les situations contre lesquelles la désobéissance civile entend précisément agir. »⁷⁹⁶

En ce sens, l'approche de RAWLS est considérée comme invisibilisant les rapports de forces à l'œuvre et les antagonismes profonds pouvant opposer certains groupes sociaux. Par ailleurs, la référence au sens de justice commune renvoyant aux libertés et valeurs constitutionnelles existantes, l'émergence de nouveaux droits ou libertés traduisant d'autres valeurs ou en proposant une interprétation différente est alors *a priori* exclue par la définition de RAWLS⁷⁹⁷. De plus, il est quelque peu dangereux de faire appel à une notion aussi indéterminée, car rien ne nous est dit sur l'origine de ce sentiment⁷⁹⁸.

Bien que moins controversé en doctrine de philosophie politique ou de science politique, le critère de contestation de la loi a été dénoncé pour la confusion qu'il introduit entre illicéité et illégalité⁷⁹⁹. Ce raccourci, constaté chez une partie des commentateurs de la théorie rawlsienne, a notamment pour effet d'exclure du champ d'application de la désobéissance civile des actes de

222

⁷⁹⁵ CELIKATES, p. 44 et 45.

⁷⁹⁶ CELIKATES, p. 38. Nous reviendrons sur cette critique qui teinte également les conditions de justification de la désobéissance civile chez Rawls *infra* 5.II.A.3. En effet, pour l'auteur s'il y a eu désobéissance c'est que les autres moyens légaux de protestation n'ont pas fonctionné et donc, bien souvent, que la majorité n'est pas prête à adopter une position critique sur ses propres conditions de productions de valeurs. Autrement dit : « [p]ourquoi en appeler à un sens de la justice qui s'est déjà révélé plein de préjugés et réfractaire à la critique ? », CELIKATES, p. 39.

⁷⁹⁷ BIDEF, p. 105. On peut en effet questionner l'inclusion ou non dans le champ d'application d'une telle définition de mobilisations de type écologiques ou visant à faire reconnaître un droit au logement p. ex.

⁷⁹⁸ En effet, son origine serait-elle psychologique ? Qui serait l'étalon permettant de juger de ce sentiment ? Voir au sujet de cette critique *infra* 5.II.A.3. De manière générale sur la thématique de l'origine de la rationalité chez RAWLS, cf. MESTIRI.

⁷⁹⁹ Cet élément fera l'objet des discussions du chapitre 5.III. en lien avec la critique de l'approche positiviste du droit.

protestations qui violent des directives administratives ou s'opposent à des pratiques gouvernementales⁸⁰⁰.

- 223 Pour toutes ces raisons, et bien que la définition proposée par RAWLS nous permette déjà de souligner quelques éléments caractéristiques de la désobéissance civile sur lesquels nous pourrions appuyer notre recherche (caractère public, violation de la loi, distincte de l'objection de conscience), il convient d'en compléter l'étude, dès lors que des incertitudes subsistent sur certains autres critères. On rappellera par ailleurs que le but de RAWLS n'était que d'« esquisser »⁸⁰¹ une théorie de la désobéissance civile et non d'en épuiser la question.

C. Jürgen HABERMAS : la désobéissance civile sur le continent européen

1. Contextualisation

- 224 Sur le continent européen, lorsqu'il est question de désobéissance civile, c'est bien souvent aux travaux de Jürgen HABERMAS qu'il est fait référence. L'auteur a également influencé largement la doctrine juridique au sujet de la désobéissance civile⁸⁰². Ce philosophe allemand, né en 1929 à Düsseldorf, a en effet permis à la notion de désobéissance civile, jusqu'alors débattue uniquement aux États-Unis, de traverser l'océan⁸⁰³. Il s'inscrit comme RAWLS dans une tradition politique libérale⁸⁰⁴, mais ne partage pas une partie des positions du philosophe américain notamment liées à sa théorie générale de la justice⁸⁰⁵. Contrairement à RAWLS, HABERMAS prend également une part active

⁸⁰⁰ Sur cette problématique voir OGIEN, p. 583 ss. Pour des exemples de pratiques de désobéissance civile voir : OGIEN/LAUGIER, p. 96 ss. Les auteurs y décrivent notamment les cas de directives administratives visant la quantification et l'informatisation des données liées aux actes médicaux dans les hôpitaux français, face auxquelles des pratiques de désobéissances civile se sont mises en place.

⁸⁰¹ Rappel que fait TURENNE (thèse), p. 2.

⁸⁰² Cf. *supra* 1.IV.

⁸⁰³ SINTOMER, p. 92 (Désobéissance) ; MOULIN-DOOS, p. 22.

⁸⁰⁴ MOULIN-DOOS, p. 18 ; CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 64 ss.

⁸⁰⁵ Ces désaccords impactent peu la définition de la désobéissance civile adoptée par HABERMAS. OST (désobéir), p. 217 ss. Par conséquent, nous en traiterons plus en détail *infra* en lien avec les justifications démocratiques proposées par les auteurs à l'usage de ce mode d'action 5.II.A.

aux événements de son époque⁸⁰⁶. Il participe à de nombreuses manifestations contre les frappes au Vietnam⁸⁰⁷, critique le jeu des partis majoritaires conservateurs⁸⁰⁸ et dénonce la répression des mouvements estudiantins contestataires dans les années 60⁸⁰⁹. À nouveau dans les années 80, il apportera son soutien – de manière plus discrète – au mouvement pacifique, face aux tentatives de réarmement⁸¹⁰. Fervent défenseur de la place de la critique au sein d’une démocratie, ce sociologue et philosophe issu de l’école de Francfort⁸¹¹, prendra à plusieurs reprises sa plume pour défendre l’usage de la désobéissance civile comme tactique militante au sein d’un espace public qu’il considère menacé par son rejet.

C’est dans ce climat qu’il rédige les articles «Zivil Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat, Recht und Gewalt – ein deutsches Trauma»⁸¹², ou encore donne un entretien intitulé «Über Moral, Recht, zivil Ungehorsam und Moderne»⁸¹³. Ces différentes interventions vont ainsi contribuer à publiciser la notion de désobéissance civile en Europe. Cette figure se retrouve par ailleurs en filigrane dans d’autres de ses écrits. Il élabore surtout ce qu’on pourra appeler sa théorie de la désobéissance civile dans un de ses derniers ouvrages : « Droit et démocratie ». Cette monographie explicite un thème

225

⁸⁰⁶ Le philosophe offre d’ailleurs une défense moins timorée que RAWLS de l’usage de la désobéissance civile par les mouvements sociaux, cf. CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 67, considère qu’HABERMAS fait un réel « éloge » de la désobéissance civile.

⁸⁰⁷ L’Allemagne étant liée diplomatiquement aux États-Unis dans le conflit, cf. MÜLLER-DOOHM, p. 158.

⁸⁰⁸ Il dénonce l’approche formaliste et conservatrice de certains de ses contemporains et les désigne comme des adeptes d’une vision du droit qui peut être résumée par l’adage : « Gesetz ist Gesetz », voir notamment : HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 84. En ce sens, il critique le légalisme des détracteurs de la désobéissance civile, cf. *infra* 5.III. C’est un des éléments qui permet également de distinguer son approche de celle de RAWLS.

⁸⁰⁹ MÜLLER-DOOHM, p. 159 à 180.

⁸¹⁰ Différentes actions et manifestations ont lieu en 1983. Voir à ce sujet : DUPEYRIX, p. 7. MÜLLER-DOOHM, p. 158 et 259. Sur les nombreux engagements politiques d’HABERMAS cf. la biographie écrite par le sociologue et spécialiste de l’école de Francfort MÜLLER-DOOHM.

⁸¹¹ HABERMAS a en effet été affilié à ce mouvement, car il a travaillé pour Theodor W. ADORNO. Lorsque l’on se réfère à cette école, on désigne communément les chercheurs de l’« Institut für Sozialforschung » de Francfort qui a regroupé des grands noms de la recherche en sociologie et philosophie contemporaine, fédérés autour de l’idée phare de « théorie critique ». Cette dernière peut se définir, selon l’historien des idées et maître de conférences en études germaniques DUPEYRIX, comme : « une nouvelle forme de philosophie, capable de penser le temps présent de manière critique et autoréflexive [...] projet qui repose sur l’interdisciplinarité [...] sur la volonté de lier recherche empiriques et réflexion théorique et doit servir une visée critique de la société. », DUPEYRIX, p. 17 ; MÜLLER-DOOHM, p. 85 à 109.

⁸¹² Articles publiés dans : HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 79 ss et 100 ss.

⁸¹³ Retranscrit dans : HABERMAS (Schadensabwicklung), p. 64 ss.

central de la philosophie d'HABERMAS, celui de la démocratie⁸¹⁴ dont il entend démontrer le lien avec l'État de droit⁸¹⁵. Dans le cadre de cet ouvrage, il explore les tensions existantes entre légalité et légitimité⁸¹⁶ et traite de la place de la désobéissance civile au sein d'une démocratie constitutionnelle du type de celle existant en Allemagne. La désobéissance civile est ainsi directement étudiée comme un élément participant à une culture démocratique⁸¹⁷. La place occupée par le droit en tant qu'objet d'étude théorique et philosophique dans sa pensée lui permet d'ancrer sa théorie de la désobéissance civile dans un contexte institutionnel et juridique concret. Il souhaite en ce sens se distinguer de la dimension idéale⁸¹⁸ de la théorie de RAWLS et de sa société « presque juste » de référence. En ce sens, sa réflexion lie également de manière plus systématique que chez RAWLS désobéissance civile et exercice des libertés fondamentales.

2. Une définition axée sur le débat public

226 La désobéissance civile est décrite par HABERMAS comme étant :

« [...] le dernier moyen à la fois de faire entendre plus puissamment et de conférer une influence politico-journalistique aux arguments oppositionnels [...]. De tels actes de transgression symbolique et non violent de règles se comprennent comme l'expression d'une protestation contre des décisions qui engagent et qui, malgré leur genèse légale, sont, aux yeux des acteurs, légitimes compte tenu des principes de la Constitution. Ils s'adressent simultanément à deux destinataires. D'un côté, ils en appellent aux responsables et aux mandataires, les invitant à reprendre les consultations politiques formellement achevées, afin de réviser, le cas échéant, leur décision compte tenu d'une critique publique persistante. D'un autre côté, ils en appellent [...] au jugement critique d'un public de citoyens que l'on souhaite mobiliser par ces moyens inhabituels. »⁸¹⁹

La finalité de la désobéissance civile est donc double du point de vue d'HABERMAS : mobiliser les membres du corps civique et envoyer un message à leurs représentants politiques. En ce sens, pour HABERMAS, la désobéissance civile permet tout à la fois de produire une légitimation du système, en lui rappelant les principes qu'il doit mettre en œuvre, et favorise l'engagement des

⁸¹⁴ Sur la centralité de cette thématique chez Habermas, voir : DUPEYRIX, p. 8 et 118 ss, et pour une discussion approfondie, l'ouvrage du politologue Yves SINTOMER, « La démocratie impossible ? Politique et modernité chez Weber et Habermas », Paris 1999.

⁸¹⁵ Sur une introduction à cet ouvrage et sa vocation, voir l'article du docteur en droit public et spécialiste des origines intellectuelles du libéralisme, LEMASSON, p. 39 ss.

⁸¹⁶ Formule reprise par le professeur d'économie politique, CHALLE, p. 177. Également : BESSON (Morality), p. 519 et 524.

⁸¹⁷ Cf. *infra*. 5.II.

⁸¹⁸ Sans toutefois y parvenir complètement, comme nous le verrons *infra* 5.II.A.3.

⁸¹⁹ HABERMAS (droit), p. 410.

citoyens et citoyennes dans la production des valeurs communes⁸²⁰. HABERMAS insiste sur le caractère « autoréférentiel » de la désobéissance civile dans le sens où elle :

« [...] se rapporte ainsi à sa propre origine dans une société civile qui, en cas de crise, actualise dans le médium de l'opinion publique les contenus normatifs de l'État de droit démocratique et les oppose à l'inertie systémique de la politique institutionnelle. »⁸²¹

La désobéissance civile renforce dès lors à la mise en place d'une « reifen politische Kultur »⁸²² en faisant vivre le débat démocratique⁸²³. Somme toute, on peut dire que, dans la perspective d'HABERMAS, « la désobéissance contribue à tenir ensemble la communauté »⁸²⁴, elle fait office de ciment social. Cela s'explique par le rôle qu'elle vient jouer pour nourrir le débat public⁸²⁵. C'est pour toutes ces raisons qu'HABERMAS estime que la désobéissance civile est donc « une chance et un progrès pour [...] l'État de droit »⁸²⁶ et mérite en conséquence qu'on lui reconnaisse un rôle à jouer dans l'actualisation du droit⁸²⁷.

Pour le surplus, s'agissant des critères de définition et du champ d'application de la notion, l'auteur se réfère explicitement aux écrits de RAWLS sur la désobéissance civile, mais également à ceux de DWORKIN⁸²⁸. Sa définition énonce en effet un certain nombre de caractéristiques, proches de celles établies par RAWLS⁸²⁹. Ainsi, on retrouve l'exigence de non-violence, de publicité⁸³⁰, de motifs politico-moraux, d'action collective⁸³¹ et la violation d'une prescription

227

⁸²⁰ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 67.

⁸²¹ HABERMAS (droit), p. 411.

⁸²² HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 81 et 112.

⁸²³ HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 82.

⁸²⁴ Selon l'expression de la professeure de philosophie morale et spécialiste de théorie critique, FERRARESE, p. 202.

⁸²⁵ Cf. *infra* 5.II.A.2.

⁸²⁶ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 65.

⁸²⁷ Cf. *infra* 5.II.B.

⁸²⁸ Les deux auteurs sont contemporains et ont eu l'occasion d'échanger à ce sujet à différentes reprises. Ils défendent néanmoins des conceptions divergentes de la démocratie, mais dont la présentation des subtilités excède le champ de la présente recherche. À ce sujet voir : MÜLLER-DOOHM, p. 279. La théorie de la désobéissance civile de DWORKIN fera l'objet de section 5.IV.3. Sur la question spécifique des critères de définitions de la désobéissance civile, sa lecture n'apporte pas d'éléments nouveaux à ceux présents chez RAWLS ou HABERMAS.

⁸²⁹ CELIKATES, p. 36 ; LEFEBVE, p. 228.

⁸³⁰ « [U]ber den streng symbolischen, also gewaltfreien Charakter und die Absicht eines Appells an die Mehrheit » HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 114 et 84.

⁸³¹ « Allen diesen Aktionen ist gemeinsam, dass sie von spontan gebildeten, heterogen zusammengesetzten, weitverstreuten und dezentralisiert arbeitenden Basisinitiativen ausgehen. », HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 81.

légal⁸³². Son approche est cependant plus ouverte concernant la finalité de l'action qui peut viser à obtenir un changement de politique ou de droit⁸³³.

- 228 HABERMAS opère non seulement une distinction entre désobéissants et criminels⁸³⁴, mais aussi entre les désobéissants et anarchistes. A ces yeux, ces derniers visent une remise en cause générale du système, alors que les actes de désobéissance civile opèrent au sein de l'État comme correctif et élément de mise en garde⁸³⁵. Dans ce contexte, la désobéissance civile « loin de constituer un accroc porté à l'ordre légitime [...] en est son achèvement, ou en tout cas un instrument de son déploiement. »⁸³⁶ Elle mérite donc d'être distinguée de ces deux catégories.
- 229 En raison de la proximité des définitions offertes par HABERMAS et RAWLS, les critiques soulevées à l'encontre de la définition rawlsienne peuvent être énoncées *mutatis mutandis* à celle formée par le philosophe allemand. Retenons cependant qu'HABERMAS propose une approche plus souple de la finalité de l'acte de protestation (évolution du droit et non de la loi). C'est principalement au sujet des fonctions et des justifications démocratiques de la désobéissance civile que les théories des auteurs se distinguent⁸³⁷. La lecture d'HABERMAS permet néanmoins d'insister sur l'importance pour le débat public que présentent la désobéissance civile et son appel au public. Elle renforce ainsi la pertinence de critères de publicité et de mise en œuvre collective mis en exergue avec RAWLS et pouvant servir à caractériser la désobéissance civile face à d'autres moyens d'action.

D. Hannah ARENDT : une alternative à la pensée libérale de la désobéissance civile

1. Contextualisation

- 230 La philosophe Hannah ARENDT propose également une défense de la désobéissance civile dans le contexte américain des années 70. La désobéissance civile est un des derniers thèmes abordés par l'auteure au cours

⁸³² HABERMAS (Unübersichtlichkeit), notamment p. 84.

⁸³³ Sur ce point l'auteur est moins restrictif que RAWLS qui se réfère à la loi uniquement.

⁸³⁴ Un exemple de cet aspect est la condamnation par HABERMAS des actes de la « Rote Fraktion » qui relèvent à son sens de l'action délictuelle en raison du recours par ses membres à la violence et son activité clandestine, HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 80.

⁸³⁵ HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 82 et 110.

⁸³⁶ FERRARESE, p. 198.

⁸³⁷ Cf. *infra* 5.II.A.

de sa carrière. Cette philosophe, juive allemande née en 1906 et décédée aux États-Unis en 1975⁸³⁸, connue notamment pour son ouvrage « *The Origins of Totalitarianism* », se dédie à l'étude de ce sujet en raison de son actualité. On est alors en plein cœur du débat entourant la guerre du Vietnam et des mouvements de protestations ont lieu partout aux États-Unis⁸³⁹. ARENDT écrit à cette occasion un article publié en 1970, puis repris dans son ouvrage « *Crises of The Republic* »⁸⁴⁰, intitulé « La désobéissance civile ». Elle y exprime ses reproches face à une administration américaine qu'elle considère de moins en moins transparente et constate un appauvrissement du débat politique, tout comme des conditions de sa production⁸⁴¹.

Contrairement à RAWLS, puis HABERMAS, elle élabore une théorie de la désobéissance civile qui ne s'inscrit pas dans un projet politique libéral, mais considère ce phénomène comme une forme d'action qui ravive la tradition républicaine⁸⁴². Elle prend position au sein de la querelle doctrinale qui occupe les discussions académiques au sujet de la désobéissance civile à cette époque⁸⁴³, débats qu'elle considère comme étant dominés par les juristes qui n'offrent qu'une réflexion individualisante et réductrice sur la désobéissance civile⁸⁴⁴. En effet, ceux-ci rejettent majoritairement l'acceptabilité de ce mode de contestation en raison de la violation de la loi qu'il implique⁸⁴⁵. ARENDT prend ainsi le contre-pied de cette doctrine et défend, au contraire, que la désobéissance civile est une pratique qui rappelle le droit à ses origines politiques et qu'elle est en ce sens démocratique⁸⁴⁶.

La philosophe se distingue également des trois auteurs précédents dans la mesure où elle rejette tout fondement moral de la désobéissance civile. En effet, la morale ne relève pas de la politique⁸⁴⁷. Elle se démarque ainsi également du

⁸³⁸ Pour une biographie plus étoffée de Hannah Arendt, voir : ENEGREN, p. 15 à 31 ; YOUNG-BRUEHL, p. 501 ss, pour la période 1965-1975.

⁸³⁹ LEIBOVICI, p. 245.

⁸⁴⁰ Traduit en français par « Du mensonge à la violence ».

⁸⁴¹ LEIBOVICI, p. 243 et 244.

⁸⁴² Le républicanisme est une doctrine politique d'inspiration romaine qui soutient la mise en place d'un gouvernement qui promeut un rôle actif des citoyens et citoyennes, ainsi que la poursuite d'un bien commun. Elle défend en outre une vision « bottom-up » des processus décisionnels. Pour une discussion approfondie sur ce courant : AUDIER, p. 6 ss.

⁸⁴³ Tout comme RAWLS, cf. *supra* 2.III.B.1.

⁸⁴⁴ CANOVAN, p. 217. La philosophe dénonce également la tendance des juristes d'amalgamer objection de conscience et désobéissance civile.

⁸⁴⁵ Critique classique à laquelle nous consacrerons une partie du chapitre 5 cf. *infra* 5.III. En outre, CANOVAN, p. 217.

⁸⁴⁶ SMITH, p. 133 ss et *infra* 5.II.

⁸⁴⁷ Comme le résume le docteur en philosophie du droit, LEFEBVE, p. 231. Ce dernier a consacré sa thèse à la notion de droit dans la pensée d'Hannah ARENDT. La morale renvoie pour la

courant de philosophie morale auquel appartiennent RAWLS et HABERMAS. ARENDT considère en conséquence que l'acte de THOREAU constitue un acte d'objection de conscience et ne peut être comparé aux campagnes de désobéissance civile. L'élément central de cette délimitation prend notamment source dans la nature collective et politique de la désobéissance civile pour l'auteure⁸⁴⁸. Ce sont ces éléments que nous allons présenter les implications pour l'identification et la définition de la désobéissance civile dans cette section⁸⁴⁹. L'étude de la théorie de la désobéissance civile d'ARENDT, ainsi que la présentation de sa définition, permettront en outre de complexifier les rapports philosophiques possibles à cet objet et construire un registre argumentatif alternatif à la défense libérale de ce moyen d'action. Elle est également féconde pour pallier certaines fragilités ou compléter les définitions formulées par les autres auteurs du corpus.

2. Une définition politique

233 Dans son article, ARENDT avance la définition suivante de la désobéissance civile :

« [c]elui qui fait acte de désobéissance civile, tout en étant généralement en désaccord avec une majorité, agit au nom et en faveur d'un groupe particulier. Il lance un défi aux lois et à l'autorité établie à partir d'un désaccord fondamental, et non parce qu'il entend personnellement bénéficier d'un passe-droit. »⁸⁵⁰

Elle précise encore que :

« [c]es actes de désobéissance civile interviennent lorsqu'un certain nombre de citoyens ont acquis la conviction que les mécanismes normaux de l'évolution ne fonctionnent plus ou que leurs réclamations ne seront pas entendues ou ne seront suivies d'aucun effet – ou encore, tout au contraire, lorsqu'ils croient possible de faire changer d'attitude un gouvernement qui s'est engagé dans une action dont la légalité et la constitutionnalité sont gravement mises en doute. »⁸⁵¹

De cette définition nous pouvons retenir tout d'abord que la désobéissance civile comporte une dimension intrinsèquement collective⁸⁵².

philosophe à des considérations individuelles non conciliables avec ce qu'elle estime couvert par la notion de désobéissance civile.

⁸⁴⁸ LEFEBVE, p. 231.

⁸⁴⁹ La question des justifications démocratiques de la désobéissance civile au sens d'ARENDT fera pour sa part l'objet de la section 5.II.B. en réponse à la critique d'antidémocratie opposée aux désobéissants et désobéissantes.

⁸⁵⁰ ARENDT (Mensonge), p. 82.

⁸⁵¹ ARENDT (Mensonge), p. 80 et 81.

⁸⁵² Voir pour plus de précisions : LEFEBVE, p. 228 ; BENTOUHAMI-MOLINO, p. 47.

Cette exigence est à mettre en lien avec la conception du gouvernement démocratique chez ARENDT. Pour la philosophe, la démocratie est avant tout un lieu où se rencontrent la pluralité et la diversité des opinions et de personnes, qui permet la liberté – au sens de capacité d’agir et de se renouveler des êtres humains⁸⁵³. La mise en place d’un espace politique vivant en est donc garante. C’est ensuite à partir de ces données que les membres d’une société se dotent d’institutions qui ne sont rien de plus que le produit humain de ces échanges⁸⁵⁴. Dans ce cadre, le rôle de la constitution d’un État est d’accueillir l’action politique et en est le fruit⁸⁵⁵. Autrement dit, la constitution est le résultat des promesses par lesquelles les membres du corps civique se lient⁸⁵⁶. Elle ne traduit pas d’un idéal de justice transcendantal contrairement à ce qui prévaut dans l’approche rawlsienne. La démocratie, dans cette optique, est le résultat d’un processus politique et non pas un idéal figé, ce qu’ARENDT rappelle lorsqu’elle critique le gouvernement américain et souligne « les dangers qu’il y a à brandir la démocratie comme une cause idéologique et à combattre le totalitarisme en adoptant les méthodes de l’adversaire »⁸⁵⁷.

Dans ce contexte, les personnes qui désobéissent constituent selon elle : 235

« [...] des minorités organisées, unies par des décisions communes, plutôt que par une communauté d’intérêts, et par la volonté de s’opposer à la politique gouvernementale, même lorsqu’elles peuvent estimer que cette politique a le soutien d’une majorité. Leur action concertée procède de leur commun accord, et c’est cet accord qui confère à leurs opinions une certaine valeur et les rend convaincantes indépendamment de la façon dont elles se sont formées à l’origine. »⁸⁵⁸

C’est donc au moment où l’acte de désobéissance perd son origine individuelle qu’il devient ce qu’il est et déploie ses potentialités⁸⁵⁹. La désobéissance « traduit donc une aptitude collective à s’opposer à partir d’un impératif reconnu

⁸⁵³ ARENDT (Révolution), p. 353 ss ; LEFEBVE, p. 64.

⁸⁵⁴ WALDRON, p. 203.

⁸⁵⁵ WALDRON, p. 203, qui recourt à une métaphore pour retranscrire cette idée : celle selon laquelle la constitution est le logement fabriqué par les membres du corps civique pour y déployer leur activité : « [t]hat politics need housing, and that building such housing can be equated with framing a constitution [...]. Sometimes the metaphor is less of bricks and mortar than of the furniture that enables us to sit facing one another in politics, in just the right way. » ARENDT insiste dans son œuvre sur la nature produite des structures.

⁸⁵⁶ LEFEBVE, p. 69.

⁸⁵⁷ ENEGRÉN, p. 20. Rappelons que la philosophe, tout en ayant été marquée par les dangers des idéologies de son temps – national-socialisme et stalinisme – et en étant admirative du système démocratique américain, n’hésite pas à adopter une position critique sur les dérives actuelles ou potentielles du gouvernement.

⁸⁵⁸ ARENDT (Mensonge), p. 62.

⁸⁵⁹ Voir à ce sujet l’analyse de la place de la théorie d’ARENDT dans l’évolution des doctrines de la désobéissance civile proposée par : LAUDANI, p. 142.

par plusieurs »⁸⁶⁰. L'accent qu'elle place sur cet aspect trace une ligne de démarcation claire entre cette attitude et celle de l'objection de conscience. Comme l'explique HURTADO, doctorant en philosophie de l'Université Paris 8 qui a consacré sa thèse à la pensée d'ARENDT, cette condition renvoie à l'idée selon laquelle « la politique se joue au sein du pluriel »⁸⁶¹, de la confrontation des relations entre membres d'une même société, que c'est dans cette activité collective et où tous exercent leur autonomie que se crée le « monde politique et, donc l'unité minimale de la politique »⁸⁶². Cette dimension collective traduit également l'importance de l'action – *a fortiori* collective – dans la pensée d'ARENDT qui est une condition de création du politique⁸⁶³. En ce sens, la démocratie s'enrichit de ses éléments discordants. C'est aussi ce caractère collectif qui donne naissance au droit selon Arendt, dans le sens où, ce qui fait la matérialité d'un droit, c'est son exercice et sa reconnaissance par d'autres⁸⁶⁴. On peut résumer en disant que, dans la conception arendtienne, tout acte « de désobéissance visant à la transformation politique ne peut se faire qu'en compagnie »⁸⁶⁵.

- 236 S'agissant du caractère public de l'acte de désobéissance, il a pour but de distinguer entre l'acte de désobéissance civile et l'acte « du délinquant de droit commun »⁸⁶⁶. Bien que les deux aient en commun la violation de la loi, les ressorts égoïstes et non politiques de l'acte de délinquance ne sont en rien similaires à ceux observés chez les désobéissants pour la philosophe⁸⁶⁷.

⁸⁶⁰ Selon les termes de la philosophe GIRARD, p. 213 à propos de la théorie d'ARENDT.

⁸⁶¹ Voir également sur cet aspect les considérations du professeur de philosophie et spécialiste d'ARENDT : TASSIN, p. 544 ss.

⁸⁶² HURTADO, p. 238.

⁸⁶³ « Une société n'est démocratique que dans la mesure de l'active participation des citoyens qui la composent. Cesser d'agir, pour les citoyens, c'est, pourrait-on dire, "désactiver" la démocratie. » TASSIN, p. 545, voir en outre les pages 260 ss et 558. ARENDT s'insère ainsi dans une tradition politique aristotélicienne qui place au centre de la politique les personnes en tant que *zôon politikon*. « [...] [A]n Arendtian *zôon politikon* is a person who engages seriously and responsibly in public business under the auspices of public institutions. He has the judgment to discern which issues are political and which are merely social and personal. He can see that what matter in politics are interests and purposes that are shared by all as agents in a community. He has the patience to listen to others and to respond to their intelligence in a way that treats them as equals. Above all he has respect for the structure and procedures that frame the political enterprise and that make possible deliberation and action with others. », WALDRON, p. 202.

⁸⁶⁴ HURTADO, p. 262.

⁸⁶⁵ BENTOUHAMI-MOLINO, p. 47.

⁸⁶⁶ ARENDT (Mensonge), p. 79.

⁸⁶⁷ ARENDT (Mensonge), p. 79.

L'acte de désobéissance civile est encore caractérisé par sa dimension politique et donc civile⁸⁶⁸, pour ARENDT. Il est politique, car il est une forme d'action et de participation active à la vie collective⁸⁶⁹. Il est également animé par un souci du commun⁸⁷⁰. Pour ARENDT, le caractère civil et politique de la désobéissance civile implique implicitement une forme de non-violence en conséquence, dans le sens où il ne vise pas à détruire ce monde commun⁸⁷¹. L'acte de désobéissance civile ne vise pas à accroître la puissance d'un individu sur d'autres et les obliger, mais plutôt à redessiner les contours des conditions de la vie en société⁸⁷². L'auteure ne met ainsi pas en cause la violence sous un angle moral contrairement aux autres philosophes de notre corpus⁸⁷³. Pour la philosophe, la non-violence n'est en ce sens pas une condition qui permet de juger de la qualification de l'acte de désobéissance civile et qui s'ajoute aux autres caractéristiques, elle découle simplement du caractère citoyen et politique⁸⁷⁴. *A contrario*, l'auteur ne cherche pas à délimiter avec cette notion de non-violence politique les formes que peut prendre concrètement l'action des désobéissants. Ces derniers peuvent recourir à toute sorte de tactiques, occupations, blocages, etc., pour autant qu'ils ne portent pas une atteinte physique aux autres membres de la société⁸⁷⁵. Afin de rendre compte de cette subtilité, LEFEBVE suggère de qualifier de pacifique, la désobéissance civile, plutôt que de non violente⁸⁷⁶.

⁸⁶⁸ LEFEBVE, p. 234 et 235, se rallie d'ailleurs à la thèse défendue par certains auteurs en littérature secondaire relative à la terminologie utilisée lorsque sont visés les actes dits de « désobéissance civile », qui voudrait plutôt que l'on parle de « désobéissance politique », afin de rendre cette distinction avec la délinquance ordinaire plus évidente. Selon lui, le ressort politique mis en avant par ARENDT serait alors mieux explicité. Cependant, pour éviter de rajouter aux confusions existantes au sujet du concept en droit, nous préférons nous limiter à l'usage du syntagme « désobéissance civile ».

⁸⁶⁹ ARENDT (Humaine), p. 201 ss. Comme résumé par KATEB, p. 132, la politique pour ARENDT : « is action and that action is speech in public about public affairs. », WALDRON, p. 207.

⁸⁷⁰ CANOVAN, p. 183. Nous reviendrons en détail sur ces éléments et leur importance pour distinguer morale et politique *infra* 2.III.D.2.

⁸⁷¹ KATEB, p. 133 ; YOUNG-BRUHEL, p. 544 ss.

⁸⁷² ARENDT (Humaine), p. 180 ; KATEB, p. 133, la politique au sens d'ARENDT est ainsi un lieu où on est « avec » et non « contre », on y fait face à des adversaires et non des ennemis ; LEIBOVICI, p. 254 et 255, qui souligne la distinction essentielle chez ARENDT entre pouvoir et violence « la violence est instrumentale. Elle relève des moyens par lesquels certains poursuivent des fins, ses instruments sont conçus pour augmenter non le pouvoir, mais la puissance d'un individu, ou d'un groupe, c'est-à-dire sa capacité propre à modifier son environnement. ». En outre, YOUNG-BRUHEL, p. 543.

⁸⁷³ LEIBOVICI, p. 255 et 256.

⁸⁷⁴ Raison pour laquelle elle n'apparaît pas dans sa définition.

⁸⁷⁵ CANOVAN, p. 186. Un acte violent par excellence étant la guerre au sens d'ARENDT. Également : YOUNG-BRUHEL, p. 544-545.

⁸⁷⁶ LEFEBVE, p. 229.

- 238 La conception arendtienne de la désobéissance civile se singularise encore par la place centrale qu'elle attribue à la désobéissance civile au sein d'un état démocratique. En effet, pour la philosophe, cette activité étant politique, elle mérite d'être encouragée⁸⁷⁷. Contrairement aux auteurs libéraux qui attribuent à cette pratique un rôle marginal, bien que pouvant être démocratique sous certaines conditions⁸⁷⁸, elle place ce mode d'action au cœur des pratiques politiques. Elle ne se réfère pas non plus à un étalon de valeur ou un sentiment qui pourrait caractériser la pratique par référence aux valeurs de la constitution ou en référence à des principes abstraits de justice, au sens entendu par RAWLS ou HABERMAS, ou dans une certaine mesure THOREAU.
- 239 Ainsi, en fin de compte, les seuls éléments réellement nécessaires à la qualification d'un acte de désobéissance civile au sens d'ARENDT, sont : l'existence d'un caractère politique en raison de l'action publique et collective des désobéissants et la violation d'une disposition normative.

3. La centralité de la distinction entre motivations individuelles et acte collectif et politique

- 240 Il convient de consacrer un peu plus d'attention au caractère politique de l'action publique et collective de la définition d'ARENDT de la désobéissance civile, dans la mesure où il permet de fonder la désobéissance comme une action justifiée de manière immanente et ne reposant pas sur des bases morales, transcendantales, comme c'est le cas chez les auteurs précédents.
- 241 En effet, c'est là que se situe le cœur de la critique qu'ARENDT formule à THOREAU. Elle considère ainsi l'acte de ce dernier comme relevant de l'objection de conscience et non de la désobéissance civile⁸⁷⁹. Selon elle, si l'on intronise le caractère collectif et donc politique comme constitutif de la désobéissance civile, alors nul besoin de juger des motivations individuelles et morales⁸⁸⁰ du désobéissant. Au stade de l'identification de la désobéissance civile, ce qui devient alors déterminant est qu'un groupe, après avoir éprouvé ses opinions parmi ses membres, ait jugé nécessaire que la revendication qui le préoccupe soit portée dans l'arène politique, y compris au prix de constituer un acte illicite.
- 242 Si ARENDT cherche à se départir de la référence à la conscience individuelle ou aux préceptes moraux avec tant de véhémence, c'est qu'elle voit dans l'attitude

⁸⁷⁷ LEFEBVE, p. 255.

⁸⁷⁸ Cf. *infra* sur les conditions de justifications proposées par RAWLS et HABERMAS 5.II.A.

⁸⁷⁹ ARENDT (Mensonge), p. 59.

⁸⁸⁰ ARENDT (Mensonge), p. 62 et 63.

de THOREAU⁸⁸¹ des aspects problématiques pour la construction d'un vivre en société. En effet, chez THOREAU la motivation première de la désobéissance est la volonté de ne pas commettre un mal, car on ne pourrait pas ensuite vivre avec soi-même. Le référentiel est donc l'individu et sa conscience, mais en aucun cas l'idée de ne pas commettre le mal pour autrui avec pour horizon le bien commun⁸⁸². Les problèmes d'un fondement sur la base de la conscience personnelle sont donc doubles selon la philosophe : premièrement, ses ressorts sont éminemment subjectifs et donc non généralisables⁸⁸³. Autrement dit, ce qui me paraîtra insupportable pour vivre avec moi-même ne le sera pas forcément pour un autre, ce qui engendre le risque de ne plus pouvoir chercher des positions communes ou d'inciter à ne pas agir⁸⁸⁴. ARENDT applique cette critique à l'exemple des pros et anti-ségrégationnistes. Si l'on résume leur opposition à une pure question de conscience personnelle, la ségrégation est un fait avec lequel certains pourraient alors tout à fait vivre ; dès lors on serait face à une position qui devient non critiquable et pas moins valable qu'une autre, la rendant inapte à motiver un acte de désobéissance civile de masse. Si l'on définit la désobéissance civile par le recours à un référentiel moral, une deuxième difficulté apparaît, car on suppose que l'être humain possède « le don inné de distinguer le bien du mal » et qu'il applique de manière effective ce don à l'analyse de ses actes⁸⁸⁵. Or, l'existence d'un sentiment moral ne peut en conséquence servir de seul jalon à la définition de la désobéissance civile pour l'auteur, bien qu'il puisse se recouper avec un sentiment de responsabilité pour le bien commun⁸⁸⁶. Pour ARENDT, l'engagement moral n'a de portée politique que s'il cherche sa source dans un processus dialogique, dans la discussion et non pas par référence à un idéal transcendantal de justice *a priori*⁸⁸⁷.

En d'autres termes, la conception de la désobéissance civile arendtienne, en raison de son caractère intrinsèquement pluriel et collectif, n'est pas compatible avec une position axée sur la conscience individuelle qui laisse présager que la désobéissance pourrait aussi se situer dans le champ de l'individu, désincarné de toute société au sens large, puisqu'elle perdrait alors son caractère

243

⁸⁸¹ Et l'on peut aussi dire *a fortiori* chez les théoriciens libéraux qui fondent le caractère juste sur un concept de morale.

⁸⁸² Voir sur ces éléments : CANOVAN, p. 183 à 185.

⁸⁸³ ARENDT (Mensonge), p. 70 et 71 ; CANOVAN, p. 183 à 185.

⁸⁸⁴ Or c'est dans l'action que se situe la politique pour l'auteure cf. *supra* 2.III.D.

⁸⁸⁵ Au sujet de ces deux critiques, voir : ARENDT (Mensonge), p. 70 et 71 ; ENGRÉN, p. 142 ; BARROT, p. 42. En particulier, l'auteur souligne le danger d'une telle approche en la mettant en perspective avec les explications données par EICHMANN lors de son procès. CANOVAN, p. 184.

⁸⁸⁶ CANOVAN, p. 184, ce qui permet d'expliquer l'engagement politique de THOREAU.

⁸⁸⁷ Sur cet aspect spécifique de la pensée d'ARENDT, on peut renvoyer à l'article de PASSERIN D'ENTREVES, en particulier p. 254 ss.

politique⁸⁸⁸. Ce qui définit la désobéissance civile, c'est que les individualités se rencontrent et forgent ensemble une opinion commune issue de leurs discussions et expériences. Cette position est donc liée à celle de *zôon politikon* présentée plus haut⁸⁸⁹. En effet, pour la philosophe, le citoyen ou la citoyenne n'a qu'une seule forme d'engagement de type moral : celui lié au respect de ses engagements pris envers autrui et la responsabilité qu'il encourt en vertu de ses engagements pour le collectif⁸⁹⁰. C'est également de ce type d'engagements et de promesses que découle la constitution d'un État⁸⁹¹, celle-ci n'étant donc pas juste ou bonne *a priori*, mais parce qu'elle traduit de ces promesses et des choix collectifs des membres du corps civique.

- 244 Pour résumer et par référence aux mots de LEFEBVE, avec l'objection de conscience on se trouve dans du « souci de soi », alors que la désobéissance civile traduit un « souci du monde », qui ne peut prendre naissance que dans le collectif⁸⁹². Dans cette perspective, la personne qui décide seule de désobéir « se soustrait par là même au monde commun et, du même coup, le menace »⁸⁹³. La conscience est donc jugée par ARENDT comme « apolitique »⁸⁹⁴.

⁸⁸⁸ ENEGRÉN, p. 142 ; CANOVAN, p. 183 ; SMITH, p. 135.

⁸⁸⁹ ARENDT (Politique), p. 45.

⁸⁹⁰ ARENDT (Mensonge), p. 99 ; LEFEBVE, p. 260.

⁸⁹¹ Cf. *supra*.

⁸⁹² LEFEBVE, p. 231.

⁸⁹³ BARROT, p. 42.

⁸⁹⁴ Selon les termes du professeur de philosophie politique liégeois DELRUELLE, p. 172, au sujet de la théorie de la désobéissance civile d'ARENDT.

IV. Conclusion et adoption d'une définition de travail

Ce chapitre a été l'occasion de présenter les différents outils conceptuels nécessaires pour aborder la notion de désobéissance civile en philosophie politique. Différentes observations méritent d'être synthétisées. 245

Nous avons constaté que la notion est polysémique et qu'il existe une pluralité de courants philosophiques à son sujet. Néanmoins, seule la théorie libérale de la désobéissance civile est représentée dans la doctrine juridique suisse sur le sujet. Or, ce choix de filiation épistémologique porte à conséquence, notamment lorsqu'il s'agit de considérer les critères de définition d'un acte de désobéissance civile, ses justifications, mais également ses effets en droit. Pour le dire simplement, l'enjeu de la définition de la désobéissance civile est déjà un choix politique. S'agissant des deux orientations principales en philosophie politique, on retiendra que, si le courant libéral est bien implanté en doctrine juridique, la transposition d'une orientation républicaine est, quant à elle, à tout le moins inachevée. 246

Sur le plan des terminologies présentes dans l'étude de la désobéissance civile, nous avons constaté qu'elles sont nombreuses et que, selon les orientations philosophiques choisies, les auteurs préfèrent user de l'une ou l'autre expression dans le but de mettre l'accent sur leurs divergences avec le courant libéral ou sur certaines caractéristiques particulières de l'acte, afin de le distinguer d'autres modes d'action (par exemple : désobéissance civique⁸⁹⁵, désobéissance démocratique⁸⁹⁶, désobéissance politique⁸⁹⁷, résistance civile⁸⁹⁸). En conséquence, la terminologie utilisée n'est qu'un indice pour identifier les types d'actes et situations visées et l'enjeu d'une clarification « matérielle » de l'objet n'en est que renforcé⁸⁹⁹. Ce foisonnement de désignations souligne également la nature dynamique et mouvante du sujet et l'artificialité qui peut exister à 247

⁸⁹⁵ BOVÉ/LUNEAU, p. 159 ss ; PAPAUX (désobéir), p. 297 ss.

⁸⁹⁶ MOULIN-DOOS, p. 83 ss.

⁸⁹⁷ MARKOVITS, p. 1933 ; LEFEBVE, p. 229.

⁸⁹⁸ SINTOMER (désobéissance), p. 93 ss ; CHENOWETH, p. 2 ss.

⁸⁹⁹ Ainsi, CHENOWETH dans son étude traite de situations qui peuvent comprendre la désobéissance civile, mais sont souvent beaucoup plus larges et s'apparentent bien plus à la tradition du droit de résistance, bien qu'elle use de l'expression résistance civile, tandis que SINTOMER ou MARKOVITS traitent bel et bien de désobéissance civile au sens de notre étude, mais marquent leur distance face au courant libéral par l'adoption d'une autre terminologie. THOREAU a usé de l'expression résistance civile, mais son acte a été requalifié de désobéissance civile par son éditeur et qui plus est pour désigner un acte qui s'apparente matériellement à de l'objection de conscience selon la sens majoritaire qui lui est prêté.

tenter d'appréhender l'activité des mouvements sociaux au travers de catégories rigides⁹⁰⁰.

- 248 S'agissant de la clarification de ce qu'est la désobéissance civile, l'exposé des différentes théories académiques de la désobéissance civile nous permet de confirmer la nécessité de distinguer conceptuellement droit de résistance, objection de conscience et désobéissance civile. Ainsi, par la négative, un certain nombre de situations peuvent être exclues du champ d'application de la désobéissance civile : le refus individuel de se soumettre à une obligation légale pour des motifs de conscience et les actes de protestation qui visent la destitution du régime politique en place dans un État. *A contrario*, la désobéissance doit donc présenter une composante de violation active de la loi et s'inscrire dans une démarche démocratique qui ne se limite pas à contester la légitimité des autorités politiques en place. Elle se distingue également du vandalisme, non revendiqué, et de la délinquance ordinaire, dans le sens où ses motivations ne sont pas égoïstes⁹⁰¹.
- 249 Par la positive cette fois-ci, l'étude des différentes définitions proposées par les philosophes politiques de notre corpus permet de mettre en lumière quelques caractéristiques de définition consensuelles pour circonscrire la notion de désobéissance civile. Ainsi, il est admis qu'elle est un acte de violation d'une prescription légale, commis de manière publique et collective, par des personnes qui cherchent à obtenir des changements politiques ou sociaux.
- 250 S'agissant des autres éléments de définitions, différentes controverses ont été soulevées. Ainsi, pour les théoriciens libéraux l'acte de désobéissance civile doit être mu par un sentiment de justice. L'étude des écrits d'ARENDET a néanmoins permis de souligner la fragilité du recours à ce critère, mobilisé par les auteurs libéraux afin de limiter l'usage de la désobéissance civile à des situations d'exception et en référence à un idéal de justice situé. Son utilisation entretient en outre, sur le plan philosophique, une confusion potentielle avec l'acte de conscience individuelle, au détriment de la nature collective de l'action de désobéissance civile. En raison de ces critiques, mais également des difficultés que l'examen d'un tel critère présenterait sur le plan pratique, nous

⁹⁰⁰ Pour le dire avec les mots de BENTOUHAMI-MOLINO, l'étude de la désobéissance civile ne peut être celle d'une : « généalogie paresseuse faisant de la conceptualisation historique de la résistance civile un processus d'héritages successifs à travers lequel elle n'aurait été que la version "moderne" d'une ancienne tradition, et où la notion de peuple aurait disparu au profit de celle de minorité. » p. 223. L'étude de la désobéissance civile est aussi pour la théorie critique celle du « sabotage de la théorie des noms propres qui fait de certains termes politiques des termes figés au sein d'un dispositif de pensée considéré comme consensuel. », BENTOUHAMI-MOLINO, p. 222.

⁹⁰¹ Dans le sens où, la commission de l'infraction vise à obtenir un avantage pour soi-même.

ne l'incluons pas à notre définition de travail dont les éléments serviront de filtres pour identifier une casuistique juridique matérielle d'actes de désobéissance civile dans la seconde partie de notre étude.

Un second élément qu'il convient de préciser concerne le sens octroyé à la notion de non-violence au sens des auteurs. Le terme renvoyant à des registres de violence distincts et étant équivoque, son champ d'application doit être explicite. Nous avons souligné que la dimension non violente prêtée aux actes de désobéissance civile par les auteurs doit se comprendre en relation étroite avec son caractère civil, ce qui passe par l'exclusion des actes qui constitueraient des atteintes physiques aux personnes. Pour le surplus, les contours de ce critère sont flottants. Par référence aux types d'actes qu'ARENDT et HABERMAS ont qualifiés de désobéissance civile, on peut considérer que des actions de blocage ou de protestation symbolique peuvent être entendus comme non violentes⁹⁰². Ainsi, des actes impliquant une simple restriction des libertés d'autrui ne sauraient être exclus du champ d'application de la désobéissance civile. De même, la violation d'une norme n'est pas constitutive en tant que telle d'un acte violent au sens des auteurs. S'agissant des violences verbales ou des atteintes aux biens, les philosophes de notre corpus ne se sont pas positionnés de manière explicite. Par conséquent, nous proposons de ne pas les exclure du champ d'application de la désobéissance civile, afin de ne pas limiter outre mesure notre objet d'étude à ce stade. Ainsi, nous entendons l'exigence de non-violence de manière large en considérant qu'elle vise uniquement à exclure les actes d'atteinte physique à autrui⁹⁰³.

Fort de ces nuances et conclusions, nous proposons pour la suite de cette étude de considérer la désobéissance civile⁹⁰⁴ comme étant : un acte collectif et public⁹⁰⁵, non violent⁹⁰⁶, commis en violation de prescriptions normatives et entrepris dans le but d'obtenir des changements politiques ou sociaux. Elle combine ainsi les éléments consensuels présentés, exclut l'objection de conscience et la résistance et propose d'abandonner la référence au sentiment de justice.

En conséquence, l'adoption de cette définition nous permet d'ores et déjà d'écarter certaines des catégories légales identifiées *prima facie* au chapitre 1

⁹⁰² LEIBOVICI, p. 252.

⁹⁰³ C'est également le sens que lui prêtent généralement les activistes, cf. CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 87.

⁹⁰⁴ Nous continuerons d'user de la terminologie de désobéissance civile, car elle permet dans le cadre de notre étude d'éviter des confusions supplémentaires et que c'est celle employée par les philosophes de notre corpus.

⁹⁰⁵ En d'autres termes, politique au sens d'ARENDT. Cf. *supra* 2.III.D.2.

⁹⁰⁶ Car non constitutif d'une atteinte physique à autrui.



qui semblaient présenter un intérêt *a priori* pour une éventuelle transposition de la notion en droit. Ainsi, la liberté de conscience et de croyance peut être écartée, dès lors qu'elle recouvre les actes d'objection de conscience, mais ne permet pas de tenir compte de la dimension politique et collective de la désobéissance civile⁹⁰⁷. Son recours obligerait à réduire la désobéissance civile à un acte moral, vision trop réductrice. De même, la désobéissance civile ne peut s'appréhender par le biais du motif justificatif de légitime défense, dès lors que l'acte conscient de violation ne vise pas un acte de protection individuelle contre une attaque.

- 254 L'adoption de cette définition de travail nous permet d'établir de nouveaux filtres – des critères qualitatifs cette fois-ci – à appliquer à la jurisprudence pour y identifier les décisions qui traitent « matériellement » d'actes de désobéissance civile, au sens défini ici et bien que le terme n'y soit pas employé. La constitution et l'étude d'un tel corpus occuperont la seconde partie de notre travail. Elle nous permettra de nous prononcer sur le traitement par les autorités judiciaires suisses de ces cas de désobéissance civile, sur les catégories restantes identifiées au chapitre 1 en vue d'une transposition juridique et sur ce que l'étude de ces cas, en lien avec cette notion, nous enseigne quant au droit en tant que discipline.

⁹⁰⁷ En outre, comme nous le verrons, elle n'est pas mobilisée dans les cas, *cf. infra* 4.III.A.



Deuxième partie :

Casuistique d'actes de
désobéissance civile



Chapitre 3 : Les affaires relevant « matériellement » de la désobéissance civile

I. Introduction

La présentation de la recherche opérée dans les différentes sources du droit au chapitre 1 a permis de relever qu'il n'existe pas de définition juridique de la désobéissance civile. Dans ce chapitre, partant de ce constat, il s'agit de rechercher comment des actes qui s'apparentent matériellement à des actes de désobéissance civile, car ils correspondent à la définition de travail élaborée grâce à la philosophie politique dans le chapitre 2, sont analysés par nos juridictions⁹⁰⁸. Nous nous intéresserons également à quelques affaires traitées par la CourEDH dont l'activité complète et encadre l'activité des juridictions internes. 255

Les intérêts de la constitution d'une telle casuistique matérielle sont qu'elle nous permet d'identifier de quelle façon les autorités traitent les affaires de désobéissance civile en Suisse et de confronter ce traitement à la dogmatique juridique générale pour en proposer une appréciation critique. En outre, elle met en évidence l'existence ou l'absence de synergies avec les instruments de droit positif exposés dans les chapitres 1, toujours dans le but de rechercher s'il existe des catégories à même de permettre de qualifier la désobéissance civile en droit, voire de la justifier. 256

Nous constaterons ainsi que le passage de la conception philosophique de la désobéissance civile aux catégories juridiques met en exergue un certain nombre de hiatus conceptuels existant entre les disciplines. L'explicitation de ceux-ci nous permettra à un stade ultérieur de notre recherche de questionner leurs ancrages respectifs et de les discuter. Ces écarts se manifestent notamment dans l'interprétation judiciaire donnée à des éléments tels que la violence, la subsidiarité ou l'illicéité. De même, nous soulignerons les difficultés 257

⁹⁰⁸ Ci-après nous désignerons ce corpus de jurisprudence comme « les actes matériels de désobéissance civile » sans rappeler à chaque mention qu'ils le sont en transposition des critères des définitions philosophiques présentées au chapitre 2, ce afin de fluidifier la lecture.

d'articulation entre les droits fondamentaux consacrés en droit positif des désobéissants et désobéissantes (parfois plaidés en débordement de leur acception juridique), ainsi que la tendance dans le raisonnement pénal à réduire la réflexion sur le droit à une application de la loi pénale.

- 258 Nous commencerons par présenter la méthodologie utilisée pour sélectionner les différents cas à inclure à notre corpus (II.), puis les présenterons en trois groupes (actes d'occupation, III., délit de solidarité, IV., et jurisprudence de la CourEDH, V.) et terminerons avec une mise en commun et discussion des différentes observations issues de cette présentation (VI.).

II. Méthodologie de filtrage et de constitution du corpus

Afin de déterminer les cas à inclure ou exclure dans notre corpus d'actes matériels de désobéissance civile, nous avons procédé à un filtrage. Ce filtrage correspond à une transposition en termes juridiques des éléments de notre définition de travail de la désobéissance civile. Nous les appliquons en deux temps et de manière cumulative. De même, la qualification opérée par les désobéissants de leurs propres actes n'est pas déterminante à ce stade⁹⁰⁹.

Le premier niveau de filtrage est opéré au moyen de la transposition en droit des éléments de définition relatifs au mode opératoire et aux finalités de l'usage de la désobéissance civile. Il convient de nous intéresser premièrement aux éléments suivants de la définition adoptée de la désobéissance civile : son caractère contraire à une norme, soit *a priori* illicite⁹¹⁰, dans la mesure où il suscite une réaction judiciaire, l'adoption d'un comportement non violent, son caractère collectif et sa finalité recherchée d'obtenir des changements politiques ou sociaux. Transposé en droit, cela revient à considérer les actes qui réalisent les éléments constitutifs d'une infraction pénale, à l'exclusion des actes qui relèvent de procédures de droit public et donnent lieu à des procédures administratives. Ce choix se justifie principalement, car c'est dans ce domaine que le droit intervient en grande majorité à l'encontre des désobéissants civils. Ainsi, le prononcé d'une amende à l'encontre d'un individu en raison du non-respect des charges assorties à une autorisation de manifester ne sera pas inclus au corpus, tout comme une procédure qui serait uniquement disciplinaire, sans qu'elle soit assortie de l'ouverture d'une procédure pénale⁹¹¹. En conséquence

⁹⁰⁹ Le cas d'activistes qui occupent une église pour dénoncer le régime d'asile pourra en ce sens être examiné, peu importe que ceux-ci désignent leur acte comme de la désobéissance civile. *A contrario*, la situation du justiciable qui refuse de payer ses impôts en estimant que son acte relève de la désobéissance civile, car il est mécontent du montant dont il doit s'acquitter, ne sera pas incorporée en application des filtres choisis, soit en l'occurrence de l'absence de caractère collectif et de motivation à amorcer un changement politique ou social, cf. Décision du Tribunal administratif du canton d'Argovie du 29 janvier 1992, AGVE 1992 p. 272. Pour une présentation des décisions qui mentionnent explicitement la désobéissance civile, cf. *supra* 1.III.

⁹¹⁰ Cf. *supra* 3.II.

⁹¹¹ Ne sera ainsi pas examinée la décision ATF 105 Ia 15 (JdT 1981 I 72) par exemple. Dans cet arrêt, un militant antinucléaire demande une autorisation de tenir un stand dans le canton de Saint-Gall pour sensibiliser la population aux dangers de ce mode de production d'énergie. L'autorité accepte sa demande, pour autant qu'il se borne à communiquer des informations, mais n'appelle pas la population à occuper la centrale de Gösgen. Lors d'un contrôle, la police du commerce constate néanmoins que des tracts invitant à rejoindre le mouvement d'occupation sont distribués et elle met fin à la distribution. Elle amende le militant pour usage

de l'exigence d'une finalité politique, les infractions commises avec un mobile purement égoïste ou d'enrichissement illégitime pourront ensuite être exclues⁹¹², ainsi que les actes d'objection de conscience lorsqu'ils ne visent pas à porter des revendications collectives ou visant à être transposées à d'autres personnes ou en raison de leur caractère individuel⁹¹³. Cependant, l'existence d'une finalité politique pourra être retenue dans un sens large à ce stade. En conséquence, peu importe que les prévenus aient agi pour dénoncer une situation estimée injuste, créer un rapport de force ou susciter le débat public. Enfin, le caractère non violent de l'acte sera entendu comme impliquant que l'acte entrepris n'ait pas causé d'atteintes à l'intégrité physique d'autrui⁹¹⁴. Cela implique donc d'exclure les occurrences dans lesquelles les auteurs sont poursuivis pour des infractions qui impliquent de telles atteintes, comme l'émeute⁹¹⁵, la prise d'otage avec violence⁹¹⁶, ou toute autre infraction visée par les Titres 1 ou 7 du Code pénal⁹¹⁷. En application de ce raisonnement, ne relèveront pas d'actes matériels de désobéissance civile l'occupation d'une ambassade par des personnes s'opposant au régime politique d'un État, commise avec prise d'otage du personnel diplomatique et menace d'exécution en cas de non-satisfaction de leurs revendications⁹¹⁸, ou encore, la condamnation de personnes participant à une manifestation qui ont

non autorisé du domaine public. Celui-ci recourt contre l'amende infligée au motif que la charge qui avait été assortie à son autorisation constituait selon lui une atteinte à ses droits fondamentaux. Son recours est rejeté. Le TF estime qu'il était justifié de refuser une autorisation d'user du domaine public pour une activité qui « facilite un appel à des activités illicites », JdT 1981 I 77. Le contentieux a eu lieu devant les juridictions administratives, car il portait sur les charges assorties à l'autorisation.

⁹¹² Ce qui implique d'exclure toutes les infractions qui exigent la présence d'un dessein caractérisé, comme p. ex. : la soustraction de données (art. 143 CP), l'escroquerie (art. 146 CP), le vol (art. 139 CP).

⁹¹³ Voir par exemple : CourEDH, affaire *Tysiqc c. Pologne* du 20 mars 20017, n°5410/03. Dans cette affaire, la CourEDH examine la question de savoir si un médecin peut être poursuivi pour avoir refusé de pratiquer un avortement légal.

⁹¹⁴ La notion de non-violence fait l'objet de nombreuses controverses en philosophie politique comme mentionné *supra*. Une tendance s'y dessine néanmoins pour fixer la distinction entre une acte violent ou non sur ce critère d'atteinte à l'intégrité physique d'autrui. Cela étant dit, de manière plus générale sur la porosité de cette notion : DORLIN, p. 38 ss; BENTOUHAMI-MOLINO, p. 143 ss ; CERVERA-MARZAL (nouveaux), p. 36 ss.

⁹¹⁵ Art. 260 CP, lorsqu'elle implique que « des violences ont été commises collectivement contre des personnes ».

⁹¹⁶ Art. 185 al 2 CP.

⁹¹⁷ Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle et infractions créant un danger collectif (p. ex. : incendie volontaire, emploi avec dessein délictueux d'explosifs ou de gaz toxiques, etc.).

⁹¹⁸ ATF 109 IV 156 (JdT 1984 IV 121).

volontairement cherché à blesser des membres de la police à l'occasion d'un rassemblement⁹¹⁹.

L'application de ce premier groupe de filtre permet de sélectionner un certain nombre de cas au sein de la jurisprudence pénale qui nous permettront de déterminer comment les autorités traitent la désobéissance civile. Cependant, il convient encore de distinguer un certain nombre de situations au sein de ce groupe pour pleinement tenir compte des éléments de définitions de ce mode d'action au sens entendu dans le chapitre 2. C'est pour cette raison que nous appliquons encore deux autres critères de filtrage qui affinent le premier critère de la finalité politique. Il sera ainsi précisé que l'incrimination de l'acte ne doit pas intervenir uniquement en raison de l'appartenance politique, au sens partisan, de l'auteur ou de la victime. Ainsi, pourra être écarté l'acte de protestation qui est sanctionné pénalement en raison de l'existence d'une loi pénale particulière qui vise à interdire de porter atteinte au parti au pouvoir⁹²⁰ ou encore, lorsque la poursuite intervient pour coup d'État, car l'acte de désobéissance vise spécifiquement le régime au pouvoir⁹²¹. Ce type de situation

261

⁹¹⁹ TF, 6B_863/2013 du 10 juin 2014, condamnation intervenue à par suite de la tenue d'une manifestation contre le Forum économique de Davos.

⁹²⁰ CourEDH, affaire *Murat Vural c. Turquie* du 21 octobre 2014, n°9540/07. Dans cet arrêt, la CourEDH examine la condamnation d'un recourant emprisonné pour avoir enduit de peinture rouge des statues d'Atatürk. Il invoque avoir agi pour dénoncer l'influence de la doctrine kémaliste et les difficultés pour les opposants au régime de trouver des postes de professeurs en Turquie (§ 13). Son incarcération est prononcée en application d'une loi spéciale qui réprime les atteintes à la figure d'Atatürk. Sa peine est fixée à 13 ans d'emprisonnement et il est destitué pendant cette période de ses droits politiques. Le CourEDH conclut à une violation des art. 10 CEDH et 3 CEDH notamment en raison du caractère disproportionné de la sanction prononcée (§§ 63 ss). Relevons que la CourEDH admet que l'acte du recourant constitue une forme d'expression protégée au sens de la Convention (§§ 44-45).

⁹²¹ P. ex. : CourEDH, affaire *Taranenko c. Russie* du 15 mai 2014, n°19554/05. Il est question dans cet arrêt de l'occupation par des citoyens et citoyennes russes des bureaux du Président Vladimir Poutine afin de critiquer sa politique. Les recourants sont spécifiquement condamnés pour avoir porté atteinte au régime. CourEDH, affaire *Shvydka c. Ukraine* du 30 octobre 2014, n°17888/12. La recourante a été mise en détention pour avoir enlevé un fanion déposé par le président ukrainien sur un monument commémoratif. Elle est prise sur le fait et inculpée pour hooliganisme en raison de son acte. La CourEDH estime qu'elle ne faisait qu'exprimer son opposition de manière pacifique et que sa condamnation est en conséquence excessive. Son acte est par ailleurs individuel en l'espèce. CourEDH, Affaire *Mariya et autres c. Russie* du 17 juillet 2017, n°38004/12. Les membres du groupe de musique « Pussy Riot » recourent contre leur incarcération pour hooliganisme. L'occupation par ces dernières d'une église orthodoxe dans laquelle elles ont tenu des propos visant à dénoncer le régime politique est à l'origine de leur condamnation. La CourEDH conclut à une violation de l'art. 10 CEDH. On peut encore ajouter l'affaire CourEDH *Handzhiyski c. Bulgarie* du 6 avril 2021, n°10783/14, dans laquelle un politicien est condamné pour hooliganisme mineur pour avoir déguisé en père Noël une statue d'un membre du parti communiste bulgare. La CourEDH estime que son acte

relève en effet, au sens juridique, de l'exercice de la liberté d'expression en cas d'opposition au régime politique au pouvoir, cas de figure qui fait l'objet d'une importante jurisprudence de la CourEDH. Il nous paraît ainsi nécessaire de distinguer ces cas afin de souligner le fait que la désobéissance civile intervient le plus souvent en dehors ou en marge des oppositions partisans classiques, traduit une conception plus large de la politique⁹²² et n'a pas comme finalité de renverser un gouvernement particulier.

262 Enfin, le dernier critère, qui n'est pas sans lien avec le précédent, a trait à la qualité de l'auteur de l'acte illicite. Il ne faut en effet pas que l'incrimination pénale intervienne en raison du statut particulier de l'auteur. Tel serait le cas d'un « whistleblower » qui, en raison de sa qualité particulière de membre d'une entité publique ou privée, serait amené à divulguer des informations en violation de devoirs spécifiques liés à cette même qualité (art. 320 CP)⁹²³. Cela permet de rendre compte du fait qu'au sens des définitions données en philosophie politique l'auteur de l'acte de désobéissance agit en sa qualité de membre de la société civile, afin de faire valoir des revendications pouvant être portées par tous les individus, indépendamment de leurs qualités particulières aux yeux de la loi. Ce critère permet également d'exclure des situations qui font déjà l'objet d'une forme de protection particulière⁹²⁴. En conséquence, au sens où nous l'entendons, la ou le désobéissant agit comme membre d'une société politique donnée et il ou elle ne réalise pas une infraction pénale particulière en raison du statut qu'il ou elle y occupe.

263 Avant de présenter les cas du corpus qui sont issus de l'application de ces différents filtres conceptuels, il convient encore d'explicitier quelques éléments liés à la méthodologie de recherche et l'accessibilité des décisions qui seront présentées. En effet, notre corpus n'a pas la prétention d'être exhaustif et n'est pas homogène selon les périodes temporelles traitées. Ainsi, une partie des décisions ont été identifiées en effectuant une recherche classique au sein des

relevait de la liberté d'expression et qu'il n'existe pas de nécessité démocratique à sanctionner un tel comportement, dès lors que sont aussi protégées les manifestations d'opinion qui peuvent choquer ou heurter une partie de la population. En conséquence, la CourEDH a admis une violation de la liberté d'expression en raison de la peine prononcée.

⁹²² La politique étant entendue dans cette étude dans sa conception arendtienne (cf. Hannah ARENDT, *L'humaine condition*, Quattro Gallimard, Paris 2012, p. 200 ss) et non dans son sens classique wébérien (cf. Max WEBER, *Le savant et le politique*, Le Monde, Paris 1963).

⁹²³ ATF 127 IV 122 (JdT 2002 IV 118), affaire qui concerne un journaliste ayant convaincu une collaboratrice d'une autorité pénale de lui divulguer des informations sur les antécédents judiciaires de personnes sur lesquelles il écrivait un article ; ATF 94 IV 68 consacré à l'analyse de la divulgation à la presse par un officier de police zurichois d'infractions dont il a eu connaissance dans le cadre de ses fonctions, en violation de l'art. 320 CP.

⁹²⁴ Cf. *supra* 1.II.A.3.

bases de données des différentes autorités judiciaires⁹²⁵ et au sein des revues qui recensent et commentent la jurisprudence⁹²⁶. Or, la période couverte par ces différents outils varie. Par exemple, avant 2000, seules les décisions du TF ayant fait l'objet d'une publication aux ATF sont répertoriées, alors qu'au-delà la jurisprudence non publiée aux ATF est aussi accessible. Le problème est similaire au niveau des cours supérieures cantonales qui ne se sont dotées de bases de données de jurisprudence qu'entre les années 2005-2010 et qui ne publient pas l'ensemble de leurs décisions⁹²⁷. Antérieurement, seuls les arrêts ayant fait l'objet d'une publication ou d'un commentaire dans les revues cantonales ou spécialisées de jurisprudence sont accessibles. Dès lors, plus la période est ancienne et en fonction de l'instance judiciaire considérée, plus l'accès aux cas peut s'avérer restreint. Dans ces circonstances, les décisions qui sont rassemblées dans notre corpus ne peuvent être considérées que comme un aperçu d'affaires pouvant être portées devant les cours en matière d'actes de désobéissance civile. Cette casuistique ne saurait en revanche refléter toute la réalité et la fréquence de l'usage de ce moyen d'action en Suisse.

De plus, une seconde remarque est nécessaire pour souligner le côté partiel de notre corpus. Nous ne saurions en effet avoir connaissance de l'ensemble des cas de désobéissance civile, dès lors que les procédures relatives aux actes pouvant s'appréhender en tant que tels ne font pas systématiquement l'objet d'une contestation devant les tribunaux supérieurs. L'usage des statistiques judiciaires est par ailleurs connu pour présenter un défaut : elles ne rendent compte que des stades avancés de procédure⁹²⁸. Or, les acteurs de la désobéissance civile peuvent, pour différentes raisons, renoncer à s'opposer à leur condamnation ou à recourir contre les décisions de première ou seconde instances. En conséquence, elles échappent le plus souvent à une recherche, puisque ces décisions ne sont pas systématiquement publiées⁹²⁹.

264

⁹²⁵ TF, TPF, tribunaux cantonaux supérieurs et CourEDH.

⁹²⁶ Accessibles *via* les plateformes payantes Swisslex et Legalis, ainsi que les revues et sites en accès libre.

⁹²⁷ P. ex. : dès 2008 pour le canton de Vaud, 2011 pour le canton de Fribourg, 2013 pour le Jura, 2015 pour Appenzell RE, etc. Toutes les bases des données cantonales sont centralisées sur le moteur de recherche <https://entscheidsuche.ch/kantone/> depuis 2019.

⁹²⁸ KILLIAS/AEBI/KUHN, p. 40-43.

⁹²⁹ HAYES/OLLITRAULT, p. 114 ss. Ils illustrent la manière dont la procédure pénale peut être instrumentalisée au profit des désobéissants afin d'en faire une arène médiatisée et de mobiliser la solidarité des autres membres d'un mouvement. Néanmoins, cette opportunité a pour revers de présenter un coût important sur le plan financier ou en termes de forces vives pour les désobéissants. C'est pourquoi le recours à la désobéissance civile n'est pas évalué à la légère et que la tactique adoptée peut être celle de ne pas chercher à obtenir un acquittement ou investir trop de ressources dans une défense. Dans un sens similaire : KOOPMANS, p. 93-105.

- 265 Par ailleurs, depuis le 1^{er} janvier 2011, avec l'entrée en vigueur du Code de procédure pénal suisse, la procédure de l'ordonnance pénale a été introduite au niveau fédéral (art. 352-357 CPP). Cette procédure autorise le Ministère public à rendre une ordonnance dans les cas où l'enquête préliminaire permet de déterminer qu'une infraction a été commise et que la sanction prononcée prévue n'excédera pas une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amendes ou une peine privative de moins de 6 mois. En cas de non-opposition, l'ordonnance produit les effets d'un jugement. Là aussi, une partie non négligeable des actes pouvant s'apparenter à de la désobéissance civile entrent dans le champ d'application de cette procédure et passent alors « sous le radar » d'une recherche classique, puisqu'ils ne sont pas répertoriés en l'absence d'une opposition⁹³⁰. En conséquence de l'utilisation de cette procédure, la difficulté de répertorier les différents cas de désobéissance civile augmente, dès lors qu'ils ne sont pas portés à la connaissance des tribunaux, seuls les procès de principe l'étant. Pour toutes ces raisons, le corpus pouvant être constitué à partir des bases de données judiciaires et issu des revues connaît des limites qui se reflètent dans la constitution de notre corpus d'affaires sélectionnées.
- 266 Afin de tenter de contourner cette difficulté, nous avons complété la recherche par des prises de contact directes auprès d'associations et d'activistes, soit en raison de leur soutien affiché à des actions de désobéissance civile, soit de

⁹³⁰ Les prises de contact effectuées pour notre recherche avec différentes associations et leurs membres ont confirmé ce constat. En effet, en leur sein, nombreux et nombreuses sont celles et ceux qui ont choisi de ne pas s'opposer à leur condamnation soit, car leur amende était prise en charge par leur association soit, car ils ou elles craignaient la suite d'une procédure. À cet égard, on peut souligner les procédures qui ont eu lieu dans le canton de Berne, voir : Mériem Sutpler, *Schwere Vorwürfe*, Die Woche 16/2018 du 19 avril 2018 : <https://www.woz.ch/1816/polizeieinsatz-in-bern/schwere-vorwuerfe>, consulté le 1^{er} avril 2022 ; Lukas Tobler, *Revision von Strafurteilen Gefährliche Zusammenrottung*, Die Woche 14/2022 du 7 avril 2022 : <https://www.woz.ch/2214/revision-von-strafurteilen/gefaehrliche-zusammenrottung>, consulté le 11 avril 2022. Dans le cadre de la constitution de notre corpus, nous avons également récolté différentes ordonnances pénales rendues à l'encontre de désobéissantes et désobéissants civil. Dès lors qu'elles n'ont pas abouti sur le prononcé de jugements motivés par des autorités judiciaires de première instance faute d'opposition, il n'en sera cependant pas fait mention. En effet, ces ordonnances ne permettent pas de nous prononcer sur le raisonnement judiciaire opéré à proprement parler. En outre, leur examen relèverait d'une étude de criminologie qui excède nos compétences. Au sujet de ces actions, on signale cependant dans la presse : Swissinfo, *FC Basel face action after Greenpeace protest*, 2 octobre 2013 : https://www.swissinfo.ch/eng/anti-gazprom-demo_fc-basel-face-action-after-greenpeace-protest/37032888, consulté le 1^{er} avril 2022 ; Antoine Hürlimann, *Des militants déversent du faux sang dans un McDonald's*, 24 Heures 17 mai 2017 ; ATS, *Stations-service de Shell bloquées à Zurich mardi matin*, 30 juin 2015 : <https://www.swissinfo.ch/fre/stations-service-de-shell-bloqu%C3%A9es-%C3%A0-zurich-mardi-matin/41521840>, consulté le 1^{er} avril 2022.

l'inscription de la désobéissance civile dans leurs moyens d'action, afin d'obtenir quelques exemples d'affaires qui ont été traités par les juridictions de première instance et ainsi acquérir une vision plus complète du traitement de ce type de cas⁹³¹. Les affaires ayant fait l'objet d'une attention médiatique particulière ont également permis d'identifier des cas pouvant présenter un intérêt pour notre recherche. Grâce à ces contacts, nous avons pu être informée de certaines procédures en cours et assister aux audiences publiques⁹³². Nous avons ainsi également pu constater l'importance de la procédure de l'ordonnance pénale par ce biais⁹³³. Enfin, et ce depuis fin 2019, la médiatisation grandissante de ce type d'affaires et l'émergence de groupes, notamment en Suisse romande, tels qu'« Extinction Rebellion » ou l'association des « Orchidées de la ZAD de la Colline », laissent présager qu'un certain nombre de nouvelles procédures pourront venir compléter ce tableau dans les années à venir⁹³⁴.

En définitive, au terme de cette recherche et en application des filtres théoriques présentés, nous avons constitué un corpus de 24 affaires qui seront présentées dans les sections suivantes et nous permettront de déterminer la manière dont est traitée la désobéissance civile devant les autorités judiciaires. Nous avons organisé leur présentation en deux parties distinctes : actions de blocage (III.) et délit de solidarité (IV.). À ces deux catégories s'ajoute une sélection de 8 affaires traitées par la CourEDH (V.). Ces dernières permettront de servir de point de comparaison, mais également d'évaluation de la conformité du traitement des affaires des deux premiers groupes aux standards de droit supérieur. Ce découpage est opéré afin de faciliter la présentation des différents cas et simplifier la comparaison entre la jurisprudence des autorités internes et

267

⁹³¹ Ont été contactés : « Greenpeace suisse » et « Greenpeace section Vaud », « Solidarité sans frontière », le « Centre pour l'action non violente » (CENAC), le « réseau des transitions citoyennes », le « Collectif de lutte contre l'invasion publicitaire » (CLIP), « Lausanne Action Climat » et la « Grève du Climat » section vaudoise, ainsi que l'association « Pour l'Égalité Animale » (PEA).

⁹³² Lorsque la participation était possible, ce qui a été considérablement restreint pour des questions sanitaires entre mars 2020 et l'été 2021 en lien avec la pandémie de COVID-19. Durant cette période, étaient seules admises les parties à la procédure (prévenus et prévenues, parties plaignantes et conseils) et, à quelques occasions, la presse. Nous avons pour le surplus indiqué directement dans le traitement des affaires *infra* 3.III. et 3.IV. lorsque une observation a pu être menée.

⁹³³ Dans bon nombre de cas du corpus, la procédure a également commencé par voie d'ordonnance pénale. *Cf. infra* 3.III et 3.IV.

⁹³⁴ À ce jour, la procédure judiciaire à l'encontre de ces activistes par suite de l'évacuation du site occupé est en cours. *Cf. supra* introduction sur les éléments liés à la période couverte par la présente étude, ainsi que les nouvelles décisions signalées entre la fin de la rédaction du manuscrit et son dépôt.

celle de la CourEDH, elle ne constitue pas pour autant une typologie. Toutes les décisions sont présentées par ordre chronologique.

III. Les actions d'occupation en droit suisse

- 268 Les décisions présentées dans cette section regroupent de manière opératoire les actes ayant entraîné un blocage, une forme d'entrave, de perturbation du trafic, ou encore une violation de domicile (lorsqu'est en jeu la propriété privée et non le domaine public). Elles correspondent à la définition donnée en sociologie des mobilisations d'action occupante ou d'occupation qui impliquent :

« [l']investissement momentané, par plusieurs personnes, d'un bâtiment ou d'une propriété, privé ou public et qui comporte directement ou indirectement l'expression d'opinions politiques. »⁹³⁵

Sont ainsi comprises dans ces actions d'occupation, les « sit-in »⁹³⁶, « flash-mobs » et « Die-in »⁹³⁷.

- 269 Ces actes présentent des caractéristiques communes avec les manifestations et comprennent une dimension expressive protégée qui est parfois mobilisée dans leur analyse⁹³⁸.

A. ATF 101 IV 167 (JdT 1976 IV 50) – « HIRSCHY »

- 270 Cette première décision rendue par le TF concerne une condamnation prononcée à l'encontre d'étudiants et étudiantes pour contrainte (art. 181 CP). Les faits à l'origine de ce cas peuvent être résumés comme suit : l'Université de Berne a organisé un cycle de conférence auquel elle a convié le commandant des forces armées suisses, Pierre HIRSCHY. Son allocution devait porter sur les

⁹³⁵ PENNISAT, p. 416. Pratique qui n'est pas l'apanage des nouveaux mouvements sociaux selon lui.

⁹³⁶ VAIREL, p. 539, un : « [s]it-in est un mode d'action impliquant une ou plusieurs personnes dans l'occupation non violente – assise, couchée ou debout – d'un espace pour protester en faveur d'un changement, souvent politique, mais aussi économique et social, jusqu'à ce qu'elles soient délogées, généralement de force, ou que leurs revendications aient été satisfaites. Il relève d'une intervention directe, dans le but d'interrompre l'activité de la cible – administration publique ou entreprise économique – en empêchant son fonctionnement. Le blocage de routes ou de voies de chemin de fer en constitue des variantes. »

⁹³⁷ Lorsque les corps allongés des personnes symbolisent des victimes ou des morts. VAIREL, p. 541.

⁹³⁸ Cf. *supra* 1.II.A.3 et 4.

moyens de garantie de la sécurité nationale. Afin de protester contre le militarisme et la politique sécuritaire prônée par la Confédération, des membres du corps étudiant ont décidé d'empêcher la tenue de la conférence. Ils se sont rendus sur place à l'heure de l'allocution et ont notamment scandé à l'aide de microphones des slogans contre la guerre. S'agissant des faits, l'autorité a encore retenu que, chaque fois que le doyen en charge de l'organisation a appelé à un retour au calme, ses paroles ont été couvertes par le bruit produit par les étudiants et étudiantes. Par dépit, il a alors choisi d'abandonner la conférence. À la suite de cet événement, ce dernier a porté plainte contre quatre des membres du groupe, identifiés comme étant les meneurs de l'opération. La procédure devant les autorités inférieures a mené à leur condamnation pour contrainte au sens de l'art. 181 CP et ils ont été condamnés à des peines allant de sept à quinze jours d'emprisonnement, avec un sursis pour une durée de trois ans. Les étudiants ont recouru contre cette décision devant l'autorité supérieure cantonale, qui les a déboutés, puis devant le TF.

S'agissant des considérants en droit, la Haute Cour relève que les ECO de la contrainte sont remplis en l'espèce, dès lors que le moyen utilisé par le groupe excédait nettement la mesure de ce qui peut être toléré sans porter atteinte à la liberté d'autrui à ses yeux⁹³⁹. En particulier, le moyen de contrainte retenu consistait en l'emploi de cris, amplifié par le microphone, qui a eu pour conséquence de fortement intimider le doyen. Les prévenus contestent l'intensité de l'effet produit, mais les faits ayant été retenus de la sorte devant les juridictions inférieures, le TF ne voit pas de raison de s'en écarter⁹⁴⁰. Ainsi, c'est l'emploi des microphones qui est réellement déterminant au sens du TF pour considérer qu'une entrave a eu lieu. La Haute Cour estime cependant que de simples sifflements n'auraient pas atteint une intensité suffisante pour constituer une telle entrave⁹⁴¹, précisant la ligne de démarcation existant selon elle entre un comportement constitutif d'un acte de contrainte et l'expression tolérable du mécontentement des membres du corps étudiant.

Concernant l'illicéité au sens strict et une éventuelle justification de l'acte, le TF retient que la poursuite pour contrainte est envisageable dès que :

« [...] le but poursuivi par son auteur ou le moyen employé par ce dernier [est] contraire à l'ordre juridique ou aux bonnes mœurs. »

Dès lors que l'action menée par les étudiants et étudiantes relève d'un tel comportement contraire à l'ordre juridique pour la Cour, elle écarte également l'application d'éventuels motifs justificatifs. L'autorité précise qu'elle

⁹³⁹ ATF 101 IV 167 (JdT 1976 IV 50), c. 2.

⁹⁴⁰ Rejet du grief d'arbitraire.

⁹⁴¹ ATF 101 IV 167 (JdT 1976 IV 50), c. 5.

considère que, par leurs actes, les étudiants et étudiantes ont porté une atteinte injustifiée à la liberté d'opinion et d'expression du public et des organisateurs de la conférence⁹⁴². En conséquence de cette atteinte, le TF rejette toute prétention que les prévenus pourraient former sur la base de leur propre liberté d'expression. Il conclut que :

« [...] le droit à une liberté ne peut être exercé par chacun qu'à la condition de respecter la liberté d'autrui [...]. »⁹⁴³

La condamnation des prévenus est donc confirmée. Cet arrêt est considéré comme un des arrêts de principe en matière d'actes de contrainte.

B. ATF 107 IV 113 (JdT 1982 IV 138) – « Conseil de faculté »

- 273 Quelques années après l'affaire « HIRSCHY », une autre occupation à lieu à l'Université de Berne et est portée devant les tribunaux. Il est question cette fois-ci d'un groupe d'une vingtaine de membres du corps étudiant qui interrompent une séance du conseil de leur faculté pour protester contre l'adoption d'un nouveau règlement sur les examens. Leur occupation prend la forme d'une présence silencieuse au fond de la salle du conseil. Avant la tenue de la séance, certains d'entre eux demandent la possibilité de lire leurs revendications pendant le conseil, requête acceptée par la direction. À l'issue de cette lecture cependant, un groupe refuse de quitter le lieu comme cela leur a été demandé. La séance est alors interrompue et ne reprend que plus tard dans la soirée dans un autre bâtiment. Le cas est dénoncé aux autorités judiciaires et dix membres du groupe sont alors condamnés en violation de l'art. 286 CP au paiement d'une amende de 50 fr. Sur appel, l'autorité cantonale supérieure requalifie leurs actes et considère qu'ils relèvent de la contrainte. Elle réforme alors le jugement et condamne les prévenus au paiement d'une amende de 200 fr. Les charges relatives à l'art. 286 CP sont abandonnées, car considérées comme étant englobées par l'infraction de contrainte. Les dix étudiants forment alors un recours devant le TF.
- 274 Dans son examen du chef d'inculpation, le TF se réfère abondamment à l'arrêt « HIRSCHY », mais pour s'en démarquer. Il estime ainsi que, si les cris et l'ampleur du son produit par les étudiants et étudiantes dans l'affaire « HIRSCHY » pouvaient s'apparenter à un moyen de contrainte, tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, le TF considère que la présence silencieuse des

⁹⁴² ATF 101 IV 167 (JdT 1976 IV 50), c. 5.

⁹⁴³ JdT 1976 IV 50, p. 56.

membres du corps étudiantin ne saurait être comparée à l'ampleur du tapage décrit dans l'affaire précédente. Par ailleurs, elle constate également que leur présence n'a pas créé d'intimidation des membres de la direction⁹⁴⁴. Ici aussi, l'intervention de la Cour vise à préciser les contours de ce qui doit être entendu comme relevant ou non de la contrainte au sens de la loi. Il est admis que le refus de quitter les lieux était certainement théoriquement susceptible d'exercer une forme de pression sur la direction. Néanmoins, la durée de la présence des membres du groupe postérieurement à ce refus n'a pas excédé dix minutes et leur présence est restée silencieuse. Dans ces circonstances, la Haute Cour considère qu'il est excessif de retenir la contrainte à l'encontre des prévenus, sans pour autant revenir sur la décision « HIRSCHY ». Cette décision continue donc le travail opéré par le TF pour préciser les contours de l'art. 181 CP dont la largesse du champ d'application est relevée. Les membres du corps étudiantin sont en définitive acquittés sous l'angle de la contrainte.

En revanche, l'infraction de l'art. 286 CP est quant à elle retenue, sans que d'éventuels motifs justificatifs ne soient examinés⁹⁴⁵. Le TF considère en effet que les perturbateurs ont tout de même fait plus que simplement s'opposer à un refus, ce qui justifie l'intervention des autorités judiciaires. Ils sont donc tout de même condamnés au paiement d'une amende⁹⁴⁶. Les libertés fondamentales des prévenus ne font pas obstacle à cette condamnation aux yeux de l'autorité.

275

C. ATF 108 IV 165 (JdT 1983 IV 142) – « Tapis humain »

À l'occasion d'une foire d'armement organisée à Winterthur, un groupe d'activistes pour la paix organise un « Die-in » devant les locaux où se déroule l'événement. Ses membres souhaitent ainsi dénoncer la tenue d'une telle foire et sensibiliser la population aux dangers du commerce d'armes. Les membres du groupe se couchent sur le sol de sorte à former un « tapis humain » (« Menschenteppich »). En conséquence, toute personne qui souhaiterait se rendre dans le bâtiment devrait enjamber et marcher sur leurs corps étendus. Pendant l'action, un groupe de visiteurs décide de quitter les lieux au volant d'un véhicule, mais est bloqué par les désobéissants. Ces derniers enjoignent les occupants du véhicule à en sortir et à accéder à la foire en empruntant le tapis humain formé par les autres membres de leur groupe. Ne souhaitant pas se mettre dans une telle situation, les automobilistes restent dans leur véhicule et

276

⁹⁴⁴ ATF 107 IV 113 (JdT 1982 IV 138), c. 3c.

⁹⁴⁵ ATF 107 IV 113 (JdT 1982 IV 138), c. 4.

⁹⁴⁶ Amende dont le montant final n'est pas connu.

sont bloqués jusqu'à l'arrivée de la police cinq minutes plus tard. Toute l'action dure quinze minutes au total.

- 277 En première instance, les organisateurs du « Die-in » sont acquittés du chef d'inculpation de contrainte, mais condamnés au paiement d'une amende pour violation de la réglementation cantonale de police. Le Ministère public recourt contre cet acquittement et l'autorité cantonale supérieure réforme le jugement dans le sens d'une condamnation en vertu de l'art. 181 CP. C'est alors les désobéissants qui forment recours devant le TF. À l'appui de leur défense, les personnes ayant organisé l'action soulignent leur non-violence et invoquent leur liberté de manifester. En outre, elles font valoir que leur acte est justifié, dès lors que le matériel d'armement exposé à la foire n'était lui-même pas conforme à la législation sur la détention des armes alors en vigueur⁹⁴⁷.
- 278 Le TF se prononce donc sur l'ensemble de ces griefs et commence par un examen des ECO de l'art. 181 CP. Il admet préalablement que la foire d'armement a fait l'objet de critiques et que l'action des désobéissants a emporté un certain soutien au sein de la population, en comparaison à d'autres manifestations, mais ce constat reste sans conséquence sur son analyse juridique⁹⁴⁸. En effet, le TF rappelle que l'art. 181 CP protège la liberté de décision d'autrui : en l'espèce celle des personnes présentes dans le véhicule à laquelle les désobéissants ont porté atteinte. La Haute Cour retient que, dès lors que ces visiteurs n'avaient que deux choix – jouer un rôle prédéterminé par les désobéissants qui souhaitaient obtenir des clichés de leur action avec des protagonistes qui marchent sur des corps ou rester dans leur bus –, on doit admettre que les éléments de l'énoncé de la contrainte sont remplis. À l'appui de ce constat, l'autorité retient que les activistes n'ont aucunement cherché à discuter ou comprendre le point de vue des personnes présentes dans le véhicule au cours de l'action. Cet élément est déterminant aux yeux de la Haute Cour. Elle insiste donc sur l'attitude des désobéissants qui les « avaient déjà assignés à un rôle prédéterminé en raison de leur présence sur le site »⁹⁴⁹ et qui ne leur laissent aucune marge de manœuvre. La durée relativement brève de la perturbation pèse peu dans la balance pour l'autorité au vu de l'importance de l'instrumentalisation des visiteurs par les activistes⁹⁵⁰. Pourtant, le TF rappelle qu'en principe, on ne saurait retenir la contrainte à l'encontre de personnes qui retiennent un individu contre son gré quelques minutes, par exemple afin de le

⁹⁴⁷ ATF 108 IV 165 (JdT 1983 IV 142), c. 2.

⁹⁴⁸ ATF 108 IV 165, c.3.a (non traduit) : « [a]uch mag die "Gewaltfreie Aktion Menschenteppich" bei Teilen der Bevölkerung auf weniger Unverständnis gestossen sein als manch andere Demonstration. »

⁹⁴⁹ ATF 108 IV 165 (JdT 1983 IV 142), p. 144, c. 3.b.

⁹⁵⁰ ATF 108 IV 165 (JdT 1983 IV 142), p. 144, c. 3.b.

convaincre de signer une pétition ou une initiative. Cependant, les deux situations se distinguent à son sens en raison de l'absence de dialogue direct avec les personnes présentes dans le cas d'espèce. Celles-ci ne sont en effet pas les destinataires de l'action occupante, élément jugé déterminant. En définitive, la Haute Cour estime donc que l'arrêt forcé des visiteurs est une atteinte qui ne souffre pas justification, puisque :

« [...] les manifestants ont voulu faire pression sur [les personnes présentes dans le véhicule], sans se préoccuper de leur point de vue et de leurs objections, afin qu'ils jouent un rôle qu'ils leur destinaient. »⁹⁵¹

Aucune discussion sur d'éventuels motifs justificatifs ou circonstances atténuantes n'est opérée, pas plus que sur la liberté de manifester des prévenus⁹⁵². Le TF précise encore que les motifs pour lesquels les activistes ont participé à l'action contre la foire (aspiration à la paix, pacifisme, commerce illicite d'armes) sont sans pertinence, si ce n'est lorsqu'il s'agit de fixer leur peine⁹⁵³. Seule l'erreur de droit est examinée, puis écartée : les prévenus ne pouvaient en effet croire que leur action serait licite en raison des déclarations du commandant des forces de police qui a annoncé à la presse que leur action ne constituait certainement pas un acte de contrainte. Le TF considère que les désobéissants ne peuvent pas tirer de grief d'une telle appréciation⁹⁵⁴. Leur condamnation au paiement d'une amende de 100 fr., assortie d'un sursis, est donc maintenue. 279

D. Avis de droit de l'OFJ du 4 novembre 1985 – « Occupation d'une église »

Il est question dans ce cas de l'occupation par un groupe de personnes d'une église afin de protester contre la politique de renvoi des personnes déboutées de l'asile et d'attirer l'attention du public sur cette cause⁹⁵⁵. L'arrêt pénal rendu à l'encontre des personnes ayant participé au blocage n'est pas accessible. En revanche, une procédure de renvoi a été intentée contre l'un des participants et, 280

⁹⁵¹ ATF 108 IV 165 (JdT 1983 IV 142), p. 144, c. 3.b.

⁹⁵² Il convient en effet de souligner que le TF qualifie tout de même plusieurs fois dans l'arrêt l'action comme telle, sans y attacher de conséquences.

⁹⁵³ « Aus welchen Beweggründen der Beschwerdeführer an der Demonstration gegen die "W 8" teilnahm (Friedenssehnsucht, Pazifismus, etc.), ist lediglich im Rahmen der Strafzumessung gemäss Art. 63 StGB von Bedeutung. » ATF 108 IV 165 (JdT 1983 IV 142), c. 3.c (non traduit).

⁹⁵⁴ ATF 108 IV 165 (JdT 1983 IV 142), c. 3.d (non traduit).

⁹⁵⁵ Cet arrêt a déjà été mentionné *supra* 1.III.A., car il thématise expressément la désobéissance civile.

à l'occasion de celle-ci, l'OFJ a été invité à se prononcer. Il a délivré un avis de droit⁹⁵⁶, dont il ressort suffisamment d'éléments de faits pour que l'on puisse néanmoins inclure cette affaire au corpus et en tirer un certain nombre d'observations. Cependant, il convient de garder à l'esprit que la question principale de cet avis de droit reste celle de la légalité du renvoi d'un des participants sous l'angle de la LAsi, ce qui explique que l'analyse ne suive pas le même déroulé que dans les autres cas du corpus.

- 281 L'autorité débute son examen par un rappel relatif au principe de non-refoulement qui s'applique à toute personne, peu importe son statut légal en Suisse. Elle se prononce en particulier sur la question de savoir si les églises peuvent octroyer une protection religieuse comparable à un droit d'asile⁹⁵⁷. Le principe de l'immunité ecclésiastique et son évolution historique est ainsi rappelé. L'autorité considère la notion devenue désuète⁹⁵⁸. Elle conclut que les églises ne bénéficient plus d'un droit à l'octroi d'asile spécifique⁹⁵⁹. Néanmoins, elle souligne avoir conscience que, malgré l'inexistence d'une telle immunité ou d'un tel droit positif, une partie de la population risque de considérer que l'expulsion de force d'une personne migrante ayant trouvé refuge dans une église constitue une forme de sacrilège⁹⁶⁰.
- 282 L'Office examine ensuite si la liberté religieuse et de conscience des personnes ayant participé à cette action peut justifier l'occupation. Sur ce point, elle retient que les libertés fondamentales ne peuvent s'exercer que dans le respect de la loi et que l'obéissance est une condition préalable à la réalisation de l'État de droit et de la démocratie.

« Jedes Gesetz verkörpert rechtliche Gehorsamserwartungen. Die Gehorsamspflicht ist Voraussetzung, nicht Thema der Gesetze. Sie braucht auch nicht verfassungsrechtlich vorgesehen zu werden. Sie ist die selbstverständliche Bedingung der rechtsstaatlichen Demokratie, die durch Gesetze herrscht. »⁹⁶¹

⁹⁵⁶ JAAC 1986 n°5, p. 45 ss, cf. *supra* 1.III.A.

⁹⁵⁷ JAAC 1986 n°5, p. 47, c. 2.

⁹⁵⁸ En raison du passage à une justice laïque.

⁹⁵⁹ JAAC 1986 n°5, p. 49, c. 2.6.

⁹⁶⁰ JAAC 1986 n°5, p. 49, c. 2.6, « Die Kirchen können heute weder ein Asylrecht noch Immunität beanspruchen. Doch würden es sicherlich weite Kreise der Bevölkerung als Sakrileg empfinden, wenn Asylbewerber für die Wegweisung gewaltsam aus der Kirche (= Haus Gottes, heiliger Ort), in der sie Zuflucht gesucht und gefunden haben, herausgeholt würden. » En ce sens, l'autorité fait preuve de pragmatisme face au contexte social d'application de la loi, élément rare. Cf. *infra* 4.III.B. et 5.III.

⁹⁶¹ JAAC 1986 n°5, p. 50, c. 3.1.

L'existence de la loi semble donc exclure l'examen des libertés fondamentales aux yeux de l'autorité. En conséquence, la restriction de la liberté des désobéissants est jugée admissible et la portée d'un conflit de droit évacuée.

Enfin, l'autorité consacre un de ses considérants à des développements théoriques au sujet de la notion de désobéissance civile et du droit de résistance⁹⁶². Elle admet que l'ordre constitutionnel suisse présente certainement des lacunes de protection dans certains domaines (notamment dans l'exercice des droits politiques, la mise en œuvre des libertés fondamentales ou la protection juridique) et que la désobéissance civile peut être un moyen de les révéler. Néanmoins, dans le cas qui lui est soumis, elle n'est pas confrontée à une telle lacune, puisque la demande d'asile de la personne en question a été examinée⁹⁶³. Pour le surplus, l'Office insiste sur le caractère éthique de l'acte entrepris par les personnes ayant occupé l'église, qui ont agi en secouristes face à ce qu'ils ont jugé être un « état de nécessité »⁹⁶⁴, sans attacher plus d'effets à ces éléments qui ne relèvent pas de son autorité. On peut inférer de cette déclaration que les désobéissants ont dû essayer d'invoquer dans le cadre de la procédure pénale à leur encontre un tel argument fondé sur l'état de nécessité.

En conclusion, l'Office résume ses observations en trois points : l'impossibilité pour les églises de revendiquer un droit d'asile ou d'immunité fondé sur le droit fédéral et cantonal, l'obligation générale du respect de la loi dans l'exercice des droits fondamentaux et l'absence de droit de résistance ou de désobéissance civile à l'encontre des décisions définitives et contraignantes prises dans le cadre d'une procédure régulière⁹⁶⁵. Elle conclut ainsi au rejet de la demande de réexamen de la décision de renvoi.

E. ATF 111 IV 167 (JdT 1986 I 465) – « Trucker Team »

Cette affaire concerne une action organisée par une association de conducteur et de moniteurs d'auto-école, « Trucker Team », pour protester contre l'augmentation des taxes routières et les limitations de vitesse imposées sur les axes routiers de Suisse. Ceux-ci décident d'illustrer et de publiciser leur désaccord en perturbant le trafic autoroutier. Pour ce faire, ils s'organisent pour rouler à une vitesse très réduite au centre des deux voies autoroutières afin

⁹⁶² JAAC 1986 n°5, p. 51, c. 4, *cf. supra* 1.III.A.

⁹⁶³ JAAC 1986 n°5, p. 54, c. 5.4.

⁹⁶⁴ JAAC 1986 n°5, p. 53, c. 4.4.

⁹⁶⁵ JAAC 1986 n°5, p. 54, c. 5.

d'entraîner des ralentissements (« opération escargot »)⁹⁶⁶. En conséquence de cette action, un certain nombre d'embouteillages, puis d'accidents de la route sont déplorés. Les personnes ayant organisé l'action sont alors poursuivies pour violation de l'art. 90 al. 2 LCR, ainsi que pour manifestation non autorisée.

- 286 L'analyse par le TF des ECO de l'infraction est sommaire, car il estime qu'il y a peu de doute sur le caractère aggravé de la violation des règles de la sécurité routière. En outre, le TF retient qu'aucune annonce n'avait été effectuée en prévision de cette action, qu'elle qualifie de manifestation. En particulier, la Cour considère que le déroulement des événements :

« [r]elève d'une froide détermination et se caractérise par sa durée et son ampleur collective. [Cette manifestation] sort du domaine ordinaire des contraventions pour s'apparenter sous tous ses aspects à une violation grave. La démonstration visait à paralyser le trafic et ses organisateurs ont donc pris le risque des collisions qui en résultent. Le recourant en était conscient comme n'importe quel autre automobiliste et, par sa participation, a pris personnellement le risque de créer un sérieux danger pour la sécurité d'autrui. »⁹⁶⁷

Pour le surplus, le TF juge inutile de se pencher sur une analyse des libertés fondamentales du prévenu ou sur d'hypothétiques motifs justificatifs, la gravité de la violation évinçant à son sens tout examen sur ces plans.

F. ATF 119 IV 301 (JdT 1995 IV 147) – « Guerre du Golfe »

- 287 Dans cette affaire, le TF examine la condamnation de trois activistes en faveur de la paix qui ont bloqué un passage à niveau sur la ligne ferroviaire régionale à destination de Winterthur au moyen d'un cadenas et de chaînes. Ces personnes ont également déployé une banderole qui appelait à participer à une manifestation nationale contre la Guerre du Golfe à Berne quelques jours plus tard. Leur action a entraîné un retard de quinze minutes du trafic ferroviaire et bloqué la circulation routière pendant une dizaine de minutes jusqu'à la mise en place d'une déviation. Les activistes ont été mis en accusation pour contrainte, mais acquittés par le tribunal de première instance. Ce n'est que sur appel du Ministère public qu'ils sont condamnés devant le Tribunal cantonal de Zurich au paiement d'une amende de 500 fr. assortie d'un sursis d'un an. L'un d'eux forme appel devant le TF pour obtenir son acquittement. Il conteste la

⁹⁶⁶ ATF 111 IV 167 (JdT 1986 I 465).

⁹⁶⁷ ATF 111 IV 167 (JdT 1986 I 465).

qualification de contraindre son acte qu'il désigne comme « politico-moral »⁹⁶⁸ et invoque sa liberté d'expression. En outre, il fonde son argumentation sur les obstacles à sa participation politique en tant que membre d'une minorité et estime être poussé à recourir à des actions occupantes dès lors que l'accès au débat public ne lui est pas garanti.

« Der Beschwerdeführer setzt sich sodann mit den "Kommunikationsbedingungen politischer Minderheiten" auseinander. Minderheiten seien "in hohem Masse auf appellative Ausdrucksformen im öffentlichen Raum angewiesen", "um überhaupt öffentlichen Anliegen, die keine institutionalisierten Funktionsträger haben, eine gewisse Aufmerksamkeit zu verschaffen". Im Lichte des Grundrechts der Meinungsäusserungsfreiheit als sogenanntes Kommunikationsgrundrecht sollen für die öffentliche Meinungsäusserung "auch durch unkonventionelle Mittel möglichst grosse Freiräume eröffnet werden". Mit der Blockadeaktion habe der Beschwerdeführer, "begleitet von Pressefotografen und im Vertrauen auf einen Multiplikator Effekt qua Medienecho, einen expressiven Appell an eine breitere Öffentlichkeit gerichtet". Eine Fahrtbehinderung von 10 Minuten vor einer geschlossenen Bahnschranke sei keine Freiheitsbehinderung, die der politisch-moralisch intendierten Freiheitsbetätigung im öffentlichen Raum an Gewicht gleichkäme. »⁹⁶⁹

Dans son analyse du cas, le TF concède que la portée de l'art. 181 CP est large⁹⁷⁰. Il convient d'en faire une interprétation restrictive en conséquence. Cependant, le TF juge que l'existence de cette disposition n'est pas en tant que tel contraire au principe de légalité, contrairement à ce que fait valoir le prévenu et une partie de la doctrine minoritaire⁹⁷¹. En l'espèce, la poursuite en application de l'art. 181 CP se justifie à ses yeux. En revanche, la Cour précise, contrairement à ce qui a été retenu dans les cas précédents, que lorsqu'il s'agit :

« [...] d'apprécier le caractère illicite d'actions politiques menées en public, la référence aux droits constitutionnels s'impose donc tout particulièrement. »⁹⁷²

Néanmoins, la Cour ne précise pas à ce stade de son analyse de quelle manière et quels droits devraient être pris en compte. Le TF se concentre sur le critère de la durée de l'action occupante, présente les affaires « HIRSCHY », « Conseil de faculté » et « Tapis humain », et rappelle que dès dix minutes de perturbation, la contrainte est réalisée. En raisonnant de la sorte, il inscrit

⁹⁶⁸ « Der Beschwerdeführer wirft die Frage auf, ob ein aus unbestrittenenmaßen pazifistischen Gründen gegen den Golfkrieg gerichteter politisch-moralischer Appell, dem durch eine Blockadeaktion vor einem Bahnübergang für die Dauer von 10 Minuten eine grössere kommunikative Wirkung verschafft und womit für eine Grosskundgebung in Bern mobilisiert werden sollte, eine strafbare "Beschränkung der Handlungsfreiheit" im Sinne von Art. 181 StGB darstellt. », ATF 111 IV 167, c. 1.c (non traduit).

⁹⁶⁹ ATF 111 IV 167, c. 1.c (non traduit).

⁹⁷⁰ ATF 111 IV 167 (JdT 1995 IV 147), p. 148, c. 2.

⁹⁷¹ Cf. *supra* 1.II.B.1.c.

⁹⁷² ATF 111 IV 167 (JdT 1995 IV 147), p. 149, c. 3.a.

l'affaire en question dans une logique de continuité avec les précédentes. Il considère même que :

« [l]e comportement de X constitue un moyen de pression qui s'apparente à de la violence. »⁹⁷³

Ainsi, il admet que les ECO de la contrainte sont remplis en l'espèce.

- 289 S'agissant ensuite de l'analyse d'une éventuelle justification (mais qui n'est pas nommée comme telle), la Cour considère que, comme dans le cas du « Tapis humain », l'action ne visait pas à convaincre ou discuter avec les automobilistes bloqués ou les personnes présentes⁹⁷⁴. Seuls les médias étaient destinataires du message véhiculé par l'acte en question, élément plaidant en défaveur du prévenu. Ainsi, l'activiste est suspecté de n'avoir pas eu de réel intérêt au débat, mais uniquement souhaité susciter un scandale médiatique et obtenir une couverture dans la presse. En particulier, la Cour estime que la banderole déployée par les deux désobéissants ne pouvait pas être lue par les automobilistes et qu'en conséquence, son utilisation n'était en aucun cas apte à atteindre le but d'appel à l'opinion publique que le prévenu fait valoir⁹⁷⁵. Pour toutes ces raisons, pour le TF, « l'intervention manquait largement le but souhaité [...] d'alerter la foule sur le problème politico-moral dénoncé »⁹⁷⁶. Ici aussi, comme dans l'arrêt du « Tapis humain », il est particulièrement significatif aux yeux du TF que les personnes présentes :

« [...] n'étaient dans les deux cas que les figurants d'un spectacle visant et réussissant à alerter les médias. Le recourant [...] cherchait moins le dialogue avec les passants et leur prise de conscience que l'intérêt des médias [...]. »⁹⁷⁷

Le TF insiste encore sur l'existence d'alternatives que l'activiste aurait dû saisir.

« Il pouvait protester publiquement contre la guerre du Golfe au cours de la manifestation annoncée, il avait la possibilité d'attirer l'attention sur celle-ci en distribuant des tracts et il pouvait en profiter pour tenter d'engager un dialogue sur sa conception d'une démocratie vivante, cela tout en respectant la liberté d'action de ses interlocuteurs. »⁹⁷⁸

L'utilisation des moyens légaux à disposition joue en ce sens un rôle déterminant dans l'analyse effectuée d'une éventuelle justification des actes du prévenu.

⁹⁷³ ATF 111 IV 167 (JdT 1995 IV 147), p. 149, c. 3.a.

⁹⁷⁴ ATF 111 IV 167 (JdT 1995 IV 147), p. 150, c. 3.b.

⁹⁷⁵ Sans le dire explicitement, la Cour fait donc une application du principe de la proportionnalité, mais sans l'inscrire spécifiquement dans le cadre d'une analyse des motifs justificatifs légaux ou des conditions de restrictions de l'art. 36 Cst. féd.

⁹⁷⁶ ATF 111 IV 167 (JdT 1995 IV 147), p. 150, c. 3.b.

⁹⁷⁷ ATF 111 IV 167 (JdT 1995 IV 147), p. 150, c. 3.b.

⁹⁷⁸ ATF 111 IV 167 (JdT 1995 IV 147), p. 150, c. 3.b.

Néanmoins, la Cour admet que, contrairement à la situation du « Tapis humain », les automobilistes n'ont pas fait l'objet d'une stigmatisation. Cela étant dit, la durée de la perturbation et l'absence de dialogue sont considérées comme justifiant une sanction du comportement du prévenu. Le TF refuse de considérer que le cas est analogue à celui du « Conseil de faculté » où l'acquittement a été admis, en raison de l'inadéquation entre le moyen utilisé dans le cas d'espèce et son but, ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt précité. En effet, le TF rappelle que les désobéissants ont recouru à des moyens qui s'apparentent à son sens à de la violence et que leurs actes se doivent donc d'être sanctionnés. Pour le surplus, la Haute Cour ajoute sommairement que :

« [...] la liberté d'opinion et de manifestation dont il faut aussi tenir compte ne fait pas obstacle à [l]a condamnation »⁹⁷⁹.

Elle rejette donc toute influence des droits fondamentaux du prévenu sur le résultat de son analyse.

G. ATF 129 IV 6 (Jdt 2005 IV 215) – « Greenpeace »

Afin de protester contre le transport de matériel nucléaire et généralement le domaine de l'énergie nucléaire, l'ONG Greenpeace suisse met en place diverses actions de blocages en Suisse. Des actions ont lieu en mars 1997, novembre 1997 et mars 1998 et visent respectivement les centrales nucléaires de Beznau, Gösigen et Leibstadt. Une partie des participants et participantes, condamnés par ordonnance pénale, forme recours. Ces activistes sont reconnus coupables de contrainte, dommages à la propriété, violation de domicile et entrave à un acte officiel. Les peines prononcées à leur encontre varient en première instance entre des amendes de 500 fr. à 2'000 fr. En deuxième instance, les chefs d'inculpation sont maintenus, mais le montant des amendes est un peu réduit (400 fr. à 1'700 fr.). Un recours au TF est interjeté. Les activistes de Greenpeace plaident l'acquittement et invoquent une série de motifs justificatifs.

S'agissant tout d'abord de l'analyse des énoncés de fait pénaux retenus, les recourants font valoir qu'on ne saurait leur reprocher d'avoir commis un acte de contrainte au motif que le transport de combustible nucléaire irradié est une activité elle-même illicite qui ne peut donc être protégée par le Code pénal. Cet argumentaire, qui rappelle celui du « Tapis humain », est écarté par le TF⁹⁸⁰. La Haute Cour relève que le champ d'application de l'art. 181 CP est débattu en

⁹⁷⁹ ATF 111 IV 167 (JdT 1995 IV 147), p. 151, c. 3.d.

⁹⁸⁰ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 217, c. 2.

doctrine, mais elle estime sa jurisprudence à cet égard adéquate aux exigences de respect du principe de légalité⁹⁸¹. Elle rappelle en outre la casuistique qu'elle a développée dans les arrêts précédents. Elle mentionne un élément surprenant qui n'est pas sans intérêt pour souligner la dynamique politique qui se joue hors procès en lien avec l'existence de certains mouvements politiques, à savoir que le Conseil fédéral a depuis le 15 juin 1998 reconnu la qualité à « Greenpeace suisse » d'organisation habilitée à recourir dans les domaines de la protection de l'environnement ainsi que de la protection de la nature et du paysage⁹⁸². Il est intéressant de noter que cet élément est uniquement mentionné pour mémoire, sans que des conséquences en soient explicitement tirées pour l'analyse du cas, sauf à souligner soit la popularité grandissante de la contestation du nucléaire, soit l'existence d'alternatives légales nouvellement créées pour endiguer la contestation par des moyens illicites.

- 293 Appliqués au cas d'espèce, ces principes conduisent l'autorité à insister sur la durée de l'action occupante. En effet, le blocage à Benzau s'est déroulé sur 19 jours, à Gösgen l'action a duré un jour et, enfin, à Leibstat, plusieurs personnes se sont attachées aux rails, mais n'ont pas réussi à bloquer le transport⁹⁸³. Au vu de ces différents éléments et de la jurisprudence rappelée, l'autorité estime que les ECO de la contrainte sont bel et bien remplis, et que ces actions ont :

« [...] dépassé le seuil d'influence et de protestation tolérable dans le cadre d'une discussion politique concernant l'environnement. »⁹⁸⁴

Une éventuelle protection des actes entrepris sous l'angle des art. 16 et 22 Cst. féd. est écartée, ce en raison de l'intensité et de la durée des blocages. Ainsi, bien que le TF constate que les prévenus aient agi en vertu de « convictions environnementales, politiques » et donc que l'on se situe dans le champ d'application de leurs libertés fondamentales, cela ne saurait avoir un impact sur l'analyse de la typicité pénale de leurs actes aux yeux de l'autorité⁹⁸⁵. Le tribunal expose encore que rien ne peut laisser penser que le transport des combustibles constituait lui-même un acte illicite, car les valeurs d'émissions n'étaient pas plus hautes que celles des seuils autorisés⁹⁸⁶.

⁹⁸¹ Jurisprudence qui souligne l'importance d'une interprétation restrictive de cette disposition. ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 217, c. 2.

⁹⁸² Ordonnance du 15 juin 1998, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1998 (RO 1998 1570). ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 218, c. 2.3.

⁹⁸³ Elles ont dès lors été poursuivies pour tentative de contrainte uniquement.

⁹⁸⁴ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 220, c. 2.5.

⁹⁸⁵ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 220, c. 2.5.

⁹⁸⁶ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 220, c.2.6.

En outre, la Cour ajoute que, dans l'hypothèse où les seuils admissibles auraient été dépassés, les désobéissants disposaient d'autres voies légales pour faire rétablir une situation conforme au droit. En d'autres termes :

« [I]es recourants doivent faire examiner leur conception juridique par la voie judiciaire, avant de l'imposer aux personnes concernées par des moyens contraignants »⁹⁸⁷.

Les prévenus sont donc renvoyés à l'utilisation des moyens de participation classiques. Le TF souligne que cette solution s'impose également, car elle craint qu'en faisant preuve de tolérance vis-à-vis de telles actions, elle ouvre une porte à une recrudescence d'actes de justice privée motivés uniquement par la perception de certains de l'existence d'un comportement « présumé illicite »⁹⁸⁸. Toutes ces raisons permettent par ailleurs à la Haute Cour de s'écarter de l'opinion doctrinale formulée par WEBER et WIEDERKEHR⁹⁸⁹, invoquée par les recourants. Ainsi, la Cour estime que les prévenus ne l'ont pas convaincue de la spécificité de leur action par rapport à d'autres actions antérieures de blocage et elle n'estime pas nécessaire de s'écarter de sa jurisprudence.

L'analyse du TF au considérant 3 est ensuite entièrement consacrée aux différents motifs justificatifs légaux et extra-légaux. Premièrement, la Cour examine l'application du fait justificatif extra-légal de la sauvegarde d'intérêts légitimes. À cet égard, elle indique d'emblée que :

« [d]ans un État de droit démocratique, les buts politiques et idéaux doivent en principe être poursuivis par des moyens politiques, respectivement par la voie juridique. Le seul fait que les possibilités politiques et juridiques légales semblent épuisées et que les commissions politiques démocratiquement légitimées, respectivement les organes de la justice, ne partagent pas, ou seulement en partie, les conceptions des recourants, ne confère à ces derniers aucun droit de poursuivre leurs buts par des moyens punissables. Une exception serait éventuellement envisageable dans le cas d'une situation dangereuse comparable à un état de nécessité, c'est-à-dire si des biens juridiquement protégés d'une valeur considérable étaient immédiatement menacés et que leur protection ne puisse pas être assurée à temps par les autorités compétentes. »⁹⁹⁰

Une action de désobéissance civile n'est dès lors pas considérée comme pouvant faire partie des moyens politiques à disposition des membres de la société civile et la notion de rapports de force politiques relevée par les prévenus est évincée. Soulignons cependant que la Haute Cour nuance son appréciation et envisage qu'il puisse en aller autrement face à des cas pouvant s'apparenter à « une

⁹⁸⁷ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 221, c. 2.7.

⁹⁸⁸ Crainte classique des opposants aux théories philosophiques de la désobéissance civile. Cf. CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 53 ss ; ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 221, c. 2.7.

⁹⁸⁹ Cf. *supra* 2.II.B.1. Les auteurs critiquent l'art. 181 CP sous l'angle du principe de légalité.

⁹⁹⁰ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 222, c. 3.1.

situation dangereuse comparable à un état de nécessité »⁹⁹¹. Pour autant, elle ne donne pas d'indices sur les caractéristiques que de tels cas pourraient présenter. Deuxièmement, l'autorité rejette également les arguments de la légitime défense et de l'état de nécessité. Elle considère que leurs conditions d'application ne sont pas remplies, sans plus de discussion⁹⁹². Il est troisièmement question de la théorie générale relative aux faits justificatifs dits « extra-légaux » ou « extra-pénaux »⁹⁹³. À ce sujet, la Haute Cour se réfère alors à des travaux doctrinaux qui mentionnent explicitement la notion de désobéissance civile ou encore le droit de résistance, quand bien même le concept n'est pas mobilisé explicitement dans le raisonnement juridique⁹⁹⁴. La Cour exclut néanmoins le recours à de tels motifs : le risque de voir des intérêts privés érigés en fait justificatifs permettant de contourner les dispositions pénales pèse trop fort dans la balance à son avis⁹⁹⁵. Enfin, Le TF rappelle que, dans tous les cas, le critère de nécessité est essentiel à l'appréciation et qu'il convient ainsi que tous les moyens licites aient été utilisés préalablement, avant de recourir à un acte illicite. Il fait un parallèle entre la situation du cas d'espèce et sa jurisprudence rendue en matière de « whistleblowing » qui utilise également ce critère⁹⁹⁶. La proportionnalité de l'action est donc centrale à l'examen effectué par le TF et vise à l'identique « les militants politiques ou les collaborateurs médiatiques ayant pour but de rendre publique une situation supposée problématique »⁹⁹⁷. Le point commun entre les deux cas est donc que l'autorité admet que les individus exercent une facette de leurs droits fondamentaux, dont la Cour rappelle qu'il convient d'en tenir compte⁹⁹⁸, tout en considérant leur restriction justifiée. Malgré le non-respect de la condition de proportionnalité, la Cour se prononce encore sur l'existence potentielle d'un danger qui pourrait justifier l'acte des prévenus. Elle estime à cet égard que l'éventualité d'un accident nucléaire ne saurait constituer un danger imminent au sens de l'état de nécessité⁹⁹⁹. L'application de motifs justificatifs est donc écartée.

⁹⁹¹ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 222, c. 3.1. Notion qui sera mobilisée dans la jurisprudence ultérieure pour plaider l'application de cette disposition à d'autres actions occupantes en matière d'environnement. Cf. *infra* 3.III.N. ss.

⁹⁹² ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 222 et 223, c. 3.2.

⁹⁹³ Sic! ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 223, c. 3.3.

⁹⁹⁴ Sont mentionnés notamment les travaux de RHINOW, FLEISCH et DOBLER, cf. *supra* 2.II.B.1. Une certaine conscience de l'existence de ce mode d'action existe donc, bien que la notion ne soit pas considérée en tant que telle comme relevant du droit.

⁹⁹⁵ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 224, c. 3.3.

⁹⁹⁶ Cf. *supra* 3.II.B.

⁹⁹⁷ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 224, c. 3.3.

⁹⁹⁸ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 225, c. 3.4.

⁹⁹⁹ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 225, c. 3.5.

La Haute Cour appuie encore son argumentaire en soulignant, comme dans les cas précédents, que : 296

« [p]our le reste, les recourants ont avant tout voulu, par leur action spectaculaire de blocus, attirer l'attention des médias et du public sur leurs objectifs relatifs à la politique de l'énergie et de l'environnement, et exprimer leur conviction selon laquelle l'énergie nucléaire devrait être remplacée par des formes d'énergies renouvelables. Il n'était cependant pas nécessaire de faire usage de moyens punissables pour poursuivre ces buts (c'est-à-dire ce comportement politique "symbolique"). Pour promouvoir des buts de politique environnementale, notamment la sortie du nucléaire et de la technologie du retraitement nucléaire, une grande palette de moyens légaux (en particulier politiques et médiatiques) est disponible. Compte tenu de cet état de fait, il ne peut pas être question d'une situation semblable à un état de nécessité ou de la "sauvegarde d'intérêts légitimes" justificative au sens de la doctrine et de la jurisprudence exposées plus haut. »¹⁰⁰⁰

Une fois de plus, les désobéissants sont renvoyés à l'usage des moyens légaux dans une perspective gradualiste. La Haute Cour applique un raisonnement similaire (les recourants n'ont pas respecté la subsidiarité et la proportionnalité) lorsqu'elle examine le grief des désobéissants qui estiment avoir, grâce à leur acte, permis de diminuer le risque de pollution dans d'autres États¹⁰⁰¹. En définitive, la Cour réitère son argument principal à savoir que :

« [L]es moyens de discussion sur la politique environnementale choisis par les recourants ne sont pas proportionnés au but. Comme exposé plus haut, l'intensité et la durée des mesures de protestation dépassent également le seuil d'influence politique tolérable dans un État de droit démocratique. En conséquence, les actes de contrainte ne sont pas protégés par les droits constitutionnels politiques. »¹⁰⁰²

Le passage du raisonnement entre motifs justificatifs, proportionnalité et protection des droits constitutionnels politiques n'est cependant pas plus explicité par l'autorité. Ces derniers n'ont d'ailleurs pas été mentionnés au préalable dans l'arrêt, révélant les difficultés d'articulation entre toutes ces notions lorsqu'il s'agit de jauger de l'illicéité de l'action en cause, dont le caractère politique est finalement admis et reconnu.

La Cour consacre son avant-dernier considérant à l'analyse de la figure de l'erreur de droit. En l'espèce, elle estime que les personnes ayant participé à l'occupation ne peuvent s'en prévaloir, car elles fondent leur appréciation erronée de la licéité de leur action sur un avis de droit émanant de l'ONG « Greenpeace » dont la portée est contestée¹⁰⁰³. 297

¹⁰⁰⁰ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 225, c. 3.5.

¹⁰⁰¹ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 225, c. 3.6.

¹⁰⁰² ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 226, c. 3.7

¹⁰⁰³ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 227, c. 4

- 298 Enfin, la Cour examine la culpabilité des différents co-auteurs et exclut l'application de circonstances atténuantes¹⁰⁰⁴. En particulier, elle défend que le montant des sanctions prononcées n'est pas excessif, bien qu'elles soient plus lourdes que celles prononcées dans l'arrêt « Trucker Team ». *A contrario*, au sens du TF, c'est plutôt la sanction dans cette dernière affaire qui apparaît rétrospectivement comme étant « trop clémente »¹⁰⁰⁵. Dès lors, elle estime que rien n'exclut qu'elle adopte une position plus stricte. La condamnation des activistes est donc maintenue.

H. ATF 134 IV 216 – « Syndicat Industrie et Bâtiment »

- 299 Cet arrêt, qui ne fait pas l'objet d'une traduction en langue française, concerne une action de blocage qui s'est déroulée en marge d'une journée de grève organisée par le Syndicat Industrie et bâtiment (SIB)¹⁰⁰⁶. La revendication principale du syndicat pour cette journée concerne l'abaissement de l'âge de la retraite dans ce secteur. Or, à la fin de cette journée de mobilisation, un certain nombre de voitures, ainsi que des cars de grévistes, sont disposés à l'entrée du tunnel autoroutier de Baregg (Argovie), afin d'en rendre l'usage impossible. Le choix du lieu est symbolique et a pour but de rendre tangible le travail effectué par les employés de la construction. Pendant le blocage, le trafic est paralysé durant deux heures. Les voies de circulation d'urgence sont elles aussi obstruées et ni les forces de l'ordre ni d'éventuelles ambulances ne peuvent circuler. En conséquence de cette action, les personnes ayant participé sont condamnées en première instance pour contrainte, entrave à la circulation publique et violation grave des règles de la circulation routière (art. 237 CP et art. 90 al. 1 LCR). En seconde instance, les condamnations sont maintenues, mais les peines sont allégées : 14 jours de PPEC dont le montant est fixé entre 125 fr. et 250 fr. le jour en fonction de la situation financière des prévenus, plus une amende de 500 fr. Un recours est formé au TF dans le but de faire acquitter les personnes ayant participé à l'action.
- 300 S'agissant de l'infraction de contrainte, le TF rappelle qu'il convient d'en faire une interprétation restrictive et ajoute que l'illicéité des moyens utilisés doit en outre se comprendre dans un sens qui aménage suffisamment de place à

¹⁰⁰⁴ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 228 ss, c. 5 et 6.

¹⁰⁰⁵ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), p. 231, c. 6.2.

¹⁰⁰⁶ « Gewerkschaft Bau und Industrie » (GBI).

l'exercice des droits constitutionnels des parties¹⁰⁰⁷. À ce sujet, il examine encore une fois l'opinion de la doctrine minoritaire qui critique cette disposition notamment sous l'angle des droits fondamentaux des parties¹⁰⁰⁸. Le TF retient que le fond de leur argument a trait à l'évolution et à la circulation grandissante de l'information, rendant plus difficile l'émergence d'une discussion publique sur certains sujets et au besoin de se démarquer des autres acteurs politiques pour obtenir l'attention des médias¹⁰⁰⁹. La Haute Cour évite de se prononcer sur ces éléments sociopolitiques qu'elle élude en déclarant qu'est seulement déterminant pour juger de l'application de l'art. 181 CP le critère de la présence d'un moyen de contrainte, indépendamment de ce que peuvent être les motifs ou buts que souhaitent atteindre les personnes qui sont à l'origine du blocage¹⁰¹⁰. Pourtant, le point de désaccord soulevé n'était pas là, puisque l'objet de la critique des auteurs était uniquement un constat d'ordre sociologique ou lié aux conditions de l'émergence du débat public et de l'exercice des libertés fondamentales, non pas une invitation à effectuer un jugement de la légitimité politique des revendications portées par les désobéissants. La Cour limite donc son examen aux moyens employés par les auteurs, en particulier la durée du blocage. À ce sujet, elle écarte l'argument selon lequel les conséquences du blocage en question sont comparables par leur ampleur à des perturbations usuelles du trafic¹⁰¹¹. Le TF rejette aussi le parallèle que souhaitent effectuer les prévenus entre leur action et les perturbations consécutives à certaines manifestations sportives. En effet, à son sens, les désobéissants avaient comme but principal de gêner les autres usagers, ce qui n'est pas le cas des supporters qui souhaitent uniquement exprimer leur joie après un match¹⁰¹². Pour toutes ces raisons, la Haute Cour conclut que c'est à juste titre que les autorités inférieures ont retenu une infraction contrainte en l'espèce.

D'éventuels motifs justificatifs ne sont pas analysés, dès lors que le TF estime d'emblée qu'en raison de la durée du blocage et de l'absence d'aptitude entre

301

¹⁰⁰⁷ Elle se réfère à tous les arrêts préalablement présentés *supra* aux chiffres 3.III.A. à G. et, en particulier, à l'arrêt « Greenpeace ».

¹⁰⁰⁸ ATF 134 IV 216, c. 4.3. Cf. les opinions de WEBER/WIEDERKEHR, p. 214 ss et SPESCHA (Nötigung), p. 30 ss.

¹⁰⁰⁹ « Es wird darauf hingewiesen, dass unter den Kommunikationsbedingungen in der heutigen informationsgesättigten Gesellschaft das Grundrecht der Meinungsäusserungsfreiheit vielfach auf verstärkende Begleitumstände angewiesen sei, um sich im öffentlichen Raum überhaupt noch wirksam entfalten zu können [...] ». ATF 134 IV 216, c. 4.3.

¹⁰¹⁰ « Das Fernziel und das Motiv sind im Unterschied zum Nötigungsmittel und zum Nötigungszweck keine Elemente des Tatbestands der Nötigung. ». ATF 134 IV 216, c. 4.3.

¹⁰¹¹ ATF 134 IV 216, c. 4.4.

¹⁰¹² Argument surprenant de la part du TF qui, peu avant, a exposé que les motifs de l'acte de contrainte n'avaient pas de pertinence pour juger de l'applicabilité de cette disposition.

les moyens utilisés et le but des désobéissants, l'illicéité de l'action est donnée. Elle souligne en particulier que les automobilistes ne pouvaient ni lire les pancartes et banderoles des personnes participant à l'action ni satisfaire leurs revendications, et que leur blocage manquait donc sa cible¹⁰¹³. Par ailleurs, le TF conclut sur ce point en déclarant que le blocage en question n'était pas un acte de désobéissance civile, ce qui empêche qu'il soit justifié¹⁰¹⁴. Une telle remarque apparaît surprenante, car la Haute Cour semble alors sous-entendre que face à un réel acte de désobéissance civile (qualifié selon quels critères ?), les auteurs de l'infraction auraient alors pu faire valoir des justifications (lesquelles ?). On retrouve la tension présente dans la jurisprudence « Greenpeace » ou « Occupation d'une église » qui laisse apparaître la désobéissance uniquement en creux. La seule caractéristique qui peut être inférée du raisonnement du TF à ce sujet est qu'elle juge que l'action en question n'était pas une action de désobéissance civile, car elle n'a pas été conduite dans l'intérêt de l'ensemble des citoyens et citoyennes, mais uniquement pour promouvoir les intérêts sectoriels d'un groupe particulier.

- 302 L'analyse du TF continue avec l'examen des droits fondamentaux des parties. La Haute Cour expose en préambule de son raisonnement sur ce point que l'application des droits fondamentaux ne remet pas en cause l'illicéité de l'acte considéré¹⁰¹⁵. Le TF rappelle à cet égard la théorie générale relative au droit de grève. En particulier, elle retient au sujet de l'action et de ses conséquences qu'elles :

« [...] haben unter anderem den Zweck, eine breitere Öffentlichkeit über die Gründe und Ziele des Streiks zu informieren und auf diesem Wege auch Verständnis und gar Sympathie für die Anliegen der Streikenden zu gewinnen, wodurch zusätzlicher Druck auf den Arbeitskämpfgegner, d.h. die Arbeitgeber, ausgeübt werden kann. Durch Demonstrationen im öffentlichen Raum werden Dritte, insbesondere Verkehrsteilnehmer, in mehr oder weniger ausgeprägtem Umfang behindert, wobei das Ausmass der Behinderung unter anderem vom Ort der Demonstration abhängt. »¹⁰¹⁶

Or, l'autorité précise que si une telle action peut ainsi bel et bien entrer dans le champ d'application de la notion de grève, elle ne saurait pour autant être justifiée en raison de son illicéité. En effet, la Cour estime qu'en l'espèce les recourants n'ont pas respecté les conditions qui auraient permis de considérer cette action de grève comme légale, puisqu'ils ont entravé des tiers de manière inadmissible dans leur liberté. En d'autres termes, ils n'ont pas respecté la

¹⁰¹³ ATF 134 IV 216, c. 4.5. Cf. également arrêt « Guerre du Golfe ».

¹⁰¹⁴ « Es ging nicht darum, die Bevölkerung aufzurütteln, um etwa auf ein erhebliches Fehlverhalten staatlicher Organe hinzuweisen. Die Aktion war nicht ein Akt des zivilen Ungehorsams. », ATF 134 IV 216, c. 4.5.

¹⁰¹⁵ ATF 134 IV 216, c. 5.

¹⁰¹⁶ ATF 134 IV 216, c. 5.1.

proportionnalité. De plus, le TF souligne encore une fois qu'à son sens, les désobéissants se sont trompés de cible et n'ont pas atteint les destinataires de leurs revendications. On ne saurait donc protéger leur acte d'une quelconque manière en application d'un droit de grève selon lui¹⁰¹⁷.

L'analyse de la liberté de réunion mène à un résultat similaire. Le TF refuse de 303
qualifier l'occupation de réunion au sens de la Constitution, car, chronologiquement, c'est le blocage qui a permis aux personnes participant d'organiser une assemblée et non, à l'inverse, une réunion spontanée de celles-ci qui a ensuite débouché sur un blocage¹⁰¹⁸. La protection de la liberté d'opinion n'apporte pas un résultat différent, puisque les automobilistes ne pouvaient ni entendre les slogans des désobéissants ni lire leurs banderoles¹⁰¹⁹. Une discussion entre les parties n'était pas possible¹⁰²⁰. L'autorité mobilise à nouveau l'argument selon lequel le but principal des désobéissants était d'attirer les médias, ce qui ne saurait justifier une telle action. La volonté de créer un événement spectaculaire est retenue en défaveur des prévenus et paralyse la protection de la liberté d'opinion au sens du TF.

Enfin, dans son dernier considérant, la Haute Cour examine l'application d'un 304
motif justificatif extra-légal. À cet égard également, elle refuse d'entrer en matière en raison du défaut d'aptitude du moyen utilisé au regard du but visé¹⁰²¹. Les recourants tentent malgré tout de faire valoir que leur cas est similaire à d'autres actions occupantes dans lesquelles les participants ont obtenu un acquittement en droit comparé¹⁰²², mais sans résultat. L'argument selon lequel aucun dommage matériel n'a été causé à l'occasion de l'action n'emporte pas plus de succès. Enfin, la Cour rejette la condition de subsidiarité. L'autorité considère que, comme une grève avait lieu le même jour, ils ne pouvaient pas

¹⁰¹⁷ « Die Blockadeaktion stellt daher keine Arbeitskämpfmassnahme dar, die unter der gebotenen Berücksichtigung des verfassungsmässigen Streikrechts rechtmässig sein könnte. », ATF 34 IV 216, c. 5.1.2

¹⁰¹⁸ ATF 134 IV 216, c. 5.2.

¹⁰¹⁹ ATF 134 IV 216, c. 5.3.

¹⁰²⁰ « [...] ie in den Staus festsitzenden Verkehrsteilnehmer waren in ihrer überwiegenden Mehrheit bloss Statisten für die von den Beschwerdeführern organisierte spektakuläre Aktion, die im Wesentlichen eine erhöhte Medienaufmerksamkeit für das Anliegen der Streikenden bezweckte, worauf jedoch kein verfassungsrechtlicher Anspruch besteht. », ATF 134 IV 216, c. 5.3.2.

¹⁰²¹ « Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Die Blockadeaktion war nicht ein notwendiges Mittel und der einzige Weg, um den flexiblen Altersrücktritt ab 60 Jahren im Bauhauptgewerbe möglichst rasch durchzusetzen. », ATF 134 IV 216, c. 6.

¹⁰²² Ils se réfèrent à un arrêt de la Cour de justice européenne CJUE, affaire *Schmidberger contre Autriche* du 12 juin 2003, C-112/00. Le recours à la jurisprudence comparée est emblématique d'une forme d'usage stratégique du judiciaire. On retrouve largement cette tactique en matière de justice climatique. COURNIL, p. 25 ss. Cf. *infra* 4.III.B.

encore savoir si leurs revendications allaient être entendues ou non par ce biais. Selon le TF, toujours selon une acception gradualiste, les recourants auraient dû attendre l'issue de la journée de grève avant d'agir¹⁰²³. En dernier lieu, le TF rejette la causalité invoquée par les prévenus entre leur action et l'ouverture consécutive de négociations concernant leur revendication. À son sens, l'illicéité de leur action n'est pas levée du simple fait que l'objectif à long terme de la grève est atteint¹⁰²⁴. Dès lors, les condamnations sont maintenues.

I. TF, 6B_793/2008 du 24 mars 2009 – « Blocage d'un pont »

- 305 Cet arrêt non publié concerne une situation de blocage de la circulation par des personnes qui souhaitent protester contre l'ouverture de nouvelles voies de trafic aérien entre la Suisse et l'Allemagne. Afin d'attirer l'attention du public, celles-ci ont organisé un rassemblement sur la route entre les deux frontières et formé une chaîne humaine qui empêche le passage des véhicules. Il en résulte un blocage du trafic d'une durée de vingt-huit minutes. Les participantes et participants sont condamnés pour contrainte au sens de l'art. 181 CP. L'arrêt ne mentionne pas les peines prononcées, seule la question de la conformité de la sanction à l'aune des droits fondamentaux étant soumise à l'appréciation du TF.
- 306 Les considérants en droit du TF reprennent pour la plupart les développements théoriques de l'ATF 134 IV 216 (« SIB ») relatifs à l'incrimination pour contrainte. Ici, le TF souligne que le blocage a eu lieu à une heure de pointe et duré une heure. Il est dès lors comparable dans son intensité aux précédents cas portés devant la Haute Cour. Bien que le TF reconnaisse que le but de l'action était d'attirer l'attention de la population sur la pollution sonore liée à l'aéroport et que ses organisateurs et organisatrices ont ainsi exercé une forme d'expression et fait usage de leur liberté de réunion, il juge que cela ne saurait contrebalancer l'illicéité de l'acte¹⁰²⁵. En effet, le TF rappelle que l'exercice de la liberté de réunion sur le domaine public doit ménager un équilibre entre les droits de tous, ce qui n'est pas le cas en l'espèce à son sens. La Haute Cour considère que les activistes auraient pu et dû demander une autorisation pour leur action, dès lors qu'elle intervenait le 100^e jour après le début de

¹⁰²³ ATF 134 IV 216, c. 6.4 et 6.5.

¹⁰²⁴ « Eine Straftat, auch eine Nötigung, wird nicht dadurch rechtmässig, dass die Täter das damit angestrebte und grundsätzlich nachvollziehbare Fernziel erreichen. », ATF 134 IV 216, c. 6.6.

¹⁰²⁵ « Allerdings ist nach der Rechtsprechung die Rechtswidrigkeit im Lichte der verfassungsmässigen Rechte der Beteiligten zu beurteilen. » TF, 6B_793/2008, c. 3.3.

l'exploitation de ces nouvelles lignes aériennes¹⁰²⁶. Ils auraient eu le loisir de recourir à la procédure usuelle de demande d'autorisation et ne peuvent à défaut se prévaloir d'une protection en vertu de leurs libertés. En d'autres termes, le TF exclut, en raison de l'illicéité de l'action, que l'application des libertés fondamentales puisse conduire à un résultat différent qu'une sanction. D'autres motifs justificatifs ne sont pas analysés et la condamnation des prévenus est confirmée.

J. TF, 6B_214/2011 du 13 septembre 2011 – « Blocage d'une gravière »

Cet arrêt non publié traite d'une occupation d'une gravière¹⁰²⁷. En l'espèce, le 307
blocage du site dure une dizaine d'heures. Cette action n'est pas qualifiée de grève licite bien qu'elle soit organisée dans le cadre d'une journée nationale de grève, car elle est principalement menée par des personnes non employées par l'entreprise propriétaire de la gravière. La police est informée préalablement qu'une action va être menée et elle anticipe d'éventuels problèmes de circulation en mettant en place des déviations. En conséquence, les véhicules devant accéder au site accumulent du retard, élément qui jouera un rôle dans l'évaluation de la contrainte. Les participantes et participants à l'action sont poursuivis en raison d'une plainte déposée à leur rencontre par l'entreprise propriétaire de la gravière. Tous sont reconnus coupables de contrainte et condamnés au paiement de cinq jours-amendes à 100 fr., avec sursis de deux ans. La décision d'appel confirme ce verdict et les activistes forment un recours devant le TF.

Dans sa décision, la Haute Cour rejette l'ensemble des griefs des parties et 308
confirme leur condamnation. Ses développements sont quasiment en tous points similaires à ceux des affaires antérieures et en particulier au cas « SIB ». La réalisation de la contrainte est confirmée et l'application des motifs justificatifs ou des circonstances atténuantes est exclue¹⁰²⁸.

¹⁰²⁶ Les organisateurs avaient, pour des raisons stratégiques de communication et de visibilité, choisi de dénoncer le 100^e jour d'une activité qu'ils jugeaient intolérable.

¹⁰²⁷ L'action a lieu en parallèle du blocage qui a donné lieu à la décision : ATF 134 IV 216, cf. *supra* 3.III.H.

¹⁰²⁸ TF, 6B_214/2011 du 13 septembre 2011.

K. TF, 6B 1056/2013 du 20 août 2014 – « Occupation d’ambassade »

- 309 Dans cette affaire, non publiée, le TF examine la condamnation d’une personne qui est entrée, accompagnée d’une trentaine d’autres personnes, dans le jardin d’une ambassade dans le but de protester contre le résultat de l’élection présidentielle dans son État d’origine. Le groupe souhaite ainsi alerter l’opinion publique sur les violations des droits humains courantes dans cet État. Un des participants à l’occupation est arrêté et condamné pour violation de domicile, à une peine de vingt heures de travaux d’intérêt général. Il est mis au bénéfice d’un sursis de deux ans.
- 310 S’agissant des ECO, la Cour estime qu’en l’espèce au vu du comportement adopté par le prévenu les conditions de l’incrimination sont remplies. En particulier, le TF précise explicitement que le caractère non violent de l’action n’est pas un élément déterminant pour se prononcer sur l’incrimination :

« [l]’absence d’atteinte à la liberté des diplomates ou des employés, de violences physiques ou de casses, n’est d’aucune pertinence dans l’examen de la réalisation des conditions de l’infraction reprochée qui vise la protection du droit au domicile (art. 186 CP). L’explication relative à ses motivations et à son parcours de militant en faveur du respect des droits de l’homme ne permet pas de nier l’intention du recourant de pénétrer dans l’Ambassade dans un autre but que celui desservi par cette dernière. Bien au contraire, en rappelant qu’il souhaitait manifester, de manière pacifique, pour dénoncer notamment les violations des droits de l’homme dans l’État Z., il confirme que son intention était de pénétrer dans l’enceinte de l’Ambassade pour poursuivre d’autres buts que ceux couverts par cette dernière. En tout état, le comportement du recourant [...] procède d’une volonté d’agir contraire à celle de l’ayant droit au sens de l’art. 186 CP. Dans cette mesure, son comportement était illicite. »¹⁰²⁹

In casu, la Cour souligne le caractère non violent, dans le sens où elle constate l’absence de dommages ou d’atteintes à l’intégrité de quiconque, mais considère que cet élément est sans pertinence pour se prononcer sur la violation de domicile¹⁰³⁰.

- 311 Le recourant soulève un certain nombre de motifs justificatifs que le TF écarte. Au sujet de l’art. 13 CP, la Haute Cour juge que le prévenu ne pouvait réellement croire que son action était autorisée en raison de son appartenance nationale à l’État Z., sa nationalité ne lui octroyant aucun droit de pénétrer dans les locaux de l’ambassade¹⁰³¹. L’art. 14 CP n’est pas non plus applicable malgré l’argumentaire du recourant qui explique avoir agi pour dénoncer des actes

¹⁰²⁹ TF, 6B 1056/2013 du 20 août 2014, c. 2.3.

¹⁰³⁰ TF, 6B 1056/2013 du 20 août 2014, c. 2.3.

¹⁰³¹ TF, 6B 1056/2013 du 20 août 2014, c. 3.

prohibés par l'art. 3 CEDH commis par l'État Z.¹⁰³². Pour le TF, l'interdiction de la torture ne saurait être utilisée comme base légale pour inférer une autorisation de pénétrer sur le site d'une ambassade contre la volonté de son propriétaire. La Haute Cour estime cependant que l'acte du recourant relève bien de l'exercice de sa la liberté de réunion et d'expression. En ce sens, elle considère qu'il aurait en conséquence du demander une autorisation pour un usage conditionnel du domaine public dans les buts de manifester devant l'ambassade plutôt que d'y pénétrer illégalement. Elle renonce pour le surplus à se prononcer sur le respect des droits fondamentaux du prévenu, dès lors que celui-ci ne les a pas soulevés ou motivés dans son recours¹⁰³³. Néanmoins, elle ajoute à ce sujet que :

« [...] dans l'hypothèse où le recourant aurait pu se prévaloir des libertés constitutionnelles précitées pour manifester sur la voie publique contre la situation politique et humanitaire de l'État Z. ainsi que l'élection du nouveau Président, celles-ci ne l'autorisaient de toute évidence pas à pénétrer dans l'enceinte d'un bâtiment administratif fermé. En tant que le recourant prétend qu'il n'y avait aucun autre moyen d'agir sans porter atteinte à l'ordre public ou perturber la circulation dans le périmètre de l'Ambassade, son argument tombe à faux, dès lors qu'il fait précisément référence aux conditions permettant l'usage accru du domaine public, rendant ainsi licite une manifestation autorisée. »¹⁰³⁴

En d'autres termes, le prévenu est renvoyé à l'utilisation de moyens licites de protestation, quand bien même celui-ci fait valoir qu'une manifestation devant les locaux de l'ambassade n'aurait pas produit le même effet et n'aurait pas forcément été autorisée. En dernier recours, le recourant plaide avoir agi au bénéfice d'un état de nécessité. Néanmoins, l'application de ce motif est écartée, la condition de subsidiarité n'étant pas respectée. En effet, pour le TF :

« [en] tout état, indépendamment des motivations et des buts de la manifestation, ainsi que son caractère urgent, le recourant ne peut se prévaloir de l'état de nécessité dans la mesure où il disposait de moyens licites pour parvenir à son but, lequel consistait à sensibiliser l'opinion publique sur la situation dans son pays. Il pouvait notamment manifester sur la voie publique à condition de respecter les conditions d'une telle démarche, solliciter les médias ou s'adresser par écrit aux responsables politiques. »¹⁰³⁵

On retrouve la compréhension gradualiste de l'autorité de l'usage des moyens d'action présente dans ses décisions antérieures.

¹⁰³² TF, 6B 1056/2013 du 20 août 2014, c. 4. On retrouve ici la tactique des nombreux autres désobéissants qui tentent de renverser l'illicéité sur les comportements d'autrui ou de l'autorité. Cf. *supra* « Tapis humain » et *infra* « Lausanne Action Climat » ou « Mains rouges ».

¹⁰³³ Art. 106 al. 2 LTF qui prévoit que le TF « n'examine la violation de droits fondamentaux ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant. »

¹⁰³⁴ TF, 6B 1056/2013 du 20 août 2014, c. 4.2.

¹⁰³⁵ TF, 6B 1056/2013, c. 5.

- 312 Dans un troisième temps, le TF se prononce sur la culpabilité du prévenu et la possibilité d'appliquer à son cas l'art. 52 CP. Là encore, le TF considère que le caractère non violent de l'action n'est pas déterminant :

« [q]uand bien même le recourant n'aurait "que dansé et chanté" dans l'enceinte de l'Ambassade, ainsi qu'il le prétend, ce comportement suffit à réaliser les conditions objectives de l'infraction reprochée sans que l'on y distingue une culpabilité ou des conséquences particulièrement faibles en comparaison avec des cas typiques revêtant la qualification de violation de domicile. En effet, le recourant a pénétré dans l'enceinte d'une ambassade en dehors des horaires d'ouverture, en y demeurant plusieurs heures afin d'y manifester, alors même que l'inviolabilité des locaux des missions diplomatiques est expressément prévue par une norme de droit international (art. 22 CVRD). S'agissant des conséquences de son acte, il ressort de l'état de fait retenu dans la décision entreprise, au demeurant non contesté par le recourant, que la manifestation a nécessité une intervention policière et une évacuation des manifestants [...]. La culpabilité et les conséquences ne peuvent dès lors être qualifiées de peu d'importances. »¹⁰³⁶

En conséquence, la condamnation du prévenu et sa sanction sont confirmées. Relevons qu'en comparaison, le résultat de l'examen dans l'ATF 109 IV 156 qui concernait lui aussi une occupation d'ambassade, mais avec violence¹⁰³⁷ est alors similaire à celui de ce cas, quand bien même le déroulement de l'action apparaît peu comparable. Seule la quotité de la peine rend compte de cette différence dans le mode d'action¹⁰³⁸.

L. Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018 – « Appropriation de cabris »

- 313 Cette décision est issue d'une juridiction de première instance et a acquis un caractère définitif et exécutoire, les prévenues n'ayant pas fait de recours. Elle n'est pas publiée et n'a, à ce titre, pas le même statut que d'autres décisions d'instances supérieures¹⁰³⁹. Néanmoins, son examen sert notre recherche, car, il y est fait référence de manière explicite à la notion de désobéissance civile, elle

¹⁰³⁶ TF, 6B 1056/2013, c. 6.2.

¹⁰³⁷ Arrêt qui a donc été exclu du corpus. Cf. *supra*. 5.II. L'analyse de la subsidiarité des moyens utilisés et de son aptitude y est cependant similaire à ce que l'on retrouve dans les arrêts de notre corpus : « l'occupation d'une ambassade peut constituer une provocation spectaculaire [mais] elle n'est guère de nature à modifier la situation en Pologne des compatriotes de l'auteur. », ATF 109 IV 156 (JdT 1984 IV 121), p. 122, c. 3.

¹⁰³⁸ Dans cet arrêt, les preneurs d'otages ont été condamnés à des peines privatives de libertés fermes et à des interdictions de territoire.

¹⁰³⁹ Cette décision nous a été transmise par la prévenue grâce à une prise de contact intervenue au travers d'une association cf. 5.II.

remplit nos critères de filtrage, et son sort est emblématique de la trajectoire que suivent la plupart des procès pour des actions que l'on peut matériellement associer à de la désobéissance civile. En effet, elle souligne certaines considérations pragmatiques liées à l'usage du contentieux stratégique¹⁰⁴⁰ : notamment pour des questions de réduction des coûts, de préservation des forces militantes, de médiatisation, les prévenus renoncent à investir leurs temps et leurs ressources dans des procédures de principe et ne cherchent pas à s'opposer à leur condamnation devant des instances supérieures. Enfin, les comptes rendus d'audition sont accessibles, ce qui nous donne accès à un matériel utile pour comprendre tant la stratégie militante mise en œuvre, que le raisonnement des juges de première instance.

S'agissant des faits, ce jugement a été rendu le 20 décembre 2018 dans une procédure à l'encontre de deux activistes antispécistes condamnées pour appropriation illégitime, violation de domicile et contrainte. Les deux prévenues¹⁰⁴¹ ont pénétré dans l'enceinte d'un abattoir dans le canton de Vaud, opération à la suite de laquelle elles ont emporté un peu moins d'une vingtaine de cabris qui s'y trouvaient. Le propriétaire de ces animaux se constitue partie plaignante à la procédure. En outre, l'une des prévenues est poursuivie dans d'autres affaires pour des actions similaires où, en compagnie d'autres activistes, elle a occupé les locaux d'une administration publique afin de protester contre l'activité des abattoirs régionaux¹⁰⁴². 314

Sont auditionnés dans le cadre de cette procédure : le vétérinaire en charge du contrôle des animaux avant abattage, une amie d'une des prévenues, ainsi qu'une des prévenues et la partie plaignante. Il en ressort de l'interrogatoire du vétérinaire cantonal que les actions antérieures menées par des membres du mouvement antispécistes ont, selon lui, permis de révéler des dysfonctionnements dans certains abattoirs et ont conduit à des condamnations sévères pour les établissements dont les pratiques n'étaient pas conformes à la loi¹⁰⁴³. Concernant l'établissement dont il est question dans cette procédure, le vétérinaire atteste ne pas avoir constaté de maltraitance envers les animaux¹⁰⁴⁴. 315

¹⁰⁴⁰ Cf. *infra* 4.III.B.

¹⁰⁴¹ La seconde n'a pas comparu personnellement à l'audience.

¹⁰⁴² Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 19, c. 2b. La décision rendue au sujet de l'occupation de cette administration a été réglée par voie d'ordonnance pénale pour d'autres participants et participantes.

¹⁰⁴³ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 5.

¹⁰⁴⁴ Relevons que celui-ci a par ailleurs été interrogé sur des points assez surprenants tels que la possibilité de nourrir le bétail avec des produits laitiers d'origines non animales (soja ou amande). Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 5. Ce type de question suggère que l'autorité s'est intéressée au contenu des revendications portées par les deux désobéissantes.

316 Dans son audition, l'amie de la prévenue relève quant à elle que :

« [l']activisme de K. [est] très courageux, entier. On a, d'une part, des actions, et d'autre part, des discours. Il ne s'agit pas d'un coup de tête. À ma connaissance, K. n'a jamais usé de violence envers les personnes dans le cadre de son activisme. »¹⁰⁴⁵.

Elle insiste encore sur la notion de « non-violence » centrale dans l'action entreprise et défendue à sa connaissance par le mouvement antispéciste. En ce sens, son témoignage est emblématique de la ligne de défense des activistes qui consiste à mettre en avant des éléments de ce type. On peut effectuer un constat similaire à la lecture des autres témoignages. En effet, la prévenue explicite quant à elle la finalité de son acte et axe son argumentaire sur sa démarche politique et non violente¹⁰⁴⁶. On décèle dans ses propos une volonté de fonder une continuité symbolique entre son action et les grandes campagnes historiques d'actions de désobéissance civile, afin de justifier et asseoir la légitimité de son action. La prévenue se réfère également à des notions juridiques existantes (la discrimination), mais dans un sens qui ne correspond pas avec son acception juridique, par exemple en plaidant une discrimination entre êtres humains et animaux¹⁰⁴⁷. La prévenue insiste par ailleurs sur toutes les démarches antérieures entreprises afin de sensibiliser l'opinion publique et les difficultés rencontrées pour être écoutées des autorités politiques. Elle se défend ainsi contre le reproche gradualiste de la Cour et tente d'expliquer les raisons qui la poussent à considérer son acte comme étant bien l'aboutissement d'un épuisement de toutes les autres alternatives légales à sa disposition¹⁰⁴⁸. Enfin, la partie plaignante est quant à elle principalement interrogée sur le traitement apporté à son bétail.

317 S'agissant ensuite de l'examen en droit, l'autorité commence par dissiper toute suspicion que l'acte des prévenues puisse être contrebalancé par un comportement illicite de la partie plaignante. Dès lors que tous les cabris sont en bonne santé et que le vétérinaire n'a pas relevé de violation du point de vue des normes de protection des animaux avant abattage, elle considère que tout grief ou justification à ce titre peuvent être écartés¹⁰⁴⁹. Pour ce qui est des éléments constitutifs objectifs des différentes infractions retenues en l'espèce, le Tribunal exclut l'appropriation illégitime, en l'absence d'un dessein d'enrichissement illégitime des prévenues¹⁰⁵⁰. Il écarte également l'infraction de violation de domicile en raison du retrait de plainte du propriétaire de

¹⁰⁴⁵ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 6.

¹⁰⁴⁶ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 7.

¹⁰⁴⁷ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 7. En ce sens, elle en appelle à une évolution du droit, cf. *infra* 4.II.B.

¹⁰⁴⁸ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 7.

¹⁰⁴⁹ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 20, c. 3.

¹⁰⁵⁰ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 21, c. 4.

l'abattoir. Concernant l'art. 181 CP, l'autorité souligne que, bien que l'usage de la violence ne soit pas retenu, il y a bel et bien une entrave à la liberté d'action d'autrui, ce qui justifie l'incrimination sur cette base, tant pour l'occupation des locaux de l'administration que pour l'intrusion dans l'abattoir¹⁰⁵¹. En conséquence, seuls les ECO de cette infraction et ceux de l'appropriation illégitime sont retenus.

Concernant l'analyse de la culpabilité et des faits justificatifs, le tribunal conclut rapidement qu': 318

« [i] est inutile de s'étendre sur la légitime défense, qui ne peut pas être retenue dans un tel cas, n'en déplaise aux prévenues [...]. Quant à l'état de nécessité, il n'est nullement établi, bien au contraire, que les cabris en question avaient été maltraités ou étaient sur le point d'être abattus de manière illégale. »¹⁰⁵²

Une justification de l'acte des prévenues est en conséquence écartée¹⁰⁵³. Pour le surplus, le juge mobilise à nouveau l'idée de gradualisme des moyens de participation lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la culpabilité des prévenues, laissant peu de place à toute action politique qui déborde du cadre institutionnel :

« [i] n'appartient pas à ce Tribunal de juger le bien-fondé des thèses émises par les uns ou par les autres. Il paraît important de rappeler que chacun doit être libre de pouvoir exprimer ses idées dans le respect des droits d'autrui. Les prévenues ont connaissance du fait qu'elles disposent de multiples instruments politiques et juridiques pour défendre leurs idées. Parmi ceux-ci, on peut citer le droit d'initiative, le référendum, la pétition, la possibilité de demander l'autorisation de tenir un stand de marché pour informer la population ou même de demander à pouvoir organiser une manifestation. Elles peuvent également faire du lobbying auprès des députés des cantons ou des parlementaires à Berne. Elles peuvent organiser des conférences en y invitant des sommités scientifiques en mesure d'expliquer ce que ressentent les animaux. [...] [L]es prévenues ont également la possibilité d'être actives en politique et de se faire élire pour prendre une part plus importante dans l'élaboration des lois et de la constitution et renforcer, le cas échéant, la loi sur la protection des animaux si elles l'estiment insuffisante. »¹⁰⁵⁴

Le juge défend ainsi une conception classique et libérale du fonctionnement du débat public, exempte de rapports de forces politiques ou de considérations pratiques sur les possibilités réelles d'engagements des prévenues¹⁰⁵⁵. Il déclare encore que :

¹⁰⁵¹ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 22ss, c. 4.

¹⁰⁵² Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 23, c. 4.

¹⁰⁵³ Ce passage illustre la distance existante entre la conception du droit que les prévenues défendent, leur argumentaire et sa compatibilité avec les catégories juridiques existantes. Cf. *infra* 4.II.

¹⁰⁵⁴ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 24, c. 4.

¹⁰⁵⁵ Cf. *infra* 4.III.A.2.

« [l]e Tribunal pénal est là pour s'assurer que chacun respecte la loi, ainsi que la vie et les biens d'autrui. Quelles que soient les idées qu'on souhaite faire véhiculer, quelle que soit l'influence que l'on souhaite avoir sur les autres, rien ne saurait justifier que l'on commette des infractions telles que l'appropriation illégitime, la violation de domicile ou la contrainte, voire pire encore. Il en va du respect de la paix publique et du respect de la démocratie. Les prévenues devraient être heureuses de pouvoir circuler et s'exprimer dans un pays qui connaît la démocratie directe, tant enviée par les "gilets jaunes" français. Les prévenues souhaitent non seulement faire passer l'idée qu'il ne faut plus manger de produits d'origine animale, mais elles entendent également l'imposer au plus grand nombre, voire à toute la population, alors qu'elles pourraient simplement en faire leur philosophie de vie qu'elles partagent ou non avec autrui. Lorsqu'un groupe d'individus minoritaire entend imposer ses idées aux autres, il ne faut pas oublier qu'on est aux portes de la dictature. »¹⁰⁵⁶

Comme dans d'autres arrêts du corpus, la volonté de prévenues de susciter un débat général, au détriment d'une discussion avec leurs interlocuteurs directs, est retenue en défaveur des prévenues¹⁰⁵⁷. Le juge présente leur démarche non pas comme un acte symbolique visant à susciter la discussion, mais bien plutôt comme une tentative de restreindre les libertés de choix d'autrui¹⁰⁵⁸. Par ailleurs, quand bien même, le juge rappelle que son rôle n'est pas de se prononcer sur le fond des revendications exprimées par les prévenues, il sous-entend ici qu'il n'existe qu'un pas entre antisépécisme et dictature (de la minorité)¹⁰⁵⁹ et lie le besoin de sanctionner les prévenues au contenu de leurs revendications qui constitueraient, en somme, une menace idéologique.

- 319 En dépit de ces éléments, le juge considère la culpabilité des prévenues comme étant « faible »¹⁰⁶⁰. En conséquence, les deux activistes sont condamnées au paiement d'une peine pécuniaire de cent vingt jours-amendes à 30 fr. L'obtention d'un sursis est refusée :

« [...] dès lors que les prévenues ont exprimé devant le tribunal qu'elles continueraient à commettre des infractions »¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁶ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 24, c. 4.

¹⁰⁵⁷ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 24, c. 4.

¹⁰⁵⁸ Alors même que les prévenues ont exposé à quel point elles étaient démunies dans leurs possibilités d'influer l'opinion publique, le juge leur prête ici le pouvoir de concrètement menacer la liberté de choix d'autrui, dénotant un fort décalage de perception.

¹⁰⁵⁹ On constate ici un exemple des contre-arguments mobilisés par la pensée classique opposée à la désobéissance, dont il sera question *infra* au chapitre 5. CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 53 ss.

¹⁰⁶⁰ Quand bien même peu avant, leurs actes étaient présentés comme une dérive dictatoriale. Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 24, c. 5.

¹⁰⁶¹ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 24, c. 5. Le juge ajoute qu' : « [e]n présence d'une personne qui déclare expressément au Tribunal qui doit juger de sa cause qu'elle continuera à commettre des infractions, il n'est pas possible, même avec

Pour le surplus, s'agissant des prétentions civiles de la partie plaignante, le tribunal chiffre à 4'624 fr. le dommage causé qui doit être pris en charge par les prévenues. À cette somme s'ajoutent 5'600 fr. d'indemnité (art. 433 CPP), 1'000 fr. de tort moral, et 6'500 fr. de frais de procédure¹⁰⁶². Ainsi, les prévenues doivent s'acquitter, en plus de la PPEC, de la somme de 17'724 fr. chacune. Le détail de ces calculs, souvent indisponible lorsque l'on examine uniquement les décisions rendues sur recours ou appel, permet de souligner le rôle considérable joué en pratique par la condamnation aux frais et dépens pour les prévenus. En effet, ces éléments ne constituent pas une peine au sens de la loi, mais contribuent en pratique aux coûts de l'engagement dans ce type de mode d'action. Ce sont des éléments qui influencent le choix stratégique du recours à la désobéissance civile¹⁰⁶³.

M. Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019 – « Occupation d'abattoir 1 »

Cette décision, rendue par une autorité de première instance, a été publiée, car elle a été considérée comme présentant un intérêt pour le développement de la jurisprudence, au sens des art. 6 al. 2 RIPAD-PJ/GE et 20 al. 5 LIPAD/GE¹⁰⁶⁴. Il est explicitement mentionné dans l'arrêt que les prévenus ont commis des actes qu'ils qualifient de « désobéissance sociale »¹⁰⁶⁵. La défense des activistes se concentre sur l'application de circonstances atténuantes. En effet, ils excluent de plaider les motifs justificatifs, ne souhaitant pas faire lever l'illicéité de leur acte. 320

L'affaire concerne des actions menées par un groupe antispéciste dans le canton de Genève, notamment des actions non revendiquées de « cassage de vitrines », de tags effectués dans l'espace public ou encore l'occupation d'un local d'abattage de la société « Bell » à Oesingen par les prévenus qui se sont attachés sur place. Dans le cadre de notre recherche et en application des filtres 321

la meilleure volonté du monde, de poser autre chose qu'un pronostic défavorable quant à son comportement futur. »

¹⁰⁶² Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 25, c. 6.

¹⁰⁶³ Les prévenues sont par ailleurs toutes deux considérées comme sans revenu, ce qui est également un élément déterminant pour évaluer le poids relatif de la sanction sur leur situation personnelle.

¹⁰⁶⁴ Règlement du pouvoir judiciaire sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 14 juin 2018 (E 2 05.52, RIPAD-PJ) et Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (A 2 08, LIPAD).

¹⁰⁶⁵ Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019, P/8314/2018, c. Bab.

prédéfinis, nous ne traiterons comme relevant de la désobéissance civile que cette dernière action de blocage d'un abattoir¹⁰⁶⁶. S'agissant uniquement de cet élément de l'accusation, les activistes sont incriminés pour violation de domicile (art. 186 CP), contrainte (art. 181 CP) et empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 CP). Lors de l'action d'occupation susmentionnée, ces derniers se sont attachés à la chaîne de production de l'abattoir et ont attendu d'être délogés par la police. Cette action a fait l'objet d'une certaine attention médiatique et été revendiquée par l'association « L269 Libération Animale ».

322 En droit, le tribunal retient en préambule que :

« [l']idéologie antiséciste s'oppose au spécisme, à savoir la discrimination d'individus fondée sur le critère de l'espèce. Pour elle, ce critère ne peut justifier que l'on attribue un statut supérieur exceptionnel à l'humain, tandis que l'on néglige les intérêts des autres animaux. Une éthique antiséciste accorde une considération égale aux intérêts de tous les êtres qui éprouvent des sensations, des émotions et qui sont sensibles à la douleur. Elle conduit à lutter contre les mauvais traitements et l'exploitation des animaux ainsi qu'à rejeter la production et la consommation de produits d'origine animale. Depuis le mois de janvier 2018, en marge d'un militantisme visant essentiellement la distribution de tracts, la diffusion sur internet de vidéos sur les abattoirs et la tenue de manifestations, des actions directes ont eu lieu, notamment par l'inscription de tags et des vitrines de boucheries cassées, afin d'attirer l'attention du public et des autorités sur la cause antiséciste. »¹⁰⁶⁷

Concernant le blocage de l'abattoir de Soleure, le Tribunal considère que les ECO des différentes infractions sont remplis, dès lors que les activistes ont bloqué physiquement la chaîne de production de l'usine pendant plusieurs heures et qu'il a été nécessaire de couper les cadenas avec lesquels ils s'étaient attachés sur place pour les évacuer. En agissant de la sorte, l'autorité considère qu'ils ont sciemment rendu plus difficile leur arrestation¹⁰⁶⁸. La jurisprudence antérieure en matière d'actions de blocage est citée à l'appui de la conclusion du Tribunal¹⁰⁶⁹.

323 L'application de motifs justificatifs pour ces actes n'est pas plaidée. Cependant, les prévenus estiment avoir agi au bénéfice d'un motif honorable. Dans l'analyse en droit de ces arguments, une certaine confusion règne cependant. Le juge traite à la fois de l'illicéité et de la culpabilité, comme s'il s'agissait d'un seul et même examen. Notamment, la Cour rappelle que des motifs politiques ne constituent pas pour autant des motifs honorables et souligne que :

¹⁰⁶⁶ Cf. *supra* 3.II. En effet, une partie des actions ne répondent pas au critère de publicité ni de non-violence.

¹⁰⁶⁷ Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019, P/8314/2018, p. 7, c. B aa.

¹⁰⁶⁸ Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019, P/8314/2018, p. 35, c. 1.2.16.

¹⁰⁶⁹ Cf. *supra* arrêts « Greenpeace » et « Guerre du Golfe ».

« [l]a lutte pour un monde meilleur exclut l'existence d'un mobile honorable lorsqu'elle n'est pas menée dans le respect de la légalité »¹⁰⁷⁰.

Elle ajoute par ailleurs que, pour fixer la peine :

« [l]e facteur décisif est l'attitude de l'auteur à l'égard des valeurs protégées par la loi, à l'exclusion de ses idéologies politiques. »¹⁰⁷¹

Mais aussi que :

« [m]ême s'il s'agissait de convictions politiques dignes d'estime, elles ne sauraient être considérées comme un fait justificatif lorsque l'auteur agit de manière contraire à la loi et que des moyens légaux seraient à disposition pour défendre sa cause. »¹⁰⁷²

Ainsi, la Cour sous-entend qu'il existe néanmoins des convictions politiques qui, elles, seraient juridiquement dignes d'estime sans pour autant donner d'indications sur ce que seraient de telles convictions¹⁰⁷³ et, surtout, en contredisant le principe énoncé de ne pas hiérarchiser les convictions. On constate aussi une confusion entre la question des circonstances atténuantes et l'application d'un motif justificatif. Il est en outre encore indiqué que « [m]ême si les conditions de l'art. 48 let. a ne sont pas remplies, le Tribunal aurait pu tenir compte du mobile honorable du prévenu, qui a agi essentiellement afin de défendre la cause animale »¹⁰⁷⁴, mais cet élément favorable est contrebalancé par l'« extrémisme »¹⁰⁷⁵ de l'activiste qui l'a entre autres poussé à casser des vitrines et mettre de la javelle sur sept tonnes de volailles. Au gré de ces circonvolutions, l'argumentaire perd en cohérence et en transparence. Après avoir explicité que le mobile du prévenu n'était pas honorable, le juge laisse entendre qu'il aurait tout de même pu l'être, à des conditions dont on ignore tout. De plus, force est de constater que la qualification des convictions comme extrême est, sans préjuger du bien-fondé de ce jugement, une appréciation qui porte bel et bien sur le contenu des revendications de l'auteur, contrairement aux principes précédemment énoncés par l'autorité. S'agissant de l'examen de la culpabilité de la deuxième personne prévenue, le raisonnement est similaire. Le juge constate qu'elle a agi pour la cause animale, mais que :

¹⁰⁷⁰ Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019, P/8314/2018, p. 36, c. 2.1.2. Cf. l'arrêt de principe : ATF 107 IV 29 (anarchistes).

¹⁰⁷¹ Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019, P/8314/2018, p. 36, c. 2.1.2.

¹⁰⁷² Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019, P/8314/2018, p. 39, c. 2.2.1.

¹⁰⁷³ Il pourrait en effet être dangereux que les cours se lancent dans une hiérarchisation des mobiles qui permettrait de dire que l'activisme climatique est honorable, mais pas l'activisme antiséciste.

¹⁰⁷⁴ Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019, P/8314/2018, p. 39, c. 2.2.1.

¹⁰⁷⁵ Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019, P/8314/2018, p. 39, c. 2.2.1.

« [c]ette motivation a toutefois un effet neutre sur la peine dans la mesure où elle l'a également conduit à agir à de multiples reprises au mépris de la loi et de la propriété, démontrant un caractère jusqu'au-boutiste. »¹⁰⁷⁶

Dans ces circonstances, la manière de procéder du juge dans son examen de la culpabilité témoigne à tout le moins d'une certaine opacité.

- 324 En définitive, les deux prévenus principaux sont condamnés pour toute une série d'infractions en lien avec les actes de bris de vitrine et leurs actions clandestines, en plus de l'action examinée. En raison de l'ensemble de ces infractions, la peine de l'un des prévenus est fixée à sept mois de peine privative de liberté et au paiement d'une PPEC de dix jours-amendes à 30 fr. Pour le second, la peine privative de liberté est de douze mois, avec paiement d'une peine pécuniaire de dix jours également. Les mois passés en détention préventive par le second prévenu sont déduits de sa peine. S'agissant des autres activistes, leur rôle étant moins important, la Cour tient compte du caractère non égoïste de leurs motivations dans le cadre de la fixation de la peine et les condamne au paiement d'une peine pécuniaire de vingt jours-amendes à 30 fr. et à une amende de 200 fr.¹⁰⁷⁷.

N. ATF 147 IV 297 – « Lausanne Action Climat »

- 325 Une affaire qui a engendré un accroissement d'intérêt pour la désobéissance civile en matière d'environnement et fait l'objet d'une attention médiatique importante est celle du groupe « Lausanne Action Climat » (LAC). Les membres de ce collectif sont des écologistes qui ont occupé des locaux de la banque Credit Suisse à Lausanne afin de dénoncer l'implication de la place financière suisse dans le dérèglement climatique¹⁰⁷⁸.
- 326 Nous présentons ici les éléments ayant trait aux différents échelons judiciaires de cette affaire, dès lors qu'ils apportent chacun des éléments qui permettent de souligner la stratégie de défense des désobéissants, le raisonnement opéré par

¹⁰⁷⁶ Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019, P/8314/2018, p. 34, c. 2.2.2.

¹⁰⁷⁷ Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019, P/8314/2018, p. 40, c. 2.2.3.

¹⁰⁷⁸ Une affaire similaire a occupé la justice de première instance bâloise, mais n'a pas donné lieu à une condamnation ni à la rédaction d'un jugement motivé. À ce sujet : ATS, *Cinq militants pour le climat ont été acquittés à Bâle*, RTS 22 janvier 2021, <https://www.rts.ch/info/regions/autres-cantons/11917119-cinq-militants-pour-le-climat-ont-ete-acquittes-a-bale.html>, consulté le 1^{er} avril 2022. Cette même action bâloise a donné lieu à une procédure qui a débouché sur l'ATF 147 I 372. Dans cette affaire, une violation des libertés fondamentales des activistes a été constatée par la Haute Cour en raison d'un prélèvement de l'ADN de ces derniers par les forces de l'ordre.

les autorités judiciaires et les divergences qui sont apparues d'un échelon à l'autre. La décision de première instance n'a pas été publiée officiellement, mais nous a été transmise par les prévenus. Elle a par ailleurs été rendue accessible dans la presse¹⁰⁷⁹.

1. Première instance : Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020

Les faits à l'origine de cette affaire et tels que retenus par le juge de première instance dans sa décision du 13 janvier 2020 sont les suivants : 327

« [à] Lausanne, [...] dans les locaux de la succursale du Credit Suisse (Suisse) SA, un groupe de 20 à 30 personnes environ dont les prévenus, a pénétré dans le hall d'entrée dans le but de manifester contre le changement climatique et plus spécifiquement contre les investissements faits par le Credit Suisse dans les énergies fossiles. Le but des manifestants était d'attirer l'attention de l'opinion publique sur ces questions, notamment en dénonçant la participation de Roger Federer à l'image publicitaire de cette banque. Cette manifestation a consisté notamment à déployer une banderole sur laquelle figurait le texte suivant : "Credit Suisse détruit le climat. Roger, tu cautionnes ça ? #SiRogersavait" et, pour l'essentiel, à mimer une partie de tennis, la plupart des participants étant déguisés en sportifs de manière caricaturale. »¹⁰⁸⁰

Par ailleurs, le Tribunal constate encore que la clientèle de la banque a pu accéder aux locaux durant toute l'action, jugée non violente. Une partie des prévenus n'ont pas obéi, lorsqu'ils ont été sommés par les forces de l'ordre de quitter les lieux. Ils ont en conséquence été évacués de force. La banque a porté plainte pour violation de domicile.

Dans cette procédure, a été entendue comme témoin la climatologue 328 Sonia SENEVIRATNE, professeur de climatologie à l'EPFZ et membre du GIEC. Elle a exposé l'urgence scientifique de la situation en matière de réchauffement climatique et la nécessité de prendre des mesures politiques afin de l'enrayer. Son témoignage sert de point d'appui pour soutenir que le recours à un acte illicite se justifiait en l'espèce au vu de l'urgence climatique. Son argument principal à l'appui de cette position découle du constat de la faiblesse des

¹⁰⁷⁹ Depuis lors, les différentes décisions de cette affaire ont également été publiées par le collectif Réseau social d'action, réseau 43, sur le site : <https://www.reseau43.ch/index.php/page/view/id/11903>, consulté le 16 janvier 2022. Il nous a été possible d'assister au procès de première instance ainsi qu'à la procédure de réforme devant le Tribunal cantonal le 6 décembre 2021. L'accès en seconde instance a été impossible en raison d'une restriction de la publicité des audiences causée par le COVID-19.

¹⁰⁸⁰ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 41, c. 2.

mesures mises en œuvre par le gouvernement suisse pour enrayer le réchauffement climatique, malgré la ratification de l'Accord de Paris¹⁰⁸¹.

- 329 C'est ensuite le professeur Jacques DUBOCHET, prix Nobel de chimie, qui est entendu en qualité de témoin. Celui-ci soutient l'action des membres du LAC et présente ses conclusions face à l'immobilisme de la politique suisse en matière climatique. Il déclare notamment que :

« [q]uand l'Europe sera confrontée à de vrais problèmes (ex. arrivé de réfugiés), nous aurons un *tipping point* moral qui nous mènera vers la porte de nos valeurs. »¹⁰⁸²

Ainsi, il propose avant tout une défense de l'action des activistes comme étant moralement justifiée et légitime. Interrogé sur la question du moyen d'action employé, il répond :

« [à] ma connaissance, Greta Thunberg n'a pas commis d'infraction pénale pour le mouvement [...]. L'engagement citoyen est nécessaire. Désobéissance civile n'est pas une distinction qui me plaît. C'est l'engagement qui compte... pas comment on s'engage. J'ai déjà fait de la désobéissance civile qui m'a mené quelques heures au poste de police. Je n'aime pas faire des distinctions : 1,5°C c'est bien, 2°C c'est catastrophique ; engagement politique c'est bien, désobéissance civile c'est catastrophique. Qui ne fait pas de la désobéissance civile ? En dépassant la vitesse autorisée, c'est de la désobéissance civile. »¹⁰⁸³

La désobéissance civile, dans ce témoignage, est présentée comme s'inscrivant dans un continuum d'actions politiques et sa dimension citoyenne est soulignée. On retrouve cependant une indétermination sur le champ d'application de la notion, rappelant l'importance de l'enjeu de la définition de cette catégorie¹⁰⁸⁴. Le témoin DUBOCHET insiste encore sur la non-violence affichée par le mouvement et qualifie ses activités de « bienveillantes »¹⁰⁸⁵.

- 330 S'ensuit de l'audition d'un troisième témoin, Jérémy DESIR, auditionné en raison de sa qualité d'ex-trader. Celui-ci explicite la responsabilité de la place financière suisse dans l'augmentation des gaz à effet de serre. Son propos principal consiste à mettre en exergue l'opacité des décisions prises en matière de finance et le peu de succès des mesures d'autorégulations prônées par les autorités politiques pour ce secteur. Face à ce constat, il estime que les actions de désobéissance civile sont les seules à même d'exercer une pression sur les

¹⁰⁸¹ Accord de Paris (Accord sur le climat), du 12 décembre 2015, RS 0.814.012. Tribunal de police du canton de Vaud, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 13.

¹⁰⁸² Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 14.

¹⁰⁸³ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 15.

¹⁰⁸⁴ Cf. *supra* notamment I.V. On peut en effet douter qu'un dépassement de vitesse réponde aux ressorts de la désobéissance civile.

¹⁰⁸⁵ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 15.

investissements des acteurs économiques¹⁰⁸⁶. Elles ont même le mérite de revêtir un aspect pédagogique pour les autres membres du corps civique à son sens¹⁰⁸⁷. Pour le surplus, il reprend à son compte les théories politiques de l'effondrement et critique le fonctionnement démocratique, mis à mal par un lobby économique jugé « hors de contrôle »¹⁰⁸⁸.

Les prévenus sont ensuite auditionnés. Un certain nombre d'éléments de leurs déclarations méritent d'être relevés en raison de ce qu'ils traduisent de leur conception de la désobéissance civile. Ainsi, bien que les enjeux moraux de leurs actes soient aussi présents dans leurs déclarations¹⁰⁸⁹, c'est avant tout l'existence d'un rapport de force politique qui justifie selon eux leur action¹⁰⁹⁰. En effet, de nombreuses prises de paroles soulignent le manque d'outils démocratique à la portée des prévenus pour s'opposer aux agissements d'un lobby économique :

331

« Cela ne signifie pas que je suis contre un engagement politique institutionnel. Cela ne signifie pas que c'est un moyen unique d'agir. Nous avons l'impression d'être seule action après action, de se fracasser contre un système qui n'a pas envie de changer, qui est basé sur la violence et l'exploitation et qu'en outre c'est nous qui subissons. »¹⁰⁹¹

« Ensuite, on nous reproche souvent de ne pas avoir utilisé d'autres moyens démocratiques. J'ai agi ainsi justement, car je crois à la démocratie et ce que ce nous faisons est nécessaire à la survie de la démocratie. Dans une telle société, où les logiques dictées par le profit prévalent partout, des logiques marchandes, il est nécessaire d'apporter une contradiction, de créer le débat. »¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁶ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 21. « Un sondage montre que ce qui intéresse les financiers dans le financement durable ce sont les retours sur investissement et les raisons fiscales. À part ce genre d'action de désobéissance civile, je ne vois aucune autre solution. »

¹⁰⁸⁷ « Je pense que ce genre d'action de désobéissance civile peut avoir un impact sur la décision, mais quel impact... Je pense que ça peut avoir un impact ; cela pourrait être de se dire que plus personne n'est dupe, idée sur laquelle ils en ont longtemps joué. Aujourd'hui tout se sait. Je pense qu'elles sont au pied du mur. La seule manière dont une banque puisse infléchir positivement sa politique est un auto-démantèlement. Ces banques sont nées avec la révolution industrielle, elles n'ont plus d'avenir ni de sens dans un monde sans carbone. Même les plus diplômés des employés de banque sont loin d'avoir compris les enjeux. Au moins, ces actions ont un aspect éducatif. », Tribunal de police du canton de Vaud, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 21.

¹⁰⁸⁸ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 23.

¹⁰⁸⁹ « Pour moi, sur ce plan c'est absolument clair que ce que fait Credit Suisse SA est immoral ; l'illégalité est une autre question. », Tribunal de police du canton de Vaud, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 25.

¹⁰⁹⁰ Cf. *supra* I.III.C., où ont été exposées une partie des déclarations des prévenus mentionnant la désobéissance civile.

¹⁰⁹¹ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 30.

¹⁰⁹² Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 35.

« En Suisse on a une liberté économique des acteurs privés faisant que c'est difficile d'influer sur les décisions des grandes banques. [...] Si on pouvait faire changer les choses en signant des pétitions et voter on le ferait croyez-moi. »¹⁰⁹³.

« Je pense que notre action permet de sensibiliser, ce qui est très important. Et quand des initiatives populaires sont lancées, il y a des campagnes financées, ce qui complique l'information. Il est donc nécessaire de faire de telles actions pour apporter un débat sur la place publique. [...] Greta n'a effectivement pas choisi de mener ce genre d'action, mais nous faisons ce que nous pouvons avec les moyens que nous avons vis-à-vis des géants qui nous font face. Moi je n'ai pas choisi de manifester tous les vendredis sur la place publique. »¹⁰⁹⁴

« Je considère qu'en ayant toutes ces informations nous avons le devoir citoyen d'agir. Je pense que ce qu'on fait est aussi un engagement politique ; juste parce que ça ne passe pas par les voies institutionnelles, cela ne rend pas cette action moins légitime ou nécessaire. [...] Néanmoins, la situation actuelle est sans précédent dans l'histoire de l'humanité et bien que le système démocratique suisse soit positif sur certains points il est caractérisé par une lenteur qui n'est pas compatible avec la situation actuelle [...]. »¹⁰⁹⁵

En particulier, face à ce constat, les prévenus font valoir la dimension citoyenne de leur acte au travers de son caractère d'alerte, mais insistent aussi sur sa contribution au débat public et sa dimension expressive. Leurs déclarations illustrent également leur rapport au droit :

« Les trois témoignages du jour montrent le caractère obsolète du droit au vu de l'urgence de la situation. »¹⁰⁹⁶

« La question de la légalité de nos démarches, il faut l'aborder en définissant d'abord les objectifs puis en regardant les moyens pour obtenir ces objectifs. »¹⁰⁹⁷

On constate donc une attente quant aux objectifs que doit remplir le droit en matière climatique, dont l'absence de mise en œuvre justifie aux yeux des activistes l'usage de la désobéissance civile.

- 332 Leurs avocats et avocates prennent enfin le relais selon un dispositif inhabituel : les plaidoiries individuelles sont fusionnées sous forme d'une seule plaidoirie à plusieurs voix¹⁰⁹⁸. Les grands axes de leur défense sont repris et mis en résonance avec une argumentation juridique visant à faire admettre au juge que les désobéissants ont agi au bénéfice d'un état de nécessité face à l'urgence climatique documentée scientifiquement. La notion de désobéissance civile y

¹⁰⁹³ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 35.

¹⁰⁹⁴ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 35.

¹⁰⁹⁵ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 27.

¹⁰⁹⁶ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 26.

¹⁰⁹⁷ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 33.

¹⁰⁹⁸ BETTEX ET AL., p. 103 ss. Ces plaidoiries sont reproduites dans cet ouvrage, car elles ne font pas partie du jugement.

est plusieurs fois mentionnée, mais avec des contours flous¹⁰⁹⁹. Se mélangent tour à tour, discours sur la légitimité politique ou morale de la désobéissance civile et argumentaire juridique¹¹⁰⁰. La dimension citoyenne de la démarche est relevée et mise en résonance avec les déclarations des prévenus.

« Ces générations n'ont pas élu le parlement de 2015, qui a échoué à mettre en œuvre l'Accord de Paris. Et moins encore les précédents parlements. Elles sont résolument minoritaires parmi les électeurs du parlement de 2019, et le resteront lors des trois ou quatre prochains scrutins. Elles n'occupent pas encore les postes clés de l'administration ou du secteur privé. Ces générations, Monsieur le Président, et celles qui viendront après elles sont, désormais, et vu l'urgence, littéralement, à notre merci. [...] La question, Monsieur le Président, à laquelle il faut répondre, c'est de savoir si l'action de mon client et de ses coaccusés – qui ne vise rien d'autre que la réputation d'un établissement – ne s'inscrit pas pleinement, en définitive, dans la stratégie du Conseil fédéral, et si vous ne devez pas admettre, en conséquence, qu'elle est bel et bien de nature à détourner le danger qui nous menace. Ou alors il faut m'expliquer comment un État qui défend son retrait quasi total de la sphère économique au profit des mécanismes du marché – dont, précisément, le risque de réputation dû à la sensibilisation du public –, peut brusquement se trouver légitime d'intervenir pour réprimer, censurer, réduire au silence et à la passivité certains acteurs de ce marché... et, ce faisant, libérer le champ aux autres. »¹¹⁰¹

« Ces jeunes ne sont pas des délinquants. Ils n'agissent pas dans un intérêt égoïste. Le but de leur action est altruiste. Ils ne sont pas violents. Ils ont agi comme citoyen, de manière pacifique. Par leur acte, ils confrontent les institutions politiques et financières à leur inadéquation face à la crise climatique. Ils s'inquiètent aussi du fait que l'État ne les protège pas. [...] Les jeunes vous l'ont dit. Leur intention était d'alerter, sensibiliser, informer, réveiller la société, mettre la pression sur Roger Federer et le Credit Suisse ainsi que le milieu bancaire de manière générale. [...] La question ne se pose pas ainsi. La procédure judiciaire est intrinsèque à l'acte de désobéissance civile. Le désobéissant sait qu'il sera arrêté. Il l'assume pleinement. Il pose question à la Justice, ce troisième pouvoir, celle que pose nos clients : "Qui mérite véritablement d'être condamné pour ses actes ? Nous ou le Credit Suisse ?". [...] Ces actions de désobéissance civile sont, en démocratie, les plus efficaces pour apporter des changements radicaux face à des situations urgentes [...]. »¹¹⁰²

À l'issue des débats, le juge retient en fait et en droit que les infractions à examiner sont celles de violation de domicile au sens de l'art. 186 CP et une infraction à la loi vaudoise sur les contraventions. S'agissant de l'analyse des ECO de ces deux infractions, la motivation est assez sommaire et il apparaît

333

¹⁰⁹⁹ « Nos clients ont commis un acte de résistance, un acte de désobéissance civile. », plaidoirie de Me. Irène WETTSTEIN, BETTEX ET AL., p. 136.

¹¹⁰⁰ « Ces jeunes sont admirables par leur intelligence, leur engagement purement altruiste et leur courage. Si le Juge doit appliquer la loi et rien que la loi, il peut aussi faire preuve de courage et admettre que, dans certaines circonstances, le cadre strict de la loi doit s'effacer devant des impératifs supérieurs, et quel bien mérite-t-il plus d'être protégé que l'humanité toute entière ? », plaidoirie de Me. MUNOZ, BETTEX ET AL., p. 118.

¹¹⁰¹ Plaidoirie de Me. BATOU, BETTEX ET AL., p. 130 et 131.

¹¹⁰² Plaidoirie de Me. Irène WETTSTEIN, BETTEX ET AL., p. 140.

clair que l'action des prévenus en remplit les conditions¹¹⁰³. S'ensuit, un large examen de la question de l'état de nécessité. À ce propos, le Tribunal se prononce sur le sens juridique à attribuer au dérèglement climatique et retient qu'il constitue bel et bien un danger imminent permettant l'application de l'art. 17 CP¹¹⁰⁴.

- 334 Pour ce qui est de la condition de subsidiarité, différentes hypothèses sont examinées afin de déterminer si les activistes auraient pu agir autrement pour se prémunir de ce danger. Tout d'abord, le juge examine l'hypothèse de la manifestation. Ils auraient ainsi pu manifester, mais les éléments rassemblés montrent que les prévenus l'ont fait dans le cadre du mouvement de la « Grève du Climat », ce depuis plus d'une année et dans le but de mettre une pression sur les gouvernements. Cependant, de telles actions ne concernent pas les acteurs privés qui peuvent continuer à agir sans être inquiétés, puisque des manifestations qui viseraient uniquement un acteur ciblé ne seraient probablement pas autorisées, considère le juge. Une seconde hypothèse aurait été de s'adresser directement à la banque pour faire valoir leurs revendications. Sur ce point également, le juge constate, en l'espèce, que les membres du LAC ont déjà recouru à cette possibilité, sans succès. Troisièmement, il examine la possibilité qu'avaient les activistes de recourir à d'autres moyens politiques légaux pour faire connaître leurs revendications, condition abondamment discutée dans le cadre de l'arrêt « Greenpeace »¹¹⁰⁵. Le juge, à cet égard, retient que les circonstances du cas présenté sont suffisamment différentes de celles des décisions antérieures pour motiver de s'en écarter. En effet, le temps écoulé depuis les dernières décisions et les résultats de la recherche au sujet du caractère urgent du besoin de mesures de luttes contre le réchauffement climatique permettent de distinguer la solution à apporter au cas d'espèce. Le juge considère ainsi que les conditions pour appliquer l'exception qui avait été ménagée dans l'ATF 129 IV 6 sont bien remplies. À l'aune des éléments qui lui ont été exposés, il souligne qu'à son sens :

« [I]e temps politique, lent de par sa nature démocratique, n'est plus compatible avec l'urgence climatique »¹¹⁰⁶.

La dernière alternative examinée concerne l'hypothèse d'une action judiciaire visant à condamner les activités dénoncées de la banque. Là aussi, le juge estime que les chances de succès des activistes auraient été faibles, en raison de l'absence de voies de droit pour faire valoir une violation des art. 2 et 8 CEDH

¹¹⁰³ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 45, c. 3.1.2 et c. 3.1.3.

¹¹⁰⁴ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 50, c. 4.2.

¹¹⁰⁵ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 53.

¹¹⁰⁶ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 54. Déclaration présentant un caractère discutable par ailleurs.

dans ce type de situations et en l'état actuel du droit¹¹⁰⁷. Ce dernier constat est également déterminant sous l'angle de l'application des conditions de l'état de nécessité qui exige la mise en danger d'un bien juridique de valeur supérieure à préserver. En effet, le juge estime *in casu* que le droit à la santé et à la vie des prévenus contrebalance de manière justifiée le droit de propriété de la banque. Leur action avait dès lors pour finalité de protéger un bien individuel. Ainsi, en définitive, l'art. 17 CP est retenu et les activistes sont acquittés.

Enfin, le juge consacre un considérant additionnel à une forme d'*addendum* explicatif sur la portée de son jugement à l'attention de la société civile et des autorités judiciaires. Il souligne la particularité de l'affaire portée devant sa juridiction, ainsi que le caractère non violent de l'action occupante. En ce sens, il déclare que sa décision ne saurait être ultérieurement interprétée comme un blanc-seing pour d'autres occupations¹¹⁰⁸. 335

2. Deuxième instance : Tribunal cantonal, 22 septembre 2020

Cette décision de première instance a fait l'objet d'une procédure d'appel, sur demande du Ministère public, auprès du Tribunal cantonal¹¹⁰⁹. Celui-ci a rendu sa décision le 28 septembre 2020. Dans celle-ci, la Cour revient sur un certain nombre d'éléments du jugement de première instance. En effet, l'appel du procureur est admis et le jugement est réformé dans le sens d'une condamnation des prévenus. Tous sont sanctionnés par des peines pécuniaires de dix à vingt jours-amendes, d'un montant variant entre 100 et 150 fr. Ces peines sont assorties d'un sursis de deux ans. Les frais et dépens de la cause se montent pour le surplus à 700 fr. par personne et sont mis à charge des membres du LAC. 336

Concernant les éléments constitutifs objectifs des différentes infractions, le raisonnement est identique à celui de première instance. Relevons cependant qu'un chef d'inculpation supplémentaire est inclus : celui de violation de l'art. 286 CP pour refus d'obtempérer à l'ordre de quitter les lieux. Est retenu comme nouveau à ce titre que les activistes ont : 337

« [non] seulement refusé d'obtempérer à l'ordre de quitter les lieux, mais ont également formé une chaîne humaine, en s'agrippant les uns aux autres par les bras et les jambes. Ce faisant, ces prévenus ont rendu plus difficile leur évacuation policière puisque les agents ont d'abord dû interrompre ces étreintes avant de traîner ou porter leurs corps inertes à l'extérieur. En d'autres termes, les intéressés ont opposé une résistance physique et donc adopté un comportement actif qui a singulièrement compliqué la mission d'évacuation de la police. De tels agissements, accomplis avec conscience et volonté, tombent

¹¹⁰⁷ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 54. Cf. *infra* 4.III.B.

¹¹⁰⁸ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, PE19.000742, p. 55.

¹¹⁰⁹ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371.

naturellement sous le coup de l'art. 29 RGP, seul mentionné dans l'ordonnance pénale, mais réalisent également et surtout les éléments constitutifs du délit d'empêchement d'accomplir un acte officiel prévu à l'art. 286 CP. »¹¹¹⁰

En conséquence, on constate que la résistance passive, entendue au sens de la théorie de la non-violence prônée par les activistes, est interprétée en droit comme s'assimilant à un comportement actif d'entrave à l'action des forces de l'ordre¹¹¹¹. Par ailleurs, le Tribunal cantonal ajoute qu' :

« [...] [u]ne telle interprétation de l'art. 286 CP n'est pas incompatible avec la liberté de manifester [...] dans la mesure où l'intervention de la police – [...] mesurée et pondérée – visait uniquement à mettre un terme à une violation de domicile et que, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'ordre public ne laisse aucune place aux manifestations militantes liées à des actes illicites [...] »¹¹¹²

La réflexion sur les restrictions à la liberté de réunion des prévenus est ainsi fortement réduite dans le même mouvement.

338 La question qui cristallise principalement les divergences entre les deux autorités judiciaires est celle de l'application de l'art. 17 CP¹¹¹³. En effet, le Tribunal cantonal considère que :

« [d]ans un État de droit démocratique, les buts politiques et idéaux doivent en principe être poursuivis par des moyens politiques, respectivement par la voie juridique. Dans une affaire concernant précisément des militants écologistes, le Tribunal fédéral a en outre précisé que le seul fait que les possibilités politiques et juridiques légales semblent épuisées et que les commissions politiques démocratiquement légitimées, respectivement les organes de la justice, ne partagent pas, ou seulement en partie, les conceptions des intéressés ne confère[nt] à ces derniers aucun droit de poursuivre leurs buts par des moyens punissables. »¹¹¹⁴

L'autorité d'appel consacre ainsi également une grande partie de son analyse à dessiner les similarités ou distinctions qui permettent de s'écarter de la jurisprudence « Greenpeace ». Or, s'agissant de la notion de danger imminent et de la subsidiarité, la Cour insiste qu' :

« [e]n particulier, celui qui dispose de moyens licites pour préserver le bien juridique menacé ne peut pas se prévaloir de l'état de nécessité [...]. La subsidiarité absolue constitue une condition à laquelle aucune exception ne peut être faite [...] »¹¹¹⁵

Se faisant, il restreint la portée de l'interprétation pouvant être donnée à cet élément.

¹¹¹⁰ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 5.

¹¹¹¹ Cf. *supra* I.II.B.1.e. et 2.III.

¹¹¹² Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371. c. 5.2.

¹¹¹³ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 6.

¹¹¹⁴ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 6.1.1.

¹¹¹⁵ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 6.1.1.

Un certain nombre d'éléments généraux sont encore rappelés s'agissant de l'art. 14 CP¹¹¹⁶ et de la liberté de réunion et d'opinion¹¹¹⁷. À ce propos, le Tribunal cantonal considère que l'exercice d'une liberté fondamentale ne saurait octroyer un droit à l'usage d'un bien privé sans le consentement de son propriétaire¹¹¹⁸. Dans sa conclusion, il insiste encore sur l'absence d'effet horizontal direct de liberté de manifester qui ne peut dès lors servir dans l'analyse de l'application de l'art. 14 CP à son sens¹¹¹⁹. Enfin, la Cour examine l'hypothèse des faits justificatifs extra-légaux et déclare qu':

« [u]n éventuel fait justificatif extra-légal doit être interprété restrictivement et soumis à des exigences particulièrement sévères dans l'appréciation de la subsidiarité et de la proportionnalité. Les conditions en sont réunies lorsque l'acte illicite ne constitue pas seulement un moyen nécessaire et approprié pour la défense d'intérêts légitimes d'une importance nettement supérieure à celle de biens protégés par la disposition violée, mais que cet acte constitue encore le seul moyen possible pour cette défense. [...] Cela vaut également pour les militants politiques ou des collaborateurs médiatiques ayant pour but de rendre publique une situation supposée problématique [...] »¹¹²⁰

En d'autres termes, elle restreint fortement toute possibilité de consacrer un motif justificatif extra-légal en présence d'un acte illicite.

En application de ces considérations théoriques, la Cour retient en l'espèce que le changement climatique constitue bel et bien un danger, et admet, prudemment, que ce danger peut même être qualifié d'imminent au sens du droit pénal¹¹²¹. En revanche, son interprétation diverge du juge de première instance quant au constat de l'inaction supposée des autorités face à ce danger.

« [Au v]u de ce qui précède, force est de constater que les autorités politiques helvétiques sont conscientes de leurs engagements internationaux ainsi que de leur responsabilité en matière de protection de l'environnement et agissent pour lutter contre le réchauffement climatique. On pourrait évidemment souhaiter que les changements obligés s'opèrent plus rapidement. C'est ce que l'experte entendue aux débats a exprimé en disant son inquiétude face aux actions entreprises par les différents pays. Elle n'a toutefois pas prétendu qu'il était trop tard pour prendre des mesures [...]. Les climatologues interrogés par les prévenus ne le disent pas non plus [...]. En définitive, on ne peut donc pas suivre le

¹¹¹⁶ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 6.1.3.

¹¹¹⁷ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 6.1.4.

¹¹¹⁸ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 6.1.3. Interprétation discutable dès lors qu'un tel droit peut être reconnu à certaines occasions précises, *cf. infra* 4.III.A.2.

¹¹¹⁹ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 6.3. Cet argument est théoriquement bien plus fort que les autres éléments mobilisés. Il témoigne par ailleurs d'une réelle analyse sous l'angle des droits fondamentaux, contrairement à la tendance de se cantonner à un examen sommaire constatée dans les autres arrêts du corpus.

¹¹²⁰ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 5.2.3.

¹¹²¹ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 6.3, ce qui constitue une évolution notable vis-à-vis des décisions antérieures au jugement de première instance.

premier juge lorsqu'il affirme que les autorités demeurent inactives et qu'elles ne seraient plus en capacité de prendre les mesures nécessaires à limiter les effets du réchauffement climatique. »¹¹²²

- 341 De même, la Cour considère que, quand bien même on aurait conclu à un manquement de la part des autorités, la condition d'aptitude de l'action n'aurait pas été remplie.

« Il tombe en effet sous le sens que les infractions commises n'étaient manifestement pas de nature à avoir une incidence directe sur le réchauffement climatique. On ne voit en effet pas comment une violation de domicile suivie d'une manifestation non autorisée puis d'un empêchement d'accomplir un acte officiel aurait pu conduire à une réduction des émissions de CO₂ en Suisse ou ailleurs. Ces infractions ne figurent évidemment pas au rang des mesures impératives préconisées par les experts scientifiques. Du reste, personne ne soutient que les émissions de CO₂ auraient diminué ni même été freinées, à la suite de l'irruption des prévenus dans les locaux de la banque. En d'autres termes, le moyen utilisé par les prévenus n'était absolument pas propre à écarter les dangers liés à l'augmentation de la température constatée sur la planète. »¹¹²³

- 342 Enfin, l'autorité rejette également la nécessité de l'action. À son sens, le contexte particulier de la Suisse et de ses instruments de démocratie directe exclut que l'on puisse admettre l'absence d'alternatives légales. Son exposé révèle une conception politique dont l'existence de rapports de force politiques est absente. L'alternative légale est selon elle accessible à tout un chacun.

« Si on peut parfaitement admettre qu'un tel objectif était pour sa part utile à la cause de l'environnement, on ne voit en revanche pas ce qui empêchait les prévenus de l'atteindre en recourant à des moyens licites. À cet égard, on rappellera que contrairement à d'autres pays, la Suisse, avec ses instruments démocratiques, offre de vastes possibilités de participation politique. Garanties par les art. 34 et 136 Cst., les droits politiques comprennent notamment le droit d'initiative populaire pour une révision totale ou partielle de la Constitution fédérale (art. 138 ss Cst). L'art. 33 Cst. permet en outre d'adresser des pétitions aux autorités. Il convient également de mentionner le droit d'initiative et le droit de présenter des motions des membres de l'Assemblée fédérale, des groupes parlementaires, des commissions parlementaires et des cantons prévus à l'art. 160 al. 1 Cst. Enfin, afin de faire valoir leur point de vue, les citoyens suisses peuvent également invoquer des droits fondamentaux, à savoir la liberté d'expression et d'information (art. 16 Cst.), la liberté des médias (art. 17 Cst.) et la liberté de réunion et d'association (art. 22 et 23 Cst.). Il s'ensuit que les prévenus auraient pu atteindre leur but en intervenant plus massivement dans les médias, dans des débats publics ou sur la scène politique. Rien ne les empêchait non plus d'organiser [...] une manifestation en dehors des locaux de la plaignante. Contrairement à ce que semble croire le premier juge, le simple constat qu'une telle propagande licite aurait peut-être eu moins d'impact – notamment médiatique – ne saurait naturellement suffire à justifier les violations de la loi perpétrées par les prévenus ».¹¹²⁴

¹¹²² Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 6.3.

¹¹²³ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 6.3.

¹¹²⁴ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 6.3.

En ce sens, la Cour maintient l'acception gradualiste des moyens d'action développée par le TF dans sa jurisprudence antérieure.

S'agissant de la culpabilité des auteurs, l'honorabilité des motifs de prévenus est examinée¹¹²⁵. La Cour indique notamment que :

« [d]e toute façon, le mobile honorable n'est qu'un des éléments subjectifs de l'infraction ; dans l'appréciation de la peine, il peut être rejeté complètement dans l'ombre par les autres circonstances de l'infraction comme, notamment, la manière dont celle-ci a été commise, le but visé ou la perversité particulière. [...] Lorsque le mobile honorable est sans aucun rapport avec l'infraction, il ne se justifie pas d'atténuer la peine [...] »¹¹²⁶

Le Tribunal estime donc que le motif pourrait par hypothèse être honorable, mais que l'art. 48 CP ne saurait s'appliquer en l'espèce, car le mobile est sans rapport avec le but visé. En d'autres termes et en application de ce raisonnement, si la condition d'aptitude n'est pas satisfaite (examen de l'illicéité), alors l'atténuation de la culpabilité est aussi exclue.

À l'identique, les conditions de l'exemption de peine (art. 52 CP) sont analysées et écartées rapidement. La Cour insiste même sur le fait que, selon elle :

« [...] la faute consistant à résister, même pacifiquement, à l'évacuation policière après une sommation avec avertissement des suites pénales en cas de refus d'obtempérer, ressort quant à elle d'une bravade, d'un défi aux forces de l'ordre qui s'étaient pourtant montrées très patientes et compréhensives. Elle n'est donc pas insignifiante. »¹¹²⁷

Par conséquent, la conception de la faute des activistes et celle de la (non-) violence de leur acte est fluctuante. En effet, la Cour effectue à cet égard un numéro d'équilibriste, puisqu'elle reconnaît quelques lignes plus loin que les prévenus ont agi pour des raisons qui sont tout de même dignes d'une certaine estime. Néanmoins elle considère ne pas avoir d'autres choix que de constater la commission d'une infraction¹¹²⁸. À ces yeux, c'est en définitive surtout le refus d'obéir aux autres de la police qui joue un rôle déterminant.

« [O]n retiendra que les prévenus ont agi dans le but de préserver le monde et ses habitants des conséquences délétères liées au réchauffement climatique. Ils l'ont fait sur un mode humoristique et sans la moindre violence. S'agissant des prévenues qui se sont contentées d'occuper les marches du hall et de jouer une partie de tennis, on peut encore admettre qu'elles ont agi en cédant à un mobile honorable permettant une diminution de leur peine. En effet, l'occupation des locaux d'une banque pour dénoncer ses investissements dans les énergies fossiles présente encore un lien suffisant avec leur volonté de lutter contre le réchauffement climatique. Il n'en va en revanche pas de même pour les prévenus qui ont décidé de refuser d'obtempérer aux ultimes injonctions de la police. Un tel comportement n'avait plus de rapport suffisant avec leur mobile. On ne distingue en effet pas quel est le

¹¹²⁵ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 6.3.

¹¹²⁶ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 7.

¹¹²⁷ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 7.1.4 et c. 7.2.

¹¹²⁸ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 7.2.

lien de causalité direct entre la lutte contre le réchauffement climatique et une opposition aux forces de l'ordre. »¹¹²⁹

Pour toutes ces raisons, les membres du LAC sont donc condamnés et le jugement de première instance est réformé.

- 345 La juge Aleksandra FONJALLAZ rend un avis minoritaire dissident au sujet de cette décision (art. 134 Cst. VD). La juge considère que la condamnation sous l'angle de l'art. 286 CP est contraire au droit supérieur, notamment à l'art. 11 CEDH. Le caractère non autorisé d'un rassemblement ne donne pas carte blanche aux autorités pour admettre une restriction à la liberté de réunion selon la pratique de la CourEDH, ce qu'elle rappelle. Elle insiste sur l'importance d'examiner l'impact de l'application du droit pénal comme une restriction de cette liberté lorsqu'on évalue le prononcé d'une condamnation. En ce sens, la sanction ne doit pas intervenir uniquement au motif que la manifestation n'était pas autorisée et les peines prononcées doivent rester proportionnées. Or, selon elle, dans ce cas, la poursuite sous l'angle de l'art. 286 CP n'est pas conforme à l'art. 36 Cst. féd. En effet, le comportement des prévenus ne correspondait pas à une entrave active au sens du droit fédéral, bien qu'il aurait pu être sanctionné d'une amende en application du droit de police. Enfin, relevons que la juge estime que les prévenus auraient dû être mis au bénéfice de l'art. 48 let. a CP, les motifs de tous et toutes étant honorables.

3. Procédure devant le Tribunal fédéral, 26 mai 2021

- 346 La cause est portée devant le TF qui confirme dans un arrêt du 26 mai 2021 la condamnation des activistes¹¹³⁰. Le TF examine en particulier la notion d'état de nécessité. À cet égard, l'autorité se montre ferme. Elle qualifie l'action des désobéissants d'acte de « propagande » et considère que celle-ci ne faisait pas partie des « mesures impératives préconisées par les experts scientifiques » pour lutter contre le réchauffement climatique¹¹³¹.
- 347 Contrairement aux ouvertures témoignées par les autorités inférieures, le TF estime que la condition de danger imminent n'est pas remplie, le sens juridique devant être attribué à ce critère en droit ne correspondant pas à celui que peuvent lui prêter les non-juristes¹¹³². La notion d'imminence est en particulier étudiée.

¹¹²⁹ Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 7.2.

¹¹³⁰ ATF 147 IV 297.

¹¹³¹ ATF 147 IV 297, c. 2.2.

¹¹³² « Sans qu'il ne soit ici question d'examiner ou de remettre en cause les recherches scientifiques sur le réchauffement climatique, une telle interprétation de cette notion dépasse considérablement celle qu'en a faite le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence par le passé », ATF 147 IV 297, c. 2.3.

Au terme d'une interprétation historique de ce critère, le TF conclut que celui-ci n'a pas vocation à s'appliquer à des actes de désobéissance civile climatique¹¹³³. En effet, la Haute Cour rappelle que la jurisprudence relative à ce critère s'est développée en lien avec des situations d'interruption de grossesse dangereuse pour la vie de la mère et de situations de violence conjugale, casuistique à laquelle la défense de la cause climatique ne peut à ses yeux s'assimiler. En d'autres termes, elle considère la crise climatique comme un phénomène dont l'imminence ne correspond pas à celles des cas traditionnels.

De plus, s'agissant des autres conditions de l'état de nécessité, le TF rejette l'argument selon lequel un bien juridique individuel serait aussi en cause (le droit à la vie des prévenus). 348

« Ainsi, bien que chaque individu puisse – un jour ou l'autre – être individuellement concerné par une manifestation naturelle causée par le réchauffement climatique, on ne peut considérer qu'une action visant à infléchir une évolution planétaire s'apparenterait à la défense d'un bien juridique défini appartenant à l'auteur ou à un tiers. »¹¹³⁴

L'autorité effectue ensuite une analogie entre le cas qui lui est soumis et l'ATF 109 IV 156¹¹³⁵ pour appuyer son raisonnement. À son sens, le but de ces actions était similaire, à savoir attirer l'attention du public et défendre des intérêts collectifs, ce qui justifie d'écarter l'application de motifs justificatifs¹¹³⁶. En conséquence, le TF rejette également la condition de subsidiarité, non remplie et écarte la figure de l'état de nécessité putatif¹¹³⁷.

¹¹³³ ATF 147 IV 297, c. 2.4. « Sans qu'il soit nécessaire de discuter de l'urgence climatique en tant que telle, force est donc de constater qu'il n'existait, au moment où les recourants ont commis leurs actes, aucun danger actuel et concret au sens de l'art. 17 CP propre à justifier une action illicite. [...] Les phénomènes naturels susceptibles de se produire en raison du réchauffement climatique ne sauraient à cet égard être assimilés à un danger durable et imminent – au sens de la jurisprudence – car, contrairement aux situations de violences domestiques ayant justifié le développement de cette notion, de tels périls peuvent frapper indistinctement chacun, en tout lieu et en tout temps, sans qu'il soit possible d'identifier un bien juridique spécifiquement menacé. »

¹¹³⁴ ATF 147 IV 297, c. 2.5.

¹¹³⁵ Qui concerne une occupation d'ambassade avec prise d'otage violente, exclue de notre corpus *cf. supra* 3.II.

¹¹³⁶ Pourtant, dans cette affaire, c'est en raison du caractère violent de l'acte que les motifs justificatifs ont été rejetés et non pas sur la base de l'argument des biens collectifs. De même en première instance dans l'affaire du LAC, ce sont les biens individuels à la vie et la santé des prévenus qui ont été retenus.

¹¹³⁷ ATF 147 IV 297, c. 2.6.2. « Il apparaît ainsi que les recourants ont mené leur action avec un objectif idéal, dans une optique de sensibilisation sociale. Aucun ne s'estimait menacé concrètement et à brève échéance – soit dans les heures, voire les jours à venir – par un danger qui aurait plané sur un bien juridique individuel. Cette situation de fait se distingue clairement

- 349 S'agissant des motifs justificatifs extra-légaux, ils sont également écartés, seule une action apparaissant comme l'unique moyen possible pour défendre les biens en cause ne pouvant se justifier. Ainsi, bien que l'action des prévenus soit utile pour alerter l'opinion publique aux yeux du TF :

« [u]ne kyrielle d'autres méthodes, licites, auraient pu être employées pour atteindre cet objectif, en particulier des manifestations autorisées, des marches, des interventions médiatiques ou culturelles. Le fait que les recourants n'eussent – à titre personnel – pas disposé d'une notoriété ou de moyens propres à focaliser l'attention du public sur leurs revendications ne permet pas de considérer qu'ils n'auraient pu se faire entendre que grâce à la commission d'actes punissables. Une telle manière de voir permettrait à chaque individu dépourvu de relais médiatiques ou politiques de sombrer dans l'illégalité afin de se faire entendre, ce qui n'est pas admissible. On ne voit d'ailleurs pas que l'intérêt du public et des citoyens suisses pour les questions d'environnement ou de réchauffement climatique serait exclusivement le fruit d'actions illicites qui seraient seules à même de placer de telles problématiques au centre de l'attention. »¹¹³⁸

- 350 L'autorité examine enfin brièvement les libertés fondamentales des prévenus. Le TF considère qu'elles n'ont pas vocation à s'appliquer aux rassemblements qui se déroulent sur le domaine privé et que leur examen n'est en conséquence pas nécessaire¹¹³⁹. Il insiste à nouveau sur les alternatives légales à disposition des prévenus.

- 351 La condamnation des prévenus est donc maintenue s'agissant de la violation de domicile. Cependant, le TF renvoie la cause à l'autorité inférieure s'agissant de de l'art. 286 CP et de l'application de l'art. 48 let. a CP. Il considère en effet que le Tribunal cantonal a méconnu le droit en choisissant de poursuivre les activistes en violation de cette disposition au lieu d'une infraction de droit cantonal.

- 352 La procédure a donc continué selon deux embranchements. Le Tribunal cantonal s'est prononcé sur ce point en fixant à nouveau la peine des prévenus, décision elle-même à nouveau portée par leur défense devant le TF et pour laquelle une nouvelle décision de celui-ci est attendue¹¹⁴⁰. Pour les autres

de celle d'un auteur pouvant se prévaloir d'un état de nécessité putatif, lequel ne manquerait pas de justifier spontanément son acte par la crainte de voir un bien juridique – qu'il s'empresserait de désigner – détruit ou altéré. »

¹¹³⁸ ATF 147 IV 297, c. 2.7.

¹¹³⁹ ATF 147 IV 297, c. 3.

¹¹⁴⁰ Tribunal cantonal vaudois, 6 décembre 2021, PE19.000742, c. 3.3. Par cette nouvelle décision, les peines prononcées contre les prévenus ont été allégées. Tous et toutes ont été mis au bénéfice du mobile honorable de l'art. 48 CP. Lors de ce jugement, les avocates et avocats ont à nouveau plaidé de concert. On relèvera que l'écho médiatique de ce nouveau jugement a été moindre, signe potentiel de la difficulté de maintenir la couverture médiatique et la mobilisation sur un temps long. Voir notamment, Jean-Philippe Rutz, *Les activistes du climat s'opposent systématiquement à leurs condamnations*, RTS 7 décembre 2021 : <https://www.>

éléments fixés par le jugement du 26 mai 2021 et devenus définitifs, un recours a été déposé par les activistes auprès de la CourEDH¹⁴¹.

O. TF, 6B_1298/2020, 6B_1310/2020 du 28 septembre 2021 – « Mains rouges »

Cette affaire se lit en parallèle à celle du LAC, car toutes deux sont proches dans leurs faits, mais ont connu un cheminement inverse. En première instance, l'activiste dont il est question est condamné, mais il est acquitté en appel, car il est mis au bénéfice de l'état de nécessité pour des raisons climatiques. L'arrêt du Tribunal cantonal genevois est ensuite cassé par le TF en septembre 2021¹⁴². De nombreuses similitudes sont donc à observer entre ces deux affaires, également en raison de la temporalité dans laquelle elles se déroulent et de la stratégie de défense employée¹⁴³. La décision de première instance a été publiée en raison de son intérêt pour l'évolution de la jurisprudence et est donc librement accessible¹⁴⁴. 353

Les faits à l'origine de l'affaire concernent une action de blocage conduite en marge de la « Grève du Climat 2020 » à Genève. À cette occasion, un membre du collectif « Breakfree »¹⁴⁵ enduit de marques de main le bâtiment d'une banque, ce dans le but d'interpeller sur les investissements nocifs de cette dernière dans les énergies fossiles¹⁴⁶. Pour ce faire, il utilise de la peinture 354

rts.ch/info/suisse/12701001-les-activistes-du-climat-sopposent-systematiquement-a-leurs-condamnations.html, consulté le 1^{er} avril 2022.

¹⁴¹ Voir : Achille Karangwa, *Occupation de Credit Suisse: recours déposé à Strasbourg*, Le Courrier, 5 novembre 2021, <https://lecourrier.ch/2021/11/05/occupation-de-credit-suisse-recours-depose-a-strasbourg/>, consulté le 16 janvier 2022.

¹⁴² Un nouvel arrêt cantonal auquel nous n'avons pas eu accès au jour du dépôt du manuscrit a été rendu le 1^{er} avril 2022 par le Tribunal cantonal. Celui-ci a mis l'activiste au bénéfice de l'application de différentes circonstances atténuantes de l'art. 48 CP, cf. Fati Mansour, *La condamnation à reculons d'un activiste du climat*, Le Temps, 1^{er} avril 2022, <https://www.letemps.ch/suisse/geneve-condamnation-reculons-dun-activiste-climat>, consulté le 1^{er} avril 2022. Il a finalement été condamné au paiement d'une amende de cent francs.

¹⁴³ L'avocate du prévenu dans cette affaire a d'ailleurs aussi participé à la défense des membres du « Lausanne Action Climat ».

¹⁴⁴ Tribunal de police de Genève, 20 février 2020, JTDP/245/2020. Cf. *supra* « Occupation d'abattoirs 1 » pour les dispositions légales genevoises qui permettent la publication de ce type de jugements.

¹⁴⁵ Groupement qui lutte contre les investissements dans les énergies fossiles.

¹⁴⁶ Une affaire dont les faits sont similaires a également occupé les juridictions vaudoises (« Mains rouges » canton de Vaud), cf. Tribunal de police de Lausanne, 11 décembre 2020, PE19.005999 et Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois du 17 juin 2021, Jug/2021/255. L'affaire se rapporte également à une action d'apposition de peinture sur les

rouge, lavable à l'eau, pour effectuer ses marques. Il n'est pas le seul à avoir agi de la sorte, d'autres personnes participent à l'action, mais utilisent de la peinture permanente. L'autorité mentionne expressément la désobéissance civile¹¹⁴⁷.

1. Première instance : Tribunal de police de Genève, 20 février 2020

355 S'agissant du premier jugement, on apprend à sa lecture que parmi les pièces versées à la procédure se trouve le jugement vaudois du 13 janvier 2020, témoin

murs d'une banque, mais aussi à l'occupation d'un pont, actions toutes deux effectuées par le prévenu pour protester contre le manque de mesure de lutte contre le réchauffement climatique. Si l'analyse juridique est largement identique à ce qui prévaut dans l'affaire genevoise décrite, quelques éléments témoignant du rapport de l'autorité à la désobéissance civile ont été mentionnés *supra* 1.III.B. En outre on soulignera uniquement les déclarations suivantes de la juridiction d'appel qui serviront la suite de nos analyses aux chapitres 4 et 5, car elles témoignent d'une certaine conception de l'usage des outils politiques et des libertés fondamentales, ainsi que des craintes classiques opposées à la désobéissance civile : « [s]ur un plan général, l'appelant paraît confondre les exigences juridiques strictes de l'état de nécessité avec l'adage selon lequel la fin justifie les moyens. En effet, même s'il se perçoit comme un messenger de l'apocalypse à défaut de prompt conversion à ses vues, cela ne l'autorise pas à user de n'importe quel moyen de propagande, en particulier la commission d'infractions, pour en tirer un bénéfice d'amplification médiatique dans une confrontation, voire une provocation, recherchée avec la loi, la police et les tribunaux. », Tribunal cantonal vaudois du 17 juin 2021, Jug/2021/255, c. 3.1.3 et « [c]ela étant, il va de soi que bloquer, en participant à des manifestations non autorisées et en stationnant indument comme piéton sur la chaussée, la circulation routière pendant des heures, incluant des heures de pointe, sur des axes routiers principaux de la ville de Lausanne a pour effet de causer des embouteillages, d'allonger les trajets des véhicules, ainsi que d'en faire tourner les moteurs à l'arrêt, soit d'augmenter inutilement la pollution de l'air et de contribuer paradoxalement de manière directe à la détérioration de l'environnement. Résister à l'évacuation opérée par la police en rendant plus difficile et plus lente n'améliore nullement le bilan carbone. De même, troubler la tranquillité publique en hurlant des slogans par mégaphone et perturber l'ordre public en manifestant sans autorisation ne préservent pas l'habitabilité de la Terre. », Tribunal cantonal vaudois du 17 juin 2021, Jug/2021/255, c. 3.1.3. Dans cette décision, la Cour évalue en outre l'application des libertés de réunion et d'expression du prévenu et considère leurs restrictions justifiées. En effet, seules les manifestations pacifiques sont à son sens protégées et toute comparaison entre le cas qui lui est soumis et la jurisprudence de la CourEDH doit être écartée. À cet égard, le Tribunal déclare que : « [l]a jurisprudence à laquelle se réfère l'appelant doit toutefois être mise en relation avec la nécessité de défendre l'expression politique des citoyens dans des régimes autoritaires ou policiers. La balance des intérêts entre ordre public et exercice du droit de manifester s'avère différente dans les États, comme le nôtre, où le débat démocratique jouit d'un large consensus et où le droit de manifester s'exerce sans difficultés particulières. », Tribunal cantonal vaudois du 17 juin 2021, Jug/2021/255, c. 3.3.3. Nous présenterons une partie de ces arrêts de la CourEDH *infra* 3.V.

¹¹⁴⁷ Cf. *supra* 1.IV.

de la volonté de la défense de rapprocher les deux causes, mais aussi de sa stratégie consistant à s'appuyer sur les décisions favorables pour tenter d'obtenir d'autres acquittements. Au sujet du prévenu et de sa situation personnelle, le juge retient qu'il :

« [...] participait régulièrement à des manifestations, depuis l'âge de 13 ou 14 ans, distribuait des tracts et était actif dans la protection de l'environnement. Il avait commencé des études d'ingénieur agronome, car il avait de l'intérêt pour les métiers de la terre et la culture des légumes. Il avait toutefois arrêté ses études, car le côté ingénieur, avec la gestion des engrais le dérangeaient. Il était préoccupé pour l'avenir, était végétarien, ne prenait plus l'avion et se déplaçait en transports publics ou en autostop. »¹¹⁴⁸.

Comme dans le cas des différentes affaires impliquant des activistes antisécistes, la cohérence des convictions et de l'engagement du prévenu semble dès lors constituer un élément important pour l'analyse effectuée par l'autorité¹¹⁴⁹. Pour le surplus, l'examen des ECO de l'infraction ne soulève que peu de commentaires, les éléments du dommage à la propriété étant réalisés.

L'analyse de l'autorité se concentre principalement sur l'application de l'art. 17 CP. En particulier, le juge retient que les biens juridiquement protégés collectifs ne sont pas couverts par l'application de cette disposition, écartant la possibilité du prévenu d'agir en protection de ses biens individuels¹¹⁵⁰. En revanche, l'existence d'un danger imminent est admise. C'est donc sous l'angle de la proportionnalité que le juge rejette que la réalité légale et celle du prévenu se recourent. Il retient que à ce sujet que :

« [...] le législateur a prévu le mécanisme de l'art. 17 CP pour tenir compte de situations très particulières, dans lesquelles le prévenu se retrouve face à un danger, auquel il doit réagir, sans possibilité de réflexion ou de recourir à un autre moyen, il y a donc une immédiateté temporelle. En l'occurrence, force est donc de constater que même si le climat est en danger et qu'il y a une situation d'urgence, il ne peut être dit qu'il s'agisse d'une situation dangereuse immédiate au sens de la loi et de la jurisprudence. »¹¹⁵¹

Il ajoute qu' :

« [a]insi, il existait indubitablement d'autres moyens à disposition pour sensibiliser l'opinion publique ou à la question climatique. La marche pour le climat [...] était déjà en tant que telle une action visible et utile pour attirer l'attention du public. Elle a bénéficié d'une large couverture médiatique et le fait d'effectuer des déprédations n'était absolument pas nécessaire, ni même adapté pour détourner un quelconque danger. En outre, il n'est pas établi que les actions légales déjà effectuées, comme la distribution de tracts, les manifestations, les marches en faveur du climat, le relais dans les réseaux sociaux ainsi

¹¹⁴⁸ Tribunal de police de Genève, 20 février 2020, JTDP/245/2020, p. 5 et 6.

¹¹⁴⁹ Cf. *supra* « Appropriation de cabris » notamment.

¹¹⁵⁰ Aucune mention des libertés fondamentales n'est d'ailleurs faite dans ce premier arrêt. Tribunal de police de Genève, 20 février 2020, JTDP/245/2020, c. 2.2.

¹¹⁵¹ Soit la protection de son droit à la vie principalement. Tribunal de police de Genève, 20 février 2020, JTDP/245/2020, c. 2.2.

que les courriers adressés n'ont pas participé à une certaine évolution et prise de conscience, la question du réchauffement climatique étant de plus en plus sensible dans l'opinion publique. [...] La condition de la subsidiarité n'étant pas réalisée, il n'est pas nécessaire d'examiner le principe de proportionnalité, étant relevé qu'en tout état, il y avait un moyen licite pour symboliser les victimes du réchauffement climatique, à savoir en manifestant avec des "mains rouges", sans procéder à des dégâts et enfreindre ainsi la loi. »¹¹⁵²

- 357 Au vu de ce qui précède, le Tribunal exclut l'application d'un motif justificatif et le prévenu est sanctionné. Il est condamné au paiement d'une peine pécuniaire de dix jours-amendes dont le montant est fixé à 30 fr., avec un sursis de trois ans¹¹⁵³. Relevons néanmoins que dans le cadre de la fixation de sa peine le tribunal retient, quand bien même il n'a pas admis de circonstance atténuante, que le prévenu :

« [...] a agi pour un mobile altruiste, soit pour sensibiliser l'opinion à la nécessité de supprimer ou à tout le moins de diminuer les investissements dans les énergies fossiles, pour protéger la planète. Son engagement a également paru sincère. Le prévenu qui a fait usage de son droit au silence pendant la procédure préliminaire a ensuite bien collaboré durant l'audience de jugement. Sa prise de conscience est faible, dans la mesure où il reste persuadé d'avoir agi dans son bon droit. Sa situation personnelle ne justifie pas ses agissements. »¹¹⁵⁴

En outre, le prévenu est condamné au paiement des prétentions civiles de la banque et les frais de la cause sont mis à sa charge.

2. Deuxième instance : Tribunal cantonal, 14 octobre 2020

- 358 La mobilisation entourant l'appel contre ce jugement de première instance rappelle la stratégie mise en place pour le procès des activistes du LAC : forte médiatisation, soutien par les autres associations et audition de témoins scientifiques qui attestent des dangers liés au réchauffement climatique, ainsi que de son origine anthropique¹¹⁵⁵. L'experte témoin mentionne la désobéissance civile et inscrit la démarche du prévenu dans la continuité des actions de lutte politique pour la démocratie et l'évolution du droit.

« Interpellée sur le lien entre le fait de souiller les façades d'une banque avec de la peinture et la lutte contre le réchauffement climatique, le témoin a rappelé les actions de

¹¹⁵² Tribunal de police de Genève, 20 février 2020, JTDP/245/2020, c. 2.2.

¹¹⁵³ Tribunal de police de Genève, 20 février 2020, JTDP/245/2020, c. 3.2.

¹¹⁵⁴ Tribunal de police de Genève, 20 février 2020, JTDP/245/2020, c. 3.2.

¹¹⁵⁵ La professeure SENEVIRATNE est auditionnée, comme dans l'affaire du LAC.

Rosa Parks aux USA en demandant en quoi le fait de s'asseoir dans un bus avait contribué aux droits civiques des noirs aux États-Unis. »¹¹⁵⁶

Son exposé détaille en outre l'état de la législation suisse en matière de lutte contre les émissions de gaz à effet de serre.

Au fond, l'autorité retient que les ECO de l'infraction sont remplis et examine l'existence d'un état de nécessité¹¹⁵⁷. Elle admet l'imminence du danger, réalité « indubitable » qui menace de nombreux biens juridiquement protégés individuels et collectifs. Sur ce point, elle s'écarte donc de l'appréciation du juge de première instance en déclarant qu'à son sens, il va sans dire que la protection du droit à la vie l'emporte sur la protection du patrimoine¹¹⁵⁸. La condition d'aptitude est elle aussi admise, car la Cour estime la stratégie de régulation motivée principalement par des « mesures librement consenties » et la « bonne volonté des établissements » promue par le gouvernement infructueuse et inapte à protéger le droit à la vie du prévenu¹¹⁵⁹. De plus, elle retient que l'organisation dont le prévenu est membre a déjà interpellé la banque à ce sujet et considère que :

« [I]es démarches successives de l'appelant et des organisations non gouvernementales s'inscrivent dans la droite ligne de la mise en œuvre préconisée par les autorités fédérales. »¹¹⁶⁰

Elle ajoute que :

« [I]'aposition de mains rouges [...] s'inscrit ainsi pleinement dans une logique d'application et de mise en œuvre des mesures préconisées par l'autorité politique pour infléchir la courbe du réchauffement climatique soutenue par la place financière et notamment la Banque et représente un moyen accessible à l'appelant dans sa situation pour atteindre ce but. »¹¹⁶¹

L'analyse de la condition de subsidiarité que propose l'autorité diverge également de celle du juge de première instance. En effet, la figure théorique de l'état de nécessité putatif est présentée en lien avec la jurisprudence du tyran domestique¹¹⁶². En vertu de celle-ci, dans certains cas, l'auteur d'une infraction

¹¹⁵⁶ Cour de Justice du Tribunal cantonal de Genève, 14 octobre 2020, AARP/339/2020, p. 6, Cb. Ainsi que parmi d'autres : ATS, *L'activiste du climat a été acquitté dans le procès "mains rouges" à Genève*, 14 octobre 2020, <https://www.rts.ch/info/regions/geneve/11677695-lactiviste-du-climat-a-ete-acquitte-dans-le-proces-mains-rouges-a-geneve.html>, consulté le 1^{er} avril 2022.

¹¹⁵⁷ Cour de Justice, 14 octobre 2020, AARP/339/2020, c. 2.3.

¹¹⁵⁸ Cour de Justice, 14 octobre 2020, AARP/339/2020, c. 2.5.3.2.

¹¹⁵⁹ Cour de Justice, 14 octobre 2020, AARP/339/2020, c. 2.5.3.2.

¹¹⁶⁰ Cour de Justice, 14 octobre 2020, AARP/339/2020, c. 2.5.3.3.

¹¹⁶¹ Cour de Justice, 14 octobre 2020, AARP/339/2020, c. 2.5.3.3.

¹¹⁶² Arrêt de principe : ATF 125 IV 49, *cf. supra* sur cette jurisprudence dans l'affaire du « Lausanne Action Climat » et I.II.B.2.

qui peut croire que le recours à d'autres solutions légales serait vain quand bien même ce n'est pas le cas peut tout de même bénéficier de l'art. 17 CP en lien avec l'art. 13 CP. On applique alors l'erreur sur les faits à la condition de subsidiarité de l'art. 17 CP. Il convient alors uniquement de se demander si cette erreur était évitable. Appliqué au cas d'espèce, le Tribunal constate la dissonance entre le ton alarmiste des rapports scientifiques au sujet d'un besoin de mesures pour lutter contre le dérèglement climatique et le ton conciliant des Messages du Conseil fédéral au sujet de l'ampleur de ce danger¹¹⁶³. Elle estime en outre que le prévenu est face à un « dilemme », car les discours de la banque ne correspondant pas à sa pratique. Dans cette situation, on peut à son sens comprendre qu'il se soit engagé dans une démarche visant à faire subir à cet établissement un dommage réputationnel pour influencer sur ses pratiques. Au moment des faits, l'auteur était dans une situation où il était donc admissible qu'il ait, en toute bonne foi, pensé que toute autre forme d'engagement serait vaine, ce qui correspond à la situation de l'état de nécessité putatif¹¹⁶⁴. Pour toutes ces raisons, la Cour décide de l'acquitter et réforme le jugement de première instance.

3. Procédure devant le Tribunal fédéral, 28 septembre 2021

361 Le Ministère public dépose un recours contre la décision de la Cour de justice auprès du TF. Celui-ci examine principalement dans sa décision l'application de l'art. 17 CP au cas. Il se réfère à ce sujet à l'arrêt rendu dans l'affaire du LAC peu de temps auparavant. Dans le prolongement de cette décision, il écarte l'existence d'un danger imminent au sens du droit dans des contextes de mobilisation climatique. Il écarte également que l'activiste ait cherché à agir en protection de biens individuels, tout comme qu'il ait respecté les exigences de la subsidiarité¹¹⁶⁵. L'autorité invoque ainsi en substance deux éléments pour fonder son raisonnement : l'absence de danger imminent et l'absence de rapport causal entre l'acte des activistes et le but de sauvegarde de la protection d'un danger¹¹⁶⁶. Au sens de la Haute Cour :

« [...] les facteurs qui pèsent dans l'équation climatique sont nombreux et ne se limitent pas aux investissements des instituts financiers dans les énergies fossiles. Il ne suffit donc

¹¹⁶³ Cour de Justice, 14 octobre 2020, AARP/339/2020, c. 2.5.3.

¹¹⁶⁴ Cour de Justice, 14 octobre 2020, AARP/339/2020, c. 2.5.3.4.

¹¹⁶⁵ TF, 6B_1298/2020, 6B_1310/2020 du 28 septembre 2021, c. 3.5.

¹¹⁶⁶ « Le Tribunal fédéral a récemment jugé que les phénomènes naturels liés au réchauffement climatique ne représentaient pas un danger imminent selon l'art. 17 CP, dans la mesure où ces catastrophes pouvaient frapper indistinctement chacun, en tout lieu et en tout temps, sans que l'on puisse identifier un bien juridique spécifiquement menacé [...]. », TF, 6B_1298/2020, 6B_1310/2020 du 28 septembre 2021, c. 3.5.1.

pas de démontrer que les agissements de l'intimé ont influencé la politique environnementale de la recourante, laquelle ne constitue qu'une simple étape dans une chaîne d'événements envisagée par l'auteur pour combattre le "danger imminent". Il faudrait au contraire établir que les agissements de l'intimé ont eu un impact direct sur le réchauffement climatique en tant que tel ou sur les risques en découlant. Or, il est manifeste que le fait d'apposer de la peinture rouge sur le mur d'un bâtiment n'est pas en mesure de stopper le réchauffement climatique ni de réduire les risques qui y sont liés. »¹¹⁶⁷

Pour toutes ces raisons, l'état de nécessité ne peut être appliqué au cas d'espèce aux yeux du TF.

L'autorité se prononce ensuite sur le grief de violation des art. 10 et 11 CEDH. Elle rappelle à cet égard que la protection de la liberté de réunion ne vise que les manifestations pacifiques et considère qu'en l'espèce, l'acte du prévenu n'est pas protégé, dès lors que :

« [p]ar son comportement, l'intimé a donc commis un acte de vandalisme incompatible avec la liberté d'expression et d'opinion. Il lui aurait été possible de participer à la marche contre le climat, à l'instar des autres participants, sans maculer de peinture rouge les murs du bâtiment de la banque. »¹¹⁶⁸

En d'autres termes, le fait d'apposer de la peinture sur un bâtiment privé est considéré comme un acte violent, ou à tout le moins apte à faire perdre son caractère pacifique à l'acte expressif du prévenu. Le TF rejette pour le surplus toute analogie avec les cas de décisions de la CourEDH¹¹⁶⁹. Il insiste à nouveau sur ce la dimension de vandalisme de l'acte du prévenu, dimension qui distingue à son sens son cas de ces différentes affaires portées devant la CourEDH. Il ajoute à cet égard que la CourEDH n'exclut pas que des sanctions puissent être prononcées pour des actes violents commis lors de manifestation¹¹⁷⁰.

En définitive, l'acquittement est annulé et l'affaire renvoyée devant l'autorité inférieure pour qu'elle fixe la peine¹¹⁷¹. Les frais judiciaires sont arrêtés à 1'500 fr., plus 3'000 fr. de dépens à verser à la banque.

¹¹⁶⁷ TF, 6B_1298/2020, 6B_1310/2020 du 28 septembre 2021, c. 3.5.2.

¹¹⁶⁸ TF, 6B_1298/2020, 6B_1310/2020 du 28 septembre 2021, c. 4.3.

¹¹⁶⁹ Notamment : CourEDH, *Tatar et Faber contre Hongrie* du 12 juin 2012, n°26005/08 ; CourEDH, *Mariya Alekhina et autres contre Russie* du 3 décembre 2018, n°38004/12 et CourEDH, *Murat Vural contre Turquie* du 21 octobre 2014, n°9540/07, cf. *supra* 3.II. et *infra* 3.V.

¹¹⁷⁰ TF, 6B_1298/2020, 6B_1310/2020 du 28 septembre 2021, c. 4.3.

¹¹⁷¹ À cet égard, cf. la décision rendue le 1^{er} avril 2022 par le Tribunal cantonal appliquant l'art. 48 CP à l'activiste et allégeant sa peine.

P. Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020 – « Occupation d’abattoir 2 »

364 Cette affaire non publiée nous a été fournie par l’une des associations consultées. La prévenue est autrice d’un essai sur la désobéissance civile dans lequel elle défend sa conception de cette notion et les ressorts stratégiques qui la poussent à recourir à ce mode d’action. Durant les débats de première instance, elle déclare cependant ne plus vouloir effectuer ce type d’actions de désobéissance civile à l’avenir, mais préfère se consacrer à son lieu d’accueil pour animaux. Elle explique ce choix par l’importance des coûts financiers, personnels et temporels, concomitants au recours à cette stratégie judiciaire¹¹⁷². Ce sont ces différents facteurs qui la poussent à abandonner la tactique de la désobéissance civile. Relevons pour le surplus que, dans ses considérants en fait et en droit, la juge ne fait pas mention de la notion de désobéissance civile en tant que telle.

365 Les faits reprochés à la prévenue sont en partie identiques à ceux de l’affaire « Appropriation de cabris » et « Occupation d’abattoir 1 » en raison de l’occupation de l’abattoir de la société « Bell » à Oensingen. En outre, il est question dans ce cas de la pose de caméras cachées dans un autre abattoir, dont les images sont diffusées sur internet pour dénoncer les conditions d’abattage, mais aussi d’un blocage de la circulation routière organisé par les activistes pour protester contre le traitement des animaux. Enfin, il y est également question de l’enlèvement par la prévenue de vingt-quatre poules destinées à l’abattage. La prévenue est en conséquence poursuivie pour l’ensemble de ces actes pour appropriation illégitime, violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d’un appareil de prise de vue, contrainte, violation de domicile, empêchement d’accomplir un acte officiel et contravention au règlement de police.

366 On peut retenir de l’audition de la prévenue qu’elle soutient sa cause comme suit :

« [m]on but était de montrer comment se passe l’abattage des animaux dans les abattoirs de village dans lesquels les gens ont particulièrement confiance. Ce qui se passe à [X.], se passe dans les 600 autres abattoirs en Suisse. Le problème éthique n’est pas simplement le respect des normes d’abattage, mais l’abattage lui-même des animaux. Des enquêtes dans les élevages sont menées depuis plus de 20 ans par différentes associations [...]. Ces associations ont à chaque reprise contacté les vétérinaires cantonaux pour dénoncer notamment les pratiques illégales. Systématiquement, le constat de ces associations est

¹¹⁷² Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020, PEI7.024981, p. 21 : « [j]e n’ai pas envie de mener des actions de désobéissance civile. Ce qui compte réellement est de venir en aide aux individus dans le besoin aujourd’hui. »

que la plupart des élevages dénoncés, n'ont pas subi de sanctions ou des sanctions dérisoires. Le grand public, quand il a été informé de ces enquêtes [...] a pu exercer une pression aboutissant à des sanctions. Dès que le grand public a été informé, c'est lui qui a permis que des sanctions soient prises contre des personnes de la filière. Mon but n'est pas de faire condamner un boucher en particulier, mais de dénoncer l'abattage. Il est en outre impossible de filmer dans un abattoir ou c'est extrêmement rare. Il n'est pas possible de visiter un abattoir. C'est un devoir de citoyens d'informer les consommateurs de la réalité de ces lieux. Aviser le service vétérinaire conduit parfois à la visite des lieux, mais ces visites sont annoncées. Dès lors la seule manière de constater les méthodes d'abattage est d'installer des caméras cachées. [...] Des manifestations légales sont menées depuis plusieurs années pour la cause animale. [...] Sans action considérée comme illégale, les médias relayent peu souvent des manifestations pour cette cause. Si on se contente de manifestations légales sur ce type de sujet, on ne touche que les personnes déjà convaincues. En touchant le grand public, notamment par les réseaux sociaux et les médias, on touche un public plus large qui n'a pas forcément conscience de la souffrance des animaux. C'est par ces activités illégales en complément aux démarches légales que l'on peut arriver à un changement de société. L'initiative populaire contre l'élevage intensif a pu récolter le nombre de signatures nécessaires grâce aux actions menées par les activistes. D'autres exemples de luttes sociales démontrent la même chose. »¹¹⁷³

La prévenue est donc interrogée sur les alternatives légales à disposition, ainsi que la cohérence de ses motivations.

Le vétérinaire cantonal est ensuite auditionné. Il atteste que les animaux sont globalement bien traités dans l'abattoir considéré. Pour ce qui est des conséquences politiques de l'acte de la prévenue, il reconnaît que les vidéos produites ont permis la condamnation d'une personne pour des actes contraires à la loi. Il déclare notamment qu' :

« [o]l est évident que les images diffusées par [Y.] ont eu une influence sur la pratique cantonale. Cela a permis au vétérinaire cantonal d'accélérer la cantonalisation du contrôle des viandes. Au niveau cantonal, il y a toujours des contrôles sporadiques qui ne sont pas tous annoncés. [...] Les actions de [Y.] ont accéléré le processus qui était en route. Le problème est toujours politique et financier. »¹¹⁷⁴

Cela permet de soutenir que l'action de la militante a produit des effets dans l'adoption de la législation.

¹¹⁷³ Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020, PEI7.024981, p. 7 et 8. On constate aussi que l'on retrouve l'examen de la cohérence de la motivation de la prévenue du côté de l'autorité qui la questionne sur ses habitudes : « [j]e ne répondrai pas à la question de savoir comment je nourris mes chats. Il avait déjà été répondu à cette question il y a deux ans. Je vais néanmoins y répondre, car cela m'amuse. Les chats sont des carnivores au sens strict tandis que les humains sont des omnivores, à savoir qu'ils n'ont pas la nécessité vitale de manger des produits issus des animaux. Ceci nous donne une responsabilité vis-à-vis de cette population que l'on opprime en toute conscience alors que l'on peut faire autrement. Contrairement aux chats ou aux lions, l'humain a le choix et il s'agit de sa responsabilité morale. », p. 9.

¹¹⁷⁴ Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020, PEI7.02498, p. 13 et 14.

- 368 Dans ses considérants en droit, la juge retient que les éléments constitutifs des infractions reprochées sont remplis. Seule la requalification du vol en appropriation illégitime s'écarte de l'acte d'accusation. Concernant la violation du domaine privé ou du domaine secret au moyen d'un appareil de prise de vues et de l'appropriation des poules, la défense plaide l'état de nécessité¹¹⁷⁵. La juge écarte cet argument et considère que la pose de caméras cachées n'était pas motivée par la volonté de prévenir d'un danger imminent, car la prévenue a déclaré qu'elle avait choisi l'abattoir en question par hasard¹¹⁷⁶. Cet acte n'était pas motivé par un soupçon particulier qu'il s'y déroulait des faits contraires au droit¹¹⁷⁷. Les conditions de l'état de nécessité ne sont donc pas remplies s'agissant de cette infraction.
- 369 Concernant le « sauvetage des poules », l'autorité insiste sur le non-respect de la condition de subsidiarité de l'état de nécessité. En effet, la juge estime qu'il existait en l'occurrence des moyens licites pour lutter contre l'élevage intensif qui permettent d'exclure l'application de ce motif justificatif¹¹⁷⁸. Elle ajoute pour le surplus que le « sauvetage » n'était pas de nature à modifier les conditions d'élevage en Suisse et que l'action de la prévenue n'était pas non plus apte à atteindre son but.
- 370 En lien avec l'obstruction du trafic et l'occupation de l'abattoir, le Tribunal retient que :

« [I]es éléments constitutifs de la contrainte au sens de l'art. 181 CP sont ainsi réunis. Il importe peu que les manifestants aient eu l'intention de faire passer un message aux autorités et que cette manifestation se soit déroulée de manière pacifique. »¹¹⁷⁹

En conséquence, toute analyse de la dimension expressive et donc *a fortiori* des libertés fondamentales de la prévenue sont écartées. Enfin, s'agissant de l'infraction d'empêchement d'accomplir un acte officiel, le raisonnement est similaire à celui que l'on a pu observer dans le cas des activistes du LAC. Le fait d'opposer une résistance passive à l'autorité est retenu comme un acte actif d'opposition¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁵ Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020, PE17.02498, p. 30, c. 3.

¹¹⁷⁶ Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020, PE17.02498, p. 30, c. 3.

¹¹⁷⁷ Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020, PE17.024981, p. 30, c. 3.

¹¹⁷⁸ Elle rejette ainsi les observations de la prévenue qui fait valoir qu'il est extrêmement difficile d'opérer un contrôle sur l'activité qui se déroule dans les abattoirs, dès lors qu'il n'est pas possible d'y accéder. Ce type d'argument est analogue à celui soulevé par les activistes climatiques qui soulignent l'impossibilité d'exercer un contrôle démocratique sur les pratiques financières. Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020, PE17.024981, p. 35, c. 3e.

¹¹⁷⁹ Tribunal de police de la Côte, 19 novembre 2020, PE17.024981, p. 31. L'examen est par ailleurs sommaire. On ne sait rien de la durée du dérangement occasionné.

¹¹⁸⁰ Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020, PE17.024981, p. 33, c. 3d.

Pour ce qui est de la culpabilité et de la fixation de la peine, la juge retient que : 371

« [l]a culpabilité de [Y.] n'est pas négligeable. Elle n'a en effet pas hésité à plusieurs reprises à porter atteinte aux intérêts d'autrui dans le seul but d'imposer sa vision de la société. À charge, il sera également tenu compte du concours d'infractions. À décharge, le Tribunal retiendra sa bonne collaboration durant toute l'enquête et surtout son attitude lors des débats. Ses propos antisépécistes sont certes fermes et absolus, mais elle les exprime avec calme et sincérité sans haine ni violence. La prévenue assume en outre la responsabilité des actes commis ».¹¹⁸¹

On retrouve le flou présent dans d'autres affaires entourant la pondération des différents éléments, parfois contradictoires, de la fixation de la culpabilité. En définitive, la juge semble tout de même reconnaître un effet politique à l'action entreprise par l'activiste, ce qui la conduit à relever que :

« [i]l ressort du témoignage du vétérinaire régional [...] que les images diffusées [...] ont eu une influence sur la pratique cantonale [...]. Il y a lieu ainsi d'admettre que ; même si la prévenue a agi de manière illicite en apposant notamment des caméras cachées, elle a contribué à une amélioration des contrôles de l'abattage afin que des scènes jugées cruelles par le vétérinaire cantonal ne se reproduisent pas. À cet égard, la culpabilité de [Y.] apparaît peu importante. »¹¹⁸²

On peut en conséquence se demander si une telle argumentation n'équivaut pas à insinuer qu'une action de désobéissance civile, si elle produit des effets, peut tout de même mieux se justifier que si elle ne porte pas à conséquence. Ainsi, appliqué à d'autres cas, le changement de pratique de certaines banques pourrait alors être un élément pris en compte pour atténuer la culpabilité des activistes du climat. Ce point mériterait d'être précisé.

Enfin, le motif honorable est plaidé, mais la juge considère que : 372

« [l]'antisépécisme est certes éthiquement défendable, il ne justifie toutefois pas qu'il soit porté atteinte aux intérêts d'autrui, le public pouvant être sensibilisé d'une autre manière en toute légalité. »¹¹⁸³

Une atténuation à ce titre est donc exclue.

Pour toutes ces raisons, la prévenue est condamnée à une peine pécuniaire de cent jours-amendes à 20 fr. avec un sursis de deux ans. Elle est en outre condamnée à payer une amende de 200 fr. Les frais de la cause sont mis à sa charge. Elle est en outre subsidiairement reconnue comme la débitrice des prétentions civiles de la partie plaignante dans l'affaire « Appropriation de cabris » en cas de non-paiement par les deux autres prévenues. La décision est définitive et exécutoire, la prévenue ayant renoncé à s'y opposer. 373

¹¹⁸¹ Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020, PE17.024981, p. 36.

¹¹⁸² Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020, PE17.024981, p. 37.

¹¹⁸³ Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020, PE17.024981, p. 38.

Q. Tribunal de police du canton de Neuchâtel du 11 juin 2021 – « XR Neuchâtel »

- 374 Cette décision concerne une action assimilée à une manifestation non autorisée organisée par le groupe Extinction Rebellion dans le canton de Neuchâtel. Pour protester contre l'inaction politique en matière climatique, les prévenus ont déroulé une banderole sur un passage piéton du centre-ville. En conséquence, la circulation a été perturbée et les activistes ont été dispersés par les forces de police après 45 minutes. Les 15 activistes, ainsi qu'une observatrice légale, sont mis en accusation pour infraction à la LCR¹¹⁸⁴ et contravention au règlement cantonal de police¹¹⁸⁵.
- 375 En droit, l'autorité retient que les ECO des différentes infractions sont bien remplies, sauf s'agissant de l'observatrice légale qui est en conséquence libérée¹¹⁸⁶. Elle qualifie l'action de manifestation non autorisée plutôt que d'acte de désobéissance civile¹¹⁸⁷. Considérant que les activistes avaient mis en place un consensus d'action précis en amont de leur action – selon eux pour en assurer le déroulement pacifique – le Tribunal considère que la manifestation ne pouvait pas bénéficier de l'exception de demande d'autorisation accordée aux manifestations spontanées¹¹⁸⁸. À l'appui de ce raisonnement, le juge souligne que les activistes estimaient faire œuvre de « désobéissance civile » et qu'ils avaient en conséquence pleinement conscience de violer la loi, ainsi que de se soustraire à leur obligation de demander une autorisation¹¹⁸⁹. L'autorité considère en outre que le cas qui lui est soumis se distingue de l'arrêt de la CourEDH *Kudrevicius et autres c. Lituanie*¹¹⁹⁰. Dans cette affaire, les prévenus avaient demandé une autorisation, la question étant de savoir comment traiter les infractions survenues en raison du non-respect ultérieur de cette autorisation. L'autorité retient dès lors que ce cas n'est d'aucun secours aux prévenus en l'espèce¹¹⁹¹. Elle ajoute encore que :

¹¹⁸⁴ Art. 90 LCR et 46 OCR. Ce dernier prévoit en particulier que les personnes qui traversent ne doivent pas s'attarder sur les passages qui leur sont destinés.

¹¹⁸⁵ Pour absence d'autorisation de la manifestation.

¹¹⁸⁶ Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.689.

¹¹⁸⁷ Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.689, c. 13, p. 6.

¹¹⁸⁸ Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.689, c. 15, p. 7.

¹¹⁸⁹ Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.689, c. 15, p. 7.

¹¹⁹⁰ CourEDH, affaire *Kudrevicius et autres c. Lituanie* du 15 octobre 2015, n°37553/05, cf. *infra* 3.V.

¹¹⁹¹ Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.689, c. 18, p. 9.

« [...] bien que les prévenus aient été pacifiques et outre l'absence d'autorisation – ou même d'annonce préalable – la violation de la LCR dont ils se sont rendus coupables constitue un acte répréhensible. »¹¹⁹²

Ainsi, comme dans d'autres actes du corpus, l'illicéité de l'acte prend le pas sur son caractère pacifique.

Les prévenus, par le biais de leur défense, invoquent leur bonne foi. Celle-ci est rejetée, car elle ne saurait justifier une entorse au principe de légalité aux yeux du juge¹¹⁹³. Le fait que les militants revendiquent avoir fait acte de désobéissance civile est retenu à leur charge pour étayer leur conscience du caractère intolérable de leur acte¹¹⁹⁴. 376

L'autorité examine ensuite les conditions d'application de l'art. 17 CP. Il convient à cet égard de noter que le tribunal rend sa décision le même jour que le TF dans l'affaire du LAC. Or, la cour neuchâteloise s'appuie sur le jugement de seconde instance dans l'affaire des « Mains rouges » et considère que l'on peut qualifier de danger imminent au sens du CP les conséquences du réchauffement climatique¹¹⁹⁵. Elle rejette néanmoins les autres conditions d'application de l'état de nécessité. 377

« Les conditions de l'art. 17 CP sont cumulatives et, pour reconnaître un état de nécessité licite, encore faut-il que l'acte des prévenus soit apte à détourner le danger immédiat en cause. Ce n'est pas le cas en l'espèce, sauf à reconnaître que toute action illicite menée afin de prévenir le danger résultant de l'urgence climatique est désormais licite, ce qui correspondrait à un dévoiement de l'institution de droit pénal qu'est l'état de nécessité. »¹¹⁹⁶

Le juge estime en outre qu'il manque un lien entre le but de l'action et l'occupation d'un passage piéton. Il insiste sur l'absence d'autorisation qui aurait à son sens pu être obtenue facilement sans diminuer pour autant la portée de l'action¹¹⁹⁷. L'autorité souligne en outre que le message des prévenus n'était pas destiné aux automobilistes, mais à une scène médiatique et un public plus large, ce qui à ses yeux, renforce l'inadéquation des moyens aux fins des désobéissants¹¹⁹⁸.

¹¹⁹² Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.689, c. 18, p. 9.

¹¹⁹³ Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.689, c. 19 à 21, p. 10.

¹¹⁹⁴ Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.689, c. 19 à 21, p. 10.

¹¹⁹⁵ Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.689, c. 22, p. 11. En contradiction avec l'avis du TF dans son arrêt du même jour.

¹¹⁹⁶ Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.689, c. 25, p. 12.

¹¹⁹⁷ Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.689, c. 25, p. 12.

¹¹⁹⁸ Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.689, c. 25, p. 12.

- 378 Statuant sur la culpabilité des auteurs, le tribunal estime – paradoxalement – que l’acte présente somme toute peu de gravité, notamment en raison de son caractère pacifique. Cependant, il déclare que :

« [...] les prévenus n’ont néanmoins pas réellement de prise de conscience sous l’angle du vivre ensemble, puisqu’ils ont cherché, de manière contradictoire, à s’exonérer des infractions avant d’en soutenir leur caractère licite par le biais de faits justificatifs. Ce refus d’acceptation de sa responsabilité est difficilement compréhensible dans le cadre d’un mouvement de désobéissance civile et constitutif d’un double discours. »¹¹⁹⁹

L’autorité mobilise ainsi en creux la théorie libérale de la désobéissance civile pour discréditer l’acte.

- 379 En définitive, les prévenus sont condamnés au paiement d’une amende de 200 fr. par personne et au paiement des frais de la procédure. La peine est donc inférieure à celle prononcée dans l’ordonnance pénale initiale, mais les frais compensent ce gain. Une procédure de recours est en cours.

R. Tribunal de Police de la Sarine du 18 juin 2021 – « Block Friday »

- 380 Dans le cadre des soldes organisées pour la journée du « Black Friday » à Fribourg, le centre commercial de la ville prolonge ses horaires d’ouverture. En réaction, un groupe régional d’XR organise un blocage et une action de dénonciation de l’hyperconsommation devant les portes du bâtiment. Ils et elles utilisent différents caddies de supermarché qui sont enchaînés les uns aux autres pour entraver l’accès au lieu. La manifestation est restée pacifique et des personnes sont chargées d’entrer en contact avec la police au sein du groupe afin d’assurer le respect de la stratégie de non-violence des activistes. Sur le groupe des 50 participantes et participants, 30 font opposition à leur condamnation par ordonnance pénale. Elles et ils sont poursuivis pour violation de la loi cantonale sur le domaine public, ainsi que pour contrainte.
- 381 À titre préjudiciel, les avocats et avocates des prévenus demandent que soient auditionnés des experts environnementaux, ce qui leur est refusé¹²⁰⁰. Le juge

¹¹⁹⁹ Tribunal de police de Neuchâtel, 11 juin 2021, POL.2020.689, c. 25, p. 13. Déclaration qui rappelle celle du juge vaudois qui accordait lui aussi une grande importance à l’acceptation de la sanction dans la démarche de désobéissance civile, *cf. supra* 1.III.B. Tribunal de police de Lausanne, 11 décembre 2020, PE19.005999, c. 7.

¹²⁰⁰ Durant ce procès, la défense a plaidé comme dans l’affaire du « Lausanne Action Climat » collectivement pour l’ensemble des prévenus. Nous avons pu assister aux différentes journées d’audition précédant le rendu de la décision. La stratégie de la défense mérite d’être relevée en ce qu’elle témoigne d’un usage stratégique inhabituel pour les autorités judiciaires. De

considère que les décisions rendues dans les affaires des « Mains rouges » et du « Lausanne Action Climat » comportent suffisamment d'éléments qui ont permis de documenter l'état des connaissances scientifiques au sujet du dérèglement climatique. Il ajoute que l'état de nécessité est *in fine* un élément de droit et non de fait, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'auditionner des non-juristes à ce sujet¹²⁰¹.

S'agissant de la théorie pénale mobilisée par le juge, les éléments sont grandement similaires à d'autres causes. Concernant l'état de nécessité, il rappelle la jurisprudence classique du tyran domestique, ainsi que l'arrêt « Greenpeace ». Pour le surplus, son examen suit les principes développés par le TF dans l'arrêt du LAC. Un élément particulier est à relever : le juge inclut dans la théorie pénale relative à l'art. 14 CP une analyse des libertés fondamentales d'expression et de manifestation¹²⁰². À cet égard, il retient que la liberté de réunion peut permettre l'organisation de manifestations spontanées sans autorisations à l'occasion d'événements imprévisibles¹²⁰³. Les éléments théoriques relatifs aux faits justificatifs extra-légaux (appelés aussi extra-pénaux dans le jugement) sont aussi rappelés.

Appliqué au cas, le juge retient en conséquence que la contrainte est réalisée, car la clientèle du centre a dû emprunter d'autres accès et sorties pour se déplacer et que des personnes ont craint d'être prises à parti par les activistes¹²⁰⁴. Il est reproché aux militants d'avoir créé un climat de tension tel que « la tournure des événements aurait pu dégénérer à tout instant » et que :

« [...] l'obstruction de l'accès principal du centre et le prompt déploiement du dispositif de la manifestation ont accentué le sentiment de peur et d'insécurité ressenti par les personnes mêlées contre leur gré à une manifestation. »¹²⁰⁵

L'autorité constate néanmoins que les désobéissants sont restés pacifiques¹²⁰⁶.

même, les activistes et leur défense tentent d'obtenir une jonction des causes pénales, afin de grouper les procès et obtenir une médiatisation commune (art. 30 CPP).

¹²⁰¹ Tribunal de police de l'arrondissement de la Sarine du 18 juin 2021, p. 26.

¹²⁰² Tribunal de police de l'arrondissement de la Sarine du 18 juin 2021, p. 46.

¹²⁰³ Tribunal de police de l'arrondissement de la Sarine du 18 juin 2021, p. 47.

¹²⁰⁴ Tribunal de police de l'arrondissement de la Sarine du 18 juin 2021, p. 51 : « [I]es entraves et le blocus ont manifestement dépassé le seuil d'influence et de protestation tolérable dans le cadre d'une discussion politique concernant l'environnement. »

¹²⁰⁵ Tribunal de police de l'arrondissement de la Sarine du 18 juin 2021, p. 51. Cette appréciation n'est pas étayée par des déclarations de tiers ou des éléments versés à la procédure, ce que nous soulignons.

¹²⁰⁶ Tribunal de police de l'arrondissement de la Sarine du 18 juin 2021, p. 58, pour la première des prévenues. Cette analyse est reprise pour les autres dans les pages suivantes de la décision.

- 384 Concernant les motifs justificatifs, l'application de l'art. 17 CP est écartée. En particulier, le juge souligne que la condition de subsidiarité n'est pas respectée, puisque les activistes :

« [...] auraient pu intervenir plus concrètement dans les médias en mettant en place des débats télévisés autour du réchauffement climatique, en publiant des lettres de lecteurs ou en proposant la publication d'article sur la thématique [...]. Le canal des réseaux sociaux aurait également pu davantage être exploité afin de sensibiliser tout un chacun [...]. Rien n'empêchait les prévenus d'organiser des conférences en lien avec le réchauffement climatique afin d'exposer leur position et de présenter au public les enjeux climatiques. Enfin, ces derniers auraient également pu avoir recours aux divers instruments politiques permettant à tout citoyen autorisé d'exercer ses droits en bonne et due forme ; référence est faite à la pétition, à l'initiative législative cantonale et à l'initiative constitutionnelle cantonale consacrées aux art. 25 à 41 ss Cst-FR, voire même à l'initiative constitutionnelle fédérale prévue aux art. 138 ss Cst. En outre, il n'est pas établi que les actions légales déjà effectuées, comme la distribution de tracts, les manifestations, les marches en faveur du climat et les relais dans les réseaux sociaux n'ont pas participé à une évolution et à une prise de conscience, la question du réchauffement climatique étant de plus en plus sensible dans l'opinion publique. Par surabondance, la simple constatation qu'une telle propagande menée de manière licite aurait peut-être eu moins d'impact, ne suffirait pas à justifier les actes commis par les prévenus. »¹²⁰⁷

- 385 Les autres moyens justificatifs sont également écartés. Le juge souligne au détriment des prévenus leur « érudition »¹²⁰⁸ qui plaide en défaveur d'une application à leur cas de la liberté de manifestation et de l'état de nécessité putatif. En effet, le juge considère en conséquence qu'ils avaient pleinement conscience du caractère répréhensible de leur acte et de leur obligation de demander une autorisation pour exercer leur liberté de réunion¹²⁰⁹. Il ajoute encore que leur liberté n'est donc pas injustement restreinte au sens de l'art. 36 Cst. féd., puisqu'ils en ont fait usage contre la loi¹²¹⁰. Enfin, le juge exprime au travers de ses considérants la crainte qu'en cas de tolérance de ce type d'actions, la population ne recoure de manière exponentielle à des actes d'illicites.

« Une telle manière de voir permettrait à chaque individu dépourvu de relais médiatiques ou politiques de sombrer dans l'illégalité afin de se faire entendre, ce qui n'est pas admissible. »¹²¹¹

- 386 En définitive, les condamnations des prévenus sont maintenues, mais le juge tient compte de l'art. 48 let. a CP, car les prévenus ont agi dans le but de

¹²⁰⁷ Tribunal de police de l'arrondissement de la Sarine du 18 juin 2021, p. 53.

¹²⁰⁸ Tribunal de police de l'arrondissement de la Sarine du 18 juin 2021, p. 55.

¹²⁰⁹ Tribunal de police de l'arrondissement de la Sarine du 18 juin 2021, p. 55.

¹²¹⁰ Tribunal de police de l'arrondissement de la Sarine du 18 juin 2021, p. 55.

¹²¹¹ Tribunal de police de l'arrondissement de la Sarine du 18 juin 2021, p. 56. Crainte classique opposée à la désobéissance civile, cf. *infra* 5.IV.

préserver le monde et ses habitants¹²¹². Les peines prononcées sont des amendes se chiffrant à 400 fr. par personne. Un recours au tribunal cantonal est pendant et les décisions attendues pour 2022. Les causes des différents activistes ont été disjointes par l'autorité de seconde instance qui traitera séparément les situations des activistes selon qu'ils ou elles faisaient partie des personnes enchaînées ou des « simples » participants à l'action.

S. Tribunal de police de Lausanne du 29 septembre 2021 – « Procès des 200 »

Ce jugement est le premier d'une série de procès se tenant dans le canton de Vaud. Il concerne l'occupation par plus de 200 personnes d'un pont au centre-ville de Lausanne, à l'appel du groupe « XR Lausanne »¹²¹³. Il est reproché au prévenu d'avoir participé à ce « sit-in » et, partant, de s'être rendu coupable d'entrave aux services d'intérêt général, d'empêchement d'accomplir un acte officiel et de violation à la LCR. D'autres manifestations non autorisées du même type, mais de plus faible ampleur auxquelles le prévenu a participé sont

387

¹²¹² Tribunal de police de l'arrondissement de la Sarine du 18 juin 2021, p. 58 ss.

¹²¹³ Les différents procès individuels des participantes et participants à l'action sont désignés dans la presse et par les activistes sous le nom de « Procès des 200 » en raison du nombre de prévenus, cf. <https://leprocesdes200.ch/>, consulté le 1^{er} avril 2022. Au vu du nombre de décisions rendues et encore en cours de jugement au jour de la rédaction de ces lignes, nous nous contentons d'en commenter une *in extenso*. Les faits étant souvent similaires, seules les situations personnelles de prévenus changent, ainsi que les juges en charge des dossiers. Certains activistes sont en outre jugés simultanément pour d'autres actions de désobéissance civile menées avant ou après l'occupation du pont. La jonction des causes n'a été admise que partiellement pour certaines de ces affaires. En conséquence, une partie des prévenus sont jugés seuls, tandis que d'autres le sont par groupe. L'analyse des plaidoiries de chacun et chacune, ainsi que celle des différents dispositifs constituerait un sujet d'étude à part entière. Cependant, il excède les besoins de la présente recherche et se déploie au-delà du champ temporel considéré (cf. *supra* introduction). Un tel examen rend néanmoins compte des différences d'appréciation des juges impliqués. Nous avons pu assister aux auditions et lectures des jugements des 29 septembre 2021, 27 octobre 2021, 28 octobre 2021, 22 et 24 novembre 2021 et accéder, grâce à certaines activistes, aux jugements motivés suivants : Tribunal de police, 27 octobre 2021, PE19.020367 (rejet du motif justificatif issu de la liberté de manifester) ; Tribunal de police, 28 octobre 2021, PE19.020187 (*idem*) ; Tribunal de police, 17 novembre 2021, PE19.025122 (*idem*) ; Tribunal de police, 24 novembre 2021, PE19.007671 (portant en outre sur une action d'occupation d'un fond de pension à l'occasion d'une marche pour le Climat) ; Tribunal de police, 22 décembre 2021, PE21.008856 (portant également sur une action dans une banque avec dépôt de galet de charbon dans le hall. Les prévenus ont été acquittés pour l'occupation de la banque. Un appel a été formé par le Ministère public). Pour les mentions de la désobéissance civile dans ces jugements, cf. *supra* 1.III.B.

également prises en considération dans le jugement. Les actions ont été entreprises afin de sensibiliser l'opinion publique aux dangers du réchauffement climatique et de mettre sur pied des assemblées citoyennes sur le climat. Dans son audition, le prévenu insiste sur le caractère non violent de son acte, son implication dans de nombreuses autres formes de luttes et l'existence de contacts préalables à l'action entre le groupe XR et les autorités politiques de la ville.

388 À titre préjudiciel, le tribunal rejette les demandes d'auditions d'experts sur la question du réchauffement climatique qui relève du fait notoire. Par ailleurs, il rappelle qu'il n'a pas d'obligation de joindre les causes des manifestants.

389 Pour le surplus, ce procès se distingue d'autres cas de désobéissance civile dans la mesure où, la stratégie de défense du prévenu est avant tout axée sur l'exercice de son droit de se réunir et manifester sur le domaine public de manière pacifique et non plus sur celle de l'état de nécessité¹²¹⁴. À cet égard, l'autorité effectue un examen important de la liberté de réunion en particulier sous l'angle du régime de l'autorisation. Le juge estime néanmoins que, malgré le fait que les autorités politiques avaient connaissance de la tenue de l'action, l'absence de demande formelle d'autorisation et l'indétermination quant au lieu où elle devrait se dérouler, suffisent à admettre que la manifestation était non autorisée. Le raisonnement est ensuite le suivant : la manifestation n'étant pas autorisée, la restriction à la liberté du prévenu se justifie, dès lors qu'il aurait pu demander une telle autorisation¹²¹⁵. Peu d'importance est accordée à ce stade au caractère pacifique de la réunion. L'autorité considère en outre que la protection des droits de tiers, atteint dans leur liberté personnelle d'aller et venir librement, justifie la restriction de la liberté de réunion du prévenu¹²¹⁶. Enfin, il déclare que :

« [I]e prétendu surcroît d'efficace publicitaire recherchée en violant des interdictions pénaux – notamment en se soustrayant au régime d'autorisation – ne saurait être validé par l'intérêt supérieur évoqué, ce d'autant plus que le but recherché, soit sensibiliser l'opinion au dérèglement climatique, peut être atteint dans le cadre de manifestations autorisées et non dans des "sit-in" interminables, entravant la liberté d'aller et venir de très nombreuses personnes, et mobilisant d'importantes forces de police pendant des heures. »¹²¹⁷

¹²¹⁴ Tribunal de police de Lausanne, 29 septembre 2021, PE21.002214, p. 15 ss.

¹²¹⁵ Tribunal de police de Lausanne, 29 septembre 2021, PE21.002214, p. 18 ss. En ce sens, le raisonnement est similaire à celui de l'affaire « XR Neuchâtel ». Nous reviendrons sur la conformité de celui-ci aux standards internationaux *infra* 4.III.A.

¹²¹⁶ Tribunal de police de Lausanne, 29 septembre 2021, PE21.002214, p. 19. Il se réfère pour le surplus aux ATF 108 IV 165 ; ATF 134 IV 216 et ATF 119 IV 301, présentés *supra* 3.III.

¹²¹⁷ Tribunal de police de Lausanne, 29 septembre 2021, PE21.002214, p. 22.

En conséquence, le tribunal écarte l'application de l'art. 14 CP conjointement avec l'art. 22 Cst. féd.

S'agissant des circonstances atténuantes, le juge estime cependant que, si les motifs du prévenu ne sont pas à proprement parler honorables au sens de la loi, sa franchise et le bien-fondé de sa cause plaident en faveur du prononcé d'un sursis à sa peine. Cependant :

« [...] si la cause de la sensibilisation au dérèglement climatique, comme déjà dit, est une cause louable, honorable et reconnue, le Tribunal peine à comprendre le rapport entre celle-ci et le fait de se refuser par principe à demander des autorisations pour manifester, à refuser d'obtempérer aux injonctions des forces de l'ordre, lesquelles ont fait preuve de retenue et de patience et d'entraver longuement la circulation sur la voie publique. Le comportement incriminé, vu sous cet angle, n'a plus de rapport suffisant avec le mobile honorable soutenu. »¹²¹⁸

La peine prononcée est arrêtée à une peine pécuniaire de 70 jours-amendes à 20 fr., assortie d'un sursis de trois ans, d'une amende de 1'000 fr. et de l'astreinte au paiement des frais de procédure¹²¹⁹. Un recours contre cette décision a été déposé¹²²⁰.

¹²¹⁸ Tribunal de police de Lausanne, 29 septembre 2021, PE21.002214, c. 10, p. 23.

¹²¹⁹ Enfin, relevons que ce jugement a fait l'objet d'une lecture publique, chose rare en première instance.

¹²²⁰ La stratégie des activistes consiste à recourir contre l'ensemble des condamnations. Parmi les « 200 », celles et ceux qui ont déjà été jugés en première instance sont pour certaines et certains devant l'autorité de seconde instance. Le cas présenté ici a d'ores et déjà fait l'objet d'une décision du TF 6B_655/2022 du 31 août 2022. La Haute Cour a renvoyé la cause au tribunal de seconde instance et elle a partiellement donné raison au recourant. La période temporelle considérée pour cette étude, cf. *supra* introduction, nous permet cependant de nous limiter à signaler ces récents développements.

IV. Délit de solidarité en droit suisse

- 392 Une autre catégorie de cas pouvant s'appréhender comme des actions de désobéissance civile est celle des infractions dites de « délit de solidarité »¹²²¹. En Suisse, les condamnations pour violation de l'art. 116 LEI qui correspondent à cette catégorie représentent un nombre significatif de procédures : 774 personnes condamnées en 2021¹²²², 991 personnes condamnées en 2019 et 993 en 2018¹²²³.
- 393 Si toutes les personnes concernées par cette infraction n'ont pas agi avec le soutien d'une association ou avec la volonté de signifier par leur acte leur opposition aux dispositions du droit des personnes étrangères, une partie d'entre elles s'engagent tout de même dans la commission d'un tel délit afin de mettre en œuvre des revendications politiques. Ce sont ces cas qui seront présentés ici. Pour les personnes poursuivies pour délit de solidarité, leurs actes d'aide ou de facilitation au sens de la loi pénale deviennent alors un moyen parmi d'autres

¹²²¹ Cf. *supra* 3.II. Également : DELMAS, p. 66 ; HERMANN (Grenzen), p. 110. Sur la notion de délit de solidarité et son traitement en France : DONNARUMA, p. 46 ss. L'auteure observe par ailleurs que si l'infraction existe également depuis longtemps en droit français, son application dans le temps a fortement varié en fonction du contexte économique du pays et du besoin en main-d'œuvre étrangère. En France, tout comme en Suisse, c'est au nom de la lutte contre le trafic d'êtres humains et des « passeurs » que l'incrimination de certains comportements d'aide s'est développée. Relevons que dans le cadre des débats ayant entouré la question, il l'hypothèse d'introduire des « mobiles militants » dans la loi a été examinée en France, cf. LAZERGES, p. 271. La Belgique est également animée par un débat similaire sur la punissabilité du délit de solidarité. L'attention médiatique sur le sujet a été particulièrement forte en lien avec le procès des « hébergeurs », cf. Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, 47^e Chambre correctionnelle, décision du 12 décembre 2018, n°6764. Les activistes dont il est question dans cette affaire ont été acquittés en appel par décision du 26 mai 2021. Au niveau législatif, la situation n'a changé qu'en France. En effet, depuis le 6 juillet 2018, une partie des comportements d'aide a été décriminalisée par une décision du Conseil constitutionnel dans une procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Cette question a été soulevée dans le cadre du procès du militant Cédric HERROU. Le Conseil a affirmé, au nom du principe de fraternité, que « la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national » (Cons. Const., 6 juillet 2018, 717/718 QPC : JO, 7 juillet 2018). Enfin, devant la CourEDH, on peut signaler l'affaire *Mallah c. France* du 10 novembre 2011, n°28681/08 (non-violation de l'art. 8 CEDH en raison de dispense de peine prononcée par l'autorité).

¹²²² OFS, Adultes : Condamnations et personnes condamnées pour une infraction au sens des articles de la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI), selon l'année, tableau n° je-f-19.03.02.02.05.02.01a, publié le 17 mai 2021, consulté le 10 novembre 2021.

¹²²³ OFS, Adultes : Condamnations et personnes condamnées pour une infraction au sens des articles de la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI), selon l'année, tableau n° je-f-19.03.02.02.05.02.01, publié le 29 juin 2020, consulté le 10 novembre 2021. Un tiers des personnes condamnées sont de nationalité suisse.

de révéler la tension entre la loi nationale et des principes de droit supérieur¹²²⁴, de même qu'entre revendications politiques et pratique des autorités. Ses acteurs dénoncent non seulement des dysfonctionnements et souhaitent obtenir un changement (*de lege ferenda*), mais tentent également de faire constater des violations du droit existants (*de lege lata*). En ce sens, ils agissent sur les deux tableaux simultanément. En outre, la médiatisation et la mise en réseau de certaines associations, collectifs et individus répondent en tous points à une stratégie de désobéissance civile et de contentieux stratégique. La dimension clandestine de l'aide apportée est alors contrebalancée par cette stratégie militante de publicisation indirecte de l'existence d'actes de délit de solidarité. En créant une arène judiciaire autour du procès de la personne qui apporte son aide, le débat public est suscité sur le statut des personnes migrantes, tout en évitant que celles-ci ne soient directement inquiétées.

De plus, ces actes s'inscrivent également dans la tradition de la désobéissance civile, car ils sont l'occasion de souligner les limites à la participation démocratique. En effet, les personnes étrangères n'ayant pas accès aux droits politiques en raison de leur nationalité, elles sont tenues à l'écart des espaces de discussion et de décision politique¹²²⁵. Elles n'ont donc pas accès aux mêmes canaux de protestation et d'action que les citoyens et citoyennes. En ce sens, les personnes condamnées pour délit de solidarité mettent leur propre citoyenneté au service des personnes étrangères afin d'amplifier et relayer leurs revendications. En résumé, on peut donc dire que le délit de solidarité est une expression particulière de la désobéissance civile dans le domaine migratoire.

A. Tribunal de première instance du canton de Saint-Gall, 30 novembre 1995 – « Paul GRÜNINGER »

Cette décision du corpus concerne le jugement en révision de la décision (non accessible) initialement rendue à l'encontre de l'ancien capitaine des forces de

¹²²⁴ Principalement issus du catalogue des droits humains (CEDH, Cst. féd., ...), mais aussi au travers de l'utilisation de documents topiques tels que la Résolution 2059 du Conseil de l'Europe adoptée en 2015 qui constate à son chiffre 5 : « que certains États membres de l'Union européenne, en violation de la Directive 2002/90/CE définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (dite Directive Accueil), sanctionnent l'aide humanitaire, instituant ainsi un "délit de solidarité", l'Assemblée rappelle la nécessité de mettre fin à la menace de poursuites pour complicité à la migration irrégulière, engagées à l'encontre des personnes qui portent secours. »

¹²²⁵ BOILLET (corpus fédéral), N 11 ss ; BOILLET/DEMAY, p. 229 ss.

police saint-galloises Paul GRÜNINGER¹²²⁶. La requête de révision a été introduite par les héritiers de celui-ci. La condamnation de cet homme a également fait l'objet d'une demande de réhabilitation sur le plan politique¹²²⁷. Dans le débat public, cette affaire sert de point de référence et de comparaison lorsqu'il s'agit de contester la poursuite des comportements d'aide. Elle est mobilisée abondamment par les désobéissants et par les personnes actives dans le domaine de la protection des droits des personnes étrangères¹²²⁸. En effet, la condamnation de GRÜNINGER apparaît rétrospectivement choquante. Les personnes poursuivies pour délit de solidarité s'en servent donc pour créer un continuum politique, moral et juridique entre leurs actes contemporains et l'acte de cette figure historique¹²²⁹. Le cas GRÜNINGER est ainsi mobilisé comme peut l'être la lutte de THOREAU contre l'esclavage par les désobéissants civils, afin de tenter d'infléchir le rapport de force en leur faveur au sein de l'opinion publique.

- 396 Pour rappel, le Commandant GRÜNINGER a été condamné par deux décisions des 1^{er} octobre et 23 décembre 1940 pour avoir falsifié des documents d'identité et facilité l'entrée sur le territoire suisse de fugitifs de religion juive venus d'Allemagne et d'Autriche. Selon le droit alors en vigueur, les membres des forces de l'ordre avaient pour instruction de refouler toute personne ne disposant pas d'un visa valable, peu importe les circonstances. Or, une enquête menée contre GRÜNINGER a démontré que celui-ci avait modifié les dates de validité de 21 documents de voyage, toléré le passage de 259 personnes qui n'étaient pas titulaires d'un document valable et fait obstruction à des enquêtes devant mener à la localisation de personnes recherchées, supposément cachées chez des résidents et résidentes suisses¹²³⁰. Les héritiers de GRÜNINGER font valoir à l'appui de la demande de révision deux faits nouveaux : l'admission, au titre de réalité historique, de l'existence de camps de concentration en Allemagne et en Autriche à cette période, ainsi que la pratique d'extermination systématique des personnes de religion juive par le régime national-socialiste.

¹²²⁶ Cf. *supra* 2.II.A.

¹²²⁷ Réhabilitation du capitaine de police Paul GRÜNINGER, cf. Question ordinaire RECHTSTEINER du 17 décembre 1993, BO 1994 1266.

¹²²⁸ En doctrine juridique, on signale l'opinion de la professeure de droit pénal Nathalie DONGOIS qui considère cette décision de révision comme une « fausse erreur judiciaire », car la condamnation avait été prononcée dans le respect du droit en vigueur à l'époque, p 127. Critiques à cet égard : DEMAY/FAVRE, p. 284.

¹²²⁹ P. ex.: Bulletin de l'association Solidarité sans frontières de juin 2019/2.

¹²³⁰ RSJ 92/1996, c. 2.3, p. 259 et 260.

Les deux jugements sont ainsi réexaminés et la question est soulevée de l'applicabilité d'un motif justificatif pénal aux actes de GRÜNINGER¹²³¹. En particulier, la Cour examine l'application d'un fait justificatif équivalent à l'actuel état de nécessité. La condition de l'imminence d'un danger y est également nécessaire¹²³². À ce propos et au vu de la haute probabilité que les personnes entrées clandestinement auraient été envoyées dans un camp de concentration en cas de refoulement, la Cour considère que GRÜNINGER a bien agi afin de les préserver d'un danger imminent¹²³³. L'acte a ainsi permis de sauver la vie d'autrui, bien juridiquement protégé individuel, dont la supériorité l'emporte sur l'intérêt à l'application du droit migratoire. La Cour retient en outre que, déjà au début de l'année 1939, les chances de quitter le pays pour des personnes de religion juive étaient quasiment inexistantes. Dans ces circonstances, la falsification de documents de voyage permettant l'entrée en suisse pouvait être considérée comme une mesure apte pour atteindre le but légitime de la sauvegarde la vie d'autrui¹²³⁴.

397

Il en va de même s'agissant de la falsification des statistiques qui a permis de faire passer inaperçues un certain nombre d'entrées sans titres de séjour valable. S'agissant de la condition de nécessité, l'autorité examine l'alternative légale qui aurait été de faire valoir des cas de rigueurs, exception prévue par le droit saint-gallois. Elle estime à ce sujet que l'on ne saurait reprocher à GRÜNINGER de ne pas avoir saisi cette option. En effet, des dérogations pouvaient être admises, mais elles n'auraient pas pu dépasser une douzaine de cas selon l'expertise produite¹²³⁵. Or, ce sont près de 300 personnes qui ont été mises en sureté du fait des actes de GRÜNINGER. L'analyse est identique s'agissant de la proportionnalité au sens étroit. La Cour conclut ainsi à la licéité de ces actions

398

¹²³¹ Au sens du droit pénal saint-gallois de l'époque (art. 25 aCP/SG, équivalent de l'art. 34 aCP), la licéité d'une infraction pénale pouvait être levée dans le cas où : « [w]egen Zwanges oder wegen Not ist eine an sich strafbare Handlung nur dann vollkommen straffrei, wenn dem Täter entweder keine Freiheit der Wahl belassen oder wenn derselbe von einem mindestens so schweren Übel bedroht war, als dasjenige ist, zu welchem er sich gegen andere bestimmen liess », RSJ 92/1996, c. 5.V.1, p. 261.

¹²³² « Die Voraussetzungen der Notstandshilfe sind Unmittelbarkeit der Gefahr, Notstandsfähigkeit des Rechtsgutes, die Legitimation zur Notstandshilfe, die Eignung und Erforderlichkeit des Eingriffs, die Höherwertigkeit des geschützten als des verletzten Rechtsgutes und das Bewusstsein des Notstandshelfers um die notstands begründenden Umstände. » RSJ 92/1996, c. 5.V.1, p. 261.

¹²³³ RSJ 92/1996, c. 5.V.1, p. 261.

¹²³⁴ RSJ 92/1996, c. 5.V.1, p. 261.

¹²³⁵ « Dadurch ist erwiesen, dass durch ein legales Verfahren nach Anordnung der Grenzsperrung der Grossteil der Flüchtlinge vor den Gefahren der Einlieferung in ein Konzentrationslager und der künftigen systematischen Ermordung nicht hätte gerettet werden können. Die Handlungen Grüningers waren deshalb erforderlich. », RSJ 92/1996, c. 5.V.2, p. 262.

en application d'un état de nécessité¹²³⁶. Paul GRÜNINGER est donc acquitté, 55 ans après sa condamnation et 23 ans après son décès.

B. ATF 127 IV 166 – « Journaliste infiltré »

399 Les faits à l'origine de cet arrêt du TF concernent l'arrestation, par des gardes-frontières, d'un groupe de 16 personnes étrangères entrées de manière irrégulière sur le territoire suisse, groupe au sein duquel s'est glissé un journaliste de nationalité italienne. Ce dernier cherchait à se faire passer pour une personne étrangère dans le but de produire un récit immersif sur les conditions de voyage des personnes migrantes et exposer « le drame des réfugiés de guerre qui se rassemblaient dans la province de Côme et entraient en Suisse pour demander l'asile »¹²³⁷. Il est condamné en raison de son acte à une infraction à l'art. 23 LSEE¹²³⁸, soit une entrée illicite sur le territoire suisse, faute de document d'identité valable. Une amende de 500 fr. est prononcée à son encontre. Celui-ci fait opposition à sa condamnation et est acquitté en première instance. Cependant, le Ministère public recourt et le journaliste est à nouveau condamné sur recours. Son amende est cependant alléguée à 250 fr. Le TF confirme cette décision.

400 La Haute Cour examine les faits de la cause à l'aune de la liberté de la presse, mais se prononce aussi sur l'applicabilité de motifs justificatifs légaux ou extra-légaux. Sur ce deuxième point, le TF écarte d'éventuelles justifications. À son sens, bien que l'on puisse retenir qu'il existe un intérêt à « rassembler des informations de première main sur le territoire suisse afin d'écrire un article sur les vicissitudes des réfugiés qui entrent clandestinement dans notre pays »¹²³⁹, les conditions d'aptitude et de nécessité, nécessaires à la reconnaissance d'un état de nécessité, ne sont pas présentes. En particulier, l'autorité estime que l'accompagnement des personnes migrantes :

« [...] n'était pas le seul moyen à disposition ni l'unique possibilité d'informer les lecteurs. Les témoignages directs des réfugiés [...] auraient pu parfaitement satisfaire le besoin d'information invoqué. »¹²⁴⁰

Le contre-argument selon lequel il aurait été difficile de recueillir des témoignages d'une telle authenticité en interrogeant les personnes ayant

¹²³⁶ RSJ 92/1996, c. 5.V.6, p. 263.

¹²³⁷ ATF 127 IV 166 (SJ 2001 I 612), c. a.

¹²³⁸ Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) abrogée le 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 5437) et remplacée par la LEtr, puis la LEI. Soulignons que la Suisse ne faisait par ailleurs pas encore partie de l'espace Schengen.

¹²³⁹ ATF 127 IV 166 (SJ 2001 I 612), c. 2.c.

¹²⁴⁰ ATF 127 IV 166 (SJ 2001 I 612), c. 2.c.

traversé clandestinement la frontière ne trouve pas grâce aux yeux de la Cour qui ne juge pas crédible que ceux-ci aient pu avoir de réticences à se confier à un inconnu ou que la barrière de langue ait pu altérer leur récit¹²⁴¹. L'autorité considère ainsi que la recherche d'information aurait certes été « plus laborieuse »¹²⁴² pour le journaliste, mais que cela ne suffit pas à justifier son acte. L'emploi d'autres moyens légaux aurait donc dû être préféré à une violation de la loi.

S'agissant de l'application de la liberté de la presse au cas d'espèce, le TF rappelle l'importance d'une interprétation conforme à la constitution du droit pénal¹²⁴³. Cela étant dit, selon lui, l'exercice de la liberté de la presse :

« [...] ne dispense pas chaque journaliste du devoir de se conformer à l'ordre juridique en vigueur et notamment aux règles de droit pénal ordinaire »¹²⁴⁴.

Au demeurant, son analyse de conformité de la condamnation aux conditions de restrictions de la liberté de presse se limite à effectuer le constat que le comportement du journaliste viole la loi pénale, sans s'inquiéter d'appliquer les conditions de l'art. 36 Cst. féd. Le TF ajoute que :

« [...] le devoir d'investigation des médias [...] ne suffit pas à justifier la commission de quelque acte illicite que ce soit. Un tel acte doit apparaître comme l'*ultima ratio*, le seul moyen pour obtenir des informations "réellement de première importance" pour le public et impossibles à recueillir autrement. »¹²⁴⁵

Enfin, le TF ajoute encore à charge du journaliste que sa démarche ne semblait pas sincère, dès lors que son but réel semblait différer de son but affiché. Il estime en effet que le journaliste cherchait avant tout à créer un scandale médiatique. Le caractère politique de sa démarche est ainsi évacué et décrédibilisé, puisque la Cour conclut que :

« [...] l'information diffusée porte en effet essentiellement sur la description de la tragédie humaine à laquelle était confrontés les compagnons de voyage du recourant et cette information est donnée sur un ton de scandale. »¹²⁴⁶

¹²⁴¹ Éléments soutenus par la défense, ATF 127 IV 166 (SJ 2001 I 612), c. 2.c. En d'autres termes, le TF refuse d'adopter une « approche de terrain » et se cantonne à faire une évaluation théorique des alternatives offertes au recourant.

¹²⁴² ATF 127 IV 166 (SJ 2001 I 612), c. 2.f.

¹²⁴³ ATF 127 IV 166 (SJ 2001 I 612), c. 3 et l'arrêt de principe ATF 118 IV 153, c. 4c.

¹²⁴⁴ ATF 127 IV 166 (SJ 2001 I 612), c. 3.

¹²⁴⁵ ATF 127 IV 166 (SJ 2001 I 612), c. 3.

¹²⁴⁶ ATF 127 IV 166 (SJ 2001 I 612), c. 3.h.

- 403 Pour toutes ces raisons, le TF rejette le recours du journaliste et confirme sa condamnation¹²⁴⁷.

C. ATF 146 IV 297 – « Anni LANZ »

- 404 La condamnation de la militante Anni LANZ, devenue une des figures de proue de la campagne d'Amnesty International contre les condamnations pour délit de solidarité¹²⁴⁸, est intervenue en raison du soutien qu'elle a apporté à un homme d'origine afghane à l'encontre duquel une décision de non-entrée en matière a été rendue en 2018 et qui a fait l'objet d'un renvoi en Italie. L'état psychologique du requérant débouté avait été jugé mauvais par l'autorité et, craignant que son état ne se détériore, LANZ a décidé d'aller le rechercher en Italie. En effet, il logeait dans un camp à la frontière suisse italienne, alors que sa sœur, au bénéfice d'un titre de séjour valable, vivait en Suisse et était en mesure de l'accueillir. Lors de ce voyage vers la Suisse, LANZ et lui sont arrêtés à la frontière. Une ordonnance pénale est rendue à l'encontre de LANZ pour infraction à l'art. 116 LEI. Elle est sanctionnée d'une peine pécuniaire de 30 jours-amendes à 50 fr. avec sursis, ainsi que d'une amende de 300 fr. Elle s'oppose à cette condamnation, qui est confirmée par le tribunal de première instance. Cependant, le tribunal l'incrimine sous l'angle de l'alinéa 2 de l'art. 116 LEI et sa peine allégée au paiement d'une amende de 800 fr., auxquels s'ajoutent des frais de procédure. Malgré son recours auprès du Tribunal cantonal du canton du Valais, cette décision est confirmée. Les frais à charge de la prévenue sont néanmoins réduits à 1'000 fr. par décision du 21 août 2019. Ultimement, LANZ recourt auprès du TF qui la déboute en date du 30 juin 2020¹²⁴⁹.
- 405 Devant le TF, la recourante invoque une violation du droit conventionnel (art. 3 et 6 CEDH), ainsi que des art. 5 al. 3 et 9 Cst. féd. Son argumentaire soulève des questions sous l'angle de la recevabilité, puisque le TF ne connaît pas de

¹²⁴⁷ On signale que la cause serait peut-être traitée différemment aujourd'hui, notamment au vu de considérants du TF dans son récent arrêt ATF 147 IV 199. Il s'agissait en l'espèce d'une journaliste qui a participé à un reportage sur un squat.

¹²⁴⁸ Amnesty International, *Le courage de désobéir*, décembre 2018, <https://www.amnesty.ch/fr/sur-amnesty/publications/magazine-amnesty/2018-4/le-courage-de-desobeir>, consulté le 1^{er} avril 2022. Également : Bulletin de l'association Solidarité sans frontières de mars 2019/1 et septembre 2020/3. L'association dénonce un jugement qu'elle qualifie de « politique » et souligne que : « le Tribunal fédéral [...] considère [LANZ] comme une délinquante sans scrupules », Solidarité sans frontières 2020/3, p. 4.

¹²⁴⁹ Il ne nous a pas été possible d'obtenir les décisions de première et deuxième instance. Néanmoins, nous avons assisté en présentiel aux débats et au prononcé du jugement de deuxième instance le 21 août 2019 et nous référerons à nos notes d'audiences à ce sujet.

recours contre les décisions d'asile en vertu de l'art. 83 let. d LTF. Dans une certaine mesure, cela met indirectement en exergue une des critiques soulevées par LANZ à l'encontre des procédures actuelles dans le domaine migratoire, à savoir : la difficulté de faire valoir les droits des parties aux procédures relatives au droit des personnes étrangères. En effet, le TF souligne que, même si l'argumentation de LANZ est complète, elle ne saurait faire valoir au travers d'elle un réexamen de la situation de la personne qu'elle souhaite aider.

« Die Beschwerdeführerin trägt in einem umfassenden Plädoyer ihren Standpunkt gestützt auf ihre Rechtsbeurteilung auf der Grundlage einer eigenen Würdigung der tatsächlichen Umstände vor. Sie sucht das Dublin-Verfahren mit dem Strafverfahren insgesamt dem Bundesgericht zur Beurteilung vorzulegen. Die Beschwerdeführerin ist nicht legitimiert, behauptete Rechtsverletzungen zum Nachteil des Flüchtlings in eigenem Namen geltend zu machen. Es fehlt ihr dazu u.a. das rechtlich geschützte Interesse gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG. Beschwerdegegenstand bildet der vorinstanzliche Endentscheid (Art. 80 Abs. 1 und Art. 90 BGG). Das Dublin-Verfahren ist nicht Beschwerdegegenstand, liegt aber der ganzen Angelegenheit als Tatsache zugrunde. Die Beschwerdeführerin will ihre Handlungsweise notstandsmässig rechtfertigen und sich ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit entschlagen, indem sie unter Berufung "auf die übergeordneten Rechtsprinzipien" [...] ein durchgehend völkerrechtswidriges und willkürliches Rückweisungsverfahren nach Italien behauptet. »¹²⁵⁰

En ce sens, l'arrêt fait écho à l'affaire « Occupation d'une église » précitée sur ce point de qualité pour agir¹²⁵¹.

S'agissant des éléments de fond, l'application de l'art. 116 al. 2 LEI au cas d'espèce va de soi pour le TF qui considère que tous les ECO de l'infraction sont remplis¹²⁵². Une emphase particulière est mise sur l'engagement de longue durée de LANZ dans le domaine de l'asile, élément qui accentue aux yeux de l'autorité la conscience que celle-ci devait avoir de l'illicéité de son acte. Il est néanmoins relevé qu'elle a agi de manière désintéressée et spontanée. Son attitude coopérante en cours de procédure, bien que critique, est également soulignée¹²⁵³, révélant une ambiguïté du TF qui semble à la fois valoriser son élan, tout en étant dans l'obligation de devoir poursuivre son comportement¹²⁵⁴.

¹²⁵⁰ TF, 6B_1162/2019 du 30 juin 2020, c. 1.

¹²⁵¹ Cf. *supra* 3.III.D.

¹²⁵² TF, 6B_1162/2019 du 30 juin 2020, c. 2.

¹²⁵³ TF, 6B_1162/2019 du 30 juin 2020, c. 2.1.

¹²⁵⁴ Lors de plaidoiries devant le Tribunal cantonal, le procureur avait déjà déclaré que le cas LANZ était un « Sonderfall », avouant la sympathie éprouvée pour l'engagement de la prévenue, tout en insistant sur l'idée qu'il n'est pas du rôle d'un tribunal de faire le procès du système de l'asile, mais bien uniquement de se concentrer sur les alternatives légales à disposition de la prévenue. Cf. notes d'audience du 21 août 2019. En outre : BROWLEE, p. 716, qui considère en ce sens l'attitude des autorités paradoxales, car elles soutiennent théoriquement l'activité militante et associative, tout en condamnant ses émanations qui lui déplaisent.

407 Sous l'angle des motifs justificatifs¹²⁵⁵, l'analyse se heurte à la condition de subsidiarité. Le TF s'appuie sur la jurisprudence rendue dans l'ATF 134 IV 216 tissant ainsi des parallèles entre l'action de blocage et le moyen d'agir de la prévenue. La Haute Cour conclut que l'état de santé du requérant d'asile débouté ne saurait justifier la manière d'agir de la prévenue, dès lors qu'elle avait la possibilité d'organiser une prise en charge médicale pour celui-ci directement en Italie. Il en va de même de l'analyse de la sauvegarde des intérêts légitimes dont l'application ne saurait conduire à un résultat plus clément que l'application d'un fait justificatif légal, soit en l'occurrence de l'art. 17 CP¹²⁵⁶. Là encore, on constate que l'engagement de la prévenue vient jouer un rôle paradoxal : à la fois valorisé sur le plan théorique et moral, mais retenu en pratique comme un élément défavorable. En effet, le TF estime qu'en raison de la richesse de son réseau de soutien, celle-ci aurait eu d'autant plus de chances de trouver une solution d'urgence pour cette personne.

« Die Beschwerdeführerin hätte als erfahrene Flüchtlingshelferin am Vorabend oder auf der Autofahrt von Basel nach Domodossola genug Zeit gehabt, dass weitere Vorgehen zu überdenken oder am Samstag weiter telefonisch um Rat zu suchen oder sich per Internet über NGOs, soziale Institutionen oder Notschlafstellen bzw. bei der Polizei oder Angestellten des Spitals zu orientieren. Sie habe in Italien über ein Fahrzeug und ein Handy verfügt. »¹²⁵⁷

En d'autres termes, son engagement fait peser sur elle une charge supplémentaire ; celle de devoir trouver des solutions d'urgence additionnelles à celles que devrait proposer une personne lambda. La Haute Cour considère que l'on ne saurait admettre que la personne déboutée était dans une situation de danger au moment du passage de la frontière, le 24 février 2018, car la prévenue lui avait laissé de l'argent liquide et qu'elle avait obtenu la confirmation que des soins pourraient lui être prodigués en Italie grâce à une carte de prise en charge temporaire¹²⁵⁸. Cependant, elle refuse de tenir compte des objections « de terrain » de LANZ qui lui permettait de douter de cette prise en charge, ayant constaté elle-même ou *via* des associations présentes sur site qu'en raison de l'afflux important de personnes migrantes à cette période à

¹²⁵⁵ Il est question de l'art. 17 CP et de la sauvegarde d'intérêts légitimes.

¹²⁵⁶ « Einer Berufung auf diesen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund fehlt vorliegend jede Basis. In keinem Gesetz genannte Rechtfertigungsgründe dürfen nicht weniger streng gehandhabt werden als Art. 17 StGB. », TF, 6B_1162/2019 du 30 juin 2020, c. 2.2.2.

¹²⁵⁷ TF, 6B_1162/2019 du 30 juin 2020, c. 2.2.2.

¹²⁵⁸ Devant le Tribunal cantonal, le procureur déclaré lors de l'audience que la prévenue, « comme toute personne au 20^e siècle », possédait sans doute une carte de crédit qu'elle aurait pu confier à son ami si elle craignait que celui-ci ait des soucis d'ordre financier persistants pour accéder à des soins. Il a ajouté que la situation psychologique du requérant ne s'était par la suite pas dégradée et qu'il ne s'était pas ôté la vie, contrairement à ce que craignait LANZ. Ces éléments attesteraient qu'il n'y avait pas de danger imminent. Cf. notes d'audience du 21 août 2019.

Domodossola, une partie d'entre elles étaient refoulées des services d'urgences par les ressortissants italiens.

Enfin, le TF déclare que LANZ n'a pas réussi à convaincre l'autorité qu'une fois la frontière passée, les soins qui auraient été apportés à son ami auraient été meilleurs. Pour toutes ces raisons, le TF considère que la prévenue avait suffisamment d'alternatives légales à disposition et que l'application d'un état de nécessité ne se justifie pas¹²⁵⁹. En outre, la Cour rappelle que la recourante ne saurait se prévaloir de l'état de nécessité pour se soustraire à des restrictions à sa liberté qu'elle doit tolérer. 408

« Wer allerdings zur Duldung von Eingriffen in seine Rechtsgüter verpflichtet ist, kann diese nicht unter Berufung auf den Notstand abwenden. »¹²⁶⁰

Enfin, son engagement ne saurait d'autant plus se justifier aux yeux de l'autorité que celle-ci savait sciemment qu'une procédure était arrivée à terme dans le cas de la personne qu'elle assistait¹²⁶¹.

L'arbitraire est également examiné par le TF qui l'écarte¹²⁶². La Haute Cour considère que, dans l'hypothèse où le requérant était réellement dans une situation de danger telle que l'art. 3 CEDH aurait été violé, il devait se rendre aux gardes-frontières qui représentaient l'autorité compétente présente, afin qu'ils lui prodiguent les soins nécessaires et le protègent¹²⁶³. La prévenue objecte que cette hypothèse n'était pas réellement envisageable en pratique, d'une part, car il était impossible pour son ami d'identifier l'autorité compétente et, d'autre part, en raison de son absence de confiance en les gardes-frontières¹²⁶⁴. Ses arguments sont néanmoins rejetés. 409

Enfin, le TF se prononce sur les circonstances atténuantes¹²⁶⁵. Au sujet des motifs honorables, la Haute Cour conclut qu'il n'y a pas de raison de favoriser la prévenue en vertu de cette disposition, puisque qu'elle a déjà bénéficié de la 410

¹²⁵⁹ TF, 6B_1162/2019 du 30 juin 2020, c. 2.2. Contrairement au raisonnement opéré dans le jugement des « Mains rouges » il n'est pas question d'un état de nécessité putatif.

¹²⁶⁰ TF, 6B_1162/2019 du 30 juin 2020, c. 2.2.8.

¹²⁶¹ TF, 6B_1162/2019 du 30 juin 2020, c. 2.2.9.

¹²⁶² TF, 6B_1162/2019 du 30 juin 2020, c. 2.2.3.

¹²⁶³ « Es leuchtet nicht ein, warum der nicht unerfahrene Flüchtling und die erfahrene Flüchtlingsbetreuerin nicht mit Behörden oder Gesundheitsinstitutionen Kontakt aufnahmen oder die Schweizer Grenzwahe am Bahnhof kontaktierten, sollte die persönliche und gesundheitliche Verfassung des Flüchtlings derart dramatisch gewesen sein, dass sich die Beschwerdeführerin glaubt auf Art. 3 EMRK berufen zu können. », TF, 6B_1162/2019 du 30 juin 2020, c. 2.2.3.

¹²⁶⁴ La prévenue fait état de rapports émis par les associations de la société civile qui dénoncent une rigueur excessive de la part des gardes-frontières, difficilement conciliable avec la casquette de personne de référence en soutien pour les personnes migrantes.

¹²⁶⁵ TF, 6B_1162/2019 du 30 juin 2020, c. 2.3.

version atténuée de l'infraction à l'art. 116 LEI. Sa condamnation est donc maintenue et les frais de la procédure, d'un montant de 3'000 fr., sont mis à sa charge.

D. TF, 6B_1368/2019, 13 août 2020 – « Lisa Bosia MIRRA »

- 411 Comme dans le cas de LANZ, la procédure entourant la condamnation de Lisa Bosia MIRRA a fait l'objet d'une couverture médiatique importante. Cette assistante sociale, députée élue au parlement tessinois et engagée depuis plusieurs années dans les réseaux d'aides aux personnes réfugiées, est l'une des personnalités soutenues dans sa procédure par Amnesty International et Solidarités sans frontières. La procédure juridique la concernant a été rendue accessible au public, ce qui permet d'observer la dynamique procédurale et les divergences d'appréciations des différentes juridictions¹²⁶⁶. Son cas a en outre été pris en exemple durant les débats parlementaires entourant la motion MAZZONE qui visait à décriminaliser le délit de solidarité¹²⁶⁷.
- 412 À l'origine de l'affaire, MIRRA a été mise en accusation, puis sanctionnée, pour avoir à plusieurs reprises traversé la frontière suisse en compagnie de personnes migrantes entre 2015 et 2016. Elle fait valoir que son acte était motivé par des raisons humanitaires et était nécessaire au vu de la situation particulièrement précaire de ces personnes à la frontière italo-suisse. Une grande partie d'entre elles campaient dans un parc public proche de la gare ferroviaire de Côme par des conditions météorologiques extrêmes. Lors de son arrestation par les gardes-frontières, MIRRA ajoute avoir déjà agi de la sorte pour d'autres personnes qui souhaitaient se rendre en Allemagne pour y déposer leur demande d'asile. Elle est ainsi condamnée par ordonnance pénale au paiement d'une peine pécuniaire de 80 jours-amendes à 100 fr., assortie d'un sursis de deux ans, ainsi qu'au paiement de frais de procédure. Elle s'oppose à cette ordonnance.

¹²⁶⁶ Les jugements rendus par les deux premières instances ont été publiés par la défense de la prévenue sur le site Osservatorio Giuridico, https://www.osservatoriogiuridico.ch/new-page_, consulté le 16 janvier 2022. C'est par l'intermédiaire de la prévenue que des contacts ont pu être pris avec les membres de la défense d'autres personnes poursuivies pour délit de solidarité. Le site met à disposition l'ensemble des documents mobilisés à des fins stratégiques par la défense, dont notamment un appel du Pape FRANÇOIS au soutien des personnes migrantes.

¹²⁶⁷ Cf. *supra* 1.II.B.1.g.

1. Première instance : Tribunal de Bellinzone, 28 septembre 2017

Devant la cour de Bellinzone, le juge souligne que l'art. 116 aLEtr, permettant l'incrimination du comportement de MIRRA, est devenu entre-temps l'art. 116 LEI sans que le législateur n'ait souhaité modifier la teneur de cette disposition, ce qui justifie à son sens de l'appliquer en restant au plus proche de son texte¹²⁶⁸. Le juge effectue néanmoins une interprétation historique et téléologique de la norme et observe que le but principal de cette disposition est de réprimer le trafic clandestin d'êtres humains. Parmi les comportements inclus dans cette pratique, le cas typique visé par le législateur est la facilitation à l'entrée sur le territoire de personnes étrangères par les personnes organisant le trafic qui ont un intérêt à les faire venir. Ainsi, tout comportement d'aide désintéressé ne saurait par défaut être sanctionné¹²⁶⁹. Or, quand bien même la prévenue n'a pas agi en qualité de passeuse, le juge retient que son comportement d'aide gratuite est toutefois également visé par le texte de la loi. En l'espèce, il constate que MIRRA a agi selon un *modus operandi* systématique et organisé, ce qui traduit de sa volonté nette de se soustraire à la loi¹²⁷⁰. Est par ailleurs retenu à sa charge, le fait qu'elle n'a pas remis en doute la véracité des récits des personnes auxquelles elle a apporté son aide, les soutenant par principe dans leurs déplacements¹²⁷¹. Pour toutes ces raisons, le juge considère que les ECO de l'infraction sont remplis. Comme dans le cas d'Anni LANZ, on constate que l'engagement de la prévenue a pour corolaire une augmentation des exigences que l'autorité fait peser sur celle. Elle ne doit plus se contenter de croire ce qui lui est raconté, mais investiguer, comme le feraient les autorités migratoires, pour identifier et isoler les cas qui mériteraient ou non son aide, sans que le sens politique général de sa démarche ne soit reconnu.

La défense de la prévenue soulève alors différents arguments afin de justifier son comportement et souligner la nécessité de son action en l'état du droit. Elle commence par relever que les personnes qu'elle a aidées n'étaient pas en mesure de se défendre juridiquement et qu'elles n'ont pas pu faire valoir leurs droits¹²⁷². En effet, plusieurs d'entre elles auraient dû être mises au bénéfice du statut de « mineurs non accompagnés », mais ne l'ont pas été¹²⁷³. Ces arguments sont

¹²⁶⁸ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 3.

¹²⁶⁹ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 3.3 et 3.4.

¹²⁷⁰ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 4.

¹²⁷¹ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 5.

¹²⁷² Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 7.

¹²⁷³ Ce statut offre des garanties procédurales et des droits de fond supplémentaires, liés à la protection des droits de l'enfant. Notamment, ces demandes d'asile doivent être traitées prioritairement et le fardeau de la preuve doit en principe être à charge de l'autorité. Or, de nombreuses ONG et associations relèvent cependant que : « en l'absence de documents d'identité valables, il est difficile pour un [requérant mineur non accompagné] de prouver son

rejetés par le juge. Il recourt d'ailleurs à un raisonnement tautologique en disant que, si ces personnes étaient bel et bien des mineurs non accompagnés, elles auraient alors eu le droit de déposer leur requête dans n'importe quel « État Dublin », mais que ce n'est pas le cas puisqu'elles n'en ont pas apporté la preuve¹²⁷⁴. En conséquence, il n'y a pas de raison à son sens de s'intéresser à cet argument. Par ailleurs, quand bien même ce statut leur aurait été refusé à tort, cela ne saurait justifier qu'une citoyenne suisse leur organise un transport pour les mener dans l'État de leur choix à ses yeux.

- 415 Dans la continuité de la stratégie précédente, la prévenue allègue que la législation actuellement en vigueur sur le droit des personnes étrangère est contraire au droit supérieur (art. 41 Cst. féd. et au droit humanitaire)¹²⁷⁵. À ce sujet, le juge estime qu'il n'est pas de son ressort d'en juger :

« [...] in questa sede penale non si può, in effetti, che constatare che la LStr esiste, che è in vigore e, sugli aspelli legali al diritto costituzionale, che la stessa è stata promulgata dopo l'iter preparatorio legislativo che ha coinvolto tutte le parti interessate prima di essere approvata dal Consiglio nazionale. Inoltre, le disposizioni della contestata Legge federale sono estremamente chiare e precise e non lasciano dunque spazio ad alcuna interpretazione (che, tra l'altro in ambito di diritto penale è raramente ammessa). [...] in uno Stato di diritto, in sede di penale, non è possibile non applicare la normativa vigente nemmeno in nome dei diritti dell'uomo perché, come indicato dalla Procuratrice pubblica, in caso contrario l'intero sistema legislativo rischierebbe di diventare effimero, ambiguo e in ogni momento violabile. »¹²⁷⁶

Ainsi, le juge insiste sur son rôle qui se résume à son sens à l'application de la loi pénale. Les ressorts constitutionnels de l'interprétation de cette dernière sont

âge. [...] En cas de doute, les autorités cherchent donc à évaluer s'il s'agit d'un adulte ou d'un enfant en recourant à des analyses médicales (radiographies, scanners, examens physiques). Ces dernières sont toutefois scientifiquement controversées et n'adoptent pas de méthode holistique et multidisciplinaire, qui permettrait d'évaluer l'âge de l'enfant de manière plus complète et moins invasive. Qui plus est, les règles concernant le fardeau de la preuve ne sont pas toujours respectées, la présomption de minorité n'est pas assurée, le droit à un recours effectif et immédiat contre la décision n'est pas garanti. En cela, la pratique suisse est contraire aux lignes directrices internationales sur la procédure d'estimation de l'âge. », AMNESTY INTERNATIONAL/UNICEF/TERRE DES HOMMES/UNHCR/OSAR/AED, Lignes directrices internationales sur la procédure d'estimation d'âge.

¹²⁷⁴ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 13.

¹²⁷⁵ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 8. Tactique identique à celle décrite *supra* 3.II, que ce soit en faveur du climat, de la cause animale ou autre. Les prévenus recourent abondamment au droit supérieur dans un sens parfois éloigné de son acception juridique, nous y reviendrons *infra* 4.B. notamment en lien avec les ressorts du contentieux stratégique.

¹²⁷⁶ Il est encore précisé ensuite que de tels comportements font courir un risque à l'ordre juridique dans son entier. Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 8.

écartés¹²⁷⁷. Le Tribunal reconnaît cependant la nature sociale de l'engagement de MIRRA et atteste d'un certain respect (de principe) envers son engagement, mais insiste qu'il ne peut cautionner qu'il l'ait poussé à violer la loi¹²⁷⁸. Le comportement de la prévenue ne relève, dès lors, plus d'un engagement citoyen, mais constitue une expression excessive de ses convictions¹²⁷⁹. Le glissement est effectué sans plus d'explicitation.

Le juge rejette également le grief d'une violation de la liberté de mouvement des personnes migrantes accompagnant la prévenue, ceux-ci n'ayant pas de titre de séjour valable. Ainsi, la question de l'évaluation d'une violation de leur liberté fondamentale est d'emblée invalidée par l'illicéité de leur séjour¹²⁸⁰. 416

Enfin, MIRRA tente de faire valoir que son comportement est analogue à celui du Pasteur GUIDO qui avait hébergé et fait traverser la frontière suisse à des personnes qui fuyaient le régime chilien de PINOCHET. Elle dénonce également la rigueur excessive des gardes-frontières dans leur application de la loi parfois détournée et vidée de son sens pour débouter de potentielles personnes requérantes d'asile. Sur le premier point, le juge estime que la situation n'est pas comparable à celle du Pasteur en question, dès lors qu'à l'époque, il n'existait aucune convention réglant la question du statut des réfugiés entre les États et que le Chili était ouvertement qualifié de dictature¹²⁸¹. En l'espèce, l'existence des accords Dublin et l'exigence d'ouvrir une procédure dans l'État d'arrivée des requérants et requérantes sont deux éléments qui changent la donne aux yeux de l'autorité. Concernant l'action des gardes-frontières, l'autorité considère uniquement que ce n'est pas à la prévenue d'en juger¹²⁸². Enfin, afin de soutenir son argumentation et de justifier la poursuite de cette dernière, le juge se réfère à l'affaire de l'activiste Cédric HERROU, alors condamné par la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence¹²⁸³ pour des faits similaires. 417

¹²⁷⁷ Le juge adopte par ailleurs tous les ressorts de la rhétorique classique contre la désobéissance civile Cf. *infra* chapitre 5 et MARZAL (désobéir), p. 53. En particulier, la crainte que tout le monde agisse alors comme bon lui semble (anomie).

¹²⁷⁸ « Si commetterebbe il suo medesimo errore, ossia quello di anteporre le proprie convinzioni all'ordine legislativo costituito. » Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 8. Attitude similaire à celle adoptée face à LANZ.

¹²⁷⁹ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 8.

¹²⁸⁰ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 9.

¹²⁸¹ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 10.

¹²⁸² « Ancora una volta non è certamente la Pretura penale la sede idonea per correggere problematiche di questo tipo. » Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 11. Soulignons que l'autorité s'estime compétente pour juger du caractère dictatorial ou non d'un État, mais pas se prononcer sur le respect des prescriptions légales par ses agents.

¹²⁸³ Jugement qui a depuis lors été réformé au nom du principe de fraternité cf. *supra* 3.IV. Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 15.

En citant cette affaire, le juge illustre sa capacité à mobiliser le droit comparé et à recourir à des matériaux externes à la législation pénale au sens strict.

- 418 La deuxième partie du jugement concerne l'examen de l'application de motifs justificatifs à la cause¹²⁸⁴. En l'espèce, l'autorité retient qu'en dépit de la dureté des conditions de vie à Côme, les personnes migrantes n'étaient pas face à un danger imminent pour leur vie. Tout comme dans le cas de LANZ, la condition d'aptitude et celle de subsidiarité ne sont *a fortiori* pas remplies pour le juge. En effet, la recourante n'a pas suffisamment motivé ou prouvé comment le passage en Suisse des personnes requérantes aurait été de nature à améliorer leurs conditions de vie¹²⁸⁵.
- 419 Enfin, la culpabilité de la prévenue est examinée. À ce sujet, l'autorité refuse d'appliquer la circonstance atténuante de l'art. 116 al. 2 LEI en raison de son comportement qualifié de déterminé et répétitif. Cependant, le juge examine tout de même l'existence de motivations humanitaires pouvant justifier l'application de l'art. 48 CP¹²⁸⁶. Le juge déclare à ce sujet que :

« [...] motivi che hanno portato l'imputata ad agire come ha fatto sono sicuramente dettati da un sentimento umanitario e di questo si può certamente tenerne conto nella commisurazione della pena »¹²⁸⁷

Pour appuyer son raisonnement, l'autorité rappelle en outre la jurisprudence ATF 70 IV 183 dans laquelle a été consacré le principe selon lequel l'idéalisme ne constitue pas un motif honorable¹²⁸⁸. Malgré tout, le juge estime néanmoins que l'art. 48 CP peut s'appliquer au cas d'espèce, non pas sous l'angle des motifs honorables (let. a), mais en raison de l'état de profond désarroi de la prévenue au moment des faits (let. c). En conséquence, il atténue partiellement la culpabilité de cette dernière. Son engagement sans relâche, pour apporter son aide aux personnes présentes dans le camp de Côme et le stress émotionnel auquel elle était soumise sont donc pris en considération¹²⁸⁹.

¹²⁸⁴ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 16. L'état de nécessité est le motif principal examiné.

¹²⁸⁵ « Inoltre vi erano sicuramente anche altre possibilità per aiutare in loco quei profughi, così che la violazione della legge non era assolutamente necessaria. », Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 18.

¹²⁸⁶ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 20.

¹²⁸⁷ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 21.

¹²⁸⁸ Si le principe est bien rattaché à l'art. 48 CP, relevons cependant que la référence n'est pas convaincante, tant les circonstances que les faits reprochés dans cet arrêt étant éloignés de ceux du cas d'espèce.

¹²⁸⁹ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, n°81.2017.250, c. 21.

En conclusion et pour toutes ces raisons, elle est condamnée à une peine pécuniaire de 80 jours-amendes à 110 fr., avec sursis de 2 ans, et au paiement des frais de procédure. 420

2. Deuxième instance : Tribunal cantonal du Tessin, 15 octobre 2019

En deuxième instance devant la Cour d'appel pénale du canton du Tessin, l'analyse de l'autorité est similaire à celle du juge de première instance s'agissant de l'applicabilité de l'art. 116 al. 1 LEI à la prévenue¹²⁹⁰, ainsi que pour les motifs justificatifs. Sur ce deuxième point une nuance doit néanmoins être relevée : la Cour examine le grief de violation de l'art. 12 Cst. féd. soulevé par la recourante en lien avec les conditions de vie des réfugiés à Côme¹²⁹¹. Néanmoins, si la Cour reconnaît que la situation n'était évidemment pas des meilleures, elle considère qu'il n'y avait pas situation de détresse au sens de l'art. 12 Cst. féd. pour autant¹²⁹². 421

Au sujet de l'état de nécessité, la Cour constate l'absence de danger imminent, mais elle ne se prononce pas sur la subsidiarité, contrairement au juge de première instance. 422

Enfin, sous l'angle de la culpabilité et des motifs honorables, le raisonnement est plus étayé qu'en première instance et la jurisprudence relative à l'acceptabilité de motifs politiques comme motifs honorables est présentée¹²⁹³. La Cour reconnaît qu'on ne saurait pleinement comparer la jurisprudence du TF à la situation MIRRA, la plupart de ces décisions concernant des actes illicites violents ou révolutionnaires¹²⁹⁴. Ainsi, la Cour va plus loin que le juge de première instance et estime que, non seulement, on peut retenir un état de détresse profonde à décharge de la prévenue, mais également que ses motifs étaient des motifs honorables au sens de la let. a de l'art. 48 CP. La Cour retient ainsi qu'elle a : 423

« [a.] agito per motivi non solo ideali ma, in parte, anche onorevoli ai sensi dell'art 48 lett. a cifra 1 CP, spinta dall'ansia di aiutare persone che vivevano momenti di evidente difficoltà e sofferenza che lei – sofferente di un burnout dovuto a precedenti esperienze

¹²⁹⁰ Tribunal cantonal du Tessin, 15 octobre 2019, n°17.2018.69, c. 8.

¹²⁹¹ Tribunal cantonal du Tessin, 15 octobre 2019, c. 9 et 10.

¹²⁹² On constate ainsi encore une fois un écart assez important entre l'interprétation de ce que peut être une situation de détresse aux yeux des non-juristes et le sens qui lui est donné par ces derniers. Nous y reviendrons *infra* 4.III.B.

¹²⁹³ Tribunal cantonal du Tessin, 15 octobre 2019, c. 11.

¹²⁹⁴ ATF 104 IV 238 ; ATF 118 IV 74 (JdT 1994 IV 89) ; ATF 115 IV 65.

vissute con i migranti [...] – riteneva, non solo ingiuste e indegne di una società civile, ma anche non più sopportabili da persone che già avevano vissuto tragedie [...].

[b.] già pesantemente pagato in termini di sofferenza (dimostrata anche in aula) e perdita di qualità di vita a causa di una campagna denigratoria (in particolare, via social) insolitamente e incomprensibilmente aspra e feroce [...]. »¹²⁹⁵

On constate au travers de ces lignes que le coût personnel de l'engagement dans un acte de désobéissance tel que celui de MIRRA n'est donc pas anodin¹²⁹⁶. En ce sens, l'autorité souligne que l'intention de la prévenue était louable et visait à aider des personnes dans une situation, non pas de détresse au sens de l'art. 12 Cst. féd, mais préoccupante et précaire. En conséquence, la peine de la prévenue est réduite à 20 jours-amendes à 110 fr., assorti d'un sursis de deux ans.

3. Procédure devant le Tribunal fédéral, 13 août 2020

- 424 Un recours est cependant formé par le Ministère public auprès du Tribunal fédéral contre cette décision cantonale. Dans son examen, le TF avalise l'appréciation de l'autorité cantonale quant à la qualification de l'infraction¹²⁹⁷. Il rappelle pour le surplus que, pour que la facilitation au sens de cette disposition soit retenue, l'auteur doit avoir aidé une personne à se soustraire à l'autorité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, car les personnes hébergées ne l'ont été que quelques nuits en attendant un train ou un départ. Le TF souligne que la loi pénale n'a pas pour but d'incriminer la couverture des besoins de base d'une personne, conformément à l'approche prônée par la doctrine¹²⁹⁸. Il juge néanmoins que les juridictions inférieures n'ont pas méconnu le droit en refusant d'appliquer la version atténuée (al. 2 de l'art. 116 LEI) au cas d'espèce, puisque l'enquête a démontré que MIRRA a apporté son aide à un total de 200 personnes¹²⁹⁹.
- 425 Le seul point sur lequel le TF s'écarte réellement de l'examen des autorités inférieures concerne l'application de l'art. 48 CP. C'est à tort selon lui que ce dernier a été retenu¹³⁰⁰. En effet, le TF considère que le moyen choisi par la prévenue pour apporter de l'aide aux personnes migrantes n'était en aucun cas honorable en raison de son illicéité¹³⁰¹. En conséquence, le TF refuse d'admettre

¹²⁹⁵ Tribunal cantonal du Tessin, 15 octobre 2019, c. 11.

¹²⁹⁶ Le coût du recours à ce type d'action sur une trajectoire individuelle est lourd. Cf. à ce sujet HAYES/OLLITRAULT, p. 114 ss.

¹²⁹⁷ TF, 6B_1368/2019 du 13 août 2020, c. 2.

¹²⁹⁸ TF, 6B_1368/2019 du 13 août 2020, c. 2.2 et *supra*.

¹²⁹⁹ TF, 6B_1368/2019 du 13 août 2020, c. 2. 3.

¹³⁰⁰ TF, 6B_1368/2019 du 13 août 2020, c. 3.

¹³⁰¹ TF, 6B_1368/2019 du 13 août 2020, c. 3.

une atténuation de culpabilité en présence d'une attitude de mépris de la loi¹³⁰². Il renvoie ainsi l'affaire devant l'autorité cantonale pour que la peine soit à nouveau fixée à l'aune de ces considérations.

E. Tribunal de police de La Chaux-de-Fonds, 12 mars 2020 – « Norbert VALLEY »

La troisième affaire qui a fait l'objet d'une campagne médiatique importante en lien avec le délit de solidarité est celle du pasteur Norbert VALLEY. Ce cas a surtout été relayé au sein de réseaux religieux, avec un argumentaire axé sur la composante morale d'un engagement pour la cause des personnes réfugiées. Norbert VALLEY a également participé au procès de LANZ devant le Tribunal cantonal valaisan. Des synergies entre sa défense et celles de cette dernière et de MIRRA ont été mises en place¹³⁰³. Or, sa condamnation est plus légère que celle de ces deux femmes, car il est uniquement incriminé pour hébergement et soutien à une personne en situation irrégulière. Sa peine est fixée par ordonnance pénale à 10 jours-amendes à 100 fr., assortie d'un sursis de deux ans. 426

Le Tribunal de police acquitte totalement le pasteur¹³⁰⁴, jugeant simplement que les ECO de l'infraction ne sont pas remplis, son aide n'ayant été qu'occasionnelle. En l'espèce, le pasteur a seulement offert une possibilité de logement dans le local de la paroisse et mis à disposition le frigo qui s'y trouvait. Le juge estime qu'un tel comportement n'est pas de nature à empêcher l'activité des autorités de manière significative et ne tombe en conséquence pas dans le champ d'application de l'art. 116 LEI¹³⁰⁵. Le Ministère public renonce à faire appel contre cette décision qui est donc définitive. 427

¹³⁰² « È peraltro dubbio che la scelta di aiutarli ad entrare illegalmente in Svizzera per lasciarli poi proseguire il viaggio verso la Germania e altri paesi del Nord Europa abbia portato loro un sostegno effettivo. » TF, 6B_1368/2019 du 13 août 2020, c. 3.3.

¹³⁰³ Son avocat est par ailleurs le même qui a assisté une autre prévenue dans l'affaire Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne, 18 septembre 2018, PE18.006341, mentionnée *supra* 1.II.B.1.g. Dans cette dernière affaire, un acquittement a été prononcé.

¹³⁰⁴ Tribunal de police des montagnes et du Val-de-Ruz, 12 mars 2020, POL.2019.495.

¹³⁰⁵ Tribunal de police des montagnes et du Val-de-Ruz, 12 mars 2020, POL.2019.495.

V. La désobéissance civile devant la CourEDH : affaires choisies

- 428 Le CourEDH étant une ultime instance de recours pour les justiciables, il apparaît également pertinent d'inclure à notre corpus les décisions rendues à ce niveau, ce d'autant qu'elles permettront, dans le chapitre suivant, de nous prononcer sur la compatibilité de la pratique suisse en matière de désobéissance civile à la jurisprudence conventionnelle. Le type d'analyse effectué par la CourEDH diffère partiellement de celui des juridictions internes pénales. En effet, la CourEDH effectue un examen sous l'angle de l'admissibilité d'une restriction à un droit fondamental et du respect de la CEDH. En conséquence, la présentation de ces différents arrêts permettra de mettre en exergue les différences paradigmatiques qui régissent l'examen par une juridiction spécialisée dans le domaine des droits humains et une juridiction pénale généraliste¹³⁰⁶.
- 429 Tout comme en droit interne, la notion de désobéissance civile ne fait pas l'objet d'une définition par la CourEDH¹³⁰⁷. Par conséquent, la sélection des arrêts a été effectuée selon les mêmes critères de filtrage que pour les décisions internes. En outre, n'ont pas été retenues les affaires dans lesquelles un acte de désobéissance civile a été commis, mais n'a pas été considéré dans l'examen de la CourEDH¹³⁰⁸. Enfin, en raison du grand nombre d'affaires portées devant la

¹³⁰⁶ Bien que toutes les autorités judiciaires suisses aient des compétences en matière de juridiction constitutionnelle, cf. *infra* 4.III.

¹³⁰⁷ Cf. *supra* 1.III.

¹³⁰⁸ Par exemple, dans l'affaire *Steel et Morris*, l'association « Greenpeace » a effectué différentes actions contre l'entreprise McDonald au Royaume-Uni, mais c'est uniquement la question du contenu d'un des tracts des membres de l'association élaboré au sujet de l'action qui est examiné par la CourEDH (violation de la liberté d'expression). CourEDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005, n°68416/01. De même, dans l'arrêt CourEDH, *Açik et autres c. Turquie* du 13 janvier 2009, n°31451/03, les faits sont proches de ceux de l'affaire « HIRSCHY ». Cependant, la CourEDH se prononce principalement sur une violation de l'art. 3 CEDH en relation avec le traitement des membres du corps étudiant protestataires en détention. L'occupation n'est que subsidiairement traitée. À ce sujet, relevons seulement qu'elle précise que : « [h]owever, the Court observes that the applicants did not resort to insults or violence. Moreover, it repeats that they were not likely to cause serious public disorder. This is supported by the fact that no criminal proceedings were subsequently brought against them. », § 46. Enfin, dans la décision CourEDH, affaire *Custers et autres c. Danemark* du 9 mai 2006, n°11843/03, des activistes de « Greenpeace » sont entrés dans une base militaire pour dénoncer l'usage d'un nouveau radar. L'examen de la CourEDH porte cependant sur l'art. 7 CEDH, car la question qui se pose est de déterminer si les recourants pouvaient ou non savoir que leur acte constituait une infraction au vu du statut particulier du territoire du Groenland (non-violation).

CourEDH, une sélection s'est imposée. Nous avons choisi les affaires qui présentaient le plus d'intérêt à nos yeux pour une discussion sur le droit interne en vue du chapitre 4 et en raison des parallèles pouvant être tirés entre les états de fait des cas. Les affaires sont présentées par ordre chronologique.

A. CourEDH, affaire *Steel et autres c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998

Dans cette affaire, la recourante, accompagnée de 60 personnes, s'est postée sur les lieux d'une chasse afin d'empêcher son déroulement. Elle souhaite dénoncer cette pratique. De nombreuses manœuvres ont été effectuées pour détourner les personnes participant à la chasse de leur objectif, notamment en se plaçant devant elles et ainsi les empêcher de tirer. La police est doit intervenir après une matinée de perturbation. Un certain nombre de participants et participantes à l'action refusent de quitter les lieux. Treize personnes sont arrêtées, dont STEEL. Elles sont condamnées pour violation de l'ordre public au paiement d'une amende¹³⁰⁹.

La Cour estime que le comportement de la prévenue est une forme d'expression protégée au sens de la CEDH. Elle considère cependant que tant l'intervention de l'autorité que la condamnation au paiement d'une amende constituent des restrictions admissibles de sa liberté¹³¹⁰. En particulier, elle souligne, à l'appui de son raisonnement, que la chasse en question était une activité licite. Dès lors, il y a bel et bien eu une entrave en raison des agissements du groupe, ce qui justifiait une intervention des forces de l'ordre. Par ailleurs, la CourEDH insiste dans son examen sur le caractère léger de la peine, élément déterminant. L'État a donc ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en cause à ses yeux¹³¹¹.

¹³⁰⁹ Article 5 de la loi anglaise de 1986 sur l'ordre public (Public Order Act 1986) qui « [...] a créé l'infraction de comportement menaçant, offensant ou injurieux ou déplacé de nature à harceler, alarmer ou angoisser autrui. » CourEDH, affaire *Steel et autres c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998, n° 24838/94, § 7.

¹³¹⁰ CourEDH, affaire *Steel et autres c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998, n° 24838/94, § 88 ss.

¹³¹¹ CourEDH, affaire *Steel et autres c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998, n° 24838/94, § 106.

B. CourEDH, affaire *Drieman c. Norvège*, 4 mai 2000

- 432 Cette affaire n'a fait l'objet que d'une décision sur la recevabilité de la part de la CourEDH qui a examiné si la condamnation des membres de l'association « Greenpeace » en raison de leur perturbation d'une opération de chasse à la baleine constituait une ingérence injustifiée aux art. 10 et 11 CEDH. En effet, à l'aide de deux bateaux, les recourants ont slalomé en amont de harpons et tenus en échec des bateaux de chasse. Une équipe de journalistes étaient embarqués avec eux afin d'assurer la couverture médiatique de l'action. Par suite de cette opération, les activistes ont été condamnés pour violation des règles sur la pêche à la baleine. Les peines prononcées à leur rencontre sont des peines pécuniaires, convertibles en peine d'emprisonnement en cas de défaut de paiement.
- 433 La CourEDH admet l'analyse sous l'angle de la liberté d'expression et de la liberté de réunion. Elle estime que la restriction à ces libertés est néanmoins justifiée en l'espèce. Les conditions de l'existence d'une base légale et d'un intérêt public sont respectées. Les recourants tentent cependant de démontrer que l'activité de chasse était illicite à l'aune du droit supérieur et cherchent à rejeter l'illicéité sur la partie adverse, sans succès. S'agissant de l'examen de la proportionnalité, la Cour retient que :

« [...] the applicants' campaign was not simply to convey disapproval of the activity to which they were opposed but went further by trying to stop the activity physically. In fact, by interposing their dinghies between the hunting vessel and the whales, they confronted the whalers with an ultimatum, forcing them to make a choice between triggering the harpoon, and consequently putting the applicants' life at risk, or abandoning the hunt, the latter being the only real option for the whalers. In other words, the particular method of action used by the applicants amounted to a form of coercion forcing the whalers to abandon their lawful activity. In the Court's view, the disputed interference related to conduct which could not enjoy the same privileged protection under the Convention as political speech or debate on questions of public interests or the peaceful demonstration of opinions on such matters. »¹³¹²

On retrouve des arguments analogues à ceux utilisés par les juridictions suisses dans les affaires de blocage. L'emphase est particulièrement mise sur l'objectivisation d'autrui dans la stratégie des activistes et leur refus d'entamer un dialogue.

- 434 Par ailleurs, la CourEDH estime que l'action considérée ne relève pas du discours politique quand bien même elle est une forme d'expression protégée. En définitive, elle conclut à une non-violation de la Convention.

¹³¹² CourEDH, affaire *Drieman c. Norvège* du 4 mai 2000, n°33678/96, p. 10.

C. CourEDH, affaire *Cisse c. France*, 9 avril 2002

Cette requête prend son origine dans une occupation menée par un groupe de 300 personnes dans une église parisienne. L'action a pour but de protester contre la procédure d'octroi des titres de séjours aux personnes étrangères en France. Les activistes sont présents dans l'enceinte de l'église pendant deux mois et une partie d'entre eux entament une grève de la faim. L'action reçoit le soutien d'associations de promotion des droits humains. Après deux mois, le groupe est expulsé de force et une partie des personnes ayant participé à l'occupation sont condamnées à deux mois d'emprisonnement, avec sursis, pour violation de la loi française sur la séparation des Églises et de l'État. En vertu de celle-ci, aucune réunion ne peut être organisée dans un lieu de culte. Par ailleurs, les personnes de nationalité étrangère sont également poursuivies pour infraction à la loi sur les personnes étrangères. Un des prévenus recourt auprès de la CourEDH et fait valoir une violation de l'art. 11 CEDH. 435

L'ingérence que constitue l'expulsion et la condamnation du recourant repose sur une base légale et répond à un intérêt public suffisant pour la CourEDH qui ne s'attarde pas sur ces conditions¹³¹³. S'agissant de l'évaluation de la proportionnalité, on peut retenir que la Cour rejette l'argument du gouvernement français selon lequel la situation irrégulière de certaines personnes justifiait en tant que telle la restriction de leur liberté. Elle refuse ainsi de résumer l'examen de la proportionnalité à un simple constat de l'existence d'un comportement illicite¹³¹⁴. 436

Toutefois, elle considère que l'État a tout de même ménagé un juste rapport de proportionnalité entre l'intérêt public et la liberté du recourant, puisque les conditions de vie au sein de l'église se dégradent, que le but de communication de l'action avait été atteint et que l'autorité a toléré la situation pendant une durée relativement longue. En outre, elle estime que, s'agissant d'évaluer la nécessité de l'évacuation du lieu, l'État bénéficiait d'une large marge d'appréciation¹³¹⁵. Elle conclut donc à la non-violation de la CEDH. 437

¹³¹³ La CourEDH souligne l'intérêt légitime de l'État à intervenir en raison de conditions d'insalubrité du lieu et de la dégradation de l'état de santé de certains participants en grève de la faim. CourEDH, affaire *Cisse c. France* du 9 avril 2002, n°51346/99, §§ 41 à 46.

¹³¹⁴ CourEDH, affaire *Cisse c. France* du 9 avril 2002, n°51346/99, § 50.

¹³¹⁵ CourEDH, affaire *Cisse c. France* du 9 avril 2002, n°51346/99, § 53.

- 438 Relevons cependant que la Cour souligne à de nombreuses reprises le caractère pacifique de l'occupation qui, malgré son caractère illicite, est analysée comme relevant de l'exercice pacifique de la liberté de réunion¹³¹⁶.

D. CourEDH, affaire *Luca c. Royaume-Uni*, 18 mars 2003

- 439 La CourEDH rejette l'admission d'une requête portant sur une action d'occupation d'un port contenant des navires à propulsion nucléaire. La recourante avait, en compagnie d'autres activistes anti-nucléaires, bloqué les voies d'accès du port. Elle a été condamnée au paiement d'une amende en raison de son refus de quitter les lieux, assimilé à un acte de contrainte. Elle estime que cette sanction est une restriction inadmissible à sa liberté d'expression et de réunion.
- 440 Bien que la motivation de cette décision soit sommaire, on peut en retenir que le Royaume-Uni a connu un débat doctrinal similaire à celui ayant cours en Suisse au sujet du champ d'application extensif de l'infraction de contrainte¹³¹⁷. Cette base légale est cependant jugée suffisante aux yeux de la CourEDH. Au sujet de la proportionnalité, la Cour considère que la sanction est légère et qu'il est admissible de prévoir une forme de sanction de cette ampleur pour des actes du type de ceux qui lui sont soumis¹³¹⁸.

E. CourEDH, affaire *Barroco c. France*, 5 mars 2009

- 441 Dans cette affaire, des chauffeurs routiers ont organisé une action de perturbation du trafic (« opération escargot »), afin de faire valoir des revendications « d'ordre syndical »¹³¹⁹. Trois d'entre eux, occupant la tête de cortège, sont interpellés et sanctionnés pour délit d'entrave à la circulation¹³²⁰. Ils sont condamnés en dernière instance nationale à trois mois d'emprisonnement, avec suris, ainsi qu'au paiement d'une amende. Ils

¹³¹⁶ CourEDH, affaire *Cisse c. France* du 9 avril 2002, n°51346/99, § 51.

¹³¹⁷ CourEDH, affaire *Luca c. Royaume-Uni* du 18 mars 2003, n°39013/02, B.

¹³¹⁸ CourEDH, affaire *Luca c. Royaume-Uni* du 18 mars 2003, n°39013/02, B.

¹³¹⁹ La décision n'en dit pas plus. CourEDH, affaire *Barroco c. France* du 5 mars 2009, n°31684/05, § 7.

¹³²⁰ Art. L 412-1 du code français de la route, équivalent à l'art. 90 LCR.

contestent leur condamnation en invoquant les art. 10 et 11 CEDH, leur action relevant, selon eux, de la protection des manifestations pacifiques.

Comme dans les autres affaires, la CourEDH analyse l'intervention des forces de police et la condamnation des chauffeurs comme des ingérences dans la liberté de réunion pacifique de ceux-ci. La qualification de réunion pacifique ne fait l'objet d'aucune discussion particulière et semble aller de soi pour la CourEDH¹³²¹. Néanmoins, cette dernière considère ces restrictions justifiées au sens de l'art. 11 § 2 CEDH. À l'appui de son raisonnement, elle relève que les autorités souhaitaient protéger les autres usagers et usagères de la route d'une mise en danger, ce qui constitue un but légitime. En outre, elle met en balance toute une série d'éléments qui lui permettent de considérer que la proportionnalité est également respectée : ampleur des blocages conduisant à l'arrêt total du trafic, de même que les peines prononcées avec sursis et visant uniquement les trois participants ayant causé l'arrêt. L'analyse opérée par la Cour diffère cependant dans son argumentation de l'examen des juridictions nationales lorsqu'elle précise par exemple que, contrairement à l'avis du gouvernement, le caractère non autorisé de la manifestation ne jouait *a priori* aucun rôle dans l'analyse. En effet, selon elle est déterminant que les autorités avaient connaissance de la tenue de cette action, qui a d'ailleurs été tolérée, même en l'absence d'autorisation¹³²². Dans ce contexte, la CourEDH estime que le gouvernement ne peut user de cet argument contre les désobéissants pour justifier une intervention. Pour la Cour qui nuance encore, la condamnation n'est d'ailleurs à juste titre pas intervenue en raison du caractère illicite de la manifestation, mais en raison de la violation des règles de la circulation routière¹³²³. Ainsi, ce n'est pas tant le caractère illicite de l'action qui justifie la restriction, mais bien l'ensemble des circonstances du cas relatives au moyens employés et au déroulement du blocage. Si l'action s'était cantonnée à causer des ralentissements et que la peine des trois chauffeurs avait été fixée différemment, la CourEDH estime qu'une condamnation de principe n'aurait pas été admissible.

442

¹³²¹ Le gouvernement ne conteste pas non plus le caractère pacifique de la manifestation.

¹³²² CourEDH, affaire *Barroco c. France* du 5 mars 2009, n°31684/05, § 45.

¹³²³ CourEDH, affaire *Barroco c. France* du 5 mars 2009, n°31684/05, § 46. Il convient également de préciser que la peine prononcée a été fixée proche du plancher légal prévu pour ce type d'infractions.

F. CourEDH, affaire *Tatar et Faber c. Hongrie*, 12 septembre 2012

- 443 À l'origine de cette requête, un groupe de personnes a organisé ce qu'elles ont elles-mêmes qualifié de performance politique. Ses membres ont exposé de la lessive sale (pour symboliser le fait de laver le linge sale du pays) sur un fil devant le parlement pour protester contre la situation de crise institutionnelle dans leur pays et en particulier dénoncer le manque de transparence. Leur action dure 13 minutes. La presse est conviée en amont de l'action, afin d'assurer un relais médiatique. Les personnes qui organisent l'action déclarent avoir expressément cherché à garder la préparation de ce « happening politique » la plus discrète possible. L'objectif est d'assurer le plus grand effet de surprise possible. Elles sont arrêtées et sanctionnées d'une amende, principalement en raison du caractère illicite de leur action. Les participantes et participants estiment qu'en les sanctionnant de la sorte et en mettant fin à leur action, le gouvernement n'a pas respecté leurs droits fondamentaux d'expression et de réunion.
- 444 La Cour considère que les requérants ont fait usage de leur liberté d'expression et insiste sur le champ d'application large de l'art. 10 CEDH, ainsi que sur la protection particulière offerte à l'expression politique¹³²⁴. Elle admet que les conditions de respect d'une base légale et d'un intérêt public sont remplies. Néanmoins, elle estime qu'une interruption et une sanction de l'action ne se justifiaient pas sous l'angle de la proportionnalité. En effet, elle rejette l'argument de principe selon lequel l'absence d'autorisation suffit à sanctionner la manifestation.
- 445 Elle ajoute que le recours à la presse n'est pas non plus un élément à charge des requérants. En effet, la Cour considère plutôt que :

« [i]n these circumstances, the Court is satisfied that the “political performance” in question was intended to send a message through the media rather than the direct gathering of people – the latter in any case being virtually unachievable in thirteen minutes which was the duration of the performance. »¹³²⁵

Contrairement à l'approche des juridictions suisses, le recours aux médias pour amplifier et servir de courroie de transmission entre les désobéissants et les

¹³²⁴ CourEDH, affaire *Tatar et Faber c. Hongrie* du 12 septembre 2012, n°26005/08, § 35 ss : « [a]rticle 10 is applicable not only to “information” or “ideas” that are favorably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb; such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society” », § 35.

¹³²⁵ CourEDH, affaire *Tatar et Faber c. Hongrie* du 12 septembre 2012, n°26005/08, § 39.

autres membres du corps civique n'est pas jugé *a priori* comme délégitimant la volonté de dialogue des activistes. De plus, plutôt que d'être un élément justifiant l'intervention de l'autorité et la condamnation des participants et participantes, la durée de l'action est ici prise en compte, comme dans l'affaire *Cisse*, pour évaluer s'ils et elles ont pu ou non faire passer leur message.

En définitive, la CourEDH conclut à une violation de l'art. 10 CEDH, car elle estime qu'en sanctionnant une telle action, l'État a incriminé une forme courante d'expression. 446

G. CourEDH, affaire *Kudrevicius et autres c. Lituanie*, 15 octobre 2015

Cet arrêt¹³²⁶ a trait à une manifestation d'agriculteurs, organisée en raison de la chute du prix des denrées alimentaires en Lituanie. En marge de cette manifestation autorisée, des barrages routiers sont mis en place, y compris sur l'autoroute, afin de paralyser la ville¹³²⁷. La police a connaissance de l'action et mis en place, en amont, un certain nombre de déviations du trafic. En conséquence de ce blocage, les requérants sont condamnés pour « émeute », violation des règles de la circulation routière et différentes infractions administratives, dont « atteinte grave à l'ordre public »¹³²⁸. Ils sont sanctionnés d'une peine privative de liberté de 60 jours, avec sursis d'un an. Les juridictions internes confirment ce verdict et le groupe d'agriculteurs porte alors leur cause devant la CourEDH. 447

Dès lors que toute l'action s'est déroulée sans heurt et pacifiquement, la CourEDH exclut d'emblée une possible condamnation des recourants pour une atteinte grave à l'ordre public en raison du dépassement de l'autorisation de manifester¹³²⁹. En particulier, elle souligne que le blocage faisait partie intégrante de la manifestation et que tant l'intervention de la police que la condamnation doivent s'analyser comme des restrictions à la liberté des manifestants. En application des jurisprudences *Barroco* et *Direman*, la Cour rappelle que toute manifestation est susceptible de causer des troubles à l'ordre 448

¹³²⁶ Cette décision est un arrêt de la Grande Chambre. L'affaire y a été renvoyée à la suite d'un jugement de non-violation daté du 26 novembre 2013.

¹³²⁷ CourEDH, affaire *Kudrevicius et autres c. Lituanie* du 15 octobre 2015, n°37553/05, § 20 ss. Ils : « souahita[ient] attirer l'attention de l'opinion publique sur les problèmes du secteur agricole et amener le gouvernement à satisfaire leurs revendications. », § 97.

¹³²⁸ CourEDH, affaire *Kudrevicius et autres c. Lituanie* du 15 octobre 2015, n°37553/05, § 33 et 34.

¹³²⁹ CourEDH, affaire *Kudrevicius et autres c. Lituanie* du 15 octobre 2015, n°37553/05, § 92 ss.

public, ce qui ne constitue pas *per se* une justification à la restriction des droits des manifestants et manifestantes. Ainsi :

« [...] une situation illégale, telle que l'organisation d'une manifestation sans autorisation préalable, ne justifie pas nécessairement une ingérence dans l'exercice par une personne de son droit à la liberté d'expression. »¹³³⁰

Ce qui est déterminant pour se prononcer aux yeux de la CourEDH est l'ampleur des troubles effectivement causés, ainsi que le caractère pacifique ou non du rassemblement. *In casu*, la CourEDH estime que la manifestation était bien pacifique au sens de la Convention¹³³¹.

- 449 La suite de l'analyse de la CourEDH se concentre sur la qualification d'émeute. Elle considère en effet au terme d'une interprétation téléologique que les recourants ne pouvaient pas s'attendre à être poursuivis pour ce chef d'inculpation. En effet, ils n'ont pas causé d'entrave grave à la sécurité publique dans le sens prévu par le droit national. Une forme de sanction pour leur comportement reste théoriquement envisageable, mais encore faut-il qu'elle satisfasse aux conditions de restrictions usuelles. À ce sujet, la CourEDH retient que :

« [I] absence d'autorisation préalable et l' "illégalité" consécutive de l'action ne donne pas carte blanche aux autorités, lesquelles demeurent limitées par l'exigence de proportionnalité découlant de l'article 11. »¹³³²

Or, le blocage était calme et l'action s'est déroulée sans incident. Les barrages routiers ne nécessitaient pas une intervention urgente, vu que les mesures adéquates de déviation avaient été mises en œuvre¹³³³. La Cour effectue donc un pas de côté. Plutôt que de se prononcer sur la proportionnalité en recourant au critère de la licéité ou non des moyens, elle se concentre sur l'ensemble des circonstances du cas et privilégie une approche holistique axée sur la dimension pacifique et la quotité de la sanction.

- 450 Au sujet des alternatives légales que les recourants auraient pu saisir, la CourEDH admet qu'il en existait, mais que cela ne saurait pas en tant que tel suffire pour justifier une ingérence dans leurs libertés ou exclure l'application de l'art. 11 CEDH. En définitive, elle s'attache à expliciter ce qui distingue le présent cas d'espèce des affaires *Steel Morris*¹³³⁴ ou *Direman* dans lesquels les restrictions à la liberté d'expression des parties se justifiaient. Selon elle, ce qui distingue avant tout le cas des agriculteurs est la lourdeur de la sanction qui leur

¹³³⁰ CourEDH, affaire *Kudrevicius et autres c. Lituanie* du 15 octobre 2015, n°37553/05, § 150.

¹³³¹ CourEDH, affaire *Kudrevicius et autres c. Lituanie* du 15 octobre 2015, n°37553/05, § 98.

¹³³² CourEDH, affaire *Kudrevicius et autres c. Lituanie* du 15 octobre 2015, n°37553/05, § 151.

¹³³³ CourEDH, affaire *Kudrevicius et autres c. Lituanie* du 15 octobre 2015, n°37553/05, § 168.

¹³³⁴ CourEDH, affaire *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005, n°68416/01.

est infligée¹³³⁵. Elle souligne par ailleurs qu'elle ne prend pas pour autant le comportement des recourants à la légère, mais que l'équilibre entre une forme de sanction et leur acte n'est pas respecté¹³³⁶. Pour toutes ces raisons, elle condamne la Lituanie pour violation de l'art 11 CEDH.

H. CourEDH, affaire *Baldassi c. France*, 11 juin 2020

Dans cette affaire, des membres d'une association organisent un boycott de produits de consommation provenant d'Israël pour dénoncer les violations des droits humains commis par cet État en Palestine. Dans ce cadre, ils mènent une action dans un supermarché et appellent la clientèle à rejoindre leur mouvement. Ils sont poursuivis pour incitation à la discrimination par voie de presse. Les activistes estiment que leur condamnation est contraire à l'art. 7 CEDH et à l'art. 10 CEDH. 451

S'agissant du principe « pas de peine sans loi », la CourEDH souligne que les recourants ont appelés à une forme de discrimination économique par leur boycott et non pas à une discrimination raciale. Néanmoins, ils pouvaient s'attendre à être condamnés en l'espèce en raison d'un précédent national¹³³⁷. Cela étant dit la CourEDH rappelle que l'art. 7 CEDH : 452

« [...] commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie. Il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par le droit, qu'il soit national ou international. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux et d'un avis juridique éclairé, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale. »¹³³⁸

Concernant la liberté d'expression, la CourEDH considère encore une fois que la sanction des recourants s'analyse comme une ingérence. Elle précise que : 453

« [l]'appel au boycott constitue [...] une modalité particulière d'exercice de la liberté d'expression en ce qu'il combine l'expression d'une opinion protestataire et l'incitation à un traitement différencié de sorte que, selon les circonstances qui le caractérisent, il est susceptible de constituer un appel à la discrimination d'autrui. [...] Toutefois, inciter à traiter différemment ne revient pas nécessairement à inciter à discriminer. »¹³³⁹

¹³³⁵ CourEDH, affaire *Kudrevicius et autres c. Lituanie* du 15 octobre 2015, n°37553/05, § 174.

¹³³⁶ CourEDH, affaire *Kudrevicius et autres c. Lituanie* du 15 octobre 2015, n°37553/05, § 178 ss.

¹³³⁷ CourEDH, affaire *Willem c. France* du 16 juillet 2009, n° 10883/05.

¹³³⁸ CourEDH, affaire *Baldassi c. France* du 11 juin 2020, n° 15271/16, § 35.

¹³³⁹ CourEDH, affaire *Baldassi c. France* du 11 juin 2020, n° 15271/16, § 64.

454 Par conséquent, la CourEDH insiste sur l'importance de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas et notamment du déroulé de l'action dans l'évaluation de la restriction à la liberté d'expression. En l'occurrence, elle souligne le caractère pacifique des activistes. Elle considère en particulier que leur discours relevait de « l'expression politique et militante » et contribuait à un débat d'intérêt général¹³⁴⁰. À ses yeux, l'État s'est contenté de condamner sans égard particulier pour cette dimension¹³⁴¹. En conséquence, il a violé l'art. 10 CEDH en poursuivant les activistes sans tenir compte de la dimension nécessaire dans un état démocratique de leur prise de position.

¹³⁴⁰ CourEDH, affaire *Baldassi c. France* du 11 juin 2020, n° 15271/16, § 78.

¹³⁴¹ CourEDH, affaire *Baldassi c. France* du 11 juin 2020, n° 15271/16, § 79 à 81.

VI. Conclusion du chapitre 3

Au terme de ce chapitre, on retiendra que les actions pouvant matériellement s'apparenter à de la désobéissance civile devant les juridictions suisses prennent principalement la forme d'action de blocage ou de délit de solidarité. 455

De manière générale, l'exposé de ces différentes décisions a permis de souligner que ces actions mobilisent avant tout la question de l'application des motifs justificatifs pénaux, en particulier de l'état de nécessité, et des motifs justificatifs extra-légaux. De plus, dans une majorité de décisions l'application des droits fondamentaux des désobéissants civils n'est pas examinée ou, à tout le moins, ne permet pas de contrebalancer l'illicéité de l'acte. Ces deux tendances appellent une série d'observations que nous allons détailler dans le chapitre suivant. 456

En effet, grâce au corpus ainsi constitué, il nous est désormais possible d'étudier de manière plus approfondie le traitement judiciaire des cas de désobéissance civile, mais aussi de porter un œil critique sur ce dernier. En particulier, dans le chapitre 4, nous examinerons son traitement dans une perspective « internaliste »¹³⁴², puis nous intéresserons à la dimension d'appel au droit porté par ce mode d'action. À ces fins, la casuistique de la CourEDH nous permettra de mettre en perspective la jurisprudence nationale. Enfin, le chapitre 5 sera l'occasion d'aborder les « obstacles épistémiques » à la reconnaissance de la désobéissance civile en droit observés dans le corpus. 457

¹³⁴² CANGUILHEM, p. 15 ; DEMAY/FAVRE, p. 278.



Chapitre 4 : Observations et limites concernant le traitement judiciaire du corpus

I. Introduction

Les buts de ce chapitre sont doubles : d'une part, nous cherchons à synthétiser les différentes observations liées au traitement judiciaire de la désobéissance civile dans notre corpus, afin de nous prononcer à son sujet. D'autre part, il convient également de continuer la recherche de critères permettant de discriminer au sein des catégories potentielles qui pourraient servir à qualifier la désobéissance civile en droit. 458

Par conséquent, nous procéderons en deux phases. Dans la première section, nous synthétiserons les différents enseignements et observations liées au traitement des actes considérés comme relevant matériellement de la désobéissance civile (II.). Ce recours à la casuistique nous permettra de porter la focale de notre recherche, non plus uniquement sur les éléments de définition du concept de désobéissance civile (*supra* chapitres 1 et 2), mais sur les finalités, effets et conséquences de son usage en droit. Comme nous le verrons, ces observations nous permettront également de souligner des limites ou apories liées au traitement judiciaire de ces cas au regard du droit positif (III.). À cette fin, nous opérerons une distinction entre les enjeux qui relèvent de l'application du droit au traitement des cas de désobéissance civile (ci-après : désobéissance civile constitutionnelle ou désobéissance civile « en application de ») et ceux qui relèvent de l'appel au droit des activistes présent dans ces cas (ci-après : désobéissance civile politique ou désobéissance civile « au nom de »). L'étude de la désobéissance civile constitutionnelle correspond à l'étude de l'objet dans une « approche internaliste ». 459

En définitive, les observations effectuées et leur mise en perspective nous permettront de soutenir que la catégorisation la plus adéquate pour la désobéissance civile constitutionnelle (« en application de ») est celle de la liberté de réunion, voire d'expression, et qu'en matière de faits justificatifs pénaux, cela se traduit par une possibilité de lever l'illicéité de l'acte en 460

application de cette liberté (ces libertés selon les cas). S'agissant de la désobéissance civile politique (« au nom de »), nous constaterons que ses enjeux ne sont actuellement pas assumés dans le traitement judiciaire de la désobéissance civile, mais également qu'elle fait appel à des éléments d'analyse qui relèvent plus largement de la théorie politique de la désobéissance civile ou de la philosophie du droit et de la théorie de l'État. Or, ces perspectives seront traitées dans le chapitre 5¹³⁴³.

¹³⁴³ Cf. *infra* chapitre 5. Notamment : caractère supposément antidémocratique de l'acte, légalisme et craintes pour l'État de droit par création d'un chaos social et normatif.

II. Les observations du traitement judiciaire de la désobéissance civile

La présentation des différents cas composant notre corpus d'actes matériels s'apparentant à de la désobéissance civile nous permet de synthétiser une série d'observations et de constats généraux liés au traitement des actes de désobéissance civile devant les juridictions suisses. Nous les présenterons ci-après selon un ordre reprenant la méthodologie du raisonnement pénal (ECO, illicéité au sens strict, culpabilité). Puis, nous effectuerons encore des constats transversaux liés aux sanctions prononcées, à la place accordée aux libertés fondamentales dans le raisonnement pénal et à l'usage de différentes figures de technique juridique. Dans une troisième section, ces différentes observations seront mises en perspective avec les éléments théoriques (notamment les libertés sélectionnées *prima facie*) exposés dans les premières parties de notre travail. Tant la présentation de ces constats que leur analyse ultérieure ont pour but de permettre un positionnement sur les catégories à conserver ou à exclure en vue d'une qualification de la désobéissance civile en droit, ainsi que de permettre une appréciation du traitement judiciaire de ces cas. 461

A. Les ECO : en particulier la contrainte et l'empêchement d'accomplir un acte officiel

Tout d'abord, en matière de motifs d'incrimination dans les cas de droit interne, on peut constater que les infractions les plus souvent retenues à l'encontre des désobéissants civils sont les infractions relevant des art. 181 CP, 186 CP, 286 CP, 90 al. 1 LCR ou 116 LEI¹³⁴⁴. 462

Lorsqu'une infraction de contrainte (181 CP) est en jeu, l'énoncé de fait légal prévoit que l'auteur doit avoir agi « en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux ». Or, contrairement à la situation qui prévaut lorsque les désobéissants sont poursuivis pour violation de domicile ou d'infraction à la LCR, l'appréciation du caractère violent ou non du comportement n'est alors pas un élément dont il est tenu compte dans l'application de motifs justificatifs ou de la pondération de la culpabilité, mais est déjà présent au stade d'application des ECO de l'infraction. Cette différence a pour résultat que, dans les cas de notre corpus qui concerne ce chef d'inculpation, les juges effectuent une réduction du raisonnement pénal. 463

¹³⁴⁴ Cf. *supra* 1.II.B.

En effet, l'application de cet ECO a pour résultat que l'examen d'un motif justificatif est d'emblée écarté. Dès lors, le raisonnement opéré présume que l'application de l'ECO de l'usage d'un moyen de contrainte illicite¹³⁴⁵ vaudrait alors *mutatis mutandis* pour celui de l'examen des conditions de justifications de l'acte. Ainsi, les autres conditions d'application propres aux motifs justificatifs – la subsidiarité ou la mise en balance des biens juridiquement protégés – ne font l'objet que d'un examen sommaire, évincé par l'existence d'une illégalité *prima facie*. D'un point de vue de théorie pénale, ce raccourci, qui consiste à faire découler de la présence des éléments de l'énoncé de fait légal que l'on peut conclure à l'illicéité *stricto sensu* du comportement et à la culpabilité de l'auteur, apparaît ainsi réducteur. Il conviendra d'examiner dans un deuxième temps si cette limite n'est pas révélatrice d'une tendance plus générale à réduire l'application du droit (pénal en l'occurrence) à celle de la loi, restreinte elle-même à un énoncé de fait pénal¹³⁴⁶, et si le recours à la notion de violence à ce stade de l'examen pénal est judiciaire ou s'il renforce cette tendance au légalisme.

- 464 De plus, on constate à la lecture du corpus que la référence au critère de violence à l'art. 181 CP est révélatrice des tensions qui entourent l'utilisation de ce concept, dont les acceptions tendent à différer entre les acteurs et selon les domaines. En effet, tout comportement qui restreint la liberté d'autrui peut être considéré comme violent au sens du texte de cette disposition et selon le sens que lui prêtent les juges. Son champ d'application est donc large et relativement indéterminé. L'examen de ce critère peut mener à qualifier des actions ayant entraîné un blocage de quelques minutes comme violent et on constate que cette appréciation dans les cas est variable. La jurisprudence précise cependant qu'en théorie cette qualification de violence doit être appliquée avec retenue. Les auteurs de l'infraction ont, quant à eux, plutôt tendance à considérer qu'un acte n'est violent que s'il conduit à des atteintes physiques envers les personnes¹³⁴⁷. Leur approche est en ce sens similaire à celle des philosophes de la désobéissance civile, mais éloignée de la conception des juristes. Sur ce point, l'interprétation juridique de cet élément de violence diffère donc de celle de la désobéissance civile.
- 465 La seconde infraction la plus mobilisée dans les cas de désobéissance civile est celle de l'empêchement d'accomplir un acte officiel. Cette dernière ne nécessite pas que des actes de violence aient été commis, mais qu'il y ait eu

¹³⁴⁵ Ces moyens étant : la violence, une menace de dommage ou un comportement entravant la liberté d'action. Cf. *supra* I.II.B.4. Voir p. ex. : ATF 108 IV 165 (JdT 1983 IV 142) « Tapis humain ».

¹³⁴⁶ Cf. *infra* 5.II.A.

¹³⁴⁷ HAYES/OLLITRAULT, p. 124 ss.

un comportement d'entrave. Or, cette notion est également interprétée de manière large et variable. Ainsi, les activistes participant par exemple à une action de « sit-in » sur un pont peuvent être considérés comme entravant l'activité de la police s'ils ne partent pas de leur plein gré¹³⁴⁸. La théorie et la pratique sont en ce sens peu cohérentes et inadaptées à la réalité sociale, ou à tout le moins démontrent d'une extension interprétative large des ECO de l'infraction, dès lors qu'en principe un refus d'obéir n'est pas considéré comme un acte d'entrave¹³⁴⁹, mais que le fait d'être évacué en conséquence de ce refus est réprimé. Il existe donc une relative indétermination sur les conditions d'application de cette infraction nocive à la prévisibilité de l'incrimination pénale.

L'analyse du corpus d'actes regroupés comme relevant du délit de solidarité nous permet quant à elle de constater que l'infraction de l'art. 116 LEI intervient de manière indifférenciée à l'encontre des auteurs, qu'ils aient agi avec des motifs humanitaires ou dans leur intérêt personnel, en inscrivant leur acte dans un réseau de pratiques visant à porter des changements collectifs ou à titre purement privé. La volonté de dénoncer les dysfonctionnements pouvant être présents dans les procédures d'asile n'est pas considérée comme significative s'agissant de l'application de ce chef d'inculpation.

466

B. Les motifs justificatifs légaux et extra-légaux : l'état de nécessité comme catalyseur des discussions

Lorsque l'on considère l'illicéité au sens strict, on observe dans tout le corpus que, du côté de la défense, les motifs justificatifs sont plaidés dans plus de la moitié des cas¹³⁵⁰. Néanmoins, ils ne sont que rarement retenus par le ou la juge¹³⁵¹. À ce stade du raisonnement pénal, la transposition en droit des

467

¹³⁴⁸ Tribunal de police de Lausanne, 29 septembre 2021 « Procès des 200 ».

¹³⁴⁹ Cf. en ce sens les questions de la Présidente du Tribunal de police qui interroge les parties en leur demandant de quelle manière elles ont quitté le pont : « sur leurs deux jambes ou avec l'aide de la police ? », afin de déterminer si les ECO de l'infraction sont remplis, provoquant l'incompréhension des prévenus qui expliquent n'avoir opposé aucune résistance. Notes d'audience du 20 octobre 2021, mais aussi : Tribunal de police de Lausanne, 28 octobre 2021, PE19.020187, p. 8 ; Tribunal de police de Lausanne, 17 novembre 2021, PE19.025122, p. 9.

¹³⁵⁰ 16 cas sur 24 si on prend la jurisprudence suisse de notre corpus.

¹³⁵¹ Uniquement : Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020 ; Cour de Justice de Genève, 14 octobre 2020, AARP/339/2020 ; Tribunal de première instance du canton de Saint-Gall, 30 novembre 1995 ; décision du Tribunal de police de la ville de Bâle, 22 janvier 2021.

dimensions politiques ou citoyennes que veulent porter les désobéissants semble difficilement opérationnalisable dans la grammaire des catégories juridiques préexistantes. Les biens juridiques lésés dont les désobéissants se prévalent sont soit non protégés par le Code pénal, soit collectifs et en conséquence non invocables. Seule l'action au nom du droit à la vie des prévenus a parfois trouvé grâce aux yeux de l'autorité. En outre, on constate que la légitime défense est jugée comme totalement inadaptée pour tenir compte des enjeux de la désobéissance civile, mais aussi que le résultat des différentes analyses mène à une indifférenciation entre les désobéissants civils et les prévenus de droit commun s'agissant des motifs justificatifs.

468 Dans la grande majorité des cas, l'état de nécessité est plaidé et analysé. Sont néanmoins retenus en défaveur de son application un certain nombre d'éléments qui correspondent à chacune de ses conditions d'application. S'agissant de l'existence d'un danger imminent, on constate à la lecture du corpus que, dans les différentes actions présentées, il existe là aussi une discrédance entre l'argumentaire des désobéissants et le sens donné à cette notion en droit. Ainsi, les tribunaux ont majoritairement refusé de juger que les désobéissants civils agissaient mus par la crainte d'un danger et, qui plus est, imminent. C'est le cas autant face aux acteurs qui invoquent des changements environnementaux que pour ceux qui agissent afin de préserver la vie d'autres espèces ou souhaitent prévenir des violations de droits humains. Ainsi, on constate que la notion de danger n'a pas le même sens pour les juges, les désobéissants ou leurs défenseurs. Ce hiatus existe également concernant l'évaluation de son imminence. Cette condition n'est cependant pas celle qui soulève le plus d'oppositions. En effet, certaines autorités et une partie de la doctrine sont prêtes à reconnaître l'interprétation qui en est proposée par les désobéissants¹³⁵².

469 Un second obstacle opposé à l'application de l'état de nécessité aux actes de désobéissance civile par les juges est celui de l'inexistence d'un droit à agir en défense de biens collectifs. En effet, le sens majoritaire donné à l'état de nécessité veut que celui-ci ne puisse être invoqué que pour éviter qu'un bien juridique individuel (le sien ou d'autrui) ne soit atteint. Or, il est reproché aux activistes d'agir avant tout pour sauvegarder des biens communs, voire une idée du bien commun, alors que la protection de ceux-ci relève du monopole de l'État. Les désobéissants et désobéissantes civils sont également suspectés de chercher à détourner les conditions procédurales classiques d'admission des recours, notamment la condition de l'intérêt particulier pour agir, par leurs actions. Une telle manière de procéder conduirait à admettre en fait des actions de type collectives (« class actions ») non prévues par l'ordre juridique

¹³⁵² Cf. *infra* 4.III.A.

suisse¹³⁵³. On constate que les désobéissants se défendent de ces critiques en insistant sur la dimension généralisable et forcément collective qui peut s'attacher à la défense de chacun des biens individuels. Un tel raisonnement est cependant systématiquement écarté par les cours. On remarque également que les désobéissants civils opèrent par anticipation, lors de leurs actions, une hiérarchisation entre les biens juridiquement protégés qui n'existe pas en droit pénal. À leurs yeux, une atteinte à un bien jugé moins précieux, comme une atteinte au patrimoine, devrait être tempérée en présence de la sauvegarde de biens juridiques protégés jugés plus précieux, comme la vie ou la santé d'autrui. Un tel raisonnement devrait conduire les autorités à se montrer plus enclines à justifier l'acte de désobéissance civile. Néanmoins, les biens juridiques étant formellement tous protégés de manière égale indépendamment de considération de hiérarchie entre eux, les cours ne sauraient admettre un tel raisonnement *a priori*. Elles ne peuvent qu'hypothétiquement effectuer une telle pondération entre les différents biens dans le cadre de l'examen de la proportionnalité en application des motifs justificatifs¹³⁵⁴. Dès lors, on constate également un hiatus entre les désobéissants civils et les acteurs juridiques au sujet de la valeur attribuée aux différents biens dans les cas, puisqu'il n'est pas rare qu'une violation patrimoniale ne soit pas considérée comme moins précieuse que la préservation des conditions de vie des recourants. On constate qu'il existe donc un enjeu non traité relevant de l'adéquation éventuelle des procès individuels pour plaider le collectif¹³⁵⁵.

Enfin, on constate que l'exigence de subsidiarité, quant à elle, fait peser des exigences lourdes sur les désobéissants civils. Il leur est principalement reproché d'entreprendre des actions qui ne sont pas adaptées à leurs fins, mais également de ne pas avoir mis en œuvre tous les moyens possibles pour atteindre ces fins. Ainsi, les cours rejettent majoritairement qu'il puisse exister une relation causale, même lointaine, entre l'adoption d'un comportement pénalement répréhensible et la réalisation ou la prise en compte des

470

¹³⁵³ Une modification du code de procédure civile visant l'introduction d'action « en protection d'intérêts collectifs » pour les organisations à but non lucratif a été proposée par le Conseil fédéral au Parlement en date du 10 décembre 2021. FF 2021 3048 (Message sur la modification du code de procédure civile). Il est précisé que ces actions ne sont pas comparables à des « class actions » comme il peut en exister en droit anglo-saxon. Dans de telles actions, les prétentions individuelles : « sont regroupées de par le fait qu'un demandeur du groupe agit en faveur d'autres personnes, qui ne sont pas formellement parties à la procédure, mais qui participent tout de même au résultat (aussi bien dans le sens positif que négatif), car la force de chose jugée s'étend également à leurs prétentions », FF 2021 3048, p. 8. Cf. *infra* 4.III.B.3.

¹³⁵⁴ Nous y reviendrons *infra* 4.III.A.2.b.

¹³⁵⁵ AGRIKOLIANSKY, p. 235.

revendications politiques portées par les militants et militantes. D'ailleurs, la dimension d'appel au public présente dans les actions est plutôt considérée comme un élément jouant en défaveur des désobéissants civils. S'agissant de la défense, des arguments d'ordre politiques qui justifient à leurs yeux leur choix de stratégie d'action sont convoqués¹³⁵⁶.

- 471 Il transparaît également de ces décisions que le système politique suisse semble incarner aux yeux des juges un idéal, par opposition aux systèmes démocratiques d'autres États en raison des instruments de démocratie directe¹³⁵⁷. Les tribunaux semblent considérer que la dénonciation de dysfonctionnements ou d'inégalités par le biais de la désobéissance civile est dès lors inutile en Suisse, puisque la palette des moyens politiques légaux y est plus développée et amplement suffisante pour répondre aux enjeux politico-sociaux soulevés au sein d'un État. Dans ce contexte, les désobéissants civils sont alors renvoyés à l'utilisation de moyens légaux avec une stricte gradualité d'usage : vote, élection, initiative, intervention médiatique, voire manifestation ou pétition. En particulier, la manifestation légale est une alternative souvent suggérée, quand bien même les désobéissants tentent d'arguer qu'ils n'auraient sans doute pas pu obtenir des autorisations ou qu'en raison de l'autorisation ils n'auraient pas pu créer l'effet de surprise nécessaire à un relais médiatique. Au contraire, la volonté d'attirer l'attention des médias au travers de l'action est plutôt un élément qui joue en défaveur des désobéissants qui devraient privilégier aux yeux des autorités la discussion et l'argumentation¹³⁵⁸. Ainsi, le rôle politique joué par les médias n'est pas pris en compte. Le fait que les activistes puissent s'adresser à un ensemble abstrait de citoyens et citoyennes, autre que les personnes présentes, n'est pas jugé pertinent. La crainte d'une possible tyrannie de la minorité en cas de reconnaissance de la désobéissance civile est aussi évoquée. Dans ces conditions, contrairement aux personnes qui manifestent ou aux politiques, une charge supplémentaire incombe aux désobéissants : celle de chercher à discuter, convaincre et identifier les interlocutrices ou interlocuteurs appropriés. La politique est ainsi réduite à l'exercice des relations interindividuelles sans notion de collectivité ou de communauté politique. En d'autres termes, bien que les juges admettent par exemple qu'il est difficile de réguler la place financière qui échappe au contrôle démocratique ou que le fonctionnement médiatique est dominé par

¹³⁵⁶ P. ex. : le fait de subir des discriminations systémiques dans l'accès aux espaces de pouvoirs ou que des forces non institutionnelles influencent les processus de formation de l'opinion populaire sans qu'aucun contrôle ne puisse en être effectué, cf. *infra* 4.III.A.2.

¹³⁵⁷ Notamment : « Appropriation de cabris ».

¹³⁵⁸ Parmi d'autres : « Guerre du Golfe » ; « Tapis humain » ou Tribunal de police de Lausanne, 11 décembre 2020, PE19.005999.

des besoins économiques qui biaisent le traitement de l'information, ils et elles écartent que les actes des désobéissants puissent être en adéquation avec leur but. Une fois encore, le hiatus entre les deux discours est flagrant et l'acception juridique dominante des critères de l'état de nécessité semble s'opposer à une prise en compte des enjeux politiques de la désobéissance civile.

S'agissant ensuite des motifs justificatifs extra-légaux, on peut relever qu'ils n'ont jamais été retenus bien que soulevés dans différents cas. La sauvegarde d'intérêts légitimes est écartée pour des raisons similaires à celles de l'état de nécessité et ici aussi, on constate une réticence à toute extension ou adaptation des catégories existantes. 472

C. La culpabilité

Concernant la troisième étape de l'analyse pénale des actes de désobéissance civile (celle de la culpabilité), l'analyse du corpus de décisions permet d'observer que le caractère honorable des motifs des désobéissants est régulièrement plaidé par leur défense¹³⁵⁹. En revanche, l'application de tels motifs est écartée par les autorités judiciaires à l'exception de rares décisions¹³⁶⁰. La dimension politique ou jugée d'intérêt général que peut revêtir l'action entreprise n'influe en définitive sur le jugement que, et à certaines occasions, dans le cadre de la fixation de la peine. En conséquence, on observe que les revendications des personnes poursuivies ne sont pas un élément atténuant. Au contraire, elles sont même parfois retenues plutôt à charge des désobéissants civils¹³⁶¹. 473

Si le constat de non-atténuation se justifie tout à fait sur le principe, on observe néanmoins que l'analyse opérée à ce titre par les cours est à géométrie variable¹³⁶². Il nous apparaît en effet justifié de ne pas recourir à cette qualification pour distinguer les actes de désobéissance. Dans le cas contraire, on autoriserait alors les tribunaux à juger de la légitimité ou l'honorabilité de telle ou telle revendication politique par rapport à une autre, ce qui serait contraire à la neutralité dont elle doit faire preuve à cet égard. Néanmoins, on 474

¹³⁵⁹ C'est cependant une défense moins récurrente en matière d'actes de blocage, que dans les cas de délit de solidarité.

¹³⁶⁰ Bien que ce point ne soit pas toujours clairement tranché. Un changement de tendance s'observe néanmoins depuis 2021 avec le procès « Block Friday », puis avec la nouvelle décision dans le cas du LAC : Tribunal cantonal vaudois, 6 décembre 2021, PE19.000742, et celles de la ZAD du Mormont, *cf. supra* introduction.

¹³⁶¹ Notamment : Tribunal de police de Genève, 8 novembre 2019, P/8314/2018.

¹³⁶² Voir, en outre, sur les facteurs qui influencent l'évaluation de la culpabilité : KUHN/VUILLE.

ne peut que constater que la marge de manœuvre octroyée par la référence au « sentiment du juge »¹³⁶³ dans l'appréciation de la culpabilité alimente cette tension qui apparaît dans le raisonnement des autorités, que ce soit lorsqu'elles relèvent tout de même que ces actes de désobéissance ne constituent pas des actes de criminalité classique, sans y attacher cependant des conséquences juridiques¹³⁶⁴, ou, à l'inverse, lorsqu'elles soulignent le caractère qu'elles estiment particulièrement problématique de la façon de faire des désobéissants¹³⁶⁵. Ainsi, les critères qui permettent ou non de juger que la culpabilité des auteurs mérite une atténuation ou une aggravation restent flous à la lecture du corpus. En raison de l'inadéquation entre les ressorts politiques de l'action de désobéissants et le sens donné aux catégories juridiques, l'impression qui est donnée est que les juges choisissent des solutions sans garde-fous, afin de tout de même distinguer ces actes des infractions de droit commun. Ces constats permettent de mettre en lumière la dimension de choix présente dans l'acte du juge et l'enjeu de son explicitation¹³⁶⁶. Enfin, relevons que, de manière stratégique et politique, les désobéissants civils octroient une certaine importance à ce qu'on reconnaisse leur cause comme honorable.

D. Sanctions

- 475 Lorsque l'on examine les sanctions prononcées dans ces différents cas, on constate qu'elles se situent majoritairement proches du minimum légal imposé aux juges (peine plancher). Les désobéissantes et désobéissants civils sont condamnés en majorité à des peines pécuniaires, voire des amendes. Ces sanctions sont, lorsque la situation de l'auteur le permet, assorties d'un sursis. Néanmoins, bien que les peines prononcées puissent être considérées comme légères au regard de la typicité des sanctions, il s'agit tout de même de délits qui impliquent une inscription au casier judiciaire¹³⁶⁷. De plus, on remarque

¹³⁶³ Cf. *supra* 1.II.B.3.

¹³⁶⁴ ATF 108 IV 165 (« Tapis humain »); ATF 119 IV 301 (« Guerre du Golfe »); TF, 6B_1056/2013 du 20 août 2014 (« occupation d'une ambassade ») et ATF 127 IV 166 (« journaliste infiltré »).

¹³⁶⁵ Comp. les différents cas d'occupation d'abattoirs : dans l'un la recourante est jugée sincère, ce qui cause une atténuation de sa peine, tandis que dans un autre, ses motivations sont un élément à charge. Tribunal de police de La Côte, 19 novembre 2020 et Tribunal de police de Genève du 8 novembre 2019. En outre, les récentes considérations relatives aux motifs honorables dans les affaires climatiques, *cf. supra*.

¹³⁶⁶ À défaut, les juges risquent en effet d'être injustement suspectés d'arbitraire. Voir en ce sens la mise en garde de KUHN/VUILLE, N 34, qui soulignent la différence entre la dimension humaine de choix à l'œuvre dans un jugement et l'arbitraire. Également *cf. infra* 5.II.B.

¹³⁶⁷ Art. 336 CP.

que la condamnation au paiement des frais de procédure peut représenter une somme importante qui vient s'ajouter au reste de la peine prononcée et exerce, elle aussi, une forme d'effet dissuasif. De même, en présence de dégâts matériels, les dommages et intérêts d'ordre civil outrepassent généralement le montant de la sanction pénale. Enfin, les coûts humains, suscités par la procédure ou en marge de celle-ci, restent élevés¹³⁶⁸. Ces différents éléments pris dans leur ensemble augmentent le coût d'engagement que représente le choix de la désobéissance civile comme mode d'action pour ses acteurs. Ainsi, on peut constater que le passage par la procédure pénale, la quasi-certitude d'une condamnation, l'inscription au casier judiciaire, ainsi que la sanction (même jugée légère en comparaison des maxima pénaux potentiels) et la condamnation aux frais qui s'en suivent, sont des éléments de nature à influencer le choix stratégique du recours à la désobéissance civile pour les militants et militantes et affecter durablement leurs trajectoires¹³⁶⁹.

Sous l'angle de l'art. 52 CP, on constate néanmoins que les cours restent peu enclines à admettre des cas de faibles gravités, quand bien même on a vu que certaines autorités semblaient reconnaître un caractère particulier aux actes de désobéissance civile en comparaison avec des infractions de droit commun. La crainte exprimée par les juges d'une généralisation excessive de la désobéissance civile en cas de non-sanction constitue le motif explicatif le plus mobilisé. 476

On retient en outre de la lecture du corpus que la proportionnalité de la sanction prononcée est l'élément déterminant aux yeux de la CourEDH pour déterminer si une restriction des libertés fondamentales des désobéissants civils est acceptable. 477

E. Les droits fondamentaux

En plus des remarques relatives à l'analyse de la typicité pénale, la présentation du corpus permet d'observer que les désobéissants civils invoquent dans plus de la moitié des cas avoir agi en application de l'une de leurs libertés fondamentales. Les libertés les plus souvent mobilisées sont celles d'expression et de réunion. Cette défense est cependant peu suivie et 478

¹³⁶⁸ Notamment l'exemple de MIRRA, victime d'une campagne de harcèlement en ligne à la suite de son passage au tribunal.

¹³⁶⁹ En conséquence, la crainte d'une généralisation abusive de ce mode d'action et la nécessité invoquée de sanctionner plus lourdement les désobéissants apparaissent inutiles. En l'état, on ne peut raisonnablement partir du principe que le coût de l'engagement des désobéissants est léger.

l'analyse de leurs libertés à proprement parler n'est souvent que sommaire dans les jugements nationaux¹³⁷⁰. On constate également que le champ de protection offert par les libertés fondamentales diverge de celui attendu par les désobéissants, révélant une fois de plus un hiatus interprétatif entre juristes et activistes¹³⁷¹. En revanche, en comparant les arrêts nationaux aux arrêts de la CourEDH, notamment au sujet de la liberté de manifester, on constate un niveau de divergence supplémentaire. En effet, les tribunaux suisses effectuent en la matière une réduction de raisonnement lorsqu'ils considèrent que l'illicéité d'une manifestation découle de sa non-autorisation ou qu'elle présente un caractère violent en déduction de cette illicéité, sans tenir compte de son caractère pacifique. À cet égard, on peut se demander si la manière dont le raisonnement pénal est opéré par l'autorité est conforme à la théorie des libertés fondamentales et la jurisprudence de la CourEDH.

479 Un autre enjeu lié à l'application des droits fondamentaux a trait à l'inversion paradigmatique qui est opérée entre les deux champs (pénal et constitutionnel). Dans une analyse constitutionnelle, l'acte protégé – dans notre corpus, par exemple le « sit-in » ou le blocage pacifique – l'est *a priori* en vertu de la liberté de réunion¹³⁷². Il appartient alors à l'État de justifier une restriction à son exercice – l'intervention pénale et la sanction – et de prouver que son ingérence répond aux conditions de l'art. 36 Cst. féd. Or, pour ces actions, le raisonnement pénal est inverse dans le corpus. Le juge constate que ces actes – le « sit-in » ou le blocage – constituent des infractions pénales et en infère qu'une condamnation est admissible. En d'autres termes, l'existence d'une infraction pénale justifie une restriction et c'est ensuite au prévenu de se défendre, s'il le souhaite, au moyen de ses droits fondamentaux. Ici, la restriction est donc *a priori* considérée comme justifiée. Le paradigme de départ de l'analyse est différent pour des actes similaires selon qu'ils sont appréhendés sous la loupe pénale ou constitutionnelle¹³⁷³.

480 Ce constat est renforcé lorsque l'on compare la jurisprudence nationale à l'approche de la CourEDH. En effet, on observe que l'art. 36 Cst. féd. ne fait l'objet d'aucune mention explicite, quand bien même dans neuf des décisions du corpus le juge pénal constate que l'application des droits fondamentaux fait

¹³⁷⁰ À tout le moins jusqu'en 2021, année à laquelle à la suite des jugements du TF rejetant l'application de l'état de nécessité, la défense des activistes s'est recentrée sur les libertés fondamentales des désobéissants civils.

¹³⁷¹ On constate cela notamment s'agissant de la possibilité de protester dans des locaux d'autrui ou d'agir pour préserver les droits d'autrui.

¹³⁷² Cf. KÄLIN, p. 244 et KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 330 ; STAMENKOVIC/STRAWISKI, p. 105, GENTON/FAVROD-COUNE, p. 623 ss, en doctrine juridique de la désobéissance civile, soulignent aussi ces enjeux paradigmatiques.

¹³⁷³ À cet égard, voir p. ex. : ATF 147 I 371 au sujet des activistes du climat à Bâle.

aussi partie de son rôle, signe que l'analyse des conditions de restrictions est érudite¹³⁷⁴. Sur ce point l'analyse de la jurisprudence de la CourEDH illustre cette différence. On retrouve alors le problème soulevé plus haut : la tendance à réduire le raisonnement pénal à un strict examen de l'illicéité *prima facie*¹³⁷⁵. Cette approche est d'ailleurs explicitement assumée dans cinq décisions de notre corpus dans lesquelles les autorités judiciaires considèrent que leur rôle est avant tout d'appliquer la loi (pénale), ce qui semble exclure une réflexion plus large sur le droit, notamment les droits constitutionnels des prévenus¹³⁷⁶. À l'appui de cet argument, on observe un discours de justification qui est avant tout construit sur des craintes pour l'État de droit d'une tolérance des actes de désobéissance civile. Dès lors, on peut donc constater qu'une des pistes à arpenter pour la suite de notre réflexion pour une reconnaissance de la désobéissance civile et ses enjeux en droit se situe dans l'articulation des droits fondamentaux en droit pénal¹³⁷⁷.

À la lecture du corpus en lien avec la présence des droits fondamentaux, une dernière remarque concerne la prise en considération des libertés fondamentales d'autrui dans l'argumentation juridique pénale. Il convient ici de nuancer nos observations qui diffèrent selon que l'on considère les actions de blocage ou les actes de délit de solidarité. 481

En matière d'action de blocage, les droits d'autrui sont souvent invoqués par l'autorité¹³⁷⁸. Lorsque l'autorité évalue la proportionnalité, elle leur offre une large place¹³⁷⁹. Ici, ce que révèle la lecture des arrêts du corpus est que la portée passive des libertés fondamentales d'autrui semble peser plus fortement dans la balance que la portée active de ces dernières quand il s'agit des prévenus. Par exemple, il est tenu compte assez largement de l'ingérence dans la liberté de mouvement et personnelle des automobilistes « coincés » dans 482

¹³⁷⁴ ATF 119 IV 301 (« Guerre du Golfe ») ; ATF 129 IV 6 (« Greenpeace ») ; 134 IV 216 (« SIB ») ; TF, 6B_793/2008 du 24 mars 2009 (« bocage de pont ») ; TF, 6B_1056/2013 du 20 août 2014 ; affaires du « Lausanne Action Climat » ; « Block Friday » ; « Procès des 200 » et « XR Neuchâtel ».

¹³⁷⁵ Distinction pourtant présente dans la doctrine juridique de la désobéissance civile, cf. *supra* 1.IV.

¹³⁷⁶ Avis de droit de l'OFJ du 4 novembre 1985 ; ATF 146 IV 297 (« LANZ ») et les affaires concernant MIRRA. Nous y reviendrons *infra*.

¹³⁷⁷ Cf. *infra* 4.III.A.

¹³⁷⁸ ATF 101 IV 167 (« HIRSCHY ») ; ATF 108 IV 165 (« Tapis humain ») ; ATF 119 IV 301 (« Guerre du Golfe ») ; ATF 129 IV 6 (« Greenpeace ») ; ATF 134 IV 216 (« SIB ») ; les différentes décisions du « Lausanne Action Climat » ; les décisions dans l'affaire des « Mains rouges » et Tribunal de police de La Côte du 19 novembre 2020.

¹³⁷⁹ ATF 108 IV 165 (« Tapis humain ») ; ATF 119 IV 301 (« Guerre du Golfe ») ; ATF 129 IV 6 (« Greenpeace ») ; ATF 134 IV 216 (« SIB ») et les différentes décisions du « Lausanne Action Climat ».

leur voiture, mais finalement assez peu du fait que, par leur acte, les désobéissants font exercice de leur liberté de réunion et ou d'expression¹³⁸⁰. La maxime qui veut que les libertés d'une personne n'aient de limites que celle de l'exercice des libertés d'autrui¹³⁸¹ – explicitement convoquée dans la décision du Tribunal de police de La Côte du 20 décembre 2018 – ne semble donc s'appliquer qu'unidirectionnellement. En effet, à l'inverse, la dimension constitutionnelle des actes des désobéissants est évincée par l'illicéité présumée de leurs actes. En d'autres termes, il existe une forme de confusion entre la pesée des intérêts abstraite, telle qu'effectuée par le législateur qui choisit d'incriminer tel ou tel comportement, et la pesée des intérêts concrète qui doit être effectuée dans le cas par les juges, puisque ces derniers semblent se contenter de reprendre les mêmes critères abstraits que le législateur pour justifier la solution d'espèce¹³⁸². Devant la CourEDH, le constat est similaire¹³⁸³.

- 483 En matière d'actes de délit de solidarité, on observe une tendance inverse : ce sont alors les désobéissants civils qui cherchent à visibiliser et mettre en avant les libertés d'autrui menacées par l'application du droit d'asile ou des étrangers. Cependant, dans ces cas de figure, la prise en compte des libertés d'autrui est écartée comme ne relevant pas de la compétence des juges pénaux¹³⁸⁴.

¹³⁸⁰ ATF 119 IV 301 (« Guerre du Golfe »). Constat qui tend également à confirmer le besoin d'une réelle théorie de l'articulation des droits fondamentaux et du droit pénal. Cf. *infra* 4.III.A.

¹³⁸¹ Cf. *infra*. 5.III.2.

¹³⁸² Par exemple, lorsque le législateur effectue une articulation abstraite des intérêts entre la liberté d'expression et l'interdiction de la discrimination qui le conduit à estimer qu'il convient d'incriminer une infraction de discrimination raciale (art. 261 bis CP), cette pesée des intérêts ne dispense pas le ou la juge de devoir à nouveau effectuer une mise en balance des intérêts dans le cas d'espèce en fonction des circonstances. Or, dans cette nouvelle pesée des intérêts *in concreto*, le choix du législateur se retrouve pour examiner la base légale nécessaire à la restriction de la liberté d'expression sous l'angle de l'art. 36 Cst. féd., mais ne préjuge pas du résultat de l'examen de la proportionnalité. Les intérêts du prévenu et des circonstances particulières pourraient dans certains cas plaider en faveur d'un résultat différent qui laisse place à des motifs justificatifs.

¹³⁸³ Ainsi, faire jouer un rôle orchestré à autrui est un comportement fermement condamné. Cf. ATF 108 IV 165.

¹³⁸⁴ Comparer ATF 146 IV 297 et l'affaire de MIRRA (délict de solidarité).

F. Remarques liées à l'activité juridictionnelle

Les éléments qui témoignent de la nature controversée de certaines notions juridiques méritent encore d'être soulignés. En effet, on observe que, si les chefs d'inculpation sont maintenus d'une autorité à l'autre, l'appréciation relative aux moyens justificatifs et à la culpabilité varie de manière importante. Ainsi, une condamnation en première instance n'implique pas une absence de chances de succès sur recours et inversement. Ce constat, peu surprenant *a priori*, peut constituer un élément stratégique pour les désobéissants civils dans leurs choix de leur mode d'action et la construction de leur défense. Par ailleurs, il illustre et rappelle que l'application du droit ne se limite pas à la lecture du texte de la loi, puisque, face à une même procédure, les interprétations peuvent mener à des résultats allant jusqu'à être diamétralement opposés¹³⁸⁵. On peut aussi observer que la poursuite des procédures n'est pas toujours une volonté des activistes qui souhaitent en faire un procès politique, mais intervient aussi à l'initiative de l'accusation pénale qui recourt contre des verdicts jugés trop cléments.

Relevons encore que, dans leur raisonnement, les différentes autorités mobilisent régulièrement la jurisprudence rendue dans des actions jugées similaires et traitées antérieurement. Elles dessinent ainsi une forme de continuité matérielle entre les différentes décisions qui forment notre corpus, en particulier en matière de blocage. Les décisions visent ainsi explicitement à s'inscrire dans des logiques de similarités ou de distinctions par rapport aux affaires précédentes¹³⁸⁶. Le recours à l'analogie est sur ces points courant et admis. Il témoigne d'un exercice possible d'une forme de pouvoir interprétatif du juge. Ainsi, la Haute Cour considère que relèvent d'une logique similaire les actions entreprises dans les affaires « HIRSCHY », « Conseil de faculté », « Greenpeace » et dans l'avis de droit de l'OFJ du 4 novembre 1985¹³⁸⁷. Elle semble par ailleurs trouver des similarités entre ces cas et les actions

¹³⁸⁵ L'affaire du « Lausanne Action Climat » et celle des « Mains rouges » en sont les plus emblématiques. Cf. *infra* 5.III.B.

¹³⁸⁶ ATF 107 IV 133 (« Conseil de faculté »); ATF 119 IV 301 (« Guerre du Golfe »); ATF 134 IV 216 (« SIB »); TF, 6B_793/2008 du 24 mars 2009 (« Blocage d'un pont »); TF, 6B_214/2011 du 13 septembre 2011, les décisions relatives à l'appropriation des cabris, Tribunal de police de Genève du 8 novembre 2019, les différentes décisions dans l'affaire du « Lausanne Action Climat »; des « Mains rouges » et Tribunal de police de La Côte du 19 novembre 2020.

¹³⁸⁷ Cf. *supra* 3.III.

d'opposition plus partisans où des personnes s'opposant au régime politique sont condamnées et poursuivies dans leur État¹³⁸⁸.

- 486 En matière d'actes de blocages, cette mise en relation des cas renforce, à notre sens, l'hypothèse selon laquelle les cours reconnaissent que ces affaires présentent des caractéristiques qui les distinguent d'infractions du même type de droit commun. Cependant, en matière de délit de solidarité, ce rapport à l'analogie est moins évident. En effet, si l'autorité va jusqu'à s'intéresser à la jurisprudence française lorsqu'il s'agit d'étayer son raisonnement de condamnation, elle ne juge pas utile d'y recourir à un stade ultérieur lorsque cette jurisprudence a été infirmée et remplacée dans le sens d'un acquittement. Les différents cas ne sont pas mis en relations¹³⁸⁹.
- 487 De manière générale également, on peut constater que les sources issues du droit international ou la jurisprudence de la CourEDH ne sont que peu mobilisées en droit interne. Les tribunaux se cantonnent à l'analyse de la loi pénale uniquement. Les activistes, quant à eux, mobilisent abondamment les cas issus d'autres juridictions à l'appui de leur défense¹³⁹⁰. La CourEDH, quant à elle, sans pour autant développer une notion de désobéissance civile, met également en rapport certains de ces arrêts en les liant par un rapport d'analogie.
- 488 Enfin, relevons que les autorités judiciaires invoquent régulièrement des arguments relevant de la séparation des pouvoirs ou l'organisation des différents pouvoirs afin de guider leur raisonnement de rejet de la désobéissance civile. En outre, l'examen du corpus mène au constat que les arguments de type sociopolitique soulevés par les désobéissants civils ne sont que peu appréhendés, à défaut de catégories pour les transposer dans le raisonnement judiciaire¹³⁹¹.

¹³⁸⁸ Par exemple : CourEDH, affaire *Murat Vural c. Turquie* du 21 octobre 2014, n° 9540/07 et CourEDH, affaire *Taranenko c. Russie* du 15 mai 2014, n°19554/05.

¹³⁸⁹ Cf. les décisions dans le cas de « MIRRA » ou « LANZ ».

¹³⁹⁰ P. ex. : Cour Suprême des Pays-Bas, affaire *Fondation Urgenda c. Pays-Bas*, 20 décembre 2019, n° 200.178.245/01 (cf. *infra* 4.III.A.2.). Argument plaidé notamment dans le procès du « Lausanne Action Climat », BETTEX ET ALI., p. 119 ss.

¹³⁹¹ Cf. *infra* 5.III.B.

III. Les limites du traitement judiciaire : analyse et application du droit à la désobéissance civile

Dans cette partie, nous nous intéressons aux enjeux relevant de l'application du droit pénal et constitutionnel dans son ensemble aux cas de désobéissance civile, afin d'analyser et commenter certaines des observations de la section précédente. La finalité de ce processus reste de « tamiser » les différents éléments pouvant servir à l'identification des figures juridiques pertinentes et appropriées pour qualifier la désobéissance civile en droit, mais aussi de porter un regard critique sur le traitement judiciaire de ces affaires. 489

Pour des questions méthodologiques de présentation¹³⁹², nous opérerons une distinction entre deux types d'enjeux présents dans les cas de notre corpus : la désobéissance civile constitutionnelle (« en application de ») et la désobéissance civile politique (« au nom de »)¹³⁹³. 490

Dans la section relative à ce que nous nommerons la désobéissance civile constitutionnelle¹³⁹⁴ (« en application de »), nous nous prononcerons sur le traitement et les solutions apportés par les cours aux actes de désobéissance civile sous l'angle des droits fondamentaux, puis de l'état de nécessité et, dans une certaine mesure, des autres faits justificatifs pénaux (A.). L'application du droit aux actes de désobéissance civile vise avant tout à déterminer s'il est possible de justifier l'action et à quelles conditions. Cela nous permettra de confronter le traitement judiciaire aux différents éléments théoriques mis en lumière au chapitre 1 et examiner cette application. Nous pourrions alors également écarter ou retenir certaines des catégories sélectionnées *prima facie*¹³⁹⁵. En particulier, nous commencerons par examiner l'articulation (ou son manque) du droit pénal et des libertés fondamentales dans les cas d'actes matériels de désobéissance civile (1.a.). Puis, nous examinerons si la désobéissance civile peut être considérée comme un exercice de la liberté d'expression ou de réunion de ses auteurs, en lien avec la jurisprudence conventionnelle notamment (1.b. et 1.c.) Nous nous prononcerons également 491

¹³⁹² Bien qu'en pratique, dans les décisions, cette distinction ne soit pas effectuée et que les niveaux argumentatifs se mélangent.

¹³⁹³ Cf. *supra* 4.I.

¹³⁹⁴ Le terme permet d'insister sur la dimension « internaliste » au droit de l'analyse. Il met également l'accent sur la dimension d'exercice des libertés fondamentales de la désobéissance civile.

¹³⁹⁵ Cf. *supra* 1.II.

sur l'application des motifs justificatifs pénaux au travers de l'état de nécessité (2.).

- 492 S'agissant de la désobéissance civile politique (« au nom de »), nous porterons notre examen sur la dimension d'appel au droit présente dans les différentes affaires, afin de déterminer s'il peut être accueilli dans le cadre des catégories juridiques existantes par les juges (B.). Cet aspect ne vise pas nécessairement à justifier juridiquement l'acte des désobéissants (« en application de »), mais à considérer sa « finalité longue » pour le droit¹³⁹⁶. Ainsi, nous nous intéresserons à l'ouverture du droit pénal à l'interprétation dynamique des droits fondamentaux (1.), mais aussi au contrôle de constitutionnalité (2.) et aux recours corporatifs (3.). Enfin, nous concluons sur l'exemple des débats entourant la nature du droit à un environnement sain dans les causes de désobéissance civile climatique (4.).

A. La désobéissance civile constitutionnelle

1. La désobéissance civile « en application » des droits fondamentaux

- 493 Lors de l'analyse du corpus, nous avons pu constater que les désobéissants civils et leur défense mobilisent dans les procès les libertés fondamentales¹³⁹⁷. Elles et ils estiment que ceux-ci offrent à leurs actions une protection digne de considération. Il s'agit ici de soumettre ces griefs à un examen approfondi, afin de déterminer si leurs actes sont effectivement couverts par le champ d'application de ces libertés fondamentales et si, cas échéant, l'analyse de ces libertés pourrait ou devrait conduire à une justification des actes de désobéissance civile dans les cas pénaux. Cela nous permettra de confronter le traitement de ces affaires avec la jurisprudence de la CourEDH.
- 494 Pour rappel, les observations préliminaires sur le corpus montrent une tendance générale au rejet de l'application des droits fondamentaux à ces actes, ainsi qu'un recours peu fréquent à la jurisprudence de la CourEDH dans

¹³⁹⁶ Nous empruntons ce concept à Paul RICEUR qui distingue la justice comme résultat de la justice comme processus. Le résultat vise à apporter une solution au cas d'espèce, tandis que le processus a trait au rôle plus global du droit dans la poursuite et le maintien de la cohésion sociale. Cf. RICEUR, p. 10. C'est pour cette raison que nous parlerons de désobéissance civile « politique » afin de mettre l'accent sur la dimension dynamique et de *lege ferenda* de la désobéissance civile « au nom de », qui nous dit néanmoins quelque chose du droit et qui vise des enjeux de justice.

¹³⁹⁷ Cf. *supra* 4.II.E.

les jugements. L'enjeu d'effectuer cet examen approfondi relève ainsi également d'un intérêt pour le contrôle de l'effectivité de la protection et de la mise en œuvre des droits fondamentaux face à des actions de désobéissance civile. De manière plus globale et en lien avec notre problématique, une telle analyse nous est également nécessaire afin de discriminer et identifier parmi les catégories de libertés fondamentales sélectionnées *prima facie* au chapitre 1 si certaines pourraient être adaptées à une conceptualisation de ces actions dans le cadre du droit existant. L'analyse nous permettra donc de continuer à « resserrer l'entonnoir » des catégories disponibles en vue d'effectuer des propositions en ce sens dans les chapitres suivants. Nous commencerons par écarter les libertés non pertinentes, puis examinerons les effets de la liberté d'expression et de réunion.

Nous avons constaté que les droits invoqués par les acteurs de la désobéissance civile relèvent tant de la liberté d'expression et d'opinion, que du droit à la vie, et de la liberté de réunion¹³⁹⁸. En conséquence, peuvent être écartées de nos catégories *prima facie* la liberté de conscience et de croyance et la liberté personnelle. Trois constats préliminaires peuvent donc être posés.

1) S'agissant de la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst. féd.), elle n'a pas été examinée devant les autorités judiciaires, quand bien même une partie de la doctrine effectue pourtant un rapprochement entre ce droit et la désobéissance civile¹³⁹⁹. Ainsi, la confusion entre désobéissance civile et objection de conscience n'apparaît pas au niveau de l'analyse judiciaire. En conséquence, le juge ou la juge ne s'aventure pas sur la piste de déterminer si les actions des désobéissants civils sont motivées par des convictions philosophiques ou morales dignes de protection au sens de la loi (art. 15 al. 2 Cst. féd.). L'analyse des juges dans les cas de notre corpus ne se focalise donc pas sur le contenu de l'expression des désobéissants, analyse qui s'avérerait au demeurant fort périlleuse au regard du devoir de neutralité de l'État vis-à-vis des convictions des individus¹⁴⁰⁰. Ainsi, au vu des précédentes distinctions théoriques effectuées entre objection de conscience et désobéissance civile, mais aussi de ce constat pratique, nous pouvons écarter définitivement le recours à cette liberté à des fins de catégorisation de la désobéissance civile¹⁴⁰¹. Cette élimination est d'autant plus heureuse qu'elle

¹³⁹⁸ Cf. *supra* 4.II.E.

¹³⁹⁹ Bien que la proximité entre devoir moral d'agir ou conviction est présente dans certaines décisions, voir not. Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018. Pour la position de la doctrine, cf. *supra* 1.IV. EHRENZELLER, HILTI et KÜHLER (Gewissenfreiheit).

¹⁴⁰⁰ Il en va de même lorsqu'il s'agit de se prononcer sur « l'honorabilité » des motifs des désobéissants dans le cadre de l'art. 48 CP. Cf. *supra* 4.II.C.

¹⁴⁰¹ Ce qui soutient par ailleurs l'exclusion de cette catégorie déjà au regard de la définition de la désobéissance civile, *supra* 2.IV.

cesse d'entretenir une fausse proximité avec l'objection de conscience. Elle n'exclut pas, par ailleurs, l'examen sous l'angle de la liberté d'expression, *lex generalis* vis-à-vis de la liberté de croyance.

- 497 2) Concernant le droit à la vie (art. 10 al. 1 Cst. féd.) et, subsidiairement, à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst. féd.), une difficulté émerge liée au champ d'application de cette disposition. En effet, l'acception majoritaire donnée au droit à la vie ne concorde pas avec le sens que lui accordent les désobéissants civils, notamment en raison de la non-reconnaissance dans l'ordre juridique suisse d'un droit à un environnement sain ayant une portée juridique propre¹⁴⁰². En outre, dans les causes ne faisant pas intervenir une menace sur l'environnement, et donc *a fortiori* sur la vie des prévenus, le lien avec la protection de la vie est écarté avec encore moins de difficulté par les autorités, puisque l'acte est avant tout commis pour protéger des droits d'autrui, non inclus dans le champ de protection de ces dispositions.
- 498 Dans ce contexte, l'art. 10 Cst. féd. n'offre donc pas une protection des actes de désobéissance civile dans la diversité des contextes où ils peuvent intervenir. Son champ de protection apparaît inadapté à la réalité de ce mode d'action, puisqu'il protège contre des actes qui menacent directement l'existence d'un individu en particulier et que sa portée est avant tout défensive. Ainsi, ces éléments rendent peu favorable son application au contexte des désobéissants civils, qui agissent afin de dénoncer ou prévenir des menaces pour une collectivité, dont ils peuvent faire partie, et parfois sans que l'enjeu soit la vie d'autrui, mais plutôt des problématiques plus larges de justice sociale et de discrimination systémique. Les discussions et difficultés qui prévalent à ce sujet sont abondamment illustrées dans les cas des désobéissants climatiques au travers de l'analyse liée à l'admissibilité d'un danger imminent et d'un bien juridique individuel à protéger¹⁴⁰³.
- 499 Enfin, le caractère absolu de la protection de l'art. 10 al. 1 Cst. féd. constitue un élément s'ajoutant à la réticence des juges à son application aux cas de désobéissance civile. Le seuil de gravité à atteindre pour qu'un acte soit considéré comme relevant de la protection du droit à la vie est en effet élevé¹⁴⁰⁴.
- 500 Néanmoins, la mobilisation de ce grief dans le discours des désobéissants revêt une portée politique et stratégique qu'il convient de relever et qui nous

¹⁴⁰² Cf. *infra* 4.III.B.4.

¹⁴⁰³ Nous y reviendrons, cf. *infra* 4.III.A.2. Voir en particulier les jugements du « Lausanne Action Climat », des « Mains rouges », de « Block Friday » et « Greenpeace ».

¹⁴⁰⁴ Cf. *supra* 1.II.A.2. et CR Cst.–HERTIG RANDALL/MARQUIS, art. 10, N 30.

intéressera sous l'angle de la désobéissance civile « au nom de »¹⁴⁰⁵. Par cet usage qui relève du contentieux stratégique, les désobéissants civils tentent de déplacer les jalons du débat juridique et lui donner un nouveau cadre interprétatif. Ce sont des arguments qui visent surtout à visibiliser leur cause et mobiliser l'opinion publique, plutôt que servir leur défense dans une optique légaliste¹⁴⁰⁶. En conséquence et dans le cadre d'une analyse « en application de », le droit à la vie apparaît inapproprié pour catégoriser la désobéissance civile. Il peut donc également être écarté de nos hypothèses.

3) Les deux autres libertés mobilisées et identifiées *prima facie* sont la liberté d'expression et la liberté de réunion. Nous leur consacrerons le reste de cette section. Relevons en outre que c'est sous l'angle de ces deux libertés que les affaires de désobéissance civile sont examinées par la CourEDH. 501

4) Afin de pouvoir nous déterminer sur l'application de ces deux libertés, il convient encore d'approfondir le constat préalable selon lequel les droits fondamentaux sont articulés de manière déficiente dans les causes pénales. Ce constat de carence d'articulation valant de manière générale, il convient d'en traiter en amont, puisqu'il s'applique ensuite aux deux libertés considérées séparément. 502

a. Un besoin général d'articulation du droit pénal et des droits constitutionnels

Une des observations découlant de l'analyse des décisions rendues dans des cas de désobéissance civile a trait à l'existence d'un manque d'analyse devant les juridictions pénales des dimensions constitutionnelles (liberté fondamentale) des actes en cause. L'analyse des conflits de droits et la pondération des libertés sont souvent peu développées, non systématisées, parfois non assumées ou encore simplement absentes de la motivation. C'est cet angle mort en termes de méthodologie d'application des libertés fondamentales dans les cas pénaux, voire cette carence d'articulation, que nous souhaitons approfondir dans cette section. En effet, ce défaut paraît questionnable sous l'angle de la mise en œuvre de ces libertés, de la 503

¹⁴⁰⁵ Cf. *infra* 4.III.B.4.

¹⁴⁰⁶ AGRIKOLIANSKY, p. 227, qui décrit cette manière de procéder comme des usages « profanes » du droit qui témoignent d'une forme de « jujitsu symbolique » mis en œuvre par les acteurs sociaux qui tentent de retourner certains droits contre d'autres. Il considère ce type de pratique comme centrale pour l'étude des « usages subversifs du droit ». À titre d'exemple on peut mentionner la revendication des activistes d'avoir agi par « état de nécessité » dans le cas « Occupation d'une église » mentionné plus haut, JAAC 1986 n°5, p. 53, c. 4.4. Pour le surplus, cf. *infra* 4.III.B.

motivation des décisions, ainsi que plus globalement de la cohérence du système juridique. En d'autres termes, nous nous poserons la question de savoir si l'on peut réellement se satisfaire de l'explication : « en droit pénal, il n'est pas possible de ne pas appliquer la législation en vigueur même au nom des droits de l'homme »¹⁴⁰⁷ comme l'affirme la juridiction de première instance de Bellinzone face à la militante MIRRA. Cet argument suffit-il pour justifier que les magistrats et magistrates se soustraient à une analyse de conformité de la loi pénale aux droits fondamentaux ?

- 504 Afin de répondre à ces questions, commençons par rappeler que le contrôle du respect des droits fondamentaux, et donc l'exercice de la juridiction constitutionnelle, est exercé en Suisse selon le modèle d'un contrôle diffus, dit contrôle préjudiciel général¹⁴⁰⁸. En conséquence, toutes les autorités judiciaires, indépendamment de leur niveau et de leurs compétences, sont tenues de veiller au respect de la Constitution et à son interprétation, *a fortiori* en matière de respect des libertés fondamentales. Le TF est ainsi la dernière instance chargée de ce contrôle, mais ne détient pas de monopole en la matière. Il incombe premièrement au législateur de consacrer la protection de ces libertés et d'en tenir compte dans son activité. Néanmoins, la mise en œuvre de ces droits et libertés n'est pas épuisée par son activité. Les autorités judiciaires interviennent afin de veiller à leur prolongement dans la pratique¹⁴⁰⁹. Ainsi, c'est par l'activité du juge ou de la juge que les droits fondamentaux deviennent « tangibles »¹⁴¹⁰. À cette répartition fonctionnelle des compétences de mise en œuvre des droits fondamentaux, s'ajoute une organisation hiérarchique des différentes sources du droit, dominées par la Constitution¹⁴¹¹. En conséquence, les droits consacrés en son sein priment sur les actes législatifs inférieurs, avec une exception, celle de l'art. 190 Cst. féd. qui exclut du contrôle de constitutionnalité les lois fédérales¹⁴¹². Dès lors, on peut retenir que les autorités pénales, au même titre que les autres juridictions, sont non seulement aptes, mais tenues de s'interroger sur le respect de la constitutionnalité des solutions apportées dans les litiges qui leur sont soumis.

¹⁴⁰⁷ Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, c. 8.

¹⁴⁰⁸ Éléments rattachés aux art. 5 et 190 Cst. féd. Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1885.

¹⁴⁰⁹ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 35, N 8 et 27.

¹⁴¹⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 10.

¹⁴¹¹ Cf. *infra* 5.III.A.

¹⁴¹² Cf. *infra* 4.III.B.1.

(i) *Les conflits de droits et libertés*

En conséquence, que pouvons-nous dire de l'affirmation du juge selon laquelle l'autorité judiciaire pénale ne peut refuser d'appliquer la loi au nom des droits fondamentaux ? Il s'agit de prendre cette déclaration au sérieux afin de déterminer ce à quoi elle se réfère, pour y répondre. En effet, si les juges exercent un contrôle diffus, existe-t-il des particularités en droit pénal ? À ce propos, de nouvelles clarifications s'imposent. Nous examinerons en conséquence les enjeux des conflits de droits et libertés en droit pénal. 505

En effet, la théorie classique des différentes libertés fondamentales admet et constate que les différentes libertés peuvent, dans les cas d'espèce, tout à la fois se recouper, se compléter ou s'opposer les unes aux autres, créant des situations de concurrence ou de conflit de libertés fondamentales¹⁴¹³. À un premier niveau abstrait, ces cas de conflit ou de concurrence de libertés sont pris en compte, en amont, par le législateur. Cependant, ils ressurgissent dans les cas d'espèce, laissant alors le soin aux juges de les arbitrer¹⁴¹⁴. Comme il n'existe pas de hiérarchie entre ces différentes libertés de même rang, à l'exception de la consécration du caractère absolu de certains droits fondamentaux¹⁴¹⁵, l'autorité judiciaire devra préserver une unité entre ces différentes libertés. Ainsi, il ne sera nullement possible de fixer *a priori* que les libertés à caractère idéal (par exemple : la liberté d'expression) doivent primer sur les libertés matérielles (par exemple : la garantie de la propriété)¹⁴¹⁶ ou inversement. C'est donc ponctuellement seulement qu'une priorité pourra être constatée en lien avec des situations d'espèces. 506

À titre d'illustration, on peut rappeler que de tels conflits sont légion en droit pénal, notamment lorsqu'il s'agit de considérer l'articulation entre la liberté d'expression et les infractions contre l'honneur¹⁴¹⁷, au droit pénal d'asile et au 507

¹⁴¹³ SGK BV–SCHWEIZER, Vorbemerkungen zu Art. 7-36, N 13 ; CR Cst.–DUBEY, art. 36, N 68.

À son sens, il y a conflit de droits fondamentaux : « lorsque l'exercice d'un droit fondamental par une personne (voir la concrétisation d'un tel droit par une autorité à travers la poursuite d'un intérêt public) se heurte à l'exercice d'un ou de plusieurs autres droits fondamentaux par une autre personne ».

¹⁴¹⁴ SGK BV–SCHWEIZER, Vorbemerkungen zu Art. 7-36, N 13 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 129.

¹⁴¹⁵ P. ex.: la dignité humaine, cf. TSCHENTSCHER, N 14.

¹⁴¹⁶ TSCHENTSCHER, N 18 et 19. Dans ce cas de figure, TSCHENTSCHER observe que lorsque l'exercice d'une liberté idéale permet de remplir une fonction démocratique, les autorités ont tendance à lui accorder la priorité. Il considère ainsi qu'en cas de conflit et selon les circonstances du cas, la liberté d'association pourrait par exemple primer sur les intérêts économiques d'un magasin dont l'activité serait atteinte par un rassemblement.

¹⁴¹⁷ BEGUM, p. 201.

droit à la vie privée et familiale des prévenus¹⁴¹⁸, ou entre la liberté personnelle des parents et l'interdiction des châtimens corporels¹⁴¹⁹. Les situations de conflits peuvent ainsi mener à ce que soit justifiée ou non une restriction d'une liberté fondamentale au détriment d'une autre, y compris lorsque les obligations de protection de l'une ou l'autre de ces libertés incombant à l'État ont conduit le législateur à incriminer sous forme d'infraction pénale certains comportements¹⁴²⁰. À cet égard, les actes de désobéissance civile constituent des illustrations de tels conflits de libertés¹⁴²¹. Par leur acte, les désobéissants causent un empiétement sur les libertés d'autrui, dont la protection est concrétisée sous la forme d'une infraction pénale, tout en agissant dans la plupart des cas en exercice de leurs propres libertés fondamentales, qui elles aussi sont protégées¹⁴²².

- 508 Or, l'existence d'une protection accrue de certains droits à travers l'édiction d'une infraction pénale ne résume pas l'entièreté de l'analyse à effectuer pour arbitrer ces conflits. En effet, elle ne saurait exempter le juge ou la juge des autres étapes de l'analyse des conditions de restriction des libertés en jeu. L'existence d'une infraction pénale implique uniquement que l'une des libertés se voit octroyer une protection renforcée en raison de l'incrimination légale de sa violation. Autrement dit, l'existence d'une base légale justifiant la restriction ne préjuge pas du respect des autres conditions de restrictions (intérêt public et proportionnalité)¹⁴²³. Elle ne constitue que l'une des étapes du raisonnement.
- 509 Face à de tels conflits, les juges sont tenus d'appliquer les art. 35 et 36 Cst. féd., qui prévoient les conditions générales auxquelles les droits fondamentaux peuvent faire l'objet de restrictions, ainsi que le principe d'interprétation conforme à la Constitution (et aux droits fondamentaux).
- 510 1) Ainsi, l'admissibilité d'une restriction à un droit fondamental doit être analysée par l'autorité sous l'angle de l'art. 36 Cst. féd. Cette disposition prévoit que, pour être justifiée, une telle restriction doit être prévue par une base légale, répondre à un intérêt public et être proportionnée. Cette analyse

¹⁴¹⁸ CORBAZ, p. 385.

¹⁴¹⁹ SCHMIDT, p. 645 ss.

¹⁴²⁰ Pour le dire avec les mots de DUBEY, « le conflit entre deux droits fondamentaux occasionne par principe une déformation de leurs deux domaines de protection entrant en collision », CR Cst.–DUBEY, art. 36, N 69. Cf. à ce sujet, *supra* 4.II.E. sur la balance des intérêts abstraite du législateur et la balance des intérêts concrète du juge.

¹⁴²¹ Ce sont des cas difficiles dans la classification de DWORKIN cf. *infra* 5.IV.A.3.

¹⁴²² Dans le même sens: KÜHLER (Gewissenfreiheit) p. 330 ; KÄLIN, p. 243 ; FLEISCH, p. 227 ; WEBER/WIEDERKEHR, p. 214 ss.

¹⁴²³ BEGUM, p. 47, qui cite l'ATF 132 I 49 (JdT 2007 I 381).

prévaut également lorsque la restriction est une conséquence de l'application du droit pénal¹⁴²⁴.

L'exigence d'une base légale découle du principe de légalité (art. 5 Cst. féd.)¹⁴²⁵ et a pour conséquence que la restriction doit être prévue par une base légale accessible, prévisible et dont la densité normative doit être plus ou moins élevée en fonction de la gravité de la restriction imposée¹⁴²⁶. En matière pénale, le principe de légalité est dit « renforcé »¹⁴²⁷. Il prévoit qu'une peine ou une mesure ne peut être prononcée à l'égard d'un individu que si son comportement a été érigé en infraction par le législateur (*nullum crimen sine lege*). Rempart contre des poursuites arbitraires par l'État, ce principe vise avant tout à limiter le pouvoir d'appréciation de l'autorité judiciaire en lui interdisant de créer de nouvelles infractions par sa pratique et son interprétation¹⁴²⁸. Il implique également que toute sanction prononcée à l'encontre d'un prévenu soit comprise dans les limites fixées par le Code pénal et fasse partie du catalogue des peines ou mesures qui y sont prévues (*nulla poena sine lege*)¹⁴²⁹. Néanmoins, bien que ce principe impose une interdiction renforcée de l'interprétation extensive du champ d'application des infractions, il ne permet pas pour autant de décharger la ou le juge pénal de tout examen de la conformité de la loi pénale sous l'angle de la Constitution ni de faire l'économie d'une analyse des autres conditions de restriction des libertés fondamentales des prévenus¹⁴³⁰.

511

La seconde condition de justification d'une restriction, la présence d'un intérêt public, traduit le principe selon lequel une ingérence dans une liberté n'est admissible qu'en présence d'un tel but. Ces différents intérêts publics peuvent notamment être : la garantie de l'ordre public, celle de la santé publique ou la protection de droits fondamentaux d'autrui. Il n'en existe pas de *numerus clausus*¹⁴³¹. La définition de ces intérêts relève avant tout des autorités

512

¹⁴²⁴ HURTADO POZO/GODEL, N 76 et 77.

¹⁴²⁵ Ce qui peut être résumé par la formule suivante : « la liberté ne cède qu'à la volonté de la majorité », selon AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 185 ; BSK BV-EPINEY, Art. 36, N 7.

¹⁴²⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 201 ss. En particulier, dans le cadre des rapports de droit spéciaux, une base légale au sens matériel peut suffire. Deux exceptions doivent être rappelées : la clause générale de police et la réglementation de l'usage accru du domaine public, tous deux ne devant pas d'être prévus par une base légale expresse, BSK BV-EPINEY, Art. 36, N 40 ss.

¹⁴²⁷ Art. 1 CP, « Une peine ou une mesure ne peuvent être prononcées qu'en raison d'un acte expressément réprimé par la loi. »

¹⁴²⁸ KILLIAS/DONGOIS/KUHN, N 138 et 801 ss.

¹⁴²⁹ HURTADO POZO/GODEL, N 77 et 78 ss.

¹⁴³⁰ Cf. *infra* 5.III.B.

¹⁴³¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 214.

politiques et est encadrée par la Constitution¹⁴³². En matière pénale, cette condition est fréquemment admise dès lors que le législateur a expressément choisi d'ériger certains comportements en infractions pénales. En revanche, là encore, cette observation ne dédouane pas le juge ou la juge de son obligation d'examen des conditions de restriction des libertés et elle ne saurait impliquer que l'intérêt public ne puisse jamais faire défaut.

- 513 Enfin, la proportionnalité doit être respectée, ce qui implique que les maximes d'aptitude (la mesure doit être apte à atteindre l'intérêt public visé), de nécessité (des mesures moins incisives ne peuvent pas être mises en œuvre) et de proportionnalité au sens étroit (balance des intérêts publics et privés) soient remplies¹⁴³³. En particulier, il est tenu compte, dans l'analyse, du respect de la condition de l'importance de l'ingérence en cause¹⁴³⁴. S'agissant de la proportionnalité au sens étroit, DUBEY insiste encore une fois sur l'absence de hiérarchie entre les différentes libertés et rappelle que :

« [...] le "poids" des intérêts en présence étant intellectuel plutôt que gravitationnel, cette opération [la balance d'intérêt] ne consiste évidemment pas à découvrir empiriquement lequel pèse le plus lourd dans la balance, mais au contraire à décider normativement, en suivant une certaine méthode d'appréciation ou de pondération des intérêts en jeu. Cette méthode n'est autre que celle de l'élaboration argumentative d'une décision suffisamment motivée. »¹⁴³⁵

Pas de fatalité de la solution, mais bien un choix que le juge ou la juge se doit de motiver, afin qu'il puisse être soumis à l'examen critique de tous et toutes¹⁴³⁶.

- 514 Enfin, une condition additionnelle sous-entendue par les exigences de l'art. 36 Cst. féd. est celle du respect du noyau dur des différentes libertés. Elle implique que la restriction imposée ne vide pas complètement le principe même du droit consacré.
- 515 2) Le second élément utile pour arbitrer les conflits de droits fondamentaux qui prévaut pour l'ensemble des domaines du droit est celui de l'interprétation conforme à la Constitution et au droit international¹⁴³⁷. Cette exigence, qui découle de l'art. 35 Cst. féd., implique que « lorsque la loi contient des notions juridiques imprécises, le juge détermine leur sens en tenant compte de la

¹⁴³² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 227 ; BSK BV-EPINEY, Art. 36, N 48 ss.

¹⁴³³ BSK BV-EPINEY, Art. 36, N 53 ss ; MÜLLER, p. 20 ss.

¹⁴³⁴ BSK BV-EPINEY, Art. 36, N 59.

¹⁴³⁵ CR Cst.-DUBEY, art 36, N 122.

¹⁴³⁶ MÜLLER, p. 37 ss.

¹⁴³⁷ KILLIAS/DONGOIS/KUHN, N 816 ; PK-StGB RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 1, N 18 ; ATF 120 Ia 299 ; CR Cst. -MARTENET, art. 35, N 17.

liberté ou de la garantie constitutionnelle en cause »¹⁴³⁸. Au travers de cette interprétation, les juges peuvent mettre en œuvre une réelle « politique des droits fondamentaux »¹⁴³⁹ et bénéficient d'une certaine marge de manœuvre. Le caractère forcément ouvert du texte des dispositions permet de garantir la possibilité d'une adaptation de la loi au contexte social et politique et aux spécificités du cas¹⁴⁴⁰. Le droit international déploie à cet égard également un effet indirect¹⁴⁴¹.

La marge de manœuvre des juges en matière d'interprétation conforme à la Constitution joue un rôle crucial dans la protection des droits fondamentaux d'autant plus que la Suisse ne connaît pas de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales en vertu de l'art. 190 Cst. féd., problématique sur laquelle nous reviendrons¹⁴⁴². Lorsque le conflit concerne une disposition non protégée par l'art. 190 Cst. féd. et les droits fondamentaux, la confrontation peut à certaines occasions mener à une non-application du droit pénal¹⁴⁴³. En cas de conflit avec une norme protégée, c'est l'interprétation conforme qui doit permettre d'articuler ou d'arbitrer entre la disposition légale et les droits fondamentaux¹⁴⁴⁴. Le principe directeur demeure que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils sont restreints par le droit pénal, doivent faire l'objet d'une attention particulière lors de l'interprétation de la loi par le juge¹⁴⁴⁵. Celui-ci devra raisonner selon la méthodologie proposée par l'art. 36 Cst. féd.¹⁴⁴⁶ et le résultat de l'analyse peut avoir pour conséquence, en cas de non-conformité, que les juges s'écartent du texte de la loi au nom du droit¹⁴⁴⁷. Ainsi, le conflit de droit mobilise prioritairement le principe de proportionnalité au sens de l'art. 36 Cst. féd. dans la mesure où il nécessite une mise en balance des intérêts en présence : la nécessité de réprimer une atteinte à une liberté protégée d'une part et d'autre part les enjeux liés à

516

¹⁴³⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 130.

¹⁴³⁹ BSK BV–WALDMANN, Art. 35, N 72 ss ; TSCHANNEN, N 19 à 21. Marge de manœuvre consubstantielle de l'existence d'une interprétation, cf. *infra* 5.III.A.

¹⁴⁴⁰ TSCHANNEN, N 3. Cf. *infra* 5.IV. notamment sur l'interprétation en général et les « open textures ».

¹⁴⁴¹ SGK BV–SCHWEIZER, Art. 35 N 62 ss ; BSK BV–EPINEY, Art. 36, N 21.

¹⁴⁴² SGK BV–SCHWEIZER, Art. 35, N 30 et 31.

¹⁴⁴³ P. ex.: si la disposition attaquée est de droit cantonal ou trouve sa source dans un règlement.

¹⁴⁴⁴ Cf. *infra* 4.III.B. En particulier, le cas de l'initiative fédérale pour le renvoi des étrangers criminels qui a fait l'objet d'une telle interprétation avec pour conséquence d'en tempérer les effets. CR Cst.–DUBEY, art. 36, N 87 ss.

¹⁴⁴⁵ CONINX (Solidarität), p. 211, donne l'exemple des intérêts devant être pondérés lors de l'application de l'art. 17 CP.

¹⁴⁴⁶ BEGUM, p. 46.

¹⁴⁴⁷ CR Cst.–DUBEY, art. 36, N 88.

l'exercice d'autres libertés¹⁴⁴⁸. Cette méthodologie est jugée porteuse d'incertitude ou pouvant présenter un certain nombre de flottements selon certains auteurs, qui appellent alors à une définition ou une réflexion en amont, sur les critères permettant de guider le juge dans ces cas de figure et baliser ses choix pour éviter qu'il ne soit soupçonné d'arbitraire¹⁴⁴⁹.

517 Or, si ces différents principes sont bien connus et établis en théorie, l'aspect spécifique de leur intégration à la méthodologie d'analyse des cas pénaux est peu systématique, comme observé dans notre corpus, mais également par certains auteurs¹⁴⁵⁰. En ce sens, KÜHLER, dans son étude consacrée à la liberté de conscience, déplore le raisonnement réducteur selon lequel l'application de la loi pénale entraîne un rejet de l'analyse des libertés fondamentales. En effet, elle estime que la fonction de contestation que peuvent revêtir les libertés est alors totalement écartée contrairement aux principes généraux de la théorie des droits humains¹⁴⁵¹. Ainsi :

« [e]s zeigt sich, dass ausgereifte Begründungen und Konzepte zu dieser Problematik fehlen; insbesondere fehlt eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Verhältnis zwischen Grundrechten und strafrechtlichen Normen. [...] Das Verhalten wird entweder unmittelbar grundrechtlich geschützt und somit "gerechtfertigt" oder man bezieht die Grundrechte im Rahmen grundrechtskonformer Auslegung des einfachen Rechts, etwa eines strafrechtlichen Tatbestands, oder als Rechtfertigungsgrund, mittelbar ein. [...] Das Verhältnis der Grundrechte zu strafrechtlichen Normen ist jedoch noch wenig untersucht und im Einzelnen sind diesbezüglich viele Fragen offen. Der Umstand, dass die Protestierenden das Gesetz übertreten, darf jedenfalls nicht dazu führen, dass die grundrechtliche Relevanz der Handlungen von vornherein verneint wird. Auch wenn eine Aktion zivilen Ungehorsams einen Straftatbestand erfüllt, sind die Grundrechte der Kommunikation und die Glaubens- und Gewissensfreiheit zu berücksichtigen, denn diese gelten nicht nur als Abwehrrechte, sondern als Grundsatznormen, die die ganze Rechtsordnung durchdringen. Gerade im Zusammenhang mit der vorliegenden Problematik kommt ihnen deshalb als Gebote verfassungs- und grundrechtskonformer Auslegung strafrechtlicher, verwaltungsrechtlicher oder zivilrechtlicher Normen massgebliche Bedeutung zu. »¹⁴⁵²

¹⁴⁴⁸ CR Cst.—DUBEY, art. 36, N 72 ; BEGUM, p. 47 ; MÜLLER, p. 69 ss.

¹⁴⁴⁹ Relevons que le flottement existera toujours en raison de l'activité même des juges, cf. *infra* 5.III.B., mais sera alors assumé par ceux-ci comme relevant d'un choix et pourra faire l'objet de discussions. En outre, une telle solution permettra de faire intervenir d'autres acteurs qui participeront à l'élaboration d'un cadre plus précis pour la mise en balance de ces intérêts. Cf. BEGUM qui estime que les critères pour procéder à cette pondération des intérêts restent équivoques, p. 49. Par ce biais, il invite la doctrine à participer à un « definitional balancing » en amont pour encadrer la pratique des juges qui pourraient alors être moins contraints de procéder uniquement *ad hoc*. En outre : MÜLLER, p. 73 ss et 87 ss.

¹⁴⁵⁰ KÜHLER (Gewissensfreiheit), p. 645 ; SCHMIDT, p. 645 ss, effectue ce constat en doctrine juridique allemande.

¹⁴⁵¹ KÜHLER (Gewissensfreiheit), p. 313.

¹⁴⁵² KÜHLER (Gewissensfreiheit), p. 313.

On partage son constat à lecture des différents arrêts en matière de désobéissance civile.

Dans un sens similaire, KÄLIN insiste sur le danger de privilégier l'approche pénale sur une analyse constitutionnelle¹⁴⁵³. La première ne permet en effet pas de répondre de manière satisfaisante aux enjeux multiples soulevés par la désobéissance civile en lien avec les droits fondamentaux. 518

Le constat d'une carence d'articulation ne vaut cependant pas qu'en droit pénal. Elle fait encore défaut dans de nombreux autres types de litiges, comme le constate Vanessa RÜEGGER, post-doctorante en droit international, au terme d'une analyse détaillée de la jurisprudence rendue dans des affaires de contentieux stratégique des droits fondamentaux¹⁴⁵⁴. Cette dernière insiste sur les lacunes de formation et de connaissance des droits fondamentaux des juges, surspécialisés dans leurs domaines respectifs du droit, mais peu familiers et familières de l'analyse constitutionnelle¹⁴⁵⁵. 519

(ii) *Les conséquences de cette articulation pour la justification pénale*

Ainsi, par le truchement de l'interprétation conforme ou de l'application concrète des conditions de restriction des libertés fondamentales, il existe des situations où la loi pénale pourrait être écartée au profit de ces premières, contrairement à ce que la déclaration du juge laisse penser¹⁴⁵⁶. Mais où donc une telle analyse prendrait-elle place dans le raisonnement méthodologique pénal ? 520

En doctrine, les personnes qui se sont spécifiquement intéressées à cet enjeu d'articulation défendent qu'il conviendrait de les faire intervenir en matière d'application des faits justificatifs pénaux¹⁴⁵⁷. En ce sens, et dans le prolongement de ces réflexions, il pourrait être envisagé que les droits 521

¹⁴⁵³ KÄLIN, p. 243 ss ; dans un sens similaire: FLEISCH, p. 227 ; WEBER/WIEDERKEHR, p. 214 ss.

¹⁴⁵⁴ Cf. *infra* sur le contentieux stratégique 4.III.B.

¹⁴⁵⁵ RÜEGGER, p. 1010 ; KOUBI, p. 121, dénonce une contamination du droit pénal aux autres domaines du droit et constate également une carence en matière de mise en œuvre des libertés dans les jugements pénaux. En outre : FALCÓN Y TELLA (philosophie), p. 118 ; NIEHAUS/DAVIES, p. 231.

¹⁴⁵⁶ On lit notamment dans l'arrêt Tribunal de police, 17 novembre 2021, PE19.025122, la déclaration suivante : « Quant au principe de l'interprétation conforme à la Constitution ; il ne trouve guère place en droit pénal, dès lors que cette matière est d'ores et déjà régie [par] un strict principe de légalité (art. 1 CP). Le principe de l'interprétation conforme ne saurait quoiqu'il en soit rendre licite un comportement érigé en infraction pénale. », p. 26, c. 5. Également *supra* le cas MIRRA. Nous reviendrons encore sur le principe de légalité *infra*.

¹⁴⁵⁷ BEGUM, p. 46 ; SCHMIDT, p. 645 ss.

fondamentaux et l'interprétation conforme plaident en faveur de la reconnaissance d'un motif justificatif extra-légal ou fassent évoluer l'interprétation des motifs justificatifs existants¹⁴⁵⁸.

- 522 À ce sujet, SCHMIDT propose d'intégrer l'analyse des libertés fondamentales au stade de l'application des motifs justificatifs extra-légaux. Selon lui, afin de déterminer si l'application d'un droit fondamental peut produire un effet justificatif face à un acte délictuel, différents éléments doivent être pondérés : le rôle de la sanction prononcée, la valeur des biens juridiques en cause, l'absence de violence et la typicité de l'infraction (les contraventions et les délits pouvant plus facilement être justifiés que les crimes)¹⁴⁵⁹. L'auteur illustre son raisonnement par une analyse détaillée d'un cas de délit de solidarité dans lequel des membres d'une communauté religieuse ont ouvert leur église à des personnes en situation irrégulière afin de protester contre la rigueur de conditions d'asile¹⁴⁶⁰. Dans cette situation, il conclut que l'infraction étant mineure, l'action pacifique et l'intérêt à sanctionner faible, la liberté de conscience et de croyance aurait dû justifier que les membres de l'église soient acquittés. La restriction de leur liberté ne se justifiait pas.
- 523 De manière similaire, dans notre corpus, la CourEDH considère que le rôle et l'adéquation de la sanction prononcée sont des éléments déterminants pour admettre ou non la poursuite d'actions de désobéissance civile¹⁴⁶¹. En outre, ce sont aussi des éléments similaires – l'absence de violence, le caractère peu important des déprédations et l'aspect festif de l'action – qui ont motivé l'acquiescement en première instance des activistes du « LAC ».
- 524 Dans son article, SCHMIDT insiste encore sur l'importance de garder à l'esprit les éléments relevant de la politique pénale générale. Or, c'est souvent l'objectif de prévention générale¹⁴⁶² de la sanction qui est mis en avant pour

¹⁴⁵⁸ BEGUM qui cite l'exemple du TF, 6B_225/2008 du 7 octobre 2008 en note 89 ; SCHMIDT étudie en particulier l'interprétation conforme aux droits fondamentaux de l'état de nécessité en droit allemand – dont les conditions sont très proches du droit suisse. Ce dernier conclut néanmoins qu'il est préférable de privilégier les motifs justificatifs extra-légaux sur cette figure de l'état de nécessité pour concrétiser l'effet des droits fondamentaux des prévenus dans le procès, p. 654. Il considère, et ce sera aussi notre propos *infra* en conclusion, que cette voie permettra plus aisément de lever les réticences des juridictions pénales ; *idem*, DEMAY/FAVRE, p. 283.

¹⁴⁵⁹ SCHMIDT, p. 666 à 668.

¹⁴⁶⁰ Situation analogue à celle de l'affaire *Cisse c. France* ou celle de l'avis de droit de l'OFJ dans notre corpus. CourEDH, affaire *Cisse c. France* du 9 avril 2002, n°51346/99 et avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 4 novembre 1985.

¹⁴⁶¹ Cf. *supra* 3.V. et 4.II.E.

¹⁴⁶² Soit « l'idée que la connaissance de la sanction peut dissuader l'ensemble des auteurs potentiels », KUHN, p. 13.

justifier l'intervention pénale, objectif qui peut à son sens être relativisé ou pondéré en présence de délits d'opinion¹⁴⁶³. À cet égard, il est nécessaire de rappeler que cet objectif seul ne devrait primer les autres fonctions de la sanction¹⁴⁶⁴. Ainsi, à défaut de remplir d'autres objectifs, l'intérêt à punir est à relativiser.

En définitive, dans la mesure où il s'agit de considérer une restriction à un droit fondamental dans un cas, une pondération détaillée et compréhensible des différents critères justifiant la restriction est nécessaire pour éviter des carences de protections, y compris en présence d'une infraction pénale¹⁴⁶⁵. 525

S'agissant des actes de désobéissance civile en particulier, les libertés de réunion et d'expression de leurs acteurs se voient limitées par l'intervention pénale qui vise à protéger les droits d'autrui. En ce sens, la loi pénale constitue donc une base légale formelle à même de remplir la première exigence de justification de l'article 36 Cst. féd. Cependant, comme nous l'avons observé dans notre corpus, les autres conditions de restriction ne sont pas analysées en tant que telles¹⁴⁶⁶. Or, la prise en compte des circonstances du cas d'espèce et la dimension particulière des libertés fondamentales des prévenus plaident pour que l'analyse de la proportionnalité soit contrôlée et le cas échéant motivée. Ce contrôle peut s'effectuer à travers l'application des moyens justificatifs, notamment en reconnaissant le rôle de motifs justificatifs extra-légaux. En outre, dans l'analyse de la pesée des intérêts, la dimension violente ou non de l'acte devrait être prise en considération. Somme toute, il nous paraît donc essentiel, afin de garantir une juste prise en compte des droits fondamentaux en droit pénal, que l'articulation de ce raisonnement soit effectuée avec plus de soin et de méthode. 526

En définitive, l'affirmation du juge qui nous a servi d'ouverture mérite à notre sens d'être nuancée et ne peut à elle seule motiver les résultats de certaines décisions, sauf à faire uniquement primer un argument d'autorité. En effet, les droits fondamentaux peuvent mener, dans certains cas d'espèce, par le biais de l'interprétation conforme et des motifs justificatifs, à ce que l'illicéité d'une infraction soit levée. La méthodologie imposée par le Code pénal resterait appliquée et suivie ce faisant. Il s'agirait à vrai dire d'une application rigoureuse du droit, y compris constitutionnel, au cas d'espèce. En l'absence 527

¹⁴⁶³ SCHMIDT, p. 666.

¹⁴⁶⁴ Considérations qui méritent à notre sens de figurer dans l'application de l'art. 52 CP. Proposition de la doctrine majoritaire au sujet du procès du « Lausanne Action Climat », *cf. infra*.

¹⁴⁶⁵ MÜLLER, p. 45.

¹⁴⁶⁶ *Cf. supra* 4.II.E. Il y a donc bien réduction de l'analyse au sens dénoncé par KÜHLER (Gewissenfreiheit), p. 323 ss.

d'une telle articulation et raisonnement transversal, les juges n'assument pas toutes les potentialités de l'analyse sous l'angle des libertés fondamentales¹⁴⁶⁷.

b. La désobéissance civile comme exercice de la liberté d'expression

528 La liberté d'expression protège, comme nous l'avons vu dans le premier chapitre¹⁴⁶⁸, les comportements expressifs de nature symbolique et les manifestations d'opinion et d'avis qui peuvent comprendre une dimension dérangement, voire choquante, pour une partie de la population. En ce sens, les actions de désobéissance civile présentent certaines caractéristiques analogues, dont il convient de déterminer si elles permettent qu'on les englobe dans le champ de protection de cette liberté et si cette éventuelle incorporation affecte ses possibilités de justification dans le cas.

529 En effet, si la désobéissance civile ne peut se résumer à l'expression d'une conviction ou d'une croyance comme entendu à l'art. 15 Cst. féd.¹⁴⁶⁹, force est de constater que, par leur action publique, collective et non violente, les désobéissants expriment des revendications politiques, que ce soit en soulignant des dysfonctionnements démocratiques ou en interpellant les autres membres de la société¹⁴⁷⁰. Ce rapprochement entre désobéissance civile et liberté d'expression est également soutenu par la lecture des auteurs de philosophie politique qui prêtent à ce mode d'action la qualité pour les citoyens et citoyennes d'exprimer leur désaccord dans le débat public notamment¹⁴⁷¹. Établir un tel parallèle n'apparaît donc pas saugrenu.

530 Par ailleurs et pour preuve, dans ses deux réponses à des interventions parlementaires, le Conseil d'État du canton de Vaud lie également la pratique de désobéissance civile à celle de la liberté d'expression¹⁴⁷². Dans ces deux

¹⁴⁶⁷ L'obstacle épistémique que constitue le légalisme comme attitude philosophique attestant d'un certain rapport à la loi s'ajoute à cette carence méthodologique comme nous le verrons, cf. *infra* 5.III.

¹⁴⁶⁸ Cf. *supra* 1.II.C.

¹⁴⁶⁹ Cf. *supra* 1.II.A.2.

¹⁴⁷⁰ Notamment : FLEISCH, p. 41 ss ; RIKLIN, p. 549 ; SALADIN/FÉDÉRATION DES ÉGLISES PROTESTANTES DE LA SUISSE, p. 87 à 90. Cf. *supra* 1.IV.

¹⁴⁷¹ Cf. *infra* 5.II.

¹⁴⁷² Réponse du Conseil d'État vaudois à l'interpellation Florence GROSS et consorts « Encourager à violer la loi : est-ce le nouveau hobby des employés de l'État ? », 20_INT_435, septembre 2020, p. 4 et Réponse du Conseil d'État vaudois à l'interpellation Denis RUBATTEL « Un fonctionnaire peut-il prôner la désobéissance civile et violer ainsi la loi ?? », 20_INT_452, septembre 2020. Notons encore une autre interpellation pendante déposée par Jean-Daniel CARRARD et consorts au nom du groupe PLR « Militantisme politique et respect de la séparation des pouvoirs : Comment le CE entend-il faire respecter

réponses qui font suite à la participation de certains fonctionnaires à des campagnes de désobéissance civile et à leur soutien exprimé à ce mode d'action, l'autorité rappelle l'importance d'une articulation des différentes libertés individuelles entre elles et le rôle crucial de la liberté d'expression dans une société démocratique¹⁴⁷³. Elle souligne la dimension casuistique de la matière. Dans l'interpellation RUBATTEL, le Conseil d'État insiste également sur ce point en déclarant qu'un équilibre entre la liberté d'expression, le devoir de fidélité des fonctionnaires et la protection des droits d'autrui ne peut être tranché qu'« empiriquement »¹⁴⁷⁴. Ainsi l'État ne peut se déterminer *a priori* et abstraitement sur la question de savoir, en présence d'actes de désobéissance civile, si la composante illicite prend le pas ou non sur sa composante expressive protégée. Il s'agit alors de faire preuve de prudence et de laisser aux juges le soin de se prononcer sur ce point, non pas de trancher la question de l'admissibilité ou non de la désobéissance civile *ex ante*.

Cependant, comme nous avons pu l'observer, les juges sont réticents, voire ambivalents et ambivalentes, lorsqu'il s'agit de considérer la désobéissance civile comme une activité relevant de la liberté d'expression¹⁴⁷⁵. Les raisons qui les poussent à exclure son application, sans même qu'il soit encore question de se prononcer sur les conséquences de cette qualification, demeurent floues. En effet, le raisonnement est hâtif sur ce point puisque, comme nous l'avons déjà relevé, l'illicéité prend le dessus sur l'ensemble des autres composantes du raisonnement¹⁴⁷⁶. Les motivations des décisions sont donc sur ce point réductrices et peu instructives, puisque l'appréhension des cas sous la loupe pénale conduit les cours à présupposer une justification des restrictions potentielles de droits fondamentaux, sans qu'un examen complet des conditions de l'art. 36 Cst. féd. ne soit effectué.

Or, à notre sens, il convient d'admettre que la désobéissance civile, telle que nous l'avons définie, est une pratique qui relève de la liberté d'expression

le devoir de fidélité et de loyauté de l'art. 50 Lpers », 21_INT_151 transmise au Conseil d'État vaudois le 30 novembre 2021 dénonçant le soutien de membres de la fonction publique à des actes de désobéissance civile pour le climat.

¹⁴⁷³ Interpellation GROSS, p. 2.

¹⁴⁷⁴ Interpellation RUBATTEL, p. 2. On souligne la confusion présente dans ces deux interpellations sur la définition d'une action de désobéissance civile. En effet, sont considérées comme relevant de ce registre tant des grèves licites pour le climat, que l'expression de certains scientifiques par voie de presse, que des actions de blocage non violentes ou encore des actions de vandalisme et de blocages violents. Pour ces politiciens, le terme « désobéissance civile » prend simplement sens d'actions en faveur du climat.

¹⁴⁷⁵ Cf. *supra* chapitre 3 et 4.II.E.

¹⁴⁷⁶ Témoignant d'une tendance au légalisme, cf. *infra* 5.III.A.

politique¹⁴⁷⁷. L'analyse pénale, quant à elle, se situe sur le terrain des conditions de restrictions admissibles à cette pratique, mais ne saurait lui faire perdre son caractère protégé. La loi pénale faisant partie des éléments qui peuvent justifier, mais pas systématiquement, que cette expression soit restreinte. C'est dans cet interstice du « pas systématiquement » que se situe un enjeu important pour la mise en œuvre des libertés fondamentales et l'effectivité du contrôle de leur respect par les tribunaux. En d'autres termes, il s'agit bien plutôt de critiquer le raisonnement opéré dans les cas du corpus et son caractère réducteur que d'en contredire les résultats, soit qu'une restriction à la liberté des prévenus puisse être admise dans certains cas. En outre, en l'absence d'une telle analyse, il est alors impossible d'identifier les critères qui permettent d'admettre que les autres conditions de restriction sont remplies, ce qui affaiblit les décisions.

- 533 Afin de motiver l'acceptabilité et la nécessité de reconnaître la désobéissance civile comme relevant d'une pratique couverte par la liberté d'expression, nous effectuerons encore une comparaison avec la prise en charge des cas de « whistleblowing » comme forme particulière d'expression protégée et présenterons la théorie du débat d'intérêt général telle que développée par la CourEDH.

(i) *La protection du « whistleblowing » : une figure analogue ?*

- 534 Le « whistleblowing », tout comme la désobéissance civile, n'est pas une catégorie légale en tant que telle, bien que cette pratique ait fait l'objet d'une certaine appréhension juridique par suite de la médiatisation de différentes affaires¹⁴⁷⁸. À cet égard, la doctrine a joué un rôle important dans la définition de cette notion qu'elle décrit comme :

« [...] la révélation par les membres d'une organisation de pratiques illégales, immorales ou illégitimes qui y ont cours, ceci à des personnes ou entités qu'ils imaginent en mesure d'agir à leur sujet. Le whistleblowing implique donc l'intervention d'un dénonciateur, d'une entité concernée et, potentiellement, de la collectivité publique. »¹⁴⁷⁹

- 535 Pour donner suite aux débats publics sur ce type d'actes, des changements législatifs ont été apportés, principalement en matière de protection contre le

¹⁴⁷⁷ Concord. FLEISCH, p. 310 ss ; KÄLIN, p. 244. La jurisprudence de la CourEDH plaide également en ce sens, cf. *supra* 3.V.

¹⁴⁷⁸ CARRANZA/MICOTTI, p. 981.

¹⁴⁷⁹ RAEDLER, p. 86. Et l'abondante littérature à ce sujet qui en définit les contours : CARRANZA/MICOTTI, p. 981 ss ; VON KAENEL, p. 309 ss ; LEDERGERBER, p. 99 ss ; BETTEX, p. 492 ss ; HUG, p. 1 ss ; IMBACH HAUMÜLLER, p. 75 ss.

licenciement des travailleurs et travailleuses¹⁴⁸⁰. Les entreprises se sont également dotées de procédures de contrôles internes permettant d'aménager des possibilités de dénonciation des dysfonctionnements en leur sein.

La question juridique principale posée en matière pénale par les actes de « whistleblowing », tout comme pour la désobéissance civile, concerne la possibilité d'admettre ou de justifier ces actes quand bien même ils constituent une infraction pénale (notamment violation du domaine du secret ou diffamation¹⁴⁸¹), ainsi que de déterminer s'ils sont couverts par la liberté d'expression. 536

Contrairement à ce qui prévaut en matière de désobéissance civile, la discussion sur la dimension expressive de ces actes et le besoin de les analyser sous l'angle de l'art. 16 Cst. féd. n'a pas fait l'objet de résistance. En ce sens, les débats doctrinaux se sont directement concentrés sur le meilleur moyen de protéger les personnes lançant l'alerte, indépendamment d'une remise en question de ce mode d'action en raison de son illicéité préalable¹⁴⁸². 537

Face à de tels cas d'alerte, l'analyse jurisprudentielle, comme en matière de désobéissance civile, s'est surtout focalisée sur la possibilité ou non d'appliquer des motifs justificatifs à l'acte de « whistleblowing ». Il en ressort qu'au sens du TF, les critères permettant de jauger du poids à accorder à la protection des lanceurs d'alerte sous l'angle de la liberté d'expression varient selon l'importance du débat public relatif aux faits révélés¹⁴⁸³, à la nature de ces faits eux-mêmes, mais aussi à la forme prise par la dénonciation¹⁴⁸⁴ et au respect d'une subsidiarité dans le choix du moyen¹⁴⁸⁵. À cet égard, le TF et la CourEDH admettent, bien que restrictivement, que la liberté d'expression des 538

¹⁴⁸⁰ Art. 22a LPers ; art. 34 LPers ; art. 321a ss CO ; HUG, p. 4 ss ; BETTEX, p. 493.

¹⁴⁸¹ Art. 162 et art. 320 CP. Également violations de devoirs d'ordre contractuel. VON KAENEL, p. 312.

¹⁴⁸² LEDERGERBER, p. 108 ss ; BETTEX, p. 494 ; VON KAENEL, p. 311.

¹⁴⁸³ C'est le critère du « débat d'intérêt général » que nous étudierons dans la prochaine section.

¹⁴⁸⁴ Voir p. ex. : CourEDH, affaire *Stoll c. Suisse* du 10 décembre 2007, n°69698. Le journaliste concerné par cette affaire a publié un document diplomatique secret concernant un ambassadeur de la Suisse aux États-Unis. Sa condamnation (art. 293 CP) n'est pas considérée comme une violation de sa liberté d'expression en raison notamment du caractère volontairement scandaleux qu'il a donné à son article.

¹⁴⁸⁵ Il ne faut donc pas que d'autres moyens licites aient été à disposition du dénonciateur, comme en matière de désobéissance civile : ATF 94 IV 68, c. 2. Dans ce cas, un policier de la ville de Zurich estime avoir agi en tant que « whistleblower » en divulguant à la presse des informations relatives à des dossiers pénaux dans lesquels il estime que les prévenus ont bénéficié d'un traitement de faveur de la part des autorités. Le TF considère en particulier que son infraction n'est pas protégée par la liberté d'expression, car celui-ci aurait dans un premier temps dû rapporter ses doutes et observations à ses supérieurs hiérarchiques, voire aux autorités politiques, ATF 94 IV 68, c. 2.

personnes qui lancent l'alerte puisse potentiellement justifier la commission d'une infraction. En matière de subsidiarité, la jurisprudence est claire : il convient que la dénonciation publique constitue « der einzig mögliche Weg zur Erreichung des berechtigten Ziels [...] »¹⁴⁸⁶

539 Néanmoins, même si la possibilité de justification a été reconnue en théorie, l'application de l'état de nécessité n'a que peu souvent été retenue, tout comme la sauvegarde d'intérêts légitimes¹⁴⁸⁷. On constate cependant que dans leur évaluation de la subsidiarité des moyens en matière de « whistleblowing », les autorités semblent accorder un poids important aux motivations de l'auteur et vérifient que la sanction soit une restriction proportionnée à sa liberté, contrairement à la logique prévalant en matière d'actes de désobéissance civile¹⁴⁸⁸. Une telle différence de traitement peut s'expliquer par le fait que la légitimité de l'action de « whistleblowing » semble mieux acceptée. L'alerte est ainsi considérée comme « un remède à l'échec des contrôles institutionnels standards »¹⁴⁸⁹ et un ultime recours face à ces carences¹⁴⁹⁰. Enfin, relevons qu'en matière de « whistleblowing » commis par des journalistes, la protection accordée à la liberté d'expression des membres de cette profession est renforcée¹⁴⁹¹.

540 En conséquence, le « whistleblowing » est sous certaines conditions une pratique relevant de la liberté d'expression qui peut justifier la commission d'une infraction. Or, bien que cette figure et celle de la désobéissance civile ne puissent être considérées comme totalement identiques¹⁴⁹² – en raison de l'absence de caractère collectif de l'alerte et de la qualité particulière que revêt la personne qui lance l'alerte¹⁴⁹³ – elles restent proches par leur revendication

¹⁴⁸⁶ TF, 6B_305/2011 du 12 décembre 2011, c. 3.3.

¹⁴⁸⁷ ATF 127 IV 122 (JdT 2002 IV 118) ; TF, 6B_305/2011 du 12 décembre 2011, c. 3.

¹⁴⁸⁸ TF, 6B_305/2011 du 12 décembre 2011, c. 4.

¹⁴⁸⁹ CEVA, p. 60 et les réf. citées.

¹⁴⁹⁰ Qualités pourtant sensiblement similaires à celles reconnues par les philosophes à la désobéissance civile.

¹⁴⁹¹ CourEDH, affaire *Stoll c. Suisse* du 10 décembre 2007, n°69698 ; ATF 115 IV 75 (JdT 1990 IV 122) où la subsidiarité n'est pas respectée. L'affaire concerne un journaliste qui invoque un intérêt légitime pour publier un avis de recherche confidentiel de Fedpol émis contre un ressortissant turc.

¹⁴⁹² En ce sens l'assimilation effectuée par THOMMEN/MATTMANN, p. 13, ne se justifie pas.

¹⁴⁹³ Le « whistleblower » est membre d'une entité, d'un organe et c'est en vertu de cette qualité que sont portés à sa connaissance des actes, informations, etc., qu'il estime que sa qualité de citoyen lui impose de révéler publiquement. CEVA, p. 67. Le désobéissant civil quant à lui agit en qualité de citoyen ou citoyenne pour demander, pour dénoncer ou pour interpeller une autorité.

citoyenne¹⁴⁹⁴, les conflits de droits qu'elles soulèvent, leur dimension expressive et leur caractère *a priori* illicite. Pourtant, en matière de « whistleblowing », la portée des libertés fondamentales est mise en application de manière plus systématique que pour les actes de désobéissance civile et sa dimension protégée par la liberté d'expression est admise. Ainsi, si toutes deux visent des formes d'expression distinctes, les mécanismes applicables à leur protection devraient être similaires.

En définitive, on retient que la pratique a su s'adapter à la situation du « whistleblowing » à travers l'application du principe de la liberté d'expression et en a tiré les conséquences nécessaires en termes de conditions de restriction. Cette pratique a été encadrée par la jurisprudence, qui a dessiné les critères permettant d'arbitrer en cas de conflits entre « whistleblowing » et commission d'une infraction pénale. Bien que les justifications soient restées rares en pratique, la reconnaissance d'un besoin de distinguer le « whistleblowing » d'autres actes de délinquance n'a pas fait l'objet d'autant d'opposition que lorsqu'il s'agit de désobéissance civile. Cette différence ne nous apparaît pas justifiée, bien que les deux figures soient distinctes, car elles mobilisent et font interagir un certain nombre de caractéristiques comparables. À notre sens, le traitement opéré en faveur des lanceurs d'alertes plaide, par extension, en faveur d'une reconnaissance du caractère expressif de la désobéissance civile, avec les conséquences que cela implique en termes de justification potentielle de ces actes. En outre, cet exemple illustre la dimension interprétative et de choix qui sous-tend toute évolution jurisprudentielle et législative et qui ouvre des potentialités pour la qualification de la désobéissance civile en droit¹⁴⁹⁵.

541

¹⁴⁹⁴ Ces deux modes d'action jouent cependant sur des registres de citoyenneté différents puisque le « whistleblower » revendique la dimension citoyenne de sa dénonciation en raison de son intime conviction qu'il est de son devoir de porter à la connaissance du public certains actes, tandis que le caractère civil de la désobéissance civile est lié à son caractère collectif et à la discussion qu'elle souhaite soulever sous l'angle du « faire société ».

¹⁴⁹⁵ Cf. *infra* 5.III. ; PAPAUX (désobéir), p. 318 et 319, insiste sur la dimension de choix à l'œuvre dans la qualification d'un élément. « Il ne s'agit que d'un choix, souvent masqué par une habitude de pensée prise pour une "nature des choses", démarche d'ontologisation analogue à celle du "texte clair" [...]. L'application de l'état de nécessité et ses conditions n'est pas imposée par la science, mais un (non)choix juridique documenté en ce sens par la science. Elle « dépend de la volonté politique, dont les tribunaux ne sont pas les dépositaires premiers, mais pas non plus les perroquets serviles. », p. 319.

(ii) *Le débat d'intérêt général (CourEDH)*

- 542 Un second élément qui mérite d'être présenté afin de souligner la possibilité d'inclure la désobéissance civile dans les pratiques couvertes par la liberté d'expression est celui du « débat d'intérêt général ».
- 543 Ce critère a été développé par la CourEDH en lien avec les situations de conflits de libertés opposant la liberté d'expression à d'autres libertés individuelles, afin de servir de boussole dans le cadre de l'analyse de la proportionnalité de la restriction de la liberté d'expression¹⁴⁹⁶. Au sens de la jurisprudence de la CourEDH, un débat peut être reconnu d'intérêt général si les propos exprimés au travers du comportement analysé présentent un intérêt particulier pour la société en raison de son sujet¹⁴⁹⁷. Il s'agit donc d'un motif justificatif d'origine prétorienne lié à l'art. 10 CEDH¹⁴⁹⁸. Thomas BESSE, maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, dans un article consacré à l'étude de ce critère, relève que les questions soulevées à l'occasion d'une infraction présentent un tel caractère si elles concernent : le fonctionnement de l'administration, de la police, des politiques publiques d'aménagement du territoire, des débats historiques, des questions de santé publique ou encore de religion¹⁴⁹⁹. Les faits ou révélations concernés doivent être susceptibles d'intéresser un cercle de destinataires variable qui peut se trouver être une communauté universitaire, régionale ou nationale¹⁵⁰⁰. BESSE constate à cet égard que, dans la jurisprudence de la CourEDH, les échos médiatiques des propos sont un élément crucial, afin d'évaluer le caractère d'intérêt du sujet. L'évaluation que les auteurs font de l'intérêt public de leur propre propos n'est quant à elle pas déterminante ; il revient aux juges de se prononcer à ce sujet en tenant compte de l'ampleur du débat et de ses retombées¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁶ ROETS, p. 1973 ; PIN (Décrocheurs), p. 825.

¹⁴⁹⁷ CourEDH, affaire *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, n° 17419/90 ; CourEDH, affaire *Wingrove c. Royaume-Uni* du 24 février 1997, n° 19983/92, § 58 ; CourEDH, affaire *De Haes et Gijssels c. Belgique* du 6 mai 2003, n° 44306/98, § 37 ; CourEDH, affaire *Appleby c. Royaume-Uni* du 17 décembre 2004, n° 33348/96 ; CourEDH, affaire *Cumpuna et Mazare c. Roumanie* du 17 décembre 2004, n° 33348/96, § 95 ; CourEDH, affaire *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande* du 27 juin 2017, n°931/13, § 165 ; CourEDH, affaire *M.L. et W.W. c. Allemagne* du 28 juin 2018, n° 60798/10 et 65599/10 et CourEDH, affaire *Schweizerische Radio-und Fernsehengesellschaft et Publisuisse SA c. Suisse* du 22 décembre 2020, n°41723/14.

¹⁴⁹⁸ ROETS, p. 1973.

¹⁴⁹⁹ BESSE (2018), p. 90 et 91.

¹⁵⁰⁰ BESSE (2018), p. 90 et 91. Et les réf. citées, en particulier : DROIN, p. 931.

¹⁵⁰¹ BESSE (2018), p. 93. Lui-même est d'ailleurs critique de cette jurisprudence de la CourEDH qui octroie à son sens un pouvoir dangereux aux juges. Concordant : BEGUM, p. 40.

Par suite d'une telle qualification de débat d'intérêt général, la liberté d'expression prime alors les droits d'autrui touchés. Le caractère illicite d'un acte d'expression peut ainsi être levé en raison de cette dimension spécifique¹⁵⁰². Dans sa pratique, la CourEDH a en outre développé des critères additionnels à celui de débat d'intérêt général pour guider l'examen de la proportionnalité d'une restriction à la liberté d'expression. Ainsi, la dimension de débat d'intérêt général s'ajoute à d'autres critères, tels que : le degré de notoriété de la personne visée par les propos et l'infraction, la gravité de la sanction prononcée, la manière dont l'information a-t-elle été obtenue et son caractère exact ou non¹⁵⁰³. La pondération de ces différents éléments sert donc de jalon pour les autorités judiciaires qui doivent se prononcer au sujet de tels actes.

Si la CourEDH a tout d'abord réservé l'application du critère de débat d'intérêt général de l'art. 10 CEDH à l'expression par des journalistes ou par voie de presse au sens large, son champ d'application a récemment été étendu à d'autres types de manifestations d'expression effectuée dans l'intérêt public¹⁵⁰⁴. La CourEDH estime cette extension nécessaire pour tenir pleinement compte du contre-pouvoir que peut représenter la liberté d'expression dans une société démocratique¹⁵⁰⁵. À cet égard, BESSE souligne qu'en raison de la nature prétorienne de ces critères, l'introduction en droit français de cette pratique de la CourEDH se heurte à une culture à dominance légaliste¹⁵⁰⁶.

¹⁵⁰² BESSE (2018), p. 93.

¹⁵⁰³ CourEDH, affaire *Axel Springer c. Allemagne* du 7 février 2012, n° 40660/08 et CourEDH, affaire *Von Hanover c. Allemagne* du 24 juin 2004, n° 60641/08. BEGUM, p. 40, lie ces critères à la pratique préconisée par DWORKING de « categorical balancing ».

¹⁵⁰⁴ BESSE (2018), p. 87 ss et sur son extension aux infractions ne concernant pas de la diffamation amis l'expression politique dans un sens plus large : BESSE (2021), p. 7 ss. Un exemple récent est l'extension de ce critère au « whistleblowing ». Également : CourEDH, affaire *Baldassi c. France* du 11 juin 2020, n° 15271/16. À ce sujet également, la récente et complète étude de GENTON/FAVROD-COUNE, p. 623 ss.

¹⁵⁰⁵ BESSE (2018), p. 90 et les réf. citées. Le développement de ces critères permet de relativiser la portée de l'arrêt de notre corpus ATF 127 IV 166 (SJ 2001 612) concernant le journaliste infiltré et le délit de solidarité. La jurisprudence récente du TF confirme d'ailleurs ce souci renforcé de protéger l'expression journalistique. Cf. ATF 147 IV 199 (cas d'exemption d'une journaliste qui a documenté l'ouverture d'un squat).

¹⁵⁰⁶ BESSE (2021), p. 9 et 10 ; TURENNE (Judicial), p. 379 ss, qui a souligné le rôle joué par la culture juridique dans le traitement différencié des affaires de désobéissance civile, les États de « common law » et la doctrine étant bien plus enclins à considérer celle-ci comme une pratique expressive pouvant être protégée. Voir également : MARKOVITS, p. 1899 ss ; ZINN, p. 330 ss. Le constat de BESSE peut être transposé en droit suisse. Cf. *infra*. 5.III.

546 Deux affaires françaises d'actes de désobéissance civile ont été à ce titre emblématiques et présentent un rapport d'analogie possible pour les décisions de notre corpus. Dans ces jugements, le critère de débat d'intérêt public a été mobilisé.

547 1) Tout d'abord, dans les affaires fortement médiatisées dites des « Décrocheurs de Macron », les juridictions françaises se sont prononcées sur la poursuite d'activistes s'étant rendus dans différentes mairies afin d'y dérober les portraits officiels du président de la République. L'action a été menée dans le but d'interpeller le gouvernement sur le réchauffement climatique et le manque d'ambition de ses politiques de réduction des gaz à effet de serre¹⁵⁰⁷. Dans un seul de ces cas, les prévenus ont été relaxés sur la base de l'argument de l'état de nécessité, le juge ayant considéré que le réchauffement climatique constituait un danger actuel et imminent¹⁵⁰⁸.

548 Dans les autres cas cependant, les prévenus ont été relaxés en application de la liberté d'expression et du débat d'intérêt général. Les autorités ont retenu que les actions menées s'inscrivaient dans le cadre de « démarches de protestation politique »¹⁵⁰⁹ et étaient donc couvertes par la liberté d'expression. En effet, les juges ont considéré que l'acte des Décrocheurs devait :

« [...] être interprété comme le substitut nécessaire d'un dialogue impraticable entre le président de la République et le peuple »¹⁵¹⁰.

La liberté d'expression fait donc partie des instruments démocratiques à disposition des membres du corps civique dans cette optique, au même titre que d'autres instruments institutionnalisés.

549 Trois éléments en particulier sont retenus pour justifier l'action des prévenus : d'une part, l'inscription de l'action dans la continuité d'un débat public

¹⁵⁰⁷ Tribunal de Grande Instance de Lyon, 7^e chambre correctionnelle du 16 septembre 2019, n° 19168000015 (relaxe) ; Cour d'appel de Lyon, n° 19/06963 du 14 janvier 2020. Toutes deux commentées par LE DYLIO/MOUGEOLLE (Décrocheurs), p. 569 ; Cour d'appel d'Agen, n°19/346000005 du 27 octobre 2020 (relaxe) ; Cour d'appel de Grenoble du 13 novembre 2020, n° 20055000055 (relaxe) et Cour d'appel de Colmar du 3 décembre 2020, n°20013000138 (relaxe). Également : PIN (Décrocheurs), p. 823 ss.

¹⁵⁰⁸ Les critères d'application sont identiques en droit français et suisse, cf. VOULAND/DEMAI, p. 207 ss. PIN (Décrocheurs), p. 823.

¹⁵⁰⁹ Cour d'appel de Colmar du 3 décembre 2020, n°20013000138, p. 6 et Cour d'appel d'Agen du 27 octobre 2020, n°19/346000005, p. 10.

¹⁵¹⁰ Tribunal de Grande Instance de Lyon, 7^e chambre correctionnelle du 16 septembre 2019, n° 19168000015. Concord. LE DYLIO/MOUGEOLLE (état de nécessité) qui y voient un « écho au concept de démocratie environnementale participative, ainsi qu'à l'obligation de vigilance environnementale à laquelle chacun est tenu », § 17 ; ROETS, p. 1973.

d'intérêt général, d'autre part, son caractère non violent et, enfin, l'aspect disproportionné des peines prononcées¹⁵¹¹. Au sujet du débat d'intérêt général, l'autorité considère en particulier que l'action vise à « alerter les pouvoirs publics et à informer la population sur les conséquences du réchauffement climatique », sujet qui présente bel et bien les caractéristiques essentielles pour relever de l'intérêt au débat public¹⁵¹². Le caractère pacifique de l'action, mais aussi son inscription dans un contexte particulier, celui du G7 en France, permet de confirmer cette qualification et témoigne, au sens de la juridiction, que ce vol avait avant tout pour fonction de susciter le dialogue¹⁵¹³. En définitive, l'autorité retient que :

« [d]ans ces conditions, l'exercice de la liberté d'expression, sous forme d'une brève présence dans les mairies avec l'appropriation du portrait du président de la République, peut prévaloir sur les exigences de la protection afférente à la propriété concernant le portrait présidentiel. »¹⁵¹⁴

Relevons encore que la Cour estime qu'une quelconque sanction d'un tel acte d'expression serait, quand bien même minime, un risque de préjudice pour la liberté des Décrocheurs. Elle insiste en ce sens sur l'effet dissuasif qui pourrait être exercé. Le raisonnement dans les jugements de Grenoble et Colmar est en tout point similaire sur ces éléments. 550

2) La seconde affaire qui mérite d'être mentionnée concerne l'incursion d'une militante féministe du groupe Femen au sein du musée Grévin à Paris¹⁵¹⁵. Celle-ci a symboliquement poignardé la statue de cire du président Vladimir POUTINE et exposé un message politique sur son torse nu, afin de dénoncer la politique russe. Elle a été poursuivie pour exhibitionnisme et dégradation des biens d'autrui. Dans cette affaire, la Cour a considéré que son acte relevait de la liberté d'expression et que le prononcé d'une sanction constituait une ingérence disproportionnée dans son droit d'expression. La notion de débat d'intérêt général a également été mobilisée et, dans cette affaire aussi, la dimension expressive a permis de lever le caractère répréhensible de l'infraction commise¹⁵¹⁶. 551

¹⁵¹¹ Cour d'appel d'Agen du 27 octobre 2020, n°19/346000005, p. 11.

¹⁵¹² Cour d'appel d'Agen du 27 octobre 2020, n°19/346000005, p. 12 ss.

¹⁵¹³ Cour d'appel d'Agen du 27 octobre 2020, n°19/346000005, p. 12.

¹⁵¹⁴ Cour d'appel d'Agen du 27 octobre 2020, n°19/346000005, p. 14.

¹⁵¹⁵ Cour de cassation du 26 février 2020, n°19-81-827. Commenté par MATTIUSI. Voir également : PIN, p. 30. Affaire comparable à : CourEDH, affaire *Mariya et autres c. Russie* du 17 juillet 2017, n°38004/12, citée plus haut, non incorporée dans le corpus.

¹⁵¹⁶ Une autre affaire concernant une militante Femen ayant cette fois-ci simulé un avortement dans une église a, pour sa part, mené à une condamnation par la Cour de cassation dans une décision du 9 janvier 2019, n° 17-81.618. Cette décision fait l'objet d'un recours à la CourEDH, *Bouton c. France*, n°22636 (affaire communiquée du 19 avril 2021). Dans ce

552 Ces différentes affaires illustrent que, non seulement les actes de désobéissance civile peuvent être appréhendés comme des actes d'expression couverts par la liberté d'expression, mais également que cette liberté, en présence d'un débat d'intérêt général et du respect de la proportionnalité, peut justifier la commission d'une infraction pénale¹⁵¹⁷. Elles révèlent aussi la dimension éminemment casuistique des justifications à apporter dans les cas d'espèce et l'importance d'une prise en compte par les juridictions de tous les critères de contexte liés à l'action de désobéissance civile. Un tel examen implique ainsi que les cours suisses tiennent compte des développements de la jurisprudence de la CourEDH dans leur pratique. Il serait ainsi souhaitable que les juges assument l'entièreté des potentialités liées à l'application des libertés fondamentales dans les cas de désobéissance civile et tiennent compte de facteurs de pondération énoncés, soit : la nécessité d'une réalisation effective de la liberté d'expression, son importance pour promouvoir un espace démocratique ouvert, la présence ou non d'un intérêt à punir en fonction du dommage causé, le caractère pacifique de l'action et le contexte de commission de l'infraction. En d'autres termes, il conviendrait que les tribunaux effectuent un examen systématique des conditions de restriction de l'art. 36 Cst. féd., examen qui aurait en particulier pu présenter un intérêt dans les affaires du « Lausanne Action Climat », des « Mains rouges », de LANZ ou d'autres de notre corpus.

553 En conclusion, s'agissant du « whistleblowing » et du débat d'intérêt général, il existe des arguments sérieux, que ce soit en raisonnant par analogie ou en application de la jurisprudence de la CourEDH, pour considérer que la liberté d'expression est une catégorie légale existante à laquelle la désobéissance civile peut se rattacher dans la mesure où elle constitue une forme d'expression pacifique. Dans certains cas, son application peut justifier que l'illicéité d'une infraction pénale soit levée. Il en va également de la compatibilité de la pratique suisse au droit conventionnel. En ce sens, les affaires de désobéissance civile relèvent d'une situation de conflits de droits, dans lesquels une analyse complète est nécessaire, sans que l'on puisse déduire du caractère illicite du comportement toute forme de protection ou justification.

cas, la CourEDH a conclu à un rapport de proportionnalité entre la sanction du comportement de l'activiste et la protection de la liberté religieuse d'autrui.

¹⁵¹⁷ PIN, p. 32 ; PIN (Décrocheurs), p. 824 et 825 ; FISCHMEISTER/SCALIA, soulignent aussi le paradoxe de la pratique des juridictions françaises qui, comme les cours suisses, reconnaissent une importance centrale à la liberté d'expression dans leur ordre juridique, mais n'ont cessé de durcir leur réponse pénale face aux mouvements sociaux, p. 83 ss.

c. La désobéissance civile et la liberté de réunion

554

La liberté de réunion vise à garantir le droit de tout un chacun de se rassembler dans le but d'échanger des idées ou de les communiquer à autrui. La liberté de manifestation en est une forme particulière¹⁵¹⁸. En ce sens, les actes de désobéissance civile tels que définis, en particulier les actions de blocage, relèvent *prima facie* du champ d'application de cette liberté, puisqu'à cette occasion des personnes se retrouvent collectivement pour exprimer publiquement leurs désaccords ou craintes, relatives à différentes revendications sociales et politiques¹⁵¹⁹. La spécificité de la désobéissance civile, par rapport à cette protection, est que ce rassemblement réalise les éléments constitutifs d'une infraction pénale et qu'ils prennent plus souvent place, non pas sur le domaine public, mais aussi sur le domaine privé.

Cependant, en dépit de ces quelques caractéristiques communes, la liberté de réunion est le plus souvent écartée dans les affaires de désobéissance civile¹⁵²⁰. Comme observé, le comportement illicite est considéré comme excluant toute forme de protection, voire, en matière de manifestation, semble exclure tout caractère pacifique aux yeux des autorités judiciaires suisses¹⁵²¹. Pour le surplus, l'analyse se focalise sur l'absence d'autorisation des manifestations. Or, un tel raccourci se justifie-t-il réellement sous l'angle de la théorie de ce droit fondamental ? Ces actions ne sont-elles pas analogues à des manifestations non autorisées ? Et qu'en est-il de la compatibilité de cette pratique avec les principes de CourEDH à cet égard ? Enfin, la catégorie légale de la liberté de réunion pourrait-elle servir à qualifier les actes de désobéissance civile en droit ? Ce sont ces différents questionnements qui nous occuperont dans cette section.

555

Tout d'abord, relevons que ce qui distingue le traitement judiciaire des actes de désobéissance civile des manifestations traditionnelles tient entre autres aux autorités dont ces questions relèvent. En effet, les manifestations sont en principe soumises à autorisation et le contentieux y relatif est de nature publique, notamment en lien avec le contrôle du respect des charges liées à l'autorisation¹⁵²². Ce sont donc avant tout des juridictions administratives qui

556

¹⁵¹⁸ Cf. *supra* 1.II.A.

¹⁵¹⁹ Position défendue par la juge FONJALLAZ dans son avis minoritaire rendu dans la décision de deuxième instance du « Lausanne Action Climat ».

¹⁵²⁰ ATF 119 IV 301 ; ATF 134 IV 216 ; ATF 129 IV 6 ; TF, 6B_793/2008 du 24 mars 2009 ; TF, 6B_1056/2013 du 20 août 2014 et les différentes affaires du « Lausanne Action Climat », des « Mains rouges », « Block Friday », « XR Neuchâtel » et « Procès des 200 ».

¹⁵²¹ En particulier, cf. le raisonnement du juge dans le « Procès des 200 » *supra* 3.III.S.

¹⁵²² TF 1C_225/2012 10 juillet 2013, c. 6. Dans cette affaire, le TF a estimé qu'il n'était pas proportionné d'exiger d'une personne ayant organisé une manifestation que celle-ci ne

se prononcent à leur sujet. Or, le contentieux de droit public, contrairement au contentieux pénal, octroie la part belle à une analyse à l'aune des libertés fondamentales et aux conditions de restrictions de l'art. 36 Cst. féd.¹⁵²³. Le contentieux pénal lié aux manifestations intervient quant à lui plus spécifiquement pour des actes répréhensibles violents, commis à l'occasion de ces manifestations ou rassemblements et en raison de violations de prescriptions de police liées à l'organisation du rassemblement. Ainsi, dans le cadre pénal, la manifestation est la situation de contexte du comportement constitutif d'une infraction, mais n'est pas – en principe du moins – l'objet principal du litige. En outre, et comme prescrit par la CourEDH, une infraction autonome de manifestation illicite ne devrait pas être admise au regard de la protection de la liberté de réunion¹⁵²⁴. Dès lors, les frontières entre le contentieux pénal et administratif en lien avec les manifestations sont poreuses. Néanmoins, les pratiques varient considérablement.

- 557 En effet, en matière de désobéissance civile, les désobéissants sont astreints devant les juridictions pénales. Leur action est donc traitée par ces autorités en tant que rassemblement non autorisé. C'est là où le juge pénal qui se prononce à cette occasion, tant sur les éléments liés à l'absence d'autorisation de l'action, que sur le comportement des prévenus. Elle ou il se prononce donc sur des éléments qui sont usuellement traités par les cours de droit public, sans pour autant faire preuve de la sensibilité de ces dernières aux enjeux de droit fondamental et concentre son analyse sur l'absence d'autorisation de l'action. Pourtant, si l'on s'intéresse aux ressorts pratiques de ces deux types d'actions – la manifestation non autorisée et l'action de désobéissance civile sur le domaine public – il convient d'admettre que les faits sont grandement

puisse plus déposer de nouvelle demande pendant 5 ans lorsque des dégâts ont été constatés durant l'événement.

¹⁵²³ Voir p. ex.: ATF 100 Ia 392 (JdT 1976 I 202) interdiction d'une manifestation sur la place de la « Landsgemeinde » (justifié) ; ATF 97 I 893, interdiction d'une manifestation qui visant la décriminalisation de l'avortement ; ATF 108 Ia 300, Lôzane Burn (restriction justifiée) ; ATF 107 Ia 64 (injustifiée) ; 109 Ia 208 groupe « Action Prison » (justifiée) ; ATF 124 I 267 (Jdt 2000 I 336) couvent d'Einsiedeln (restriction justifiée) ; ATF 127 I 164 (JdT 2003 I 291, restriction justifiée).

¹⁵²⁴ COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE) (lignes directrices), N 94. Ainsi, des critiques ont été formulées à l'encontre de la Loi sur les manifestations sur le domaine public (LMDPu) du canton de Genève, PETER, p. 22. Les juridictions genevoises ont depuis infirmé certaines condamnations afin de conformer leur pratique aux prescriptions de la CEDH. En conséquence, un projet de modification de cette loi a été déposé au parlement cantonal afin d'abroger cette infraction, cf. PL 12651 du 24 février 2020, rapport de la commission judiciaire chargée d'étudier le projet sera traité en séance du 2 septembre 2021, se prononceront sur le rapport du 13 janvier 2021 PL 12651-A ; ASSOCIATION DES JURISTES PROGRESSISTES ET AL., p. 1 ss.

similaires, seul le domaine du droit mobilisé différant. En effet, un « sit-in » peut être à la fois considéré comme un acte de désobéissance civile et une manifestation non autorisée, tout comme l'occupation d'un passage piéton ou d'un pont. La désobéissance civile constitue ainsi une forme de réunion non autorisée, lorsqu'elle se tient sur le domaine public, qui est néanmoins couverte par le champ d'application de cette liberté. Une telle interprétation est par ailleurs soutenue par la COMMISSION DE VENISE et le COMITE DES DROITS DE L'HOMME¹⁵²⁵.

(i) *L'absence d'autorisation*

S'agissant plus spécifiquement de l'absence d'autorisation, une part significative des jugements pénaux de désobéissance civile se focalise sur cette dimension qui justifie aux yeux des juges le rejet de l'application des motifs justificatifs. En conséquence, le contexte de la manifestation non autorisée est surtout mis en avant, même en l'absence de comportement violent¹⁵²⁶. Or, il convient de rappeler qu'une manifestation ne revêt pas, en raison de son absence d'autorisation, pour autant *de facto* un caractère illicite¹⁵²⁷. La CourEDH considère que le régime de qualification interne de la

558

¹⁵²⁵ COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE) (lignes directrices), N 11, précise qu'« [i]l'y a des moments où la manière dont une assemblée est menée enfreint intentionnellement la loi d'une telle façon que les organisateurs et/ou les participants pensent que celle-ci amplifiera ou même la aidera dans la communication de leur message. C'est ce que l'on appelle communément la "désobéissance civile". Ceux qui s'engagent dans la désobéissance civile s'efforcent souvent de le faire de manière pacifique, et acceptent généralement la sanction légale dûment prescrite. » ; COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, N 16. Cf. *supra* 1.II.A.4. En outre, cette interprétation a été confirmée dans la communication adressée à la Suisse par les différents Rapporteurs spéciaux des Nations-Unies dans le cadre de l'affaire de la ZAD du Mormont en date du 3 novembre 2021, AL CHE 7/2021.

¹⁵²⁶ Dans un sens similaire, PETER, p. 22 ss, souligne ce glissement du régime d'autorisation vers le pénal. Il en découle que le traitement de la manifestation devient ainsi identique à celui d'une action de désobéissance civile.

¹⁵²⁷ Parmi d'autres : ATF 96 I 586 (Alienick). Dans cet arrêt, une femme est condamnée pour avoir manifesté en l'absence d'autorisation et distribué un journal syndical devant une usine. Le TF rappelle (c. 4) que l'exigence d'une autorisation de manifester n'est acceptable que pour autant qu'elle ne joue pas un rôle de « censure préalable » sur la liberté de réunion. En l'espèce, le refus d'octroi d'une autorisation et la condamnation de la requérante sont jugés disproportionnés au regard de ses libertés et en raison de la faiblesse de l'atteinte elle porte ordre public et de condition proportionnalité. La liberté de la presse de la recourante est également examinée et jugée injustement restreinte (c. 3), et à l'identique la liberté d'expression (c. 6). Aussi, COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE) (lignes directrices), N 25. En outre, *supra* 1.II.A.5.

manifestation (autorisée ou non) ne paralyse pas la protection de l’art. 11 CEDH¹⁵²⁸. Néanmoins, l’absence d’autorisation ou le non-respect des conditions d’une autorisation peut amener à une sanction administrative, par une amende, mais des manifestations spontanées ne doivent pas pour autant être systématiquement sanctionnées ou appréhendées sous forme d’infraction pénale. En ce sens, ce que prohibe avant tout la CourEDH est l’absence d’évaluation au cas par cas des manifestations et des contextes de leur déroulement par les autorités nationales, ainsi qu’une poursuite systématique de celles-ci indépendamment de leur caractère pacifique ou non¹⁵²⁹. En résumé, la CourEDH indique que :

« [...] l’absence d’autorisation préalable et l’“illégalité” consécutive d’une manifestation ne donnent pas carte blanche aux autorités : celles-ci demeurent limitées par l’exigence de proportionnalité découlant de l’article 11. Il convient donc d’établir les raisons pour lesquelles la manifestation n’avait pas été autorisée dans un premier temps, l’intérêt général en jeu, et les risques que comportait le rassemblement. La méthode utilisée par la police pour décourager les manifestations, pour les contenir dans un endroit particulier ou pour disperser la manifestation constitue également un élément important pour apprécier la proportionnalité de l’ingérence [...] »¹⁵³⁰

- 559 En ce sens, la contraction opérée par les juges pénaux dans la pratique des actes de désobéissance civile analysée apparaît non conforme aux principes établis par la CEDH et aux obligations liées à la protection de la liberté de réunion. Le caractère non autorisé ne devrait en effet pas conduire de manière systématique à écarter l’application de motifs justificatifs, afin de ne pas établir une pratique contraire à la promotion de la liberté de réunion. Des restrictions restent évidemment envisageables, mais encore faut-il que le caractère pacifique et la proportionnalité fassent défaut. *A contrario*, les désobéissants se trouveraient dans une situation de « double peine », puisque leur acte serait non seulement poursuivi sur le plan administratif, mais en plus réprimé pénalement pour son absence d’autorisation. Il est en outre possible

¹⁵²⁸ CourEDH, affaire *Navalnyy c. Russie* du 15 septembre 2018, n°29580/12, § 99. De même, est considéré comme une ingérence le refus d’octroi d’autorisation, quand bien même la manifestation a eu lieu sans répercussion de cette absence d’autorisation : CourEDH, affaire *Bączkowski et autres c. Pologne* du 3 mai 2007, n° 1543/06.

¹⁵²⁹ Sur l’évaluation des sanctions postérieures aux manifestations, la CourEDH rappelle le principe du perturbateur et distingue aussi les sanctions administratives : CourEDH affaire, *Obote c. Russie* du 19 novembre 2019, n° 58954/09. La CourEDH rappelle en particulier qu’il n’est pas nécessaire d’attribuer un trop grand poids aux irrégularités formelles. Aussi, CourEDH, *Imrek c. Turquie* du 10 novembre 2020, n° 5975/12 ; CourEDH, affaire *Kudrevicius et autres c. Lituanie* du 15 octobre 2015 ; COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE) (lignes directrices), N 41 ss.

¹⁵³⁰ CONSEIL DE L’EUROPE (manifestations), ch. 62 et en un sens similaire, les affaires précitées de la CourEDH, *Kudrevicius c. Lituanie*, *Obote c. Russie*, ainsi que CourEDH, *Laguna Guzman c. Espagne* du 6 octobre 2020, n°41462/17.

que cette pratique conduise implicitement à ériger en infraction pénale la manifestation illicite, ce qui est contraire au droit supérieur et risque de produire un effet dissuasif sur l'exercice de cette liberté.

(ii) *Le caractère pacifique*

Le second raccourci opéré par les tribunaux concerne l'appréciation du caractère pacifique ou non de l'action de désobéissance civile. Dans le cadre de cette analyse, l'absence d'autorisation est mobilisée dans les arrêts présentés comme un argument justifiant le prononcé des sanctions et la condamnation. 560

Or, comme il vient d'être rappelé, l'absence d'autorisation ne devrait pas fonder à elle seule un indice du caractère violent ou non d'un rassemblement ni servir comme uniquement fondement à la poursuite ultérieure de manifestants et manifestantes¹⁵³¹. Les cours opèrent pourtant un raisonnement qui peut être schématisé comme suit : 561

Absence d'autorisation → illicite → violent → restriction justifiée

Cette manière « conséquentialiste » de procéder s'avère cependant trop restrictive, puisqu'il n'existe pas de rapport de causalité logique ou nécessaire entre ces éléments¹⁵³².

De même, l'existence de désagrèments ou d'ingérences dans les droits d'autrui qui découlent de l'exercice de la liberté de réunion pacifique et *a fortiori* d'une action de désobéissance civile sur le domaine public ne saurait systématiquement justifier une restriction de ce droit. Ces éléments doivent également être pondérés à l'aune de l'importance de la protection de la liberté de réunion. On ne saurait prédire que, face à des actions de désobéissance civile qui ne sont rien d'autre que des manifestations non autorisées sur le domaine public, la protection des droits des tiers justifie systématiquement 562

¹⁵³¹ COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE) (lignes directrices), N 46 ss et, en particulier, N 48 « [u]ne assemblée peut être « pacifique » même si elle est « illégale » en vertu du droit national. À cet égard, il est particulièrement important de souligner que le concept de « pacifique » peut inclure un comportement qui entrave, empêche ou fait obstacle temporairement aux activités de tiers, par exemple en bloquant temporairement la circulation. »

¹⁵³² KRIESI (Gegenkultur), parle d'« argument magique » de l'illicéité auquel se réfère l'autorité, p. 166 ; BERNAHARD, p. 23 et 24, définit ce conséquentialisme en lien avec l'art. 17 CP.

une sanction¹⁵³³. Une pesée des intérêts en présence est nécessaire. Le caractère non autorisé de la manifestation ne saurait en conséquence faire pencher la balance en défaveur des désobéissants au profit de droits abstraits des tiers ou d'ingérences minimales dans leurs droits¹⁵³⁴. Il en va de la place que l'on accorde dans une société de droit démocratique aux désagréments que peut occasionner à tout un chacun l'usage d'autres droits démocratiques¹⁵³⁵. En ce sens, le raisonnement opéré par les cours dans les arrêts « Guerre du Golfe », « Tapis humain », « Blocage d'un pont », « Procès des 200 » ou « XR Neuchâtel »¹⁵³⁶ apparaît critiquable, car les juges y font l'économie de l'examen des conditions de restrictions imposées par l'application de la liberté de réunion et y accordent une place disproportionnée aux intérêts abstraits des tiers. Ainsi, sur ce point, la jurisprudence rendue mériterait d'être mieux motivée et surtout mise en conformité avec le droit supérieur. Les actions étant non violentes, sur le domaine public, et servant largement un débat d'intérêt général, leur poursuite ne se justifie pas sous l'angle de la liberté de réunion qui devrait opérer comme motif justificatif.

(iii) *Le « chilling effect » de la condamnation des manifestations non autorisées*

- 563 Un autre enjeu commun à la désobéissance civile sur le domaine public et à l'exercice de la liberté de réunion est celui du « chilling effect » ou effet dissuasif.
- 564 En effet, dès lors que les cours raisonnent selon la logique conséquentialiste décrite, l'absence d'autorisation d'une réunion conduit à sa poursuite pénale. Or, cette manière de procéder présente également le risque de générer un effet dissuasif sur les manifestations en particulier spontanées, puisque les personnes qui manifesteraient potentiellement risquent alors de renoncer à se mobiliser¹⁵³⁷.

¹⁵³³ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, N 16 : « Les campagnes collectives de désobéissance civile ou d'action directe peuvent être couvertes par l'article 21, à conditions qu'elles soient non violentes. »

¹⁵³⁴ P. ex.: lorsque l'intérêt de se réunir est jugé moins important que le fait d'avoir dû organiser le déplacement d'une ligne de bus (arrêt du Tribunal de police de Lausanne du 27 octobre 2021) ou lorsque l'atteinte à la liberté de mouvement d'autrui a duré quelques minutes seulement.

¹⁵³⁵ Problématique générale liée à la conception dominante de la liberté au sein d'une telle société, cf. *infra* 5.III.A.

¹⁵³⁶ ATF 119 IV 301 ; 108 IV 165 ; TF, 6B_793/2008 du 24 mars 2009 et Tribunal de police du canton de Neuchâtel du 11 juin 2021.

¹⁵³⁷ Voir p. ex.: Tribunal de police de Neuchâtel du 11 juin 2021, p. 4.

Dans un arrêt récent de la première cour de droit public du TF¹⁵³⁸, l'autorité a 565
pourtant eu l'occasion de rappeler l'importance du risque que peuvent avoir
les mesures des polices, d'enquêtes et la poursuite pénale liée à de telles
actions sur l'exercice effectif de la liberté de réunion. Dans le cas qui lui était
soumis, la pratique de prise systématique d'ADN des participants et
participantes à des manifestations non violentes a été jugée excessive sous
l'angle de la proportionnalité, notamment en raison de cet effet dissuasif¹⁵³⁹.
Ainsi, on peut considérer qu'en l'absence de risque de violence, les personnes
qui organisent ou participent à une manifestation non autorisée ne devraient
pas être soumises à des procédures d'investigation, de sanction, sans plus de
questionnement, au risque d'augmenter les coûts de l'engagement dans des
pratiques pourtant protégées¹⁵⁴⁰. Sur ce point, on peut donc douter de la
conformité de l'analyse pénale des actes de désobéissance civile avec la
protection constitutionnelle et conventionnelle de la liberté de réunion. La
protection existante de la liberté de réunion devrait amener à tempérer, dans
certaines circonstances, la sanction prononcée, voir pousser les autorités à ne
pas poursuivre l'infraction au risque de produire un « chilling effect »
contraire à l'esprit de cette liberté¹⁵⁴¹.

Dans cette perspective également et au vu de ce qui a été rappelé, on peut 566
également douter de la pertinence de l'application de l'infraction de contrainte
aux cas des désobéissants civils. En effet, dans le cadre de l'évaluation des
ECO de cette infraction, on retrouve la réduction opérée entre violence,
illicéité, absence d'autorisation et justification de la restriction au travers de
l'analyse de l'élément de l'usage d'un moyen de contrainte. La potentialité
d'un « chilling effect » est donc aussi présente et une interprétation extensive
de ce chef d'inculpation est induite en pratique¹⁵⁴². Bien que la jurisprudence
rappelle que cet ECO doit faire l'objet d'une interprétation restrictive, cette
crainte reste d'actualité à la lecture des jugements de notre corpus. À cet égard,

¹⁵³⁸ ATF 147 I 371, c. 4.4.2. Le fichage des manifestants climatique qui ont protesté contre un établissement financier bâlois cause un risque de dissuasion et la mesure est donc disproportionnée.

¹⁵³⁹ ATF 147 I 371.

¹⁵⁴⁰ PETER, p. 20 ; CourEDH, affaire *Navalnyy c. Russie* du 15 septembre 2018, n°29580/12 ; SCHREIBER/JOSS, p. 523 ss, citent l'ATF 146 I 11 et TF, 1C_181/2019 du 29 avril 2020 pour souligner l'importance de l'effet dissuasif produit par les mécanismes de surveillance.

¹⁵⁴¹ SCHREIBER/JOSS les auteurs reprennent dans leur article les origines historiques liées au mouvement des droits civiques des discussions sur l'effet dissuasif, p. 524 ss. Ils qualifient l'effet indirect de restriction indirecte de la liberté de réunion et d'opinion et insistent sur l'importance de l'effet « extra-individuel » (« überindividuelle Wirkung ») produit, p. 533. Sont donc condamnables les dispositions légales trop vagues à cet égard, mais aussi les sanctions prononcées et les charges imposées au préalable, p. 538.

¹⁵⁴² Comme relevé par une minorité en doctrine par WEBER/WIEDERKEHR, p. 214 ss.

un moyen de rendre la qualification de l'infraction de l'art. 181 CP plus prévisible consisterait à en restreindre le champ d'application en supprimant ou exemplifiant ce critère d'usage de violence qui constitue un moyen de contrainte illicite pour que ses contours ne soient pas laissés à une interprétation à géométrie variable au gré des affaires. Il conviendrait que le législateur modifie cette disposition ou que les juges développent des critères matériels stricts à cet égard.

- 567 Enfin, on peut douter que l'interprétation donnée de ce critère de violence à l'art. 181 CP soit conforme au droit supérieur. En effet, la jurisprudence et la doctrine relatives à la liberté de réunion rappellent toutes deux que des actions de « flash mob », « sit-in » ou autres manifestations spontanées sont des formes protégées de rassemblement, peu importe leur licéité¹⁵⁴³. Ce qui est déterminant est une analyse complète des conditions de restrictions de l'art. 36 Cst. féd. Or, en considérant qu'un acte qui entraîne un blocage non autorisé de quelques minutes est violent et que les ECO de la contrainte sont remplis, le juge se place dans une logique inverse à celle prônée par l'analyse constitutionnelle. Il part alors du principe que l'acte n'est pas protégé et que c'est à son auteur de justifier d'y recourir au moyen de faits justificatifs. On ne laisse alors pas de place à une analyse ou une justification sous l'angle du droit constitutionnel. Une telle approche crée une situation contradictoire entre théorie constitutionnelle et droit pénal, sans qu'une articulation convaincante entre les deux soit opérée¹⁵⁴⁴. Toujours en ce sens, la jurisprudence de la CourEDH insiste sur la protection des réunions pacifiques en précisant que l'illicéité d'une réunion ne saurait avoir pour conséquence systématique de priver celle-ci de son caractère pacifique et justifier toutes restrictions¹⁵⁴⁵. Or, la pratique en matière d'actes de contrainte semble dénoter une tendance à la simplification, rendant sa conformité avec le droit conventionnel douteuse. En définitive, il convient de retenir que le recours au critère de violence comporte donc un risque sous l'angle de la prévisibilité de la loi et qu'une meilleure analyse des conditions de l'art. 36 Cst. féd. permettrait de tenir compte de manière plus adéquate de la liberté de réunion et ses effets.

¹⁵⁴³ Cf. *supra* 1.II.A.4.

¹⁵⁴⁴ Cf. *supra* 4.III.A.1.a.

¹⁵⁴⁵ Cf. CourEDH, affaire *Kudrevicius et autres c. Lituanie*, 15 octobre 2015, n°37553/05 et CourEDH, affaire *Tatar et Faber c. Hongrie*, 12 septembre 2012, n°26005/08. Également : COMITÉ DE DROITS DE L'HOMME, N 16.

(iv) *La désobéissance civile sur le domaine privé*

Une dernière nuance à apporter au traitement judiciaire de la désobéissance civile sous l'angle de la liberté de réunion concerne les actions entreprises sur le domaine privé. 568

En effet, comme nous l'avons relevé plus haut, la désobéissance civile englobe également des actions qui débordent du domaine public et sont organisées sur des fonds privés (banques, abattoirs, stades de foot, ...). Or, lorsque le domaine privé est concerné, la liberté de réunion ne déploie pas les mêmes effets, puisqu'en principe les libertés fondamentales consacrent des droits individuels opposables à l'État (art. 35 al. 2 Cst. féd.)¹⁵⁴⁶, mais aussi à toutes les personnes ou entités qui exercent une tâche étatique¹⁵⁴⁷. Cela implique que même les titulaires d'une tâche externalisée ou déléguée sont liés par le respect et la mise en œuvre des droits fondamentaux. Cependant, en matière de relations entre privés, l'art. 35 al. 3 Cst. féd. prévoit uniquement que « les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ». On parle à cet égard d'effet horizontal des droits fondamentaux (« Drittwirkung »)¹⁵⁴⁸. Cet effet reste cependant en principe indirect, *via* l'interprétation conforme à la Constitution du droit¹⁵⁴⁹. En effet, l'instrument des libertés fondamentales n'a pas vocation à s'appliquer aux litiges entre privés¹⁵⁵⁰. Un effet horizontal direct des libertés fondamentales n'est en conséquence reconnu qu'à titre exceptionnel et de manière expresse¹⁵⁵¹. Ainsi, un effet horizontal indirect peut parfois être reconnu à la liberté de réunion en matière d'espaces privés, mais de manière restrictive et, pour autant qu'il existe un rapport de proximité entre ce domaine privé et le domaine public, ainsi qu'un lien entre l'action de protestation et le lieu choisi¹⁵⁵². Sur le domaine privé, les restrictions sont donc plus largement justifiables que sur le domaine public¹⁵⁵³. De plus, une manifestation sur le bien-fonds d'autrui nécessite en principe une autorisation du propriétaire¹⁵⁵⁴. 569

¹⁵⁴⁶ SGK BV–SCHWEIZER, Art. 35, N 6.

¹⁵⁴⁷ SGK BV–SCHWEIZER, Art. 35, N 34 et 51.

¹⁵⁴⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 126 et 127; SGK BV–SCHWEIZER, Art. 35, N 14 et N 48 ss.

¹⁵⁴⁹ SGK BV–SCHWEIZER, Art. 35, N 55 ss et *cf.* 4.III.B.1.

¹⁵⁵⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 129 ; SGK BV–SCHWEIZER, Art. 35, N 40.

¹⁵⁵¹ SGK BV–SCHWEIZER, Art. 35, N 51 et N 58. C'est par exemple le cas en matière d'égalité salariale (art. 8 al. 3 Cst. féd.).

¹⁵⁵² *Cf. supra* 1.II.A.5. et ATF 127 I 164.

¹⁵⁵³ ATF 127 I 164, c. 5.

¹⁵⁵⁴ Tribunal de la Sarine, 18 juin 2021, p. 46 ; CR Cst.–MALINVERNI, art. 22, N 43 (restrictif).

- 570 Qu'en est-il des actes de désobéissance civile sur fonds privé ? En application de ces principes, il n'est pas exclu que certains actes puissent être couverts par un tel effet indirect dans les cas précis où un lien étroit existe entre le lieu de l'action et le rassemblement, tout en admettant que les restrictions à la liberté de réunion soient plus aisément admises. C'est par ailleurs la pratique de la CourEDH¹⁵⁵⁵. En ce sens, il est regrettable qu'un tel examen et une telle pesée des intérêts n'aient pas été jugés nécessaires dans les cas du blocage relatif au « Black Friday » de notre corpus¹⁵⁵⁶. En effet, dans cette affaire, la manifestation a pris place sur un lieu privé – l'entrée d'un centre commercial – en raison de sa proximité étroite avec la chaussée publique et de son lien avec le but de la manifestation – dénoncer la surconsommation. Or, il est regrettable que de tels questionnements ne soient pas, ne serait-ce qu'abordés par le jugement qui insiste uniquement sur l'absence d'autorisation qui paralysierait l'application de l'art. 22 Cst. féd.¹⁵⁵⁷. Sans même nous prononcer sur la justification que la liberté de manifester pourrait ou non apporter dans ce cas précis à l'acte de blocage, il nous semble que les nombreux raccourcis de raisonnement doivent être relevés et dénoncés.
- 571 De telles généralisations portent en elles le germe de la mise en place d'une pratique qui pourrait s'avérer nocive pour la protection et la mise en œuvre effective de la liberté de réunion, d'une part, mais également contraire au droit supérieur, d'autre part. Ainsi, si l'on suit le raisonnement du juge pénal dans le cas du « Block-Friday », que faire d'hypothétiques actions qui prendraient place dans une gare, lieu librement accessible au public, mais dont le statut juridique est de plus en plus complexe en raison de la proximité entre zones commerciales et zones piétonnes de passages¹⁵⁵⁸ ? Ou d'une église ? Ou encore d'un terrain traversé par un chemin de randonnée pédestre public ? L'ensemble de ces lieux, dont le statut juridique n'est par ailleurs pas toujours aisément déterminable pour les membres de la société civile, sont-ils *a priori* soustraits à toute possibilité de rassemblement de nature expressive ou politique ? Autrement dit, la liberté de réunion ne trouve-t-elle pas à s'y appliquer ? À notre sens, et en référence à l'arrêt concernant le « World

¹⁵⁵⁵ CourEDH, affaire *Cisse c. France* du 9 avril 2002, n° n°51346/99 ; CourEDH, affaire *Baldassi c. France* du 11 juin 2020, n° 15271/16.

¹⁵⁵⁶ ATF 108 IV 165 (« Tapis humain »).

¹⁵⁵⁷ Tribunal de la Sarine, 18 juin 2021, p. 55 ss, décision dans laquelle il est uniquement mentionné que cette liberté ne produit pas d'effet horizontal, car les manifestants auraient dû demander une autorisation.

¹⁵⁵⁸ Voir p. ex. : les questions posées sous l'angle de l'exercice de la liberté religieuse et la liberté de manifester d'une personne qui souhaite distribuer des tracts dans une gare, bien relevant du patrimoine administratif affecté à un usage particulier, mais dont une partie grandissante est désignée comme « centre commercial », ATAF 6478/2016 du 22 novembre 2017, c. 5.2

Economic Forum », un lien de proximité pourrait pourtant hypothétiquement être admissible dans certains cas en présence de ce critère de lien suffisant proposé par le TF¹⁵⁵⁹. Quoiqu'il en soit, ces questionnements mériteraient d'être approfondis et étudiés plus en détail par les cours afin de délimiter la portée d'un éventuel effet horizontal indirect de la liberté de réunion.

Il en va également d'un impératif de conformité au droit conventionnel, dès lors que, comme nous l'avons présenté dans l'affaire *Cissé*¹⁵⁶⁰, la liberté de réunion a été appliquée à une occupation d'une église. Dans cette affaire, si la restriction à la liberté de manifester a certes été justifiée, elle l'a été pour des raisons indépendantes du statut du lieu en question. Encore une fois, ces contradictions plaident en faveur d'un examen plus nuancé des libertés fondamentales par les juridictions pénales et devraient conduire, dans certains cas, à une justification des infractions commises.

572

Néanmoins, il convient de concéder qu'un certain nombre de cas de désobéissance civile se déroulent dans des espaces purement privés dont le statut ne porte pas à confusion (les abattoirs ou les banques par exemple¹⁵⁶¹). Ces lieux sont pour leur part exclus du champ d'application de la liberté de réunion, en l'absence d'une autorisation du propriétaire du bien-fonds. À leur égard, la pratique de la CourEDH tout comme la jurisprudence interne sont unanimes. L'application de la liberté de réunion peut donc effectivement leur être refusée, sans plus d'examen¹⁵⁶². Néanmoins, la liberté d'expression y déploie tout de même un effet qu'il convient alors d'examiner¹⁵⁶³. En effet, sous cet angle, une protection peut néanmoins leur être reconnue comme le montre l'étude de la jurisprudence conventionnelle et l'application du critère du débat d'intérêt général¹⁵⁶⁴.

573

¹⁵⁵⁹ ATF 127 I 164 (JdT 2003 I 291).

¹⁵⁶⁰ CourEDH, affaire *Cisse c. France* du 9 avril 2002, n° n°51346/99. Bien que l'action se soit déroulée dans une église, elle était couverte par le champ d'application de l'article 11 CEDH.

¹⁵⁶¹ ATF 147 IV 297, c. 3.2 : « [e]n l'occurrence, la manifestation à laquelle ont pris part les recourants ne s'est nullement déroulée sur le domaine public. Dans cette mesure, les différents arrêts de la CourEDH qu'invoquent les recourants sont sans pertinence, dits arrêts ayant pour l'essentiel trait à la problématique de la liberté d'expression et de réunion sur le domaine public. L'espace occupé dans la banque est certes accessible au public. Il s'agit cependant d'un accès conditionné à une relation de clientèle ou d'affaires avec la banque. Il ne s'agit en aucun cas d'un espace de transit ou destiné à accueillir un nombre important de personnes. [...] Il leur aurait été aisément possible, sans perte de retentissement médiatique, de requérir une autorisation de manifester sur le domaine public devant la banque ou à proximité de celle-ci. »

¹⁵⁶² Nous traiterons *infra* 4.III.B. de savoir si cet usage n'a pas pour autant un intérêt en termes d'appel au droit.

¹⁵⁶³ Cf. *supra* 4.III.A.1.b.

¹⁵⁶⁴ CourEDH, affaire *Baldassi c. France* du 11 juin 2020, n° 15271/16. Cf. *supra* 4.III.A.1.b.

- 574 En conclusion de cette analyse de l'application de la liberté de réunion aux actes de désobéissance civile, on retiendra que cette dernière relève bien souvent de l'exercice de la liberté de réunion. En l'état actuel du droit, deux critères principaux font obstacle à son application dans les actes du corpus : le fait que certaines actions soient conduites sur le domaine privé, mais aussi une tendance à rabattre l'absence d'autorisation sur l'illicéité et sur le caractère non pacifique de la réunion (tendance au légalisme). En outre, la poursuite de certaines réunions non autorisées au chef de la contrainte apparaît discutable, puisque l'incrimination autonome des manifestations non autorisées est en principe prohibée par le droit supérieur. En effet, on peut se demander si, par le biais de cette infraction, la jurisprudence n'institue pas une infraction autonome de manifestation non autorisée contraire également au principe de légalité. Enfin, on constate la proximité entre les manifestations non autorisées sur le domaine public et la désobéissance civile, leurs fonctions analogues et l'importance de prendre en compte le risque de « chilling effect » de l'intervention pénale à leur égard.

2. La désobéissance civile en application de l'état de nécessité

- 575 Dans notre corpus, nous avons constaté que l'analyse pénale des actions de désobéissance civile se cristallise principalement autour de la figure de l'état de nécessité. Celle-ci est mobilisée abondamment par les différents acteurs du procès, que ce soit les avocats et avocates, les juges ou les prévenus désobéissants. Le sens attribué à la notion est cependant à géométrie variable d'un acteur à l'autre. Cette section sera l'occasion de revenir sur ces différentes contorsions et hiatus. Nous examinerons en particulier les éléments qui mettent en échec son application aux cas de désobéissance civile au sens des juridictions. Nous nous intéresserons brièvement aux conditions de l'état de nécessité de l'existence d'un danger imminent et d'un bien juridique individuel à sauvegarder (a.). Puis, nous consacrerons la plupart de nos développements à l'analyse de la condition de subsidiarité, rejetée en raison de l'existence d'une « kyrielle d'autres moyens »¹⁵⁶⁵ légaux à disposition des désobéissantes et désobéissants, afin d'en proposer une critique (b.). En effet, nous soulignerons que l'interprétation de cette condition traduit un rapport essentialisé aux outils de participation légaux. Enfin, nous soulignons d'ores et déjà que la plupart des développements effectués sous l'angle de l'analyse de l'état de nécessité peuvent être repris *mutatis mutandis* pour une analyse du motif justificatif extra-légal de la sauvegarde d'intérêts légitimes. Par

¹⁵⁶⁵ ATF 147 IV 297.

conséquent, nous renonçons à traiter de manière approfondie de ses conditions d'applications et nous limitons à ce renvoi à cet égard.

a. Danger imminent et biens juridiques individuels

Le premier point de tension entourant l'application de l'état de nécessité a trait à la condition de l'existence d'un danger imminent. À ce sujet, un choix¹⁵⁶⁶ entre deux conceptions d'un tel danger s'impose aux juges : une approche classique¹⁵⁶⁷, qui met l'accent sur l'importance que le danger ne se réalise à brève échéance, et celle défendue par les désobéissants civils qui incluent dans la notion de danger des risques politico-sociaux moins tangibles¹⁵⁶⁸. 576

C'est principalement en matière de désobéissance civile climatique que les hiatus interprétatifs sont rendus les plus explicites. La qualification de danger fait alors l'objet d'un réel combat stratégique et symbolique du côté des désobéissants qui souhaitent que les conséquences du réchauffement climatique soient reconnues comme un danger¹⁵⁶⁹. Dans ce domaine précis, les désobéissants environnementaux souhaitent montrer le besoin de faire évoluer l'acception classique au regard des nouvelles connaissances scientifiques en matière climatique. Pour définir cette notion de danger, les activistes font alors appel à un ensemble d'éléments politico-sociaux et scientifiques, mais pas juridiques. Ces sources extra-légales provoquent un inconfort au sein des juridictions qui ne savent quelle place leur accorder et « bricolent »¹⁵⁷⁰ en admettant tantôt le danger, parfois son imminence, ou 577

¹⁵⁶⁶ Car il s'agit bel et bien d'un choix comme pour d'autres éléments, cf. PAPAUX (désobéir), p. 318.

¹⁵⁶⁷ GRAA, p. 285 ss.

¹⁵⁶⁸ HAYES/OLLITRAULT, p. 59 ss.

¹⁵⁶⁹ La distinction entre le sens juridique donné à la notion de danger et le sens commun que lui prêtent les désobéissants n'est que peu comprise pas les prévenus. En effet, s'il n'est pas incohérent pour des juristes que les cours reconnaissent que les dangers de la crise écologique sont un fait notoire (ou un « quasi fait notoire », concept dont on ignore ce qu'il peut recouvrir...), tout en refusant la qualification de danger au sens de l'état de nécessité, ne lui assortissant aucun effet juridique, pour les activistes, ce rejet est perçu comme une contradiction incompréhensible et un désaveu des tribunaux. Cf. Tribunal de police de Lausanne, 29 septembre 2021. Ce que cet exemple illustre est l'écart existant entre l'interprétation juridique et sa réalité autonome et l'adéquation de ce sens aux réalités sociales des membres du corps civique. Nous y reviendrons, cf. *infra* 4.III.B. Voir en outre : HAYES/OLLITRAULT, p. 59 ss.

¹⁵⁷⁰ OST/VAN DE KERCHOVE, p. 13.

rejettent complètement cette qualification¹⁵⁷¹. Cette « fabrique du droit »¹⁵⁷² entourant la qualification de danger imminent est en plein essor et les contours de ce critère ne cessent de se brouiller ces dernières années, sous l'impulsion de nombreux cas de contentieux climatiques portés par la société civile¹⁵⁷³. La doctrine suisse est d'ailleurs divisée au sujet de cette qualification, mais plus favorable que les autorités judiciaires à une évolution de l'interprétation de cette notion en faveur de celle mise en avant notamment par les désobéissants et désobéissantes climatiques¹⁵⁷⁴. Ces différents mouvements soulignent la nature dynamique de l'interprétation du droit et les choix qui la sous-tendent¹⁵⁷⁵.

- 578 La seconde condition d'application faisant échec à l'état de nécessité est liée à la défense des biens juridiques que font valoir les désobéissants, qui relèvent de biens juridiques jugés collectifs par opposition aux biens individuels. À cet égard, rappelons que l'activation de la protection pénale est toujours subordonnée à l'existence d'un bien juridique institué par la loi comme devant être protégé¹⁵⁷⁶. La classification des infractions au sein du Code pénal est

¹⁵⁷¹ Accepté dans certains jugements de première et deuxième instance dans les affaires du « Lausanne Action Climat » et des « Mains rouges », puis rejeté par le TF.

¹⁵⁷² Expression empruntée à LATOUR, p. 7 ss et *passim*.

¹⁵⁷³ Cf. les références citées par NUSSBAUMER. Celui-ci indique que de nombreux cas de droit comparé où une défense similaire a été plaidée. Notamment dans l'affaire américaine de la Criminal Court de la ville de New York, *People v. Grey* du 14 mars 1991, 150 Misc. 2d 852, 854 ou District Court Columbia City, *State v. Mouer* des 12-16 décembre 1977. Pour plus de références : VANHALA, p. 447 ss ; LONG/ HAMILTON, p. 57 ss ; NIEHAUS/DAVIES, p. 228 ss.

¹⁵⁷⁴ Admis : PAYER, p 226 ss ; SCHILD TRAPPE/SCHÖBI, p. 5 ; THOMMEN/MATTMANN, 13 ss ; NUSSBAUMER ; DEMAY/FAVRE, p. 279 ss ; YBLER/ZALKA, p. 24. *Contra* : GRAA, p. 313 et 314, opposé à cette qualification pour des raisons historiques qui éludent l'interprétation téléologique ; BLANCHER, p. 7 ; NIGGLI/MUSKENS, les auteurs estiment que l'on ne saurait tenir pour immédiates au sens pénal des prédictions liées à un avenir non advenu, § 32. Ils considèrent par ailleurs et dans un registre général que le climat constitue toujours une menace potentielle et globale pour les individus, mais ne saurait en conséquence devenir un danger immédiat, sauf à constater des atteintes concrètes. En outre, leur raisonnement analogique confine à l'absurde – les chances pour les militants et militantes de voir leur droit à la vie lésé sont estimées relever du même registre de probabilité que la mort d'Eschyle par suite de la chute du ciel d'une tortue – dès lors que l'on considère les connaissances scientifiques, quasi unanimes, qui soulignent le lien existant entre les atteintes constatées actuellement et les dérèglements climatiques.

¹⁵⁷⁵ Cf. *infra* 5.III.B. sur le pouvoir interprétatif des juges et le rejet de l'argument de l'existence d'un gouvernement de ceux-ci.

¹⁵⁷⁶ On parle à cet égard des biens juridiquement protégés qui correspondent aux « valeurs ou [aux] intérêts essentiels à l'épanouissement des personnes au sein d'une société déterminée. [...] Ils peuvent être expressément ou implicitement reconnus par l'ordre constitutionnel et leur défense est nécessaire pour la vie communautaire. » HURTADO POZO/GODEL, N 20.

organisée de manière systématique autour de ces différents biens et distingue, selon leur titularité, entre les biens individuels (l'intégrité physique, la propriété, etc.) et collectifs (la sécurité publique, la santé publique, l'administration de la justice, etc.)¹⁵⁷⁷. La fonction de ces biens juridiquement protégés est double puisqu'elle permet « [...] de délimiter les conditions de punissabilité et [d']interpréter la loi pénale »¹⁵⁷⁸. Le principe veut que seul l'État soit habilité à agir en faveur ou pour sauvegarder les biens juridiques collectifs. En outre, relevons que l'environnement n'est pas en tant que tel un bien juridiquement protégé individuel dont les prévenus peuvent se prévaloir¹⁵⁷⁹.

Or, si l'on s'intéresse à la stratégie déployée dans le cas du LAC, les activistes ont plaidé agir au nom de leur intérêt propre à la vie, afin de pallier l'absence de voie d'action en défense de biens collectifs¹⁵⁸⁰. Par le biais d'un raisonnement extensif, ils et elles estiment que, si une action pour leur vie est envisageable, alors elle peut également l'être pour celle d'autrui, leurs intérêts pouvant se cumuler. Ce raisonnement n'a pas été suivi par le TF¹⁵⁸¹. 579

La doctrine est quant à elle divisée à ce sujet. Ainsi, PAYER souligne que la doctrine majoritaire n'admet pas de défense de biens juridiques collectifs, mais suit le raisonnement des prévenus selon lequel des biens individuels étaient également en jeu dans le cas de l'occupation du Crédit suisse. En conséquence, il considère qu'une justification d'une action au nom de la protection du climat ne peut être envisagée au bénéfice de l'état de nécessité, mais qu'elle peut l'être au nom du droit à la santé et à la vie de prévenus, ouvrant une brèche dans le sens des désobéissants¹⁵⁸². Ceux-ci sont alors fondés à agir pour autant que l'intérêt collectif poursuivi les touche également à titre individuel. De même, NUSSBAUMER reconnaît que les biens individuels sont toujours liés aux biens collectifs et que la limite entre les deux est artificielle¹⁵⁸³. Dans le même sens, seuls MONNIER et MAHAIM admettent 580

¹⁵⁷⁷ HURTADO POZO/GODEL, N 22; PIETH, p. 2 ss.

¹⁵⁷⁸ HURTADO POZO/GODEL, N 23.

¹⁵⁷⁹ Sa violation est toujours invoquée en relation avec la violation de droits individuels ou collectifs p. ex. une menace sur la santé, droit à la vie, etc. Voir en ce sens la pratique de la CEDH CONSEIL DE L'EUROPE (Environnement) et l'article de MÜLLER/ZECH, p. 72 à 101. En droit international, ce constat est critiqué par différents juristes qui plaident en faveur de la reconnaissance d'un bien juridiquement protégé indépendant pour l'environnement (Polly HIGGINS, Valérie CABANES). Pour un résumé de ces positions, cf. NEYRET, p. 177 ss.

¹⁵⁸⁰ Cf. *infra*. 4.III.B.3.

¹⁵⁸¹ Seul le tribunal de police de première instance dans le cas du « Lausanne Action Climat » et l'autorité de seconde instance dans le cas des « Mains rouges » ont suivi ce raisonnement.

¹⁵⁸² PAYER, p. 229.

¹⁵⁸³ PAYER, p. 236. Dans le même sens, SCHILD TRAPPE/SCHÖBI, p. 5 ; YBLER/ZALKA, p. 23 ; THOMMEN/MATTMANN, p. 18, admettent l'action sous l'angle du droit à la vie et à la santé,

également que, par extension, lorsque des biens individuels sont touchés, des biens collectifs le sont aussi et qu'en conséquence il est possible de se prévaloir de l'état de nécessité¹⁵⁸⁴. Cependant, le rejet de la reconnaissance de toute action en nom collectif est réellement en ce sens l'élément le plus sérieux s'opposant à l'application de l'état de nécessité aux actions de désobéissance civile.

- 581 *A contrario*, NIGGLI/MUSKENS dénoncent avec véhémence ce raisonnement et considèrent qu'en cas de justification d'une action et de reconnaissance de cette possibilité d'action pour des intérêts globaux, nos ordres juridiques ouvriraient une boîte de pandore¹⁵⁸⁵. Les auteurs craignent en particulier que, par ce biais, soient admises par voie prétorienne des actions collectives¹⁵⁸⁶. On retrouve cette peur d'une « pente glissante » en creux dans les jugements et chez une partie de la doctrine. Cette position est révélatrice des difficultés propres au légalisme moderne qui ne reconnaît le collectif que comme l'addition des intérêts individuels et s'articule uniquement autour de cette notion¹⁵⁸⁷. Il nous faudra revenir sur ces enjeux qui débordent des contours de définition de l'état de nécessité et emportent une conception philosophique et de théorie du droit particulière¹⁵⁸⁸. À ce stade, retenons uniquement que, sur ce point également, l'interprétation dominante donnée à cette condition plaide en défaveur des désobéissants¹⁵⁸⁹. Une évolution et un assouplissement de celle-ci seraient nécessaires afin de pouvoir appréhender les actions de désobéissance civile sous l'angle de l'état de nécessité¹⁵⁹⁰.

mais pas d'un droit à l'environnement sain, celui-ci n'était pas justiciable en tant que tel, cf. *infra* 4.III.B.4. Pour les auteurs, une argumentation sous l'angle de l'art. 18 CP aurait été préférable, quand bien même elle ne règle pas la question de la défense de biens juridiques individuels ou collectifs. En outre : NIGGLI/MUSKENS, § 17.

¹⁵⁸⁴ MAHAIM (Rodgeur), p. 25 et CR CP–MONNIER, art. 17, N 13.

¹⁵⁸⁵ NIGGLI/MUSKENS, § 12, y voient une pente glissante vers des actions contre les fumeurs au nom de la santé publique et craignent un retour au totalitarisme. Ils invoquent donc l'argument que l'on désignera par la « pente glissante » ou la « boîte de pandore ». NUSSBAUMER parle quant à lui de « pente savonneuse », expression qui se réfère également adéquatement à cette situation.

¹⁵⁸⁶ Cf. *infra* 4.III.B.3.

¹⁵⁸⁷ Cf. *infra* 5.III.A. Cette solution est certes rusée, mais ne réalise pas une remise en question de cette invisibilisation du collectif au travers de la figure du sujet de droit. MAHAIM qui relève également cet aspect et semble estimer en substance que la crainte de la « boîte de pandore » n'inquiète que les positivistes, p. 25 ss.

¹⁵⁸⁸ Cf. Chapitre 5.

¹⁵⁸⁹ *Idem* HAYES/OLLITRAULT, p. 109.

¹⁵⁹⁰ À noter par ailleurs qu'en la matière, les intérêts et la compréhension des désobéissants sont également fortement décalés des standards juridiques. Ainsi, à l'occasion du procès du 27 octobre 2021, une activiste a estimé que c'était une victoire pour elle que le juge reconnaisse qu'elle avait agi pour un intérêt collectif, sans comprendre que cela impliquait,

b. La subsidiarité

La dernière condition d'application de l'état de nécessité est celle de la subsidiarité. Dans les cas de notre corpus, deux éléments sont mobilisés afin de rejeter son application aux cas de désobéissance civile : d'une part, l'absence d'aptitude du moyen entrepris pour atteindre le but visé et, d'autre part, la non-utilisation de moyens alternatifs moins dommageables par les désobéissants (subsidiarité absolue). Or, dans les deux cas, l'autorité fait preuve d'une interprétation anhistorique et apolitique du droit et des libertés. En effet, que ce soit lorsqu'elle juge que les moyens entrepris ne sont pas aptes à atteindre le but visé – l'occupation d'une banque ne fait pas diminuer les émissions de gaz à effet de serre¹⁵⁹¹ – ou que d'autres moyens légaux étaient à disposition – les désobéissants civils auraient dû essayer de convaincre tous les automobilistes un à un¹⁵⁹² –, elle évince toute prise en compte de considérations d'ordre sociologiques ou politiques¹⁵⁹³. C'est au sujet de ces éléments que nous souhaitons apporter un contre poids, notamment en proposant une réflexion sur les notions de déficits démocratiques et l'idéalisation des moyens de participation démocratiques qui transparait de la lecture des décisions. En effet, ces éléments, également plaidés par les désobéissants civils, méritent à notre sens d'être inclus dans les réflexions des juristes et leur interprétation de ce critère de subsidiarité, afin de prendre en compte de manière plus réaliste la dimension expressive protégée des actes de désobéissance civile. C'est sous cet angle que l'interprétation actuelle de l'état de nécessité s'avère critiquable à nos yeux.

582

en droit, qu'il refusait de l'acquitter pour cette raison précisément. Notes d'audience en lien avec l'arrêt : Tribunal de police, 27 octobre 2021, PE.19.020367, p. 42, c. 3.2.

¹⁵⁹¹ Avis partagé par SCHILD TRAPPE/SCHÖBI, p. 5 et 6. Ils reconnaissent néanmoins un caractère louable à la démarche ; THOMMEN/MATTMANN, p. 18 ; STOCKER, p. 103 ss ; BLANCHET, p. 7 ; NIGGLI/MUSKENS, considèrent que n'importe quelles autres mesures auraient été plus pertinentes qu'un match de tennis, § 42 ; GRAA, p. 314 ss ; YBLER/ZALKA, p. 26 ss.

¹⁵⁹² ATF 119 IV 305 par exemple.

¹⁵⁹³ Concord. PETEL, p. 1055. Il souligne la difficulté à identifier les responsables en matière d'atteintes au climat et estime que la stratégie des désobéissants a produit un effet, si on la considère en lien avec les mouvements de justice climatique à une échelle plus large. Il admet donc que l'acte est nécessaire, bien que non suffisant. Dans un sens plus large, sur ce rejet des sources non juridiques, OST (droit), p. 82 ss. L'auteur souligne la présence récurrente de ce type de hiatus entre le sens commun et celui attribué par les juristes aux mêmes notions. Il signale à cet égard les travaux d'André-Jean ARNAUD et Jean CARBONNIER qui qualifient ce droit qui se constitue à l'intermédiaire des deux sens de « droit vulgaire ». Il s'agirait des « pratiques usuelles perçues ou voulues comme droit par les acteurs et qui pourtant ne le sont pas », p 83.

(i) *L'aptitude*

583 S'agissant du critère d'aptitude, on constate que l'autorité, loin de reconnaître le potentiel politique de l'action de désobéissance civile, fait peser des attentes particulières sur les désobéissants. Si on suit le raisonnement opéré par les cours, les antispécistes devraient ainsi discuter avec l'ensemble des personnes consommant des produits d'origines animales et les convaincre de ne plus le faire, tout en étant eux-mêmes parfaitement cohérents¹⁵⁹⁴. Les pacifistes devraient identifier les personnes qui vendent des armes, entamer des négociations afin de les convaincre d'arrêter leurs activités, et, pour le surplus, faire une sorte de « porte-à-porte »¹⁵⁹⁵ pour faire réaliser aux autres membres du corps civique les dangers liés aux conflits armés pour que l'on puisse éventuellement discuter de l'application de motifs justificatifs. L'exemple atteint un paroxysme en matière climatique, les désobéissants devraient identifier les responsables des gaz à effet de serre parmi des branches économiques entières, démêler parmi des pratiques complexes les chaînes de responsabilités, et ce, quand bien même il a été démontré la difficulté d'attribuer la responsabilité du réchauffement climatique à un secteur ou l'autre¹⁵⁹⁶. En particulier, le traitement et les discussions en doctrine au sujet de l'affaire du LAC illustrent ce hiatus interprétatif et le décalage existant¹⁵⁹⁷. Seul PAYER suggère que ces divergences au sujet de l'aptitude sont liées à un

¹⁵⁹⁴ Au vu des questions récurrentes sur la composition de l'alimentation de leurs animaux domestiques, cf. Tribunal de police de La Côte du 20 décembre 2018 et Tribunal de police de La Côte du 19 novembre 2020. Dans les affaires climatiques, de nombreuses questions liées à la cohérence des pratiques environnementales des désobéissants sont à noter. Parmi d'autres, cf. le cas « Procès des 200 ».

¹⁵⁹⁵ P. ex. : ATF 119 IV 301 (JdT 1996 IV 147) ou ATF108 IV 165 (JdT 1983 IV 142) dans lesquels il est plutôt question de démarcher « automobiliste » après « automobiliste », puisque l'autorité retient à charge des prévenus qu'ils n'aient pas rendus visibles leurs banderoles ou slogans à l'ensemble des automobilistes et personnes bloqués. Ce qui est donc jugé essentiel est que tous et toutes puissent recevoir le message véhiculé dans un périmètre physique qui reste indéfini.

¹⁵⁹⁶ À ce sujet : LOETSCHER. Dans un sens similaire et par conséquent critique de cette conception de la notion d'aptitude, NUSSBAUMER. Ce dernier souligne notamment que la banque a changé de pratique par suite de l'action des activistes du « Lausanne Action Climat ». Il invite à rejeter l'argument selon lequel une « partie de tennis n'est pas apte à endiguer un phénomène colossal amorcé il y a plus de deux cents ans. » En outre, YBLER/ZALKA, p. 25, mais qui considèrent étrangement, après avoir constaté le caractère multicausal des problèmes climatiques, que celui-ci joue en défaveur des personnes prévenues.

¹⁵⁹⁷ La grande majorité des auteurs considèrent en effet qu'il n'existe pas de rapport d'aptitude direct entre l'acte et le but de l'action.

manque d'identification du but réel des désobéissants par les autorités¹⁵⁹⁸. Cette interprétation peut être qualifiée de « conséquentialiste »¹⁵⁹⁹.

Or, les militants et militantes opposent au défaut supposé d'aptitude de leur acte un argument que l'on peut résumer sous le nom de « argument Rosa Parks ». En substance, ils et elles soulèvent que l'interprétation causaliste des autorités est inadaptée pour appréhender les enjeux liés à la désobéissance civile. L'analogie avec la situation de Rosa PARKS, étudiante afro-américaine qui a refusé en 1955 de s'asseoir dans la partie assignée aux personnes noires dans un bus de Montgomery, vise à dénoncer cette inadéquation entre raisonnement juridique et compréhension de l'action politique. En effet, l'acte de cette dernière n'était pas, au sens entendu par les pénalistes, apte ou nécessaire à mettre fin à la ségrégation raciale, et pourtant... on sait l'importance historique et symbolique qu'a revêtu cet événement pour visibiliser l'injustice de systèmes d'oppression et servir de point de bascule dans la lutte pour les droits civiques. Ainsi, au travers de cet exemple, les désobéissants civils opposent aux juristes une méconnaissance des dynamiques sociales, politiques et symboliques en jeu dans les luttes sociales qui influence leurs choix interprétatifs. En conséquence de cette méconnaissance, les points de basculement de l'engagement politique, qui présentent une certaine imprévisibilité, mais surtout s'inscrivent dans un processus qui ne peut être uniquement évalué à l'échelle individuelle, ne jouent aucun poids dans le raisonnement pénal. Il conviendrait que le choix de ne pas tenir compte de ses facteurs soit explicité, plutôt que naturalisé derrière une appréciation jugée évidente de la loi pénale, afin que sa pertinence puisse être évaluée par les membres du corps civique. En l'état, une exigence d'aptitude comprise comme « directe et naturelle » entre le danger et le moyen d'action utilisé ne permet pas de rendre compte des mécanismes spécifiques de l'action politique ou d'appréhender les dynamiques de changement social.

584

À ce sujet et en ce sens, ce sont deux visions du monde qui s'opposent dans la qualification juridique et qui sont étroitement liées à des préconceptions d'ordre politique ou philosophique sur lesquelles nous reviendrons dans le chapitre 5, car elles sont transversales à notre problématique. La crispation entourant la notion d'aptitude n'est pas sans lien avec les difficultés actuelles du droit de répondre à des enjeux liés à des questionnements relevant du collectif, que ce soit en matière environnementale, d'égalité des genres ou de

585

¹⁵⁹⁸ En effet, pour l'auteur, selon que l'on considère que leur objectif était de réduire les émissions de gaz à effet de serre (soit ce que l'on peut désigner comme une forme d'aptitude « directe ») ou de pousser la banque à agir ou encore de s'adresser au reste de la société civile, la réponse à apporter à cette question n'est pas identique. PAYER, p. 223.

¹⁵⁹⁹ BERNHARD, p. 23 ss.

racisme. La notion de bien commun, ou d'enjeux communs, est invisibilisée dans la conception politique dessinée par l'autorité pénale, celle-ci étant uniquement conçue comme un exercice d'aptitudes individuelles qui permettent, à certaines conditions, d'influer sur le débat public¹⁶⁰⁰. Toute trace de rapports de force ou d'enjeux systémiques est effacée¹⁶⁰¹. Or, il nous semble que dans cet angle mort se situe un enjeu de justice qui est révélée par l'absence de prise en compte différenciée des actes de désobéissance civile en droit.

(ii) *La subsidiarité absolue : déficits démocratiques et idéalisation des instruments démocratiques*

586 Le second élément qui mérite un approfondissement est celui de la subsidiarité des moyens légaux à disposition des désobéissants et désobéissantes. En effet, comme observé dans la section précédente, il transparaît de la pratique de l'autorité une vision gradualiste et idéalisée des droits de participation démocratique. Le rapport qu'entretiennent les cours à l'idée de débat public démocratique apparaît également questionnable. Tant en matière de délit de solidarité que face à des enjeux de dénonciation écologique, aux yeux du juge et d'une partie de la doctrine, les alternatives à une violation de la loi semblent toujours envisageables¹⁶⁰². En outre, une analogie avec le cas « Greenpeace » est abondamment mobilisée, alors que celle-ci laisse pourtant une porte ouverte pour le cas où une situation serait jugée « analogue à un état de nécessité »¹⁶⁰³. Il est fait référence à « une kyrielle d'autres méthodes licites »¹⁶⁰⁴ que les désobéissants civils devraient mettre en œuvre.

587 Il convient cependant de rappeler que, comme pour les autres caractéristiques de l'état de nécessité, cette conception est le résultat d'un choix, d'un travail interprétatif, dont nous souhaitons examiner les prémisses et fondements, afin d'en questionner la pertinence. Les jugements divergents rendus dans le procès du LAC au fil des instances de recours ou dans celui des « Mains rouges » illustrent d'ailleurs cette dimension dynamique et non figée de

¹⁶⁰⁰ Cf. *infra* 5.III.A.

¹⁶⁰¹ NIEHAUS/DAVIES, p. 231 à 236. Cf. *infra* 5.III.E.

¹⁶⁰² Ainsi, PAYER considère que même si on retient que le but des désobéissants est d'attirer l'attention du public, les alternatives légales suffiraient, ce qui plaide à son sens en faveur d'une application de l'art. 18 CP. SCHILD TRAPPE/SCHÖBI, p. 5 ; NIGGLI/MUSKENS, § 7. Cf. *infra* chapitre 5 sur cet argument sous l'angle de la théorie politique et de la philosophie du droit.

¹⁶⁰³ ATF 129 IV 6 (JdT 2005 IV 215), c. 3.1.

¹⁶⁰⁴ ATF 147 IV 297 ; également parmi d'autres : Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 24, c. 4, cité *supra* 3.III.

l'interprétation. Ce sont en particulier ces affaires qui serviront de fil rouge à nos développements. Nous commencerons par reprendre l'argument selon lequel le système démocratique suisse offre des possibilités de participation supplémentaires aux membres du corps civique, qui excluent le recours à la désobéissance civile¹⁶⁰⁵. Puis, nous aborderons la problématique plus particulière des déficits démocratiques présents au sein du régime démocratique suisse. Nous porterons un œil critique sur l'affirmation des juges quant à la condition de subsidiarité absolue imposée aux activistes, afin de souligner les raisons pour lesquelles elle nous semble inadéquate lorsqu'appliquée aux cas de désobéissance civile.

1) La Suisse connaît comparativement un panel important d'instruments démocratiques¹⁶⁰⁶ qui offrent de nombreuses possibilités de participation politique ou de consultation des membres du corps civique¹⁶⁰⁷. Néanmoins, l'existence de ces voies supplémentaires seule n'est pas en tant que tel garante d'une plus grande participation des membres du corps civique. L'existence de ces différentes voies supplémentaires ne nous dit encore rien de la participation réelle des membres du corps civique ni ne garantit que leur influence sur les processus et l'élaboration du droit soit plus grande. 588

Ainsi, les études en sciences politiques soulignent que les instruments de démocratie directe ont avant tout pour effet de réduire l'influence des élites politiques traditionnelles, sans l'annuler, et sans que cela s'accompagne d'une extension de l'influence des citoyens et citoyennes¹⁶⁰⁸. En effet, ces instruments ont pour fonction de favoriser le consensus et les compromis politiques. En ce sens, leurs fonctions diffèrent simplement de ceux de la désobéissance civile, qui pour sa part s'inscrit dans une logique de promotion des droits des minorités, de contrepoids aux élites politiques et de mise en avant d'une dimension conflictuelle de la politique. Ils servent donc des fonctions complémentaires, qui ne s'excluent pas, mais qui ne sauraient être amalgamées¹⁶⁰⁹. L'existence des outils démocratiques ne saurait préjuger de 589

¹⁶⁰⁵ P. ex. : Tribunal cantonal vaudois, 22 septembre 2020, JUG 2020 333/3371, c. 6.3, cité *supra* 3.III.

¹⁶⁰⁶ VOUTAT, p. 130.

¹⁶⁰⁷ HÖGLINGER, p. 219, compare l'Allemagne, les États-Unis et la Suisse. Sa conclusion est que si les opportunités de participation sont plus grandes en Suisse, la place des mouvements sociaux et leur opportunité réelle d'accès à ces outils sont comparables dans les trois États.

¹⁶⁰⁸ KRIESI (choix), p. 82 ; HÖGLINGER, p. 217.

¹⁶⁰⁹ KRIESI (choix), p. 82 ; HÖGLINGER, p. 225, les opportunités d'accès aux médias des acteurs de la société civile sont inégales comparées aux acteurs politiques traditionnels. CHOLLET (démocratie), p. 57 et 58, parle également d'effet conservateur des outils de démocratie directe.

l'absence d'autre besoin ou, à elle seule, garantir une représentativité parfaite ou le caractère démocratique d'un État de droit¹⁶¹⁰.

- 590 En conséquence, les politologues mettent en garde contre l'« essentialisation » de ces outils de démocratie directe¹⁶¹¹. L'effet principal d'un tel rapport à ces outils est qu'il rend invisible toute possibilité de critique ou de recherche sur leurs dysfonctionnements ou imperfections, notamment en lien avec l'existence d'inégalités du système politique dans lesquels ils s'insèrent. Autrement dit, il convient de ne :

« [...] pas oblitérer le fait que le régime politique [démocratique] ainsi conçu [...] n'agit pas en vase clos, qu'il est au contraire tributaire des rapports sociaux dans lesquels s'opère sa mise en place et son fonctionnement concret. »¹⁶¹²

Or, lorsque les juges infèrent de l'existence des alternatives de participation la non-subsidarité des actes de désobéissance civile, ils s'inscrivent dans une perspective qui a pour effet de nier toute portée démocratique de la désobéissance civile et de faire oublier qu'elle poursuit des objectifs en partie différents de ces moyens. Cette essentialisation cache en outre la dimension de choix à l'œuvre dans l'appréciation de ce qui relève ou non des alternatives. Enfin, elle fait obstacle à la réception des griefs des désobéissants, lorsqu'ils dénoncent des dysfonctionnements démocratiques, soit l'une des finalités longues de leur action¹⁶¹³. C'est entre autres pour cette raison qu'il apparaît important d'explicitier certains aspects de ces fictions dans les paragraphes qui suivent.

- 591 Ainsi, parmi les différents outils à disposition des désobéissants civils, l'autorité évoque l'alternative de l'élection et celle du vote¹⁶¹⁴. En ce sens, l'élection, comme d'autres moyens, fait partie d'un ensemble de modes de participation. Tous peuvent se compléter, voire être utilisés simultanément, avec d'autres moyens d'actions politiques. L'autorité en adopte une vision idéale et recourt à des fictions dont il est aussi important de rappeler la nature afin de ne pas en essentialiser les potentialités. À cet égard, on peut rappeler avec AUER que, lorsque l'on s'intéresse à la conception qu'a le TF de la

¹⁶¹⁰ Nous reviendrons largement sur ces éléments à l'aide des théories philosophiques de la désobéissance civile *infra* 5.II.

¹⁶¹¹ VOUTAT, p. 130, essentialisation qui procède de la fiction selon laquelle les décisions politiques sont le produit d'un processus égalitaire et rationnel. Cette fiction est d'ailleurs ancrée dans une rationalité rawlsienne du voile d'ignorance. *Cf. supra* 2.III.B. et *infra* 5.II.A.

¹⁶¹² VOUTAT, p. 128 et 134.

¹⁶¹³ *Cf. infra* 4.III.B. et 5.II.

¹⁶¹⁴ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 24 : « les prévenues ont également la possibilité d'être actives en politique et de se faire élire pour prendre une part plus importante dans l'élaboration des lois et de la constitution et renforcer, le cas échéant, la loi sur la protection des animaux si elles l'estiment insuffisante. », précité *supra* 3.III.

citoyenneté et de la capacité d'action des individus en matière électorale ou de comportement de vote, celui-ci construit son raisonnement d'après une figure du citoyen ou de la citoyenne raisonnable et rationnelle qui fait des choix sincères¹⁶¹⁵. Or, cette figure procède d'une idéalisation et d'une généralisation des comportements de vote des membres du corps civique¹⁶¹⁶. Elle n'est pas représentative de la réalité sociale des citoyens et citoyennes, dès lors qu'en pratique le « Robinson politique n'existe pas »¹⁶¹⁷. En effet, l'idée selon laquelle le résultat d'une votation serait le produit rationnel de l'addition des choix d'un groupe de personnes homogènes et égales n'est pas démontrable¹⁶¹⁸. Dans la pratique, les comportements de vote et d'élection des citoyens et citoyennes varient en fonction du degré de technicité perçu de l'objet soumis au vote. Les recherches ont ainsi démontré que les campagnes électorales ou référendaires renforcent avant tout les prédispositions existantes des membres du corps civique touchés, mais ne les conduisent que rarement à changer d'avis¹⁶¹⁹. Les campagnes de votation ou d'élection produisent ainsi plus ou moins d'effet selon ces éléments¹⁶²⁰. L'influence des partis politiques est par ailleurs forte dans ce processus de choix¹⁶²¹. L'élection n'est ainsi pas une simple affaire de calculs rationnels où tous et toutes votent selon leurs meilleurs intérêts, elle s'inscrit dans un environnement politico-social défini au sein duquel l'impact sur la volonté populaire est inégal en fonction des lieux et types d'objets. Les autorités choisissent néanmoins d'adopter une vision de l'élection détachée de ces considérations pratiques. Ce rejet fonctionne comme un obstacle face aux griefs des désobéissants relatifs à des déficits démocratiques¹⁶²².

¹⁶¹⁵ AUER, p. 19-21 (« gewisse aufrichtigkeit ») ; CHOLLET (démocratie), p. 113, problématise l'enjeu de substituer à cette vision celle d'un citoyen ordinaire qui serait parfois majoritaire et parfois minoritaire en fonction des situations ; REICH, N 17. Ces différentes fictions seront également reprises *infra*. 5.III.A.2.

¹⁶¹⁶ MOECKLI, N 51.

¹⁶¹⁷ AUER, p. 33.

¹⁶¹⁸ AUER, p. 32 et 33 ; MANSBRIDGE, p. 53.

¹⁶¹⁹ KRIESI (Wahl), p. 56-57. Seuls 10 % des personnes ayant été touchées changent d'avis, 20 % lorsque les questions sont techniques.

¹⁶²⁰ KRIESI (Wahl), p. 45.

¹⁶²¹ KRIESI (Wahl), p. 45.

¹⁶²² Notamment que la démocratie ne peut être résumée à la question du vote. Cf. également : TORNAY, p. 367, « [f]ace à cette démocratie de la majorité, le danger existe que les prétentions des minorités soient systématiquement rejetées au fil des votations, ce qui, inévitablement, renforce les conflits au lieu de les résoudre. Même si le système politique suisse contient des institutions et des procédures qui tendent à atténuer les effets d'une tyrannie de la majorité – comme la double majorité du peuple et des cantons lors de vote sur la révision de la Constitution ainsi que les procédures de consultation qui peuvent bloquer

- 592 Par ailleurs, lorsque les juges invitent les désobéissants à « simplement » entrer en dialogue avec leurs concitoyens et concitoyennes en se faisant élire et en participant au jeu démocratique *via* une campagne électorale, ils et elles évitent d’assumer la dimension politique de leur rôle qui veut qu’ils et elles doivent se prononcer et faire un choix sur les alternatives admissibles au sens du droit, alternatives qui ne sont pas nécessairement en adéquation avec la pratique comme nous venons de le voir. Ce choix devrait par ailleurs se fonder sur une connaissance effective du système politique, mais il est évité en recourant à une conception essentialiste des outils démocratiques.
- 593 Un second instrument évoqué par les cours comme alternative à la désobéissance civile est celui de l’initiative populaire. L’initiative populaire est un instrument à disposition des citoyens et citoyennes suisses en matière fédérale pour modifier la Constitution suisse (art. 138 Cst. féd.). Il requiert d’obtenir 100’000 signatures en 18 mois. Cet instrument n’est ouvert qu’aux nationaux et aux personnes majeures et capables de discernement, ce qui constitue une première limite à son exercice¹⁶²³. En outre, l’initiative populaire, sur le plan fédéral, ne concerne que des modifications ou ajouts au sein de la Constitution, mais pas les lois fédérales. En ce sens, il est utile de garder à l’esprit que l’initiative n’est pas un droit illimité du peuple pour influencer sur la législation. Il remplit ainsi des fonctions différentes de celles de la désobéissance civile. Les cantons, quant à eux, prévoient pour la plupart une extension de la possibilité d’initiative en matière législative, mais qui n’est pas non plus à elle seule un facteur qui permette de garantir la participation de tous et toutes à l’élaboration du droit.
- 594 L’effet politique principal de l’initiative populaire en matière fédérale est de réduire le monopole des politiciens et politiciennes, mais n’a pas pour autant comme corollaire de donner plus de poids à la société civile dans le débat démocratique¹⁶²⁴. Historiquement, cet instrument a principalement été utilisé par les élites politiques traditionnelles, quand bien même il existe depuis les années 70 quelques exemples marginaux d’ouverture à d’autres acteurs¹⁶²⁵. En termes pratiques, les initiatives populaires fédérales nécessitent de

la volonté de la majorité –, la doctrine constitutionnelle suisse a toujours estimé qu’il fallait poser des limites à la démocratie de majorité. » Pour le surplus : *infra* 5.II.

¹⁶²³ BOILLET/SCHMID, Tierce intervention au sens de l’article 44(3) du Règlement de la Cour dans l’affaire *Verein KlimaSeniorinnen et autres c. Suisse*, du 17 septembre 2021, N 37.

¹⁶²⁴ KRIESI (Wahl), p. 44 ; VOUTAT, p. 132.

¹⁶²⁵ CHOLLET, p. 56 qui cite des exceptions telles que l’initiative « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec les enfants » portée par le Comité Marche blanche, l’initiative des Alpes ou encore les différentes initiatives portées par le GSsA.

nombreuses ressources financières, humaines ou logistiques pour aboutir¹⁶²⁶. Les relais institutionnels et partisans d'une initiative sont déterminants dans le succès de celles-ci¹⁶²⁷. Quantitativement, seules 23 initiatives populaires fédérales ont été acceptées dans les urnes depuis l'introduction de cet instrument, sur les 222 objets soumis au peuple¹⁶²⁸. Le rôle des contre-projets directs et indirects issus de l'Assemblée fédérale est à ce sens essentiel, puisqu'il influence grandement l'intérêt à maintenir ou non une initiative afin d'augmenter ses chances des succès¹⁶²⁹. Qui plus est, le choix de la date de votation d'une initiative porte aussi à conséquence pour les chances de succès d'une initiative. Or, le calendrier des votations relève de la compétence des autorités fédérales qui peuvent à leur guise décider de rassembler ou non certaines initiatives. Cet élément pousse alors, selon les contextes, les acteurs politiques à opérer des choix entre l'investissement dans l'une ou l'autre campagne et peut jouer un effet sur les chances de succès de l'objet soumis au vote¹⁶³⁰. L'accès aux médias, et *a fortiori* leur diversité, exercent eux aussi une influence sur les chances de succès d'une initiative¹⁶³¹. L'ensemble de ces facteurs a pour conséquence de plus ou moins limiter les acteurs issus de la société civile et les professionnels de la politique.

Une fois une initiative adoptée dans les urnes, le processus n'est pas clos. Ainsi, l'influence et l'effet que pourra produire une initiative sont tributaires d'une délégation législative en faveur du Parlement¹⁶³². À cet égard, la marge de manœuvre des autorités variera fortement selon le caractère rédigé ou non du texte de l'initiative. Une nouvelle phase de discussion politique s'ouvrira en conséquence. Lors de cette nouvelle phase, la recherche d'un compromis

595

¹⁶²⁶ Voir, en ce sens, les différentes affaires liées à la récolte rémunérée de signature : déjà en 2012 l'interpellation parlementaire de Cédric WERMUTH, Récole de signatures à titre professionnel, n°12.3146, puis la motion parlementaire déposée le 2 mars 2020 par Mathias REYNARD, n°20.3015.

¹⁶²⁷ KRIESI (choix), p. 83, en particulier, si le gouvernement n'apporte pas son soutien à l'initiative, ses chances de succès sont faibles.

¹⁶²⁸ Administration fédérale, https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis_2_2_5_8.html, consulté le 1^{er} avril 2022 ; KRIESI (choix), p. 82.

¹⁶²⁹ MARTENET (démocratie représentative), p. 88. Les initiatives suivantes ont été retirées en faveur d'un contre-projet : « Paysans et consommateurs – pour une agriculture en accord avec la nature » approuvée le 9 juin 1996, les initiatives « pour des jeux d'argent au service du bien commun », « pour les transports publics », « Oui à une médecine de famille », « pour la sécurité alimentaire » et « pour la promotion des voies cyclables et des chemins et sentiers pédestres (initiative vélo) », dont les contre-projets ont été adoptés le 11 mars 2012.

¹⁶³⁰ CHOLLET (démocratie), p. 112.

¹⁶³¹ CHOLLET (démocratie), p. 73.

¹⁶³² BOILLET/SCHMID, Tierce intervention auprès de la CourEDH au sens de l'article 44(3) du Règlement de la Cour dans l'affaire *Verein KlimaSeniorinnen et autres c. Suisse* du 17 septembre 2021, N 38 ss.

entre les forces politiques en présence au sein du Parlement reprend le dessus. Le projet peut ainsi être lissé afin de répondre aux intérêts de ces forces, intérêts qui ne sont pas forcément identiques à l'esprit ou aux intérêts prévalant au premier stade des débats¹⁶³³. Lorsque l'initiative est rédigée et suffisamment précise, évitant cet enjeu, sa mise en œuvre peut tout de même s'avérer longue et fastidieuse¹⁶³⁴.

596 Ainsi, si l'initiative populaire joue bien un rôle central de contre-pouvoir et à une fonction d'impulsion contraignante dans le système démocratique suisse, vertus qui méritent d'être défendues et rappelées, elle demeure un outil avec des limites¹⁶³⁵. Comme d'autres outils de démocratie directe, elle permet d'insérer de l'imprévisibilité au sein d'un système politique en contrebalançant les forces traditionnelles en présence, mais reste majoritairement un outil destiné à des élites politiques¹⁶³⁶. Ces remarques mettent en ce sens l'accent sur le processus politique à l'œuvre derrière la « fabrique du droit » et les éléments invisibilisés par la conception essentialisante des moyens démocratiques qui prévaut en matière de subsidiarité absolue et qui font obstacle aux griefs des désobéissants relatifs à l'existence de dysfonctionnements démocratiques.

597 S'agissant ensuite du référendum, il est régi par les art. 140 et 141 Cst. féd. et prévoit que les objets adoptés par le Parlement sont soumis au vote du peuple de manière facultative ou obligatoire selon le type d'acte considéré. En cas de référendum facultatif, les citoyens et citoyennes suisses doivent récolter 50'000 signatures pour qu'une votation soit organisée. Le référendum est un outil de contre-pouvoir important en ce sens qu'il permet de renforcer l'influence de l'Assemblée fédérale par rapport au gouvernement fédéral et à l'Administration¹⁶³⁷. Néanmoins, il reste avant tout un outil de contrôle et de

¹⁶³³ MARTENET (démocratie représentative), p. 82. « Il arrive ainsi que les parlementaires prennent de grandes libertés par rapport à la révision constitutionnelle, arguant notamment du fait que la loi de mise en œuvre est de toute façon exposée au référendum facultatif. En d'autres termes, ils mettent les promoteurs de l'initiative populaire au pied du mur s'ils ne sont pas satisfaits de cette loi, en les invitant implicitement – ou même explicitement – à lancer un référendum à l'encontre de celle-ci en vue de permettre au peuple de trancher cette question. »

¹⁶³⁴ BOILLET, à paraître, qui rappelle l'exemple de l'assurance maternité qui a mis 60 ans avant d'être mise en place pour donner suite à l'adoption d'une disposition constitutionnelle en ce sens. En outre : BOILLET/SCHMID, Tierce intervention au sens de l'article 44(3) du Règlement de la Cour dans l'affaire *Verein KlimaSeniorinnen et autres c. Suisse* du 17 septembre 2021, N 33 ss.

¹⁶³⁵ CHOLLET (démocratie), p. 56.

¹⁶³⁶ CHOLLET (démocratie), p. 65 ss.

¹⁶³⁷ MARTENET (démocratie représentative), p. 73.

légitimation des politiques fédérales¹⁶³⁸, plus qu'un réel droit de veto du peuple¹⁶³⁹. Son usage, comme celui des autres instruments démocratiques n'est qu'une des possibilités d'action politique démocratique, mais ne saurait avoir pour conséquence de rendre inutiles tout autre type de moyens d'action.

Enfin, l'art. 33 Cst. féd. consacre le droit de pétition. Cet instrument est accessible à tout un chacun indépendamment d'une appartenance nationale ou d'un nombre minimal de soutiens, mais n'a pas de portée contraignante pour les autorités¹⁶⁴⁰. Les pétitions ne peuvent être adressées aux tribunaux afin de ne pas empiéter sur l'impartialité de la justice¹⁶⁴¹. 598

Ces brefs rappels ont pour but de souligner le caractère inadapté de la conception de la subsidiarité pénale appliquée à des actions politiques, notamment de désobéissance civile. En doctrine et au sujet de l'affaire du LAC, les commentaires sont eux aussi peu convaincants à ce sujet¹⁶⁴². Seul PETEL, propose de considérer la désobéissance civile comme un moyen démocratique complétant le panel des modes d'interventions démocratiques classiques. Il est le seul à considérer les spécificités de l'action des mouvements sociaux. Sa proposition est en conséquence de ne pas tenir 599

¹⁶³⁸ Un quart des révisions constitutionnelles votées par le Parlement fédéral ainsi que deux cinquièmes des lois et traités contre lesquels le référendum a été demandé sont sanctionnées par un vote contraire lors du référendum, soutenant que ces outils servent le plus souvent à valider les actions étatiques. MARTENET (démocratie représentative), p. 77 et 78. En ce sens, cet outil n'a pas la même fonction que la désobéissance civile qui, quant à elle, cherche à s'inscrire en complément ou en rupture de cette action. On renvoie donc les désobéissants à utiliser des outils qui servent à renforcer une forme de *statu quo* politique, alors même que la finalité longue de leurs actions est de dénoncer les inégalités qui n'ont pas été considérées dans son élaboration ou qui sont apparues ultérieurement. En ce sens, la conception essentialiste de ce moyen constitue un obstacle à la reconnaissance du caractère démocratique de la désobéissance civile qui vient compléter la palette des outils démocratiques, cf. *infra* 5.II.

¹⁶³⁹ CHOLLET (Referendums), p. 343.

¹⁶⁴⁰ CR Cst-DUBEY/DI CICCO, art. 33, N 27-32.

¹⁶⁴¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1497 ; MAHLMANN, N 14. Élément qui est aussi révélateur d'une certaine conception de l'impartialité de la justice et de son rôle. Cf. 5.III.B.

¹⁶⁴² En effet, certains auteurs soulignent l'existence de déficits démocratiques ou de freins à la participation, mais sans se détacher pour autant du sens donné à la condition de subsidiarité comme l'épuisement de l'ensemble des autres moyens légaux. Par exemple : PAYER admet que les mesures actuelles de régulation de la finance ne sont que volontaires, ce qui est critiquable. Néanmoins, il estime qu'un arsenal d'autres mesures est prévu en cas d'échec de l'autorégulation rendant la désobéissance inutile à ses yeux. PETEL estime quant à lui que les multinationales et établissements financiers jouissent d'une certaine impunité. Il mentionne à cet égard la tentative de corriger cela au travers de l'initiative sur les multinationales responsables, rejetée depuis en votation du 29 novembre 2020. Également : NUSSBAUMER.

compte de la subsidiarité de manière trop stricte face à des actions qui visent la protection contre les dangers du réchauffement climatique¹⁶⁴³. Cela étant, l'auteur appelle à la prudence dans cette relativisation de la subsidiarité¹⁶⁴⁴. Elle ne doit pas intervenir au motif que les instruments démocratiques ne sont pas utiles face à l'urgence¹⁶⁴⁵, mais bien au nom d'une conception plus large des moyens d'action politique et d'une vision moins gradualiste de leur mobilisation par les citoyens et citoyennes.

600 2) Concernant l'accès et les usages des différents outils démocratiques à disposition de la société civile en Suisse, un certain nombre d'autres biais ou d'obstacles méritent d'être rappelés afin d'éviter les écueils de l'approche essentialiste de la démocratie qui a pour effet de nier toute portée de la désobéissance civile. À cet égard, la notion de « déficits démocratiques »¹⁶⁴⁶ permet de rendre compte de l'existence de tels freins et d'adopter une approche pragmatique des alternatives politiques à disposition des membres d'une société politique. Parmi ces causes ou sources de déficits, il sera brièvement question de l'influence des acteurs économiques et financiers sur les processus de décision, de l'autonomisation de l'administration fédérale, de la privatisation des tâches étatiques, de l'exclusion d'une partie de la population du corps fédéral et de l'influence et de l'indépendance des médias. Ces éléments permettent à notre sens de motiver que l'on s'écarte de l'interprétation proposée par le TF de la subsidiarité en présence d'actions politiques démocratiques.

601 Parmi les sources de déficits démocratiques existantes qui permettent aussi de tempérer cette position idéaliste et gradualiste de la subsidiarité des moyens en matière politique, on peut mentionner l'existence de nombreux acteurs politiques sur lesquels les contrôles démocratiques classiques n'ont pas de prise.

602 Au sein de cette catégorie se trouvent en première ligne les acteurs non étatiques issus des secteurs économiques dont l'influence sur le processus de formation de l'opinion populaire est la plus significative¹⁶⁴⁷. Ces acteurs

¹⁶⁴³ PETEL, p. 1055 et 1056 ; BOILLET, à paraître. Elle estime que la désobéissance civile est alors nécessaire pour mener une campagne qui nécessite une hétérogénéité des tactiques face à des enjeux sociaux scientifiquement prouvés.

¹⁶⁴⁴ PETEL, p. 1057, DEMAY/FAVRE, p. 295.

¹⁶⁴⁵ Ce que laisse entendre, à notre sens de manière dangereuse, le juge COLLELOUGH dans la décision de première instance dans l'affaire du « Lausanne Action Climat ». Cf. *supra* 3.III.N.

¹⁶⁴⁶ MARKOVITS, p. 1921 ss ; BLATTER, p. 445 ss.

¹⁶⁴⁷ MOECKLI, N 28 ; VOUTAT, p. 132 ; SCIARINI/FISCHER/RABER, p. 5 ; REICH, N 20, l'auteur se pose la question de la « tyrannie de la minorité » qu'exercent les lobbys économiques.

bénéficient de relais politiques grâce à une activité de lobbying d'autant plus significative qu'ils sont dotés d'importantes ressources financières¹⁶⁴⁸. S'ajoute à l'influence de ces acteurs non étatiques de nature économique, l'influence d'autres acteurs sur lesquels le contrôle populaire n'a que peu de prise : notamment les organisations internationales ou plus simplement les partis politiques. Face à ces différents acteurs, les autres groupements de la société civile et les simples membres du corps civique ont certes une marge de manœuvre, mais celle-ci a en comparaison moins d'influence¹⁶⁴⁹.

Ces écarts d'influence sont d'autant plus importants à thématiser et révéler que la Suisse n'a que peu réglementé les enjeux liés à la transparence financière en matière politique. Les financements des campagnes de votation ou des campagnes électorales ne sont par exemple pas limités¹⁶⁵⁰. Ainsi, d'un parti politique à un autre, le montant des dépenses de campagne est multiplié par quatre¹⁶⁵¹, avec un montant minimal de 2 millions de francs investis¹⁶⁵². Ces investissements sont encore plus disparates dans le cadre des campagnes référendaires ou celles qui concernent des initiatives¹⁶⁵³. En conséquence, des groupes apolitiques ou constitués *ad hoc*, ne bénéficiant pas de telles ressources, sont désavantagés dans la simple capacité de participer aux campagnes. 603

Ainsi, la gradualité entre les moyens, suggérée dans les décisions de notre corpus, ou l'équivalence faite entre ces différents outils, conduit à nier un caractère démocratique à la désobéissance civile et invisibiliser sa finalité 604

Argument qui fait miroir avec la crainte que les désobéissants civils exercent une « tyrannie de la minorité », *cf. infra* 5.II.

¹⁶⁴⁸ MOECKI, N 30, exemplifie toutes ces possibilités d'influences supplémentaires à disposition des lobbyistes : acheter des encarts dans la presse, commander des sondages, envoyer des tous-ménages, offrir des séminaires, etc. ; MAHLMANN, N 12.

¹⁶⁴⁹ EICHENBERGER, p. 208.

¹⁶⁵⁰ MOECKI, N 30 ; GRECO, Rapport d'évaluation Suisse, GrecoEVAL4Rep(2016)5 du 2 décembre 2016 qui formulait la recommandation d'augmenter la transparence et de prévoir des données sur les différents intérêts financiers engagés (recommandations I et IV). La recommandation I a été suivie, mais pas la IV, *cf.* Évaluations subséquentes de conformité GRECO, Deuxième rapport de conformité suisse, 25 mars 2021, (GrecoRC4(2021)7).

¹⁶⁵¹ TRESCH ET AL., p. 50. Soit 8 mio. PLR, 4.6 mio. UDC, 4.4 mio. PS, 4.2 mio. PDC, 2.2 mio. PES et 2 mio. PVL.

¹⁶⁵² TRESCH ET AL., p. 50. Le montant moyen investi par candidat est de 8'000 fr. et seuls 15 % des candidats et candidates déclarent n'avoir pas déboursé un franc. Les hommes dépensent en moyenne 2'500 fr. de plus que les femmes.

¹⁶⁵³ VOUTAT, p. 133. Dans le cadre de l'initiative populaire contre l'abus du secret bancaire, l'auteur fait état d'un ratio 1:8 des ressources financières à disposition entre les promoteurs de l'initiative et les milieux bancaires. En outre, les chiffres présentés par TRESCH ET AL ne sont que des estimations établies d'après des auto-déclarations des candidats et candidates. Selon les auteurs de l'étude, elles sont potentiellement sous-évaluées, p. 48 ss.

distincte. En effet, ce sont aussi ces disparités de participation qui sont pointées du doigt par le recours à la désobéissance civile lorsque ses auteurs dénoncent des déficits démocratiques¹⁶⁵⁴. La désobéissance civile cherche ainsi à souligner que la politique reste une activité accessible à une certaine élite¹⁶⁵⁵. Dans cette acception, ce mode d'action ne s'oppose pas aux autres instruments démocratiques, mais s'inscrit dans leur prolongement ou leur complément.

- 605 De plus, lorsqu'on s'intéresse à la conception politique en jeu dans l'acception de la subsidiarité actuelle, la place accordée aux médias mérite également d'être mentionnée. En effet, il va sans dire que ceux-ci jouent un rôle important dans la formation de la volonté populaire et qu'ils contribuent à offrir des opportunités de participation au débat public et de contrôle démocratiques¹⁶⁵⁶. En ce sens, la manière dont le débat est encadré par les médias, diffusé, traité, va influencer l'impact du message politique. Or, les études indiquent que l'accès aux médias reste lui aussi inégal entre les acteurs. Les partis politiques y sont largement favorisés sur des acteurs externes¹⁶⁵⁷. L'usage des médias sociaux ne permet quant à lui pas de pallier ce déséquilibre¹⁶⁵⁸. C'est d'ailleurs un des éléments stratégiques centraux des mouvements de désobéissance civile qui cherchent à faire effraction dans le traitement médiatique de leurs causes¹⁶⁵⁹. En la matière également, l'approche défendue par les cours n'est que peu adaptée aux réalités sociales et politiques des alternatives en matière d'action politique. Ce d'autant plus que nous avons

¹⁶⁵⁴ HAYES/OLLITRAULT, p. 59 ss.

¹⁶⁵⁵ Le danger que représentent les élites pour les mécanismes démocratiques est lié à leur niveau d'autonomie, l'existence de concurrence entre elles, ainsi que la possibilité d'un contrôle citoyen et public de leurs activités. Leur existence même n'est pas surprenante pour autant et KRIESI met en garde contre des arguments simplistes, voire populistes, que sont parfois brandis au nom de la lutte contre les élites. KRIESI (Wahl), p. 43 ; si les élites sont unanimes, alors les possibilités de choix de citoyens et citoyennes sont fortement réduites. KRIESI (choice), p. 82 ; MOECKI, N 51.

¹⁶⁵⁶ HÖGLINGER, p. 211.

¹⁶⁵⁷ HÖGLINGER, p. 215, indique que le système politique suisse offre certes une palette d'outils démocratiques plus large que d'autres États, mais que les mouvements sociaux n'arrivent pas pour autant à en tirer profit. Il explique cette conclusion par la marginalisation de ces acteurs dans l'accès aux médias et donc au débat public. Il indique en outre que, pour que des revendications aient un impact politique lorsqu'elles sont présentées dans les médias, il faut que les personnes qui les défendent soient un sujet actif de la discussion et non qu'ils soient un objet passif du traitement de l'information. En résumé, il faut que les acteurs minorisés puissent s'exprimer s'ils souhaitent avoir un impact, p. 211.

¹⁶⁵⁸ TRESCH ET AL., p. 56 et 57, soulignent que les supports d'information traditionnels restent les plus « efficaces », quand bien même l'usage des médias sociaux est plus important au sein des jeunes générations.

¹⁶⁵⁹ HÖGLINGER, p. 215, stratégie couteuse sur le long terme. HAYES/OLLITRAULT, p. 95 ss.

constaté que le rapport aux médias défendu par les autorités judiciaires dans notre corpus est paradoxal : les désobéissants civils sont à la fois enjoins à user de ces moyens de communication pour véhiculer leurs revendications et convaincre le reste de la population sans violer la loi et à la fois condamnés pour avoir voulu attirer l'attention de ces mêmes médias et non pas des membres du corps civique directement¹⁶⁶⁰.

Lorsqu'il est fait référence à des sources de déficits démocratiques, outre le frein d'ordre matériel à la participation, la composition du corps politique et sa définition méritent encore d'être examinées. En effet, rappelons qu'une partie non négligeable de la population présente en Suisse n'est pas titulaire des droits politiques : les personnes étrangères, les personnes faisant l'objet d'une interdiction pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit et les mineurs¹⁶⁶¹. Il en va ainsi d'un choix législatif qui a pour conséquence de réduire les options légales de participations et d'influences sur le débat public, la volonté populaire et le droit de ces catégories de personnes. Ces limites sont particulièrement importantes en matière de délit de solidarité ou de blocages ou de grèves climatiques portés par des personnes dont une partie sont mineures.

Enfin, d'autres éléments pouvant causer des déficits démocratiques pourraient encore être mentionnés tels que la privatisation croissante de tâche étatique, qui soustrait un certain nombre de secteurs de l'influence possible des citoyens et citoyennes¹⁶⁶². De manière générale, la question de l'accès pratique au droit constitue également une source potentielle de déficits¹⁶⁶³. En effet, la consécration d'un droit ne suffit pas à répondre aux enjeux de la pratique des rapports sociaux ou à des problématiques liées à des inégalités structurelles¹⁶⁶⁴. Tout comme le prononcé d'un texte interdisant le viol ne suffit pas à faire disparaître le viol, octroyer le droit d'initiative ne suffit pas à garantir que l'on puisse effectivement le mettre en œuvre. En ce sens, l'interprétation défendue en doctrine et développée par les autorités judiciaires de la subsidiarité dans

¹⁶⁶⁰ En particulier, *cf.* ATF 108 IV 165.

¹⁶⁶¹ Art. 136 Cst. féd. ; BOILLET (corps fédéral), N 11 ss ; TSCHANNEN (Demokratie), N 9, rappelle que les personnes étrangères représentent 25 % de la population suisse.

¹⁶⁶² TSCHANNEN (Demokratie), N 8, prend l'exemple des CFF qui ont perdu leur dimension de tâche publique en faveur d'intérêt économique.

¹⁶⁶³ LACROIX/ PRANCHÈRE, p. 75 ; LEJEUNE/ SPIRE, p. 517 à 526 ; MARZAL (nouveaux), p. 44 ; BOILLET/DEMAY, p. 249 ; MOECKI, N 54.

¹⁶⁶⁴ L'historien américain ZINN illustre cette problématique au travers de l'histoire des luttes antiségrégationnistes. Il rappelle que les exemples ont montré que consacrer des droits était une chose, les faire valoir dans une société où les acteurs chargés de leur application ou les conditions matérielles de leur mise en œuvre restent teintés de racisme peut nécessiter encore de nombreuses dénonciations et de nombreux combats, ZINN, p. 305.

le cadre de l'état de nécessité mériterait d'être complexifiée et adaptée, afin de tenir compte du caractère démocratique de la désobéissance civile, en abandonnant une perspective gradualiste pure. Une telle évolution permettrait de tenir compte des pratiques sociales et politiques et de promouvoir une réelle culture politique plurielle¹⁶⁶⁵.

- 608 En conséquence, le panel existant d'alternatives légales et son caractère plus ou moins étendu ne permettent pas de réduire les options de participation aux moyens légaux et à leur usage graduel. En effet, malgré l'existence de ces instruments démocratiques, des carences de protections ou des défaillances potentielles sont inévitables et doivent pouvoir être signalées¹⁶⁶⁶. Comme relevé par MARKOVITS, il n'est cependant pas aisé de déterminer l'importance que ces déficits doivent présenter dans un cas de désobéissance civile pour que celui-ci puisse être justifié démocratiquement. Il estime cependant que :

« [...] diagnosing such cases is, of course, an imprecise business, but the same is true of identifying the serious violations of fundamental rights on which liberal disobedience depends [...]. »¹⁶⁶⁷

Les autorités judiciaires pourraient en ce sens donner une portée à cette dimension politique de la désobéissance civile, mais l'acception essentialisante des outils démocratiques développée empêche un tel examen.

- 609 De même, PETEL considère que l'on ne peut se prononcer *a priori* sur l'admissibilité ou la justification de tous les cas de désobéissance civile. En revanche, il estime que, dans un cas d'espèce, si la désobéissance civile est utilisée en complément d'autres actions portées par la société civile, et qui soulignent des déficits démocratiques ou des carences de protection de minorités, ces éléments peuvent être des indices sur lesquels le juge ou la juge peut s'appuyer pour justifier l'action¹⁶⁶⁸. Si les frontières entre les cas peuvent

¹⁶⁶⁵ MAHLMANN, N 12.

¹⁶⁶⁶ VOUTAT, p. 133 et 134.

¹⁶⁶⁷ MARKOVITS, p. 1939, ajoute que considérer dans l'analyse de la justification de la désobéissance civile les enjeux de type procéduraux liés à la mise en œuvre des droits et des instruments démocratiques lui paraît une entreprise moins risquée que de s'aventurer à qualifier le degré d'injustice d'une société comme le proposent les penseurs libéraux de la désobéissance civile. Voir aussi, ZINN, p. 92 ss.

¹⁶⁶⁸ PETEL, p. 1059, illustre ces distinctions entre l'évaluation de la justification *a priori* et celle qui intervient dans le cas, ainsi que le rôle joué par le critère des déficits démocratiques, au travers de l'exemple du groupe Génération identitaire en France. Ce mouvement, qui estime faire de la désobéissance civile, n'agit pas pour souligner des déficits démocratiques ou revendiquer une meilleure protection pour une minorité, dès lors que son objectif est d'empêcher des personnes migrantes de déposer des demandes d'asile en France. L'action de ce groupe ne s'inscrit en outre pas dans le prolongement d'autres démarches politiques légales portées par des organisations de la société civile. Enfin, des actes de violence ont été

être poreuses, le choix de démarquer les conséquences d'un acte de désobéissance civile selon qu'il y a eu recours à la violence ou non et selon qu'un groupement défend des intérêts identitaires ou qu'il vise à dénoncer des inégalités, se défend aux yeux de l'auteur¹⁶⁶⁹. À la lumière des cas du corpus, on constate cependant que l'acceptation actuelle de la condition de subsidiarité ne permet pas de tenir compte de ces éléments liés à l'existence ou non de déficits démocratiques. Pourtant, ce déplacement de focale sur les déficits démocratiques permettrait d'inscrire la désobéissance civile dans un faisceau plus large d'actions et rappeler le caractère inachevé de tout processus démocratique, ainsi que la dimension de choix sous-jacente aux processus législatifs¹⁶⁷⁰.

En définitive, le but de ces différentes remarques est de dénoncer l'étroitesse de l'interprétation de la subsidiarité en matière d'alternatives politiques. C'est en effet à tort que les cours considèrent que les différents instruments de démocratie présentent une relation de gradation chronologique et d'intensité les uns avec les autres. Autrement dit, l'idée que la désobéissance civile constitue « le bout de la chaîne » de la participation semble injustifiée. En ce sens, la rationalité sous-jacente en jurisprudence présente des points communs avec la théorie libérale de la désobéissance civile, mais invisibilise la dimension conflictuelle du jeu démocratique¹⁶⁷¹. En outre, elle rend indicible l'existence de déficits démocratiques qui méritent d'être dénoncés, débattus et combattus. L'adoption d'une position idéalisée des instruments démocratiques existants ne permet pas la recherche de solutions à de telles

610

commis par le groupe à l'encontre des personnes refoulées. En conséquence et en l'absence des indices précités, l'application des motifs justificatifs à l'action peut être écartée, la subsidiarité n'ayant pas été respectée. On peut d'ailleurs douter du caractère civil de l'action prise en exemple au sens défini par les philosophes politiques et simplement en raison de la présence de violence *cf. supra* 2.IV. Enfin, ce cas illustre encore une fois la polysémie attachée au syntagme désobéissance civile et l'importance de sa définition, puisqu'il est néanmoins employé par les membres de ce groupement.

¹⁶⁶⁹ PETEL, p. 1059, insiste qu'il est tout à fait possible de distinguer en pratique entre les actes des désobéissants qui motivent leur transgression par une haute exigence du respect des droits fondamentaux par les autres acteurs et ceux qui tentent d'utiliser cet argument pour limiter la jouissance des droits fondamentaux d'une partie de la population. Si la limite n'est pas toujours aisée à déterminer, elle existe néanmoins. L'auteur rappelle que les juges sont par ailleurs souvent confrontés à des cas difficiles et à effectuer de telles distinctions. *Cf. infra* 5.III.B. pour le surplus.

¹⁶⁷⁰ LOCHAK, p. 208 : « [c]eux qui désobéissent [...] dérangent le consensus tranquille, mettent en garde l'opinion contre les fausses évidences, car les majorités n'ont pas forcément raison, le consensus n'est pas une garantie infaillible contre les erreurs et les égarements et les démocraties ne sont pas immunisées contre les dérives autoritaires ni contre les violations des droits de l'homme perpétrées avec l'assentiment de la majorité silencieuse. »

¹⁶⁷¹ MARKOVITS, p. 1934 et 1935.

défaillances ni l'émergence de nouveaux outils¹⁶⁷². En résumé, on peut retenir qu'il est certain qu'il existe de nombreux instruments de démocratie directe en Suisse et que ceux-ci offrent d'importantes possibilités de participation. Néanmoins, ils présentent également des limites¹⁶⁷³. Dès lors que les possibilités de participations et d'influences souffrent également de déficits, il convient d'adopter une approche de complémentarité et non hiérarchisée de moyens d'actions et de participation au sein d'une société politique¹⁶⁷⁴.

c. Conclusion intermédiaire : une qualification boiteuse

- 611 Au terme de cette section portant sur les conditions d'application de l'état de nécessité aux affaires de désobéissance civile, on constate que l'interprétation donnée de ces caractéristiques s'avère en partie inadaptée pour répondre aux enjeux soulevés par la désobéissance civile (absence de biens juridiques collectifs, vision essentialiste des droits démocratiques, rejet de considérations sociales et politiques et interprétation étroite de l'imminence)¹⁶⁷⁵. Face à ce constat, deux voies s'offrent aux juristes s'agissant de la qualification des actes de désobéissance civile « en application de » l'état de nécessité¹⁶⁷⁶.
- 612 L'une consisterait à accepter une évolution jurisprudentielle des notions qui composent l'état de nécessité. C'est l'option choisie par le juge de première instance dans le cadre de l'affaire du LAC ou dans l'affaire des « Mains rouges » en seconde instance. Dans ces deux cas, tout en justifiant leur raisonnement et en l'inscrivant dans une continuité avec la jurisprudence existante¹⁶⁷⁷, les juges ont permis à la notion de danger d'évoluer pour inclure la crise écologique et ils ont adapté le critère de subsidiarité en tenant compte des spécificités du débat politique. En effet, ils ont pris acte qu'en raison de la situation personnelle des désobéissants et des circonstances des cas, il n'était

¹⁶⁷² BLATTER, N 23 et N 34 ; MOECKLI, N 54.

¹⁶⁷³ HÖGLINGER, p. 225. L'auteur effectue une étude comparative des possibilités de participation des mouvements sociaux en particulier. Son travail souligne que la situation en Suisse ne varie à cet égard que très peu par rapport à d'autres États où les instruments de démocratie directe sont moins développés.

¹⁶⁷⁴ MARZAL (nouveaux), p. 22 ; PEDRETTI, p. 103 ; LAUGIER, p. 45.

¹⁶⁷⁵ En ce sens, le constat des sociologues HAYES/OLLITRAULT, p 109 : « [s]i l'argumentation juridique peut introduire des questionnements politiques, du type manque de transparence de la décision et dénonciation des lobbys économiques, les arguments se centrant sur les limites de la démocratie se heurtent souvent à la logique du magistrat qui ne se prononce que sur le droit en termes techniques et apprécie seulement la responsabilité des acteurs dans les actes incriminés. »

¹⁶⁷⁶ Comme mentionné *supra* 4.III.A.2. en introduction de cette section, ces analyses peuvent en partie être reprises et appliquées à la sauvegarde d'intérêts légitimes.

¹⁶⁷⁷ P. ex.: ATF 129 IV 6.

pas toujours raisonnable d'exiger de ces derniers qu'ils songent par exemple d'abord à se faire élire, avant de pouvoir prétendre recourir à la désobéissance civile.

Cependant, ce que l'on observe dans notre corpus est que cette voie n'est pas soutenue par la plupart des juges et la doctrine¹⁶⁷⁸. Or, ce rejet est avant tout fondé sur des arguments qui relèvent d'éléments liés à la philosophie du droit et celle de l'État ou à des arguments politiques (tels que le rejet du pouvoir micropolitique¹⁶⁷⁹, une tendance générale au légalisme ou des craintes liées à l'insécurité juridique¹⁶⁸⁰). Afin d'évaluer ces différents arguments et nous prononcer sur l'opportunité de cette option, il convient donc encore de reprendre ces différents éléments qui seront présentés dans le chapitre 5. On peut néanmoins déjà souligner les limites de cette première voie : à savoir qu'elle cherche à faire rentrer, au moyen de l'interprétation, les cas de désobéissance civile, qui répondent effectivement à une logique différente des cas classiques d'état de nécessité, dans une catégorie qui n'a pas été pensée pour elle, démarche qui se heurte à des réticences des autorités¹⁶⁸¹. 613

Or, une autre piste pour éviter ces inconvénients pourrait être de créer un motif justificatif pénal extra-légal *ad hoc* pour les cas de désobéissance civile. Ce dernier pourrait tenir compte des spécificités de ce mode d'action ou être lié à l'application des droits fondamentaux. Cette solution n'a jusqu'à présent pas été utilisée par les cours. Nous verrons, en nous intéressant aux obstacles épistémiques dans le chapitre 5, que ce constat n'est pas surprenant, bien qu'il 614

¹⁶⁷⁸ En outre, lorsque cette voie est empruntée, elle est ensuite critiquée ou soumise à l'appréciation des instances supérieures qui peuvent ne pas avoir la même disposition à cet égard.

¹⁶⁷⁹ Cf. MOOR (dynamique), p. 247 ss.

¹⁶⁸⁰ Voir par exemple les multiples prises de position dans la presse de l'avocat et conseiller national PLR Philippe NANTERMOD : <https://www.letemps.ch/opinions/justice-climat>, consulté le 1^{er} avril 2022, ou celle du professeur de droit pénal Alain MACALUSO : <https://www.rts.ch/play/radio/forum/audio/le-militant-pro-climat-qui-denonait-les-investissements-de-credit-suisse-a-ete-acquitte-interview-dalain-macaluso?id=11659171>, consulté le 1^{er} avril 2022 ; NIGGLI/MUSKENS.

¹⁶⁸¹ Cf. p. ex. : la jurisprudence dite du « tyran domestique » (ATF 125 IV 49) citée *supra* I.B.2.c. La poursuite de cette approche nécessiterait donc de continuer le travail de précision entamé par les juridictions inférieures dans les cas du « Lausanne Action Climat » et des « Mains rouges ». Comme le souligne PETEL, « la notion de nécessité sortira certainement transformée de sa rencontre avec le phénomène diffus du changement climatique », p. 1056. S'agissant de la sauvegarde d'intérêts légitimes, une conclusion identique s'impose, mais avec une différence. Contrairement à l'état de nécessité, les contours donnés par la jurisprudence à ce motif sont plus flous, ce qui peut rendre une adaptation de son interprétation peut-être plus acceptable aux yeux de certains et certaines. Néanmoins, les deux motifs pourraient faire l'objet d'une interprétation renouvelée à notre sens, cf. *infra* 5.III. et 5.IV.

ne témoigne pas d'une impossibilité¹⁶⁸². À cet égard, notons déjà que le légalisme constitue le plus grand frein à la création d'un motif extra-légal. Ainsi, la situation n'en est pas moins paradoxale, puisque c'est bien le droit pénal qui autorise pourtant les juges à recourir à de tels motifs lorsque le besoin s'en fait sentir et en faisant preuve de prudence¹⁶⁸³.

B. La désobéissance civile politique

- 615 Dans cette section, nous traiterons de la dimension d'appel au droit présente dans les actions de désobéissance civile (« au nom de »)¹⁶⁸⁴. En effet, nous considérerons en particulier les possibilités de tenir compte dans le cadre des catégories légales existantes de cet appel qui vise à dénoncer une violation des libertés et droits fondamentaux ou l'existence de déficits démocratiques. Ce qui est déterminant ici n'est donc pas la justification possible de leur action par ces droits, mais la « finalité longue » de leur action, soit un enjeu de justice.
- 616 La première question qui se pose est ainsi de savoir si une telle dénonciation peut être prise en compte par les juridictions et, le cas échéant, si elle peut influencer le sort de la cause. Contrairement à la désobéissance civile « en application de », on ne s'attache pas ici à la manière dont se déroule l'action de désobéissance civile, mais bien à l'appel au droit qu'elle porte.
- 617 Cette distinction est essentielle à effectuer, car cet appel n'est pas nécessairement de nature à venir justifier l'action dans le cas au sens de la théorie pénale. En effet, les désobéissants et désobéissantes civils font parfois ce que certains juristes qualifient d'« emploi inadéquat des libertés et des droits »¹⁶⁸⁵, lorsqu'ils ou elle estiment, par exemple, que leur acte est justifié par la protection du droit à la vie, l'existence d'un droit à l'environnement sain ou un hypothétique droit d'intervention humanitaire pour autrui (délit de solidarité). Cette inadéquation, ou cet écart, entre le sens juridique attribué à certaines notions et le sens mobilisés par les désobéissants civils se manifeste sur différents plans. Tout d'abord, d'un point de vue terminologique, les

¹⁶⁸² Cf. 4.II et 5.III.A.

¹⁶⁸³ Cf. *supra* 1.II.B.3.

¹⁶⁸⁴ Appel au droit qui se manifeste parfois également par un appel aux juges en tant que figure de personification du droit, voir en ce sens la déclaration du prévenu : « [j]e ne voulais pas m'exprimer devant le Ministère public, mais devant un "vrai" magistrat, un juge. », Tribunal de police de Lausanne, 29 septembre 2021, PE21.002214, p. 8 ; TURENNE (thèse), p. 14.

¹⁶⁸⁵ Ou un « usage profane » au sens d'AGRIKOLIANSKY, cf. *supra* 4.III.A.1.a. P. ex.: JAAC 1986 n°5, p. 53, c. 4.4. Relevons cependant que cet usage n'est pas pour autant nécessairement naïf, mais peut répondre à des considérations tactiques ou politiques.

activistes mobilisent une rhétorique de « droit à » pour désigner des revendications avant tout politiques et de *lege ferenda* qui ne coïncident pas nécessairement avec le champ d'application de certains de ces droits ou ces libertés dans le domaine juridique, voir qui n'existent pas en tant que tels¹⁶⁸⁶. En second lieu, l'écart se manifeste également dans le rapport à la justiciabilité des droits invoqués. En effet, les désobéissants civils motivent également leur action en référence à des revendications de droit qui, au sens juridique, s'avèrent relever de buts sociaux ou des droits sociaux dont la justiciabilité directe n'est pas reconnue au sein de l'ordre juridique suisse¹⁶⁸⁷. C'est à cet écart que nous allons nous intéresser dans les paragraphes qui suivent.

Ainsi, nous verrons que la pratique des désobéissants civils mobilise l'interprétation dynamique des libertés fondamentales (1.), dans la mesure où elle constitue un appel à étendre le champ d'application de certaines garanties.

618

¹⁶⁸⁶ P. ex. : « droit d'intervention pour autrui » dans le cas du délit de solidarité ou d'actions antisépécistes, droits collectifs à la préservation de l'environnement, mais aussi droit à un environnement sain compris dans un sens où celui-ci donnerait droit à certaines prestations individuelles ou collective de la part de l'État. Cf. *infra* pour le droit à l'environnement sain. À noter également que les notions de « droits » et de « libertés » sont souvent utilisées comme synonymes par les désobéissants, en dépit des éléments qui distinguent ces deux concepts dans le domaine juridique. En outre, la distinction entre ces deux termes au sens juridique ne se recouvre que partiellement avec les distinctions de philosophie politique au sujet de ces notions ce qui renforce encore les hiatus. Cf. *infra* 5.III.A.2. pour des définitions des droits et des libertés. En d'autres termes, ici, les arguments des désobéissants civils se « heurtent à la technicité juridique », HAYES/OLLITRAULT, p. 109. Également : CHAPPE, p. 545 ss ; TURENNE (thèse), p. 9 et 91 ss ; BOURDIEU (hypocrisie), p. 98.

¹⁶⁸⁷ P. ex. : le « droit à l'alimentation », le « droit au logement » ou le droit à l'environnement sain, qui n'est pas consacré en tant que tel. Cf. *infra* 4.III.B.4. S'agissant des deux premiers, ces deux droits appartiennent à la seconde génération des droits humains attachés au Pacte ONU I dont la justiciabilité est controversée au sein de l'ordre juridique suisse (CR Cst.–CHATTON, art. 41, N 3, note 7, qui souligne également les difficultés terminologiques régnant en la matière). Il ne s'agit pas de droits au sens juridique classique, mais de principes, voir des buts programmatiques (CR Cst.–CHATTON, art. 41, N 30). En ce sens, il ne leur est attaché qu'une portée normative restreinte et, en particulier, il est spécifié dans les dispositions qui les consacrent que les justiciables ne sauraient en tirer des droits subjectifs (art. 41 al. 4 Cst. féd et CR Cst.–CHATTON, art. 41, N 12). Les écarts sont d'autant plus complexes que certains droits à proprement parler, tels que l'art. 8 CEDH, par effet ricochet, protègent des composantes qui sont rattachées à ces droits sociaux. Ainsi, sous l'angle du droit à la vie privée et familiale, certaines composantes du « droit au logement » sont néanmoins justiciables. P. ex. : la protection contre les expulsions forcées CHATTON, p. 368. *Idem* s'agissant du droit à l'environnement sain, CHATTON, p. 357. Nous y reviendrons largement *infra* 4.III.B.4. et 5.III.A.2. Les désobéissants civils invoquent ces droits sociaux comme s'il s'agissait de droits justiciables, ou alors comme des « droits » devant le devenir de *lege ferenda*. OGIEN/LAUGIER, p. 50 et également au sujet du « droit » au logement : PÉCHU (squats), p. 47 ss.

Cette volonté se heurte à l'art. 190 Cst. féd. dont nous préciserons les conséquences sur l'appel au droit des activistes (2.). Ensuite, nous expliciterons le rapport entre désobéissance civile et une forme plus générale de contentieux stratégique (3). Enfin, nous exemplifierons nos différentes considérations au travers d'un cas : celui du droit à l'environnement sain (4.).

1. L'interprétation dynamique de la CEDH et l'interprétation conforme à la Constitution

619 Au travers de leur acte, les désobéissants civils cherchent à obtenir un contrôle de conformité au droit supérieur des normes et des pratiques étatiques. Ils et elles proposent également une interprétation des libertés et des droits qui parfois étend le champ d'application de ces dernières. Ils et elles mobilisent ainsi implicitement les mécanismes de l'interprétation dynamique et de l'interprétation conforme à la Constitution. Ils se réfèrent en ce sens largement aux standards de droit international qui devraient motiver une mise en conformité ou des adaptations du droit national. Pour comprendre cette analogie et réfléchir sur ses potentialités en termes de qualifications, reprenons ses fondements théoriques.

620 La jurisprudence de la CourEDH a développé depuis l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, la conception de la CEDH comme « instrument vivant » qui s'interprète à l'aune de contextes historiques, sociaux et politiques mouvants¹⁶⁸⁸. Le but de cette interprétation est de permettre aux juges de concilier le texte de la Convention avec les réalités sociales évolutives¹⁶⁸⁹. Cette interprétation vise à garantir que les libertés et droits de la Convention protègent de manière concrète et effective les justiciables¹⁶⁹⁰. Au travers de cette méthode interprétative :

« [I]a Cour réalise ainsi, de manière prétorienne, l'adaptation de la Convention aux changements sociaux (droits des enfants naturels, répression pénale de l'homosexualité, châtiments corporels, transsexualisme, notion de "famille") [...] »¹⁶⁹¹

¹⁶⁸⁸ CourEDH, affaire *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978, n°5856/72, § 31 : « [I]a Cour rappelle en outre que la Convention est un instrument vivant à interpréter – la Commission l'a relevé à juste titre – à la lumière des conditions de vie actuelles. Dans la présente espèce, la Cour ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des États membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine ». Dans ce cas, la CourEDH s'est penchée sur l'admissibilité de châtiments corporels à titre disciplinaire.

¹⁶⁸⁹ MAGISTRO, p. 122 et les réf. citées ; SUDRE, § 154.

¹⁶⁹⁰ CourEDH, affaire *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, n° 6289/73.

¹⁶⁹¹ SUDRE, § 154.

Par ce biais, les juges préservent le texte de la Convention d'anachronismes. Néanmoins, cette méthode d'interprétation ne devrait pas leur permettre de consacrer de nouveaux droits non prévus par le texte de la CEDH¹⁶⁹². Cela étant dit, il est en revanche admis que, par extension du champ d'application de droits ou de libertés existants, de nouvelles pratiques puissent être protégées, comme cela a été le cas en matière de vie privée et familiale notamment, ce qui rend la distinction complexe¹⁶⁹³.

En droit interne, l'interprétation dynamique s'applique aussi en matière constitutionnelle et elle est un « phénomène de prolongation ou de continuation du droit constitutionnel »¹⁶⁹⁴. Le droit conventionnel joue à cet égard un rôle important, puisque l'interprétation du droit interne doit s'y conformer et que l'interprétation doit permettre de dégager « des solutions dans les cas qui s'y ajustent tout en faisant système avec l'ensemble de l'ordre juridique »¹⁶⁹⁵. Comme en matière d'évolution dynamique de la CEDH, il est parfois artificiel de distinguer entre la reconnaissance d'un droit fondamental non écrit et l'interprétation conforme conduisant à la reconnaissance de sous-aspects de droits fondamentaux ou de libertés fondamentales existants¹⁶⁹⁶, ce d'autant plus que le catalogue de ceux-ci est lui aussi considéré comme évolutif¹⁶⁹⁷. Il est ainsi possible d'instituer de nouvelles libertés ou d'en faire évoluer le sens en lien avec des changements sociaux ou avec l'apparition et le constat de l'existence d'inégalités ou des problématiques spécifiques¹⁶⁹⁸. Le rôle des juges est d'ailleurs central dans cette adaptation du catalogue à une société en mouvement, puisqu'ils et elles ont le pouvoir de reconnaître

621

¹⁶⁹² MAGISTRO, p. 122 et CourEDH, *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, n°9697/82, § 53.

¹⁶⁹³ En apparence seulement, cf. *infra* 5.III.A.

¹⁶⁹⁴ CR Cst.–MARTENET/DUBEY, Introduction générale, N 43.

¹⁶⁹⁵ CR Cst.–MARTENET/DUBEY, Introduction générale, N 62-65. À noter que les juges opèrent déjà un choix lorsqu'ils estiment que les circonstances du cas permettent cet « ajustement », cf. *infra* 5.III.B.

¹⁶⁹⁶ CR Cst.–MARTENET/DUBEY, Introduction générale, N 73. Les conditions relatives à la reconnaissance d'un droit fondamental non écrit ont été définies par la jurisprudence : ATF 104 Ia 96 ; ATF 100 Ia 400, ATF 99 Ia 693 ; ATF 96 I 224. Relevons à cet égard la déclaration du juge dans l'arrêt Tribunal de police de Lausanne, 11 décembre 2020, PE19.005999, c. 7, précité *supra* 1.III.A., qui rappelle ce processus et déclare même que les autorités politiques, voire judiciaires supérieures pourraient, à son sens, justifier la désobéissance civile : « [...] soit par la révision de processus législatifs ou encore par l'instauration d'une espèce de droit non-écrit à la désobéissance civile non violente et proportionnée. Tel n'est pas le cas maintenant [...] ». Néanmoins, dans ce cas, il considère qu'il n'est pas entre ses mains d'amorcer une telle évolution, notamment en invoquant une conception légaliste de son rôle, cf. *infra* 5.III.

¹⁶⁹⁷ SGK BV–SCHWEIZER, Vorbemerkungen zu Art. 7-36, N 22.

¹⁶⁹⁸ SGK BV–SCHWEIZER, Vorbemerkungen zu Art. 7-36, N 21.

l'existence d'un droit ou d'une liberté en lien avec une situation particulière¹⁶⁹⁹. Cependant, l'admission d'un tel cas de figure, nécessitant la reconnaissance de nouvelles libertés fondamentales non écrites, reste restrictive. En effet, il est rare d'admettre l'existence de lacunes au sein de la Constitution en raison du risque que s'effectue par ce biais un transfert de compétences¹⁷⁰⁰. Ainsi, pour qu'une situation justifie la reconnaissance d'une nouvelle liberté, il faut que la consécration de cette nouvelle liberté apparaisse comme partie intégrante ou indispensable de l'ordre public démocratique de la Confédération et qu'un consensus existe au niveau cantonal sur la nécessité de sa reconnaissance¹⁷⁰¹. Avec l'essor du droit international des droits humains, l'existence d'un « consensus européen » occupe désormais elle aussi une place déterminante pour décider d'une telle évolution si, par comparaison avec les évolutions législatives des autres États membres du Conseil de l'Europe, il est possible de dégager une tendance en ce sens¹⁷⁰². C'est notamment en recourant à cette comparaison que l'objection de conscience a été incluse comme composante de l'art. 9 CEDH¹⁷⁰³.

- 622 Or, comme mentionnés plus haut, l'interprétation dynamique des libertés fondamentales et son impact en droit pénal constituent des espaces flous où se niche la pratique désobéissante, dans la mesure où elle attesterait d'une évolution sociale, ou en tout cas d'une controverse sociale, qui témoignerait d'un besoin d'évolution ou de renouvellement de l'interprétation ou de l'existence de droits fondamentaux au sens de certains membres du corps civique¹⁷⁰⁴. Ainsi, et comme souligné en doctrine, des actions de désobéissance civile ont pu être à l'origine ou assimilée à des actions de contentieux constitutionnels menant à d'importants changements

¹⁶⁹⁹ SGK BV–SCHWEIZER, Vorbemerkungen zu Art. 7-36, N 22 ; TSCHANNEN, N 3.

¹⁷⁰⁰ TSCHANNEN, N 22 et 23.

¹⁷⁰¹ TSCHANNEN, N 14 et ATF 121 I 367 (JdT 1997 I 278). Le TF a choisi de consacrer comme des droits constitutionnels non écrits avant leur inscription formelle dans la Constitution : la garantie de la propriété, la liberté d'expression, la liberté individuelle, la liberté des langues et la liberté de réunion. En revanche, il n'a pas estimé justifié de reconnaître p. ex. un droit à la libre conception des monuments funéraires, ATF 96 I 104 (JdT 1971 I 94), un droit à la formation, ATF 103 Ia 369, c. 4a et 394 c. 2 (JdT 1979 I 382), ni une liberté de manifester allant au-delà de la liberté d'expression et de la liberté de réunion, ATF 100 Ia 392 c. 4b (JdT 1976 I 208).

¹⁷⁰² MARTENET (Federalism), p. 555 ss.

¹⁷⁰³ CourEDH, affaire *Bayatyan c. Arménie* du 7 juillet 2011, n°23459/03 ; sur le consensus européen : MARTENET (Federalism), p. 555 à 558.

¹⁷⁰⁴ KÁLIN, p. 245 à 246.

jurisprudentiels¹⁷⁰⁵. Ces situations présentent en ce sens des caractéristiques proches du contentieux stratégique (« cause lawyering »)¹⁷⁰⁶.

Le contentieux stratégique désigne dans ce contexte un recours au droit en appui des revendications des mouvements sociaux. Cet engagement sur le terrain du droit est mené par des organisations non gouvernementales, des groupes politiques, ou des associations qui au « travers de la défense d'un cas individuel et particulier [...] cherchent à utiliser les juridictions dans le but de transformer des politiques ou législations existantes. »¹⁷⁰⁷ De nombreux moyens d'action, dont la désobéissance civile, relèvent de cette définition¹⁷⁰⁸. Ce type de contentieux permet de thématiser le caractère systémique de certaines discriminations, de mettre en lumière des carences de protection des droits humains, mais aussi de penser l'engagement des juristes pour des causes de justice sociale¹⁷⁰⁹. Son usage est défendu pour la portée généralisable que peuvent avoir certaines décisions individuelles en matière des droits humains. Ainsi, les cas de contentieux stratégiques contiennent d'importantes potentialités pour sensibiliser aux libertés fondamentales ou faire évoluer le droit. Cette stratégie s'appuie principalement sur le droit constitutionnel et international et insiste sur la nature évolutive et conflictuelle à l'origine de la consécration de différents droits et libertés¹⁷¹⁰.

Pour les mouvements sociaux, un tel usage stratégique du droit présente autant d'avantages que d'inconvénients, documentés par la littérature florissante sur le sujet. Ainsi, les sociologues du droit ont souligné qu'au travers de telles causes des injustices ont été rendues tangibles, les revendications portées par

¹⁷⁰⁵ ENCINAS DE MUNAGORRI, p. 73 ss ; TURENNE (thèse) qui cite en particulier l'arrêt *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113. En droit suisse, l'arrêt *Theresia Rohner* : ATF 116 Ia 359. C'est également l'avis de DWORKIN dont il sera question *infra* 5.IV.A.3.

¹⁷⁰⁶ RAWLS, § 55, p. 407, indique que : « la désobéissance civile [...] se situe entre la protestation légale et le déclenchement de procès exemplaires ».

¹⁷⁰⁷ LEJEUNE/ORIANNE, p. 55 à 76.

¹⁷⁰⁸ AGRIKOLIANSKY, p. 239.

¹⁷⁰⁹ RÜEGGER, § 19 ; ISRAEL ; AGRIKOLIANSKY souligne que c'est sous l'impulsion de champ universitaire critique du droit que de tels usages contestataires du droit se sont développés, par opposition à la formation classique des avocats et avocates qui est construite sur un apolitisme apparent et un refus de la critique des critères existants du système judiciaire, p. 241.

¹⁷¹⁰ RÜEGGER ; ISRAEL, p. 95 : « [u]ne première ressource réside dans l'invocation de principes supérieurs en droit, qu'il s'agisse par exemple de principes constitutionnels ou de principes de droit international reconnus par des traités ou des conventions, par exemple le recours à la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH). Ce type de recours inscrit la conflictualité à l'intérieur de la sphère juridique : elle ne conteste pas la légitimité de la règle de droit, mais elle joue sur l'application stricte de la hiérarchie des normes juridiques et des institutions judiciaires. »

les mouvements ont été reprises par la société civile, de nouvelles catégories juridiques ou des adaptations du droit ont abouti, des réseaux de solidarités ont été créés, une pression sur leurs adversaires politiques exercée et les compétences juridiques des acteurs développées¹⁷¹¹. Néanmoins, ce mode d'engagement n'est pas exempt d'écueils et comporte également des risques pour les acteurs qui y recourent, à savoir : un possible dessaisissement de la maîtrise de leur cause au profit de spécialistes du droit, une implication sur une temporalité longue, une concentration sur les aspects procéduraux plutôt que de fond de l'affaire, une mise en avant de la personnalité de l'individu qui porte la cause, un sacrifice parfois de celle-ci au nom de l'intérêt du procès, un risque d'échec avec une trace écrite de celui-ci et une difficulté à monter en généralité¹⁷¹². Appliqué à des cas de contentieux en Suisse, RÜEGGER souligne la présence d'obstacles juridiques supplémentaires lors de l'usage de cette stratégie : l'absence de contrôle de constitutionnalité lié à l'art. 190 Cst. féd.¹⁷¹³ et le coût élevé des procédures¹⁷¹⁴. Elle insiste en outre sur le besoin, pour la réussite de ce type de litige, d'une ligne de communication prédéfinie et constante au cours du procès¹⁷¹⁵.

- 625 Une partie de ces remarques valent en conséquence pour les actions de désobéissance civile, *a fortiori* si l'on se concentre sur leur dimension « au nom des droits fondamentaux ». Tout comme dans le « cause lawyering », la désobéissance civile vise à transformer les cours en « arènes »¹⁷¹⁶. Dans cette analogie, la désobéissance civile représente le volet pénal du contentieux

¹⁷¹¹ AGRIKOLIANSKY, p. 229 à 230.

¹⁷¹² AGRIKOLIANSKY, p. 233 à 235, synthétise ces éléments. Il relève en particulier que : « [I]l recours au droit impose donc souvent une tyrannie du singulier : l'efficacité du droit à protéger un individu se construisant contre sa capacité politique à généraliser les griefs. À l'exception de la stratégie de rupture promue par exemple par Vergès, qui consiste à sacrifier la victime à la cause (en refusant de jouer le jeu du procès qui se transforme exclusivement en tribune politique), c'est souvent la cause qui est sacrifiée au profit de la victime. Si les grandes affaires politiques sont rares c'est que les conditions pour qu'un individu fasse cause sont difficiles à réunir. Lorsqu'elles le sont, la forte personnalisation des procédures judiciaires constitue toujours un risque, comme l'illustre parfaitement le cas de Norma McCorvey, cette jeune femme dont la plainte aboutit en 1973 à la légalisation de l'avortement par la Cour suprême des États-Unis (Roe v. Wade, 1973), qui après s'être convertie au catholicisme, rejoignit le mouvement antiavortement et tenta de faire rouvrir l'affaire pour demander l'annulation de l'arrêt de 1973... », p. 235. Voir également : BOSVIEUX-ONEYEKWELU, p. 111 ss, au sujet des logiques sous-jacentes à l'engagement *pro bono* des avocats et avocats dans les causes stratégiques à l'ère du « New Public Management ».

¹⁷¹³ Cf. *infra* 4.III.B.2.

¹⁷¹⁴ RÜEGGER.

¹⁷¹⁵ RÜEGGER.

¹⁷¹⁶ HAYES/OLLITRAULT, p. 118 ; ISRAEL, p. 67 et 104.

stratégique¹⁷¹⁷. Notons également que dans les procès en désobéissance civile, les références à ces autres affaires contentieuses sont légion¹⁷¹⁸.

Cet usage stratégique du droit illustre ce que François OST estime être l'une des finalités du droit : « sa remise en cause »¹⁷¹⁹. En effet, ce dernier considère que les causes significatives¹⁷²⁰ et le contentieux stratégique :

« [...] témoignent du rôle politique, au sens noble du terme, que peuvent jouer le procès et l'action en justice. »¹⁷²¹

En conséquence, par leur appel au droit, à son évolution, les acteurs de la désobéissance civile forcent ou accélèrent la thématization du droit comme produit social¹⁷²². Dans cette acception, l'existence de la possibilité de la remise en cause constitue une opportunité, plus qu'un danger pour le droit¹⁷²³. Ainsi :

« [...] la question de la désobéissance civile devient celle de la meilleure protection des droits fondamentaux, de leur meilleure intégration possible dans le système droit. »¹⁷²⁴

En résumé, cette dimension des procès de désobéissance civile n'est pas sans lien avec l'interprétation dynamique des droits fondamentaux et elle constitue une forme de contentieux stratégique spécifique pour les droits humains qui

¹⁷¹⁷ COURNIL (arme), à paraître ; COURNIL (affaires), p. 17 ss ; ROCHFLED, p. 41. P. ex. : en France : Conseil d'État, *Commune de Grande-Synthe et Damien Carême c. France* du 19 novembre 2020, n°427301 ; aux Pays-Bas : Cour de La Haye, affaire *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell PLC* du 26 mai 2021 qui condamne l'entreprise à réduire ses émissions de CO₂ ; en Allemagne, Verfassungsgericht BvR 2656/18 du 24 mars 2021 qui invalide une partie des dispositions de la loi allemande sur le climat en raison du manque d'ambition pour atteindre les objectifs de l'Accord de Paris. À l'origine de cette décision, on trouve une plainte de différents mouvements de jeunes pour le Climat.

¹⁷¹⁸ Notamment : Cour Suprême des Pays-Bas, affaire *Fondation Urgenda c. Pays-Bas*, 20 décembre 2019, n° 200.178.245/01 dans les différentes affaires du « Lausanne Action Climat » et des « Mains rouges ».

¹⁷¹⁹ OST (droit), p. 456 et pour toute une théorie générale de la remise en cause, p. 459 ss.

¹⁷²⁰ DE SCHUTTER, p. 95, décrit une cause significative comme un type d'affaires qui vise la transformation du droit au-delà de sa simple application au cas. Ces actions cherchent à opérer des changements législatifs ou jurisprudentiels qui ne peuvent être entrepris *via* le processus décisionnel démocratique usuel. Cette catégorie désigne un panel de cas plus large que le contentieux stratégique ou la désobéissance civile, mais est en littérature parfois utilisée comme un synonyme pour désigner ces pratiques.

¹⁷²¹ OST (droit), p. 456.

¹⁷²² Cf. *infra* 5.III.A.4.

¹⁷²³ OST (droit), p. 457. Nous y reviendrons dans la partie relative aux justifications juridiques et politiques cf. *infra* chapitre 5.

¹⁷²⁴ TURENNE (discours), p. 89.

insufflé de nouvelles interprétations¹⁷²⁵ et problématise la dimension éminemment politique du droit comme un produit humain¹⁷²⁶.

2. L'absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales

627 Lorsque l'on considère l'appel au droit porté par la désobéissance civile, ce mode d'action peut être comparé aux mécanismes institutionnels du contrôle de constitutionnalité, dans le prolongement de l'interprétation dynamique et du contentieux stratégique¹⁷²⁷. Ainsi, la possibilité de mise en cohérence des différents droits fondamentaux et principes constitutionnels, mais aussi les différents rangs de normes, est alors mobilisée¹⁷²⁸. En effet, lorsque les activistes qui aident des personnes migrantes à passer la frontière plaident que les dispositions du droit d'asile doivent se conformer à la CEDH, d'autres que les Accords de Paris en matière de climat ne sont pas respectés, ou encore, que la construction d'une centrale nucléaire viole les dispositions sur le transport des déchets radioactifs ou qu'une foire d'armement ne respecte pas les dispositions de la législation sur les armes à feu¹⁷²⁹, sur le plan juridique les revendications des militants et militantes sont entre autres « traduites »¹⁷³⁰ comme une demande de contrôle de conformité formulée à l'attention des juges.

628 Néanmoins cette stratégie visant à obtenir un contrôle de type constitutionnel par les juges s'avère complexe à expliciter devant les tribunaux en raison du flou qui y entoure la désobéissance civile. L'action de désobéissance civile peut conduire à un tel contrôle, comme cela se fait plus facilement dans les États de « common law ». En revanche, en l'absence de concept de désobéissance civile ou de connaissance des ressorts de ce mode d'action, les tribunaux face à un tel cas et lorsqu'une inconstitutionnalité est constatée, ne le qualifient alors plus comme relevant de la désobéissance civile¹⁷³¹. De plus, en Suisse, deux obstacles particuliers se dressent face à cette approche : d'une part, l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, prévu à

¹⁷²⁵ DE SCHUTTER, p. 95, SMITH, p. 4.

¹⁷²⁶ ARENDT, cf. *supra* 5.II.B ; OST (droit), p. 333 ; SMITH, p. 83 ss ; ROVIELLO, p. 205 ss.

¹⁷²⁷ MARKOVITS, p. 1936 ; RAWLS, § 55, p. 405.

¹⁷²⁸ CHASSAGNARD-PINET, p. 54.

¹⁷²⁹ Cf. les cas de notre corpus présentés dans le chapitre 3.

¹⁷³⁰ POMADE (source), p. 93.

¹⁷³¹ Par exemple : ATF 96 I 586 (Alienick). On constate cette tendance notamment dans la déclaration du juge de première instance dans l'arrêt du Tribunal de police de Lausanne du 11 décembre 2020, PE19.005999, c. 7 (« Mains rouges » dans le canton de Vaud) : « [o]n pourrait d'ailleurs se demander si la désobéissance civile, rendue licite par un Tribunal, dès ce moment, serait toujours de la désobéissance [...] ». », c. 7, précité *supra* 1.IV.

l'art. 190 Cst. féd., et, d'autre part, l'absence de volonté des cours inférieures d'assumer un contrôle de ce type¹⁷³². En conséquence, l'interstice pour un tel contrôle est limité. Ce constat peut alors plaider en faveur des désobéissants civils puisque, l'absence de tel contrôle explique, contrairement à ce qui se fait dans d'autres États, qu'ils et elles tentent par d'autres voies de « forcer » un contrôle de constitutionnalité. Les désobéissants civils, lorsqu'ils plaident donc en faveur d'un contrôle de constitutionnalité, se situent à nouveau dans cet « usage profane » du droit, qui force les juristes à se repositionner et problématise cette absence de contrôle. Elles et ils questionnent alors le rôle des juges et testent la cohérence du système légal. En effet, malgré le jeu de l'art. 190 Cst. féd., les autorités judiciaires restent tenues d'effectuer une interprétation conforme au droit supérieur et ne perdent pas leur faculté de critiquer la loi, voire de s'adresser au législateur en cas de constat d'inconstitutionnalité¹⁷³³. Nous nous efforcerons ici de clarifier les contours de cette marge de manœuvre des juges, dans le but de déterminer quelles sont les options permettant de tenir compte de la dimension d'appel au droit de la désobéissance civile.

La Suisse ne possède pas de cour constitutionnelle, au même titre que les États-Unis par exemple. Le système de contrôle y est diffus¹⁷³⁴. Ainsi, la justice constitutionnelle n'est pas centralisée aux mains d'une juridiction spécialisée, mais incombe à toutes les autorités judiciaires. On peut donc considérer que le TF est l'autorité de dernière instance de l'ordre juridique, mais n'est pas une cour suprême au sens de seule titulaire de ce pouvoir¹⁷³⁵. Toutes les cours sont donc compétentes pour effectuer un contrôle de constitutionnalité¹⁷³⁶.

S'agissant de l'objet de ce contrôle, il faut distinguer entre le contrôle abstrait et concret et le type d'actes en cause. De manière abstraite, les lois fédérales et les actes du Conseil fédéral sont protégés en application de l'art. 189 al. 4 Cst. féd. dont le but est de garantir l'indépendance des décisions de l'exécutif et du législatif, ainsi que leur indépendance face au

¹⁷³² Cf. *supra* 4.II.A. et *infra* 5.III. Le plus emblématique étant la déclaration du juge de première instance dans la décision Tribunal de police, 17 novembre 2021, PE19.025122 : « [J]e principe de l'interprétation conforme ne saurait quoiqu'il en soit rendre licite un comportement érigé en infraction pénale. », p. 26, c. 5.

¹⁷³³ Voir en ce sens notre conclusion générale.

¹⁷³⁴ Cf. *supra* 4.III. ; CR Cst.–DUBEY/MARTENET, Introduction générale, N 77.

¹⁷³⁵ BRENCI, p. 422 ss. Celui-ci souligne que l'art. 188 Cst. féd. n'octroie qu'une supériorité institutionnelle au TF. La Haute Cour est surtout garante de la fiction d'univocité de la jurisprudence à son sens, p. 426.

¹⁷³⁶ Constat qui encourage à problématiser la question de la formation des juges à ces enjeux constitutionnels.

pouvoir judiciaire¹⁷³⁷. La législation cantonale peut, quant à elle, être revue sous l'angle de la conformité au droit supérieur. Le contrôle concret de la constitutionnalité des lois, à l'occasion d'un litige particulier, est également admis pour la législation cantonale. En revanche, pour les lois fédérales, quand bien même une inconstitutionnalité est constatée, elle ne pourra être sanctionnée par le ou la juge par le jeu de l'art. 190 Cst. féd.. L'autorité judiciaire sera uniquement autorisée à critiquer la législation¹⁷³⁸. Dans ce cas de figure, c'est la voie de l'interprétation conforme qui constitue la seule alternative¹⁷³⁹.

- 631 L'art. 190 Cst. féd. a été critiqué en doctrine pour les restrictions qu'il apporte au pouvoir judiciaire, qui témoignent d'une méfiance historique envers les juges¹⁷⁴⁰. C'est surtout en matière de mise en œuvre et de contrôle du respect des droits fondamentaux que cette limite fait ressentir ses effets. Néanmoins, l'existence de l'article 190 Cst. féd. ne prive pas les juges de tout pouvoir ni ne rend inopérante la voie de l'interprétation conforme¹⁷⁴¹. Il leur est toujours possible d'émettre des critiques de la loi.
- 632 Dans des États qui n'ont pas consacré une telle limite au contrôle constitutionnel comme dans la plupart des États de « common law », les actions de désobéissance civile sont appréhendées en droit comme des actes relevant de l'exercice de la juridiction constitutionnelle¹⁷⁴². On peut expliquer cette distinction par des divergences de culture juridique, puisque les États de « common law » octroient un pouvoir plus important aux cours et considèrent la jurisprudence parmi les sources principales du droit¹⁷⁴³.

¹⁷³⁷ CR Cst.–CHAIX, art. 189 N 34; REICH, N 28. Le ou la juge doit se prononcer dans le cadre de la loi et non pas en tant que législateur. L'auteur relève que la notion d'État de droit est utilisée depuis l'adoption de l'art. 190 Cst. féd. tour à tour pour sa défense autant que pour sa critique.

¹⁷³⁸ CR Cst.–MARTENET, art. 190, N 43 qui insiste sur la « faculté » dont disposent les juges.

¹⁷³⁹ Cf. *supra*. 4.III.B.1.

¹⁷⁴⁰ RÜEGGER y voit une des limites du recours au contentieux stratégique et à la protection des droits fondamentaux en Suisse, avec en outre, la règle selon laquelle ces derniers ne sont pas examinés d'office (art. 106 al. 2 LTF). Elle estime aussi que l'interprétation conforme aux droits fondamentaux par les cours manque de profondeur, § 15.

¹⁷⁴¹ CR Cst.–MARTENET, art. 190, N 49 ss.

¹⁷⁴² FALCÒN Y TELLA (History), p. 200, cite notamment le fameux arrêt de la Cour suprême américaine *Roe v. Wade*, mais aussi les affaires Cour Suprême des États-Unis, *United States v. L. Cohen Grocery Co.* du 28 février 1921, 255 U.S. 81 (1921) et Cour Suprême des États-Unis, *Lombard v. Louisiana* du 20 mai 1963, 373 U.S. 267 (1963) ; MARKOVITS, p. 1932 ss.

¹⁷⁴³ TURENNE (Judicial), p. 391 ss. Voir également un arrêt emblématique de cette différence et sur lequel nous reviendrons en lien avec la question de la séparation des pouvoirs *infra* 5.III.B. Cour supérieure des actions collectives du Canada, *Environnement jeunesse c. Canada* du 11 juillet 2019, n°500-06-000955-183, § 58 à 72. Dans cette affaire, la Cour

MARKOVITS soutient néanmoins que la qualification de la désobéissance civile comme une forme de contrôle de constitutionnalité est réductrice, y compris dans ces systèmes¹⁷⁴⁴. Ainsi, le « *judicial review* » constitue bien une forme d'exercice d'un « *contre-pouvoir* » et présente en conséquence des caractéristiques de parenté avec la désobéissance, à son sens¹⁷⁴⁵. Cependant, la désobéissance civile ne saurait s'y assimiler pleinement ou s'y limiter, dès lors qu'elle ne vise pas toujours l'invalidation de la loi, mais plutôt sa mise en discussion et la création d'un débat plus global sur le « *vivre ensemble* »¹⁷⁴⁶. Ainsi, quand bien même le contrôle de constitutionnalité serait plus libre en Suisse, ce mécanisme ne permettrait pas de rendre compte de toutes les dimensions de ce mode d'action.

Néanmoins, au titre des caractéristiques communes, on peut retenir que la désobéissance civile, comme le contrôle de constitutionnalité, s'inscrit au rang des mécanismes de contre-pouvoirs présents au sein d'une démocratie constitutionnelle. Elles sont toutes deux une forme de prolongement du dialogue avec l'Assemblée fédérale et s'inscrivent dans le registre des

633

accepte de se prononcer sur l'action en responsabilité climatique des recourants, bien que l'accusation générale lui enjoigne de s'abstenir. La Cour défend sa position et son rôle. À son sens, les tribunaux ne doivent pas refuser de statuer chaque fois qu'une cause peut avoir une incidence politique, car alors ils ne pourraient jamais trancher (§ 58). En outre, elle rappelle que le pouvoir politique s'exerce en conformité avec la constitution et que son exercice doit, à ce titre, être susceptible d'examen par les autorités judiciaires. S'il n'est pas du rôle des tribunaux de juger de la sagesse des décisions de l'exécutif, l'autorité peut tout de même se prononcer sur l'exercice régulier des prérogatives de ce dernier. Aux yeux de la Cour, les tribunaux ne peuvent esquiver l'exercice du contrôle judiciaire seulement parce que la question est complexe ou controversée ou encore parce qu'elle met en cause de valeurs sociales. En définitive, c'est bien le législateur canadien qui a donné la priorité aux droits fondamentaux et octroie aux tribunaux le pouvoir de trancher (§ 72).

¹⁷⁴⁴ MARKOVITS, p. 1936, et note 85. Il s'agit d'un rapprochement principalement effectué dans les théories libérales de la désobéissance civile. Dans la littérature juridique, largement influencée par la pensée libérale de la désobéissance civile, le rapprochement entre ces deux notions est courant comme nous avons pu le constater dans le chapitre 1. À la suite de RAWLS, les juristes qui s'inscrivent dans ce courant estiment donc que la désobéissance civile directe n'est rien d'autre que l'application d'un tel contrôle. Bien que nous ne suivions pas cette analogie (MARKOVITS, parle de « *disanalogie* »), nous souhaitons tout de même en étudier les ressorts, afin de déterminer les limites de l'approche. En effet, l'assimilation de la désobéissance civile à l'application du contrôle de constitutionnalité a pour conséquence de vider la désobéissance civile de sa dimension politique en réduisant cette pratique collective à un simple contrôle formel de la hiérarchie des normes.

¹⁷⁴⁵ Cf. *supra* 4.III.A.2.b. et *infra* 5.III.B. MARKOVITS, p. 1929 ss.

¹⁷⁴⁶ MARKOVITS, p. 1929 ; ROVIELLO, p. 205 ; cf. *infra* 5.II.

contestations de l'ordre juridique au nom d'une interprétation renouvelée des ou conforme aux droits humains¹⁷⁴⁷.

- 634 Ces considérations en appellent donc à un questionnement plus large sur la fonction de la juridiction constitutionnelle exercées par les autorités judiciaires, la marge d'interprétation des juges et la séparation des pouvoirs, thématiques qui seront abordées dans le chapitre suivant.

3. Les recours associatifs : la désobéissance civile comme « class action » ?

- 635 On a pu constater dans les observations du corpus d'actes matériels de désobéissance civile que de nombreux détracteurs de l'application de l'état de nécessité aux causes de désobéissance civile reprochent en particulier à ceux-ci de ne pas recourir aux alternatives légales à leur disposition. Parmi ces alternatives légales, figure le recours des associations, voie qui a certes des potentialités à déployer pour protéger des intérêts en matière environnementale ou syndicale par exemple, mais qui est limitée en l'état actuel du droit¹⁷⁴⁸. Par ailleurs, simultanément, les détracteurs de la désobéissance civile reprochent aux militants d'agir au nom d'intérêts collectifs et d'ainsi se substituer à l'État ou essayer de faire admettre par une voie détournée des « class action », des recours collectifs, non prévus par le droit¹⁷⁴⁹. Ils craignent en outre une surcharge des tribunaux¹⁷⁵⁰. Nous souhaitons revenir sur cet argument afin d'examiner quelles sont, en pratique, ces alternatives légales à disposition des désobéissants et analyser si ces

¹⁷⁴⁷ DE SCHUTTER, p. 98. Cf. *infra* 5.II. et TURENNE (Judicial), p. 380 ss.

¹⁷⁴⁸ Cf. *supra* 4.III.A.2.b. et la modification du code de procédure civile visant l'introduction d'action « en protection d'intérêts collectifs » pour les organisations à but non lucratif proposée par le Conseil fédéral au Parlement en date du 10 décembre 2021. FF 2021 3048 (Message sur la modification du code de procédure civile).

¹⁷⁴⁹ Voir p. ex. ce reproche dans l'affaire « Greenpeace » *supra* 3.III.G.

¹⁷⁵⁰ MARQUIS, N 579, cite en exemple CourEDH, *Caron et autres c. France* du 29 juin 2010, n°48629/08 « touchant à la problématique des organismes génétiquement modifiés (OGM), constitue également un cas d'école. Condamnés au pénal pour avoir "neutralisé" des parcelles de maïs transgénique planté à l'essai, afin d'en éviter toute dissémination, des agriculteurs se plaignaient notamment des effets des OGM sur l'environnement et sur la santé publique, ainsi que sur les cultures traditionnelles et biologiques. Ils invoquaient les articles 2 et 8 de la Convention et l'art. 1 du Protocole n°1, sans lien avec leur situation personnelle. La Cour a rejeté le grief en considérant qu'il relevait de l'*actio popularis*. La solution contraire aurait été difficilement compatible avec l'article 34 de la Convention, tant il est vrai que la thématique abordée par les requérants concerne l'environnement et la population dans leur ensemble, de sorte qu'il est délicat de tracer une limite. », p. 219 ; FAVRE (Mélanges), p 363 ss.

mécanismes seraient adaptés à une prise en considération de la dimension d'appel au droit des actes de désobéissance civile.

Le droit suisse, tout comme le droit conventionnel¹⁷⁵¹, rejette clairement l'action populaire (*actio popularis*) et prévoit que la qualité pour agir en justice a comme corollaire la nécessité de pouvoir faire valoir un intérêt personnel (art. 89 LTF)¹⁷⁵². Au sens de la doctrine, la jurisprudence relative à la définition de cet intérêt personnel a évolué vers une acception restrictive¹⁷⁵³. Outre l'existence d'un intérêt personnel, il convient, au sens du TF, que la personne qui agit soit spécialement touchée par rapport à d'autres justiciables¹⁷⁵⁴. Le panel des actes attaquables par voie d'un tel recours a quant à lui été étendu par la pratique récente de la Haute Cour¹⁷⁵⁵. En conséquence de cette définition de l'intérêt personnel, toute possibilité de former un recours qui serait entrepris pour trancher une question présentant un intérêt idéal, ou simplement formé au nom d'une meilleure application du droit, mais détaché d'une situation individuelle, est rendue impossible.

À côté de ces recours individuels, le droit suisse ouvre la possibilité d'entreprendre des recours corporatifs dans deux cas de figure : les recours dits égoïstes ou les recours à but idéal. Le recours corporatif égoïste est compatible avec les exigences de l'art. 89 LTF lorsque : l'association ou l'organisation agit dans l'intérêt de la majorité de ses membres, que cette possibilité de défense est prévue par ses statuts et que chacun de ses membres pourrait agir à titre individuel¹⁷⁵⁶. Une autre différence entre ce recours et les

¹⁷⁵¹ CourEDH, affaire *L'Érablière ASBL c. Belgique* du 24 novembre 2009, n°49230/07 ; CourEDH, affaire *Association Greenpeace France c. France* du 22 septembre 2010, n°55243/10 ; CourEDH, affaire *Association Burestop 55 et autres c. France* du 1^{er} juillet 2021, n° 56176/18. La question se pose en lien avec l'art. 34 CEDH.

¹⁷⁵² MARQUIS, N 578 et N 581 : « [c]oncernant plus spécifiquement le système de la Convention européenne des droits de l'homme et donc le droit de recours individuel consacré à l'article 34, la qualification d'action populaire impliquerait d'abord que quiconque puisse se prétendre victime d'une violation de la Convention, ou plus simplement que la qualité de victime comme condition de recevabilité n'existe pas. Ensuite, l'institution devrait avoir pour but prépondérant la défense de l'intérêt général et non la réparation de violations individuelles des droits de l'homme. »

¹⁷⁵³ FAVRE (Mélanges), p. 369 ss ; LARGEY, p. 70 ; FAVRE (contentieux), à paraître, indique que l'on attend des membres du corps civique qu'ils se contentent de « crier quand on leur fait mal ».

¹⁷⁵⁴ Exemple : ATF 146 I 145 (Aînées pour la protection du Climat).

¹⁷⁵⁵ ATF 144 II 233 (Love life) dans cette affaire des jeunes ont agi contre la campagne de prévention lancée par Stop SIDA (acte matériel), car ils s'estimaient heurtés dans leurs droits (art. 11 Cst. féd., protection des enfants et des jeunes). Le recours a été rejeté sous l'angle de l'art. 25a PA, mais le TF a cependant admis qu'un acte matériel puisse faire l'objet d'un tel recours.

¹⁷⁵⁶ PFEIFFER, p. 133 à 138 et les réf. citées.

recours individuels est que : « lorsque l'acte attaqué est un acte normatif, l'intérêt personnel requis peut être simplement virtuel ; il suffit qu'il existe un minimum de vraisemblance que le recourant puisse se voir un jour appliquer les dispositions contestées »¹⁷⁵⁷. L'arrêt « Verein gegen Tierfabrik (VgT) », dans lequel une association de protection des non-humains agit auprès des autorités de surveillance pour dénoncer un reportage montrant des images de maltraitance animale, illustre ce cas de figure. L'association a été déboutée au motif qu'elle ne possédait pas un intérêt pour agir au sens du recours corporatif égoïste :

« [...] [s]elon la jurisprudence, rappelée par l'arrêt, ni un citoyen ni une personne particulièrement engagée sur une question d'intérêt public ne peuvent se prévaloir de ce seul fait d'un intérêt digne de protection à contester une décision administrative qui s'y rapporte. [...] VgT se consacre de manière générale à la protection des animaux et il s'agit là d'un intérêt général, qui n'est pas propre à l'association elle-même ou encore à ses membres ; même si l'émission contestée évoque les fabriques d'animaux, il n'en découle pas encore une relation étroite suffisante respectivement de l'association ou de ses membres avec la décision attaquée. L'intervention de l'association n'est recevable que dans le régime de l'action populaire, qui prévaut seulement devant l'[Autorité des plaintes en matière de radio-télévision] et non dans le cadre du recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral. »¹⁷⁵⁸

Le second type de recours corporatif, celui à but idéal, peut être formé indépendamment d'un risque concret pour ses membres, mais n'est admissible que si la loi le prévoit expressément¹⁷⁵⁹. Il peut être soit abstrait, soit concret.

- 638 La doctrine a émis des critiques sur l'admission restrictive des possibilités d'actions collectives sous l'angle de l'art. 29a Cst. féd. (accès au juge) ou encore de la convention d'Aarhus en matière environnementale¹⁷⁶⁰. En particulier, l'affaire des Ainées pour le Climat cristallise actuellement les controverses liées à la définition de l'intérêt pour agir¹⁷⁶¹. En effet, en matière environnementale et lorsque la santé et le droit à la vie des particuliers sont en

¹⁷⁵⁷ ATF 136 I 49, c. 2.1; ATF 130 I 26 c. 1.2.1 et la jurisprudence citée ; TF, 8C_91/2015 du 16 décembre 2015. Ces recours peuvent être abstraits ou concrets, sous réserve des limites déjà évoquées plus haut, relatives au contrôle de constitutionnalité et au respect du droit fédéral.

¹⁷⁵⁸ RDAF 2009 I 453, c. 2.2.

¹⁷⁵⁹ PFEIFFER, p. 161 ss, recense les actes qui prévoient de tels recours en matière environnementale.

¹⁷⁶⁰ THURNHERR, à paraître et les réf. citées ; FAVRE (qualité), p. 605 ss.

¹⁷⁶¹ ATF 146 I 145 ; deux requêtes sont pendantes devant la CourEDH à ce sujet, l'une concerne l'action des *Ainées pour la protection du Climat c. Suisse*, affaire communiquée le 17 mars 2021, n° 53600/20 et l'autre six jeunes portugais qui agissent pour faire valoir leur droit à la vie, requête *Cláudia Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres États* communiquée le 13 novembre 2020, n° 39371/20 ; MAHAIM (Ainées), p. 169-181 ; BRAIG/BRILLAT, p. 473 ; FAVRE (contentieux), à paraître.

jeu, une partie de la doctrine serait favorable à la reconnaissance de la qualité pour agir des particuliers, quand bien même les justiciables concernés ne seraient pas plus touchés que d'autres par les effets du changement climatique¹⁷⁶².

Dans l'affaire des Aînées pour la protection du climat, un groupe de femmes retraitées a essayé de recourir contre la Confédération suisse pour absence de mise en œuvre de l'Accord de Paris. Elles ont fait valoir qu'en tant que femmes et personnes âgées, elles formaient un groupe à risque qui subirait plus gravement que d'autres les impacts du réchauffement climatique. Leur recours – qui relève du contentieux stratégique au sens défini plus haut – est soutenu par l'association « Greenpeace suisse ». Elles ont néanmoins été déboutées par le TF et un recours est pendant devant la CourEDH. 639

Au fond, elles invoquent une violation des art. 2 et 8 CEDH dans un sens similaire à celui des désobéissants climatiques dans le cadre de l'état de nécessité. En opposition à l'admissibilité de l'action en justice des Aînées, la crainte de l'ouverture d'une voie à des actions populaires a été brandie, ainsi que le risque que la généralisation de ce type de recours n'entraîne une surcharge des tribunaux. Or, la professeure de droit public Anne-Christine FAVRE estime que ces craintes peuvent être relativisées en recourant à différents scénarios¹⁷⁶³. En raisonnant par analogie, elle montre que le traitement des oppositions des particuliers touchés par la construction de l'aéroport de Zurich peut constituer une option qui pourrait être reprise pour les requêtes climatiques¹⁷⁶⁴. En effet, dans ces affaires, le nombre de requêtes a été si important que les autorités ont développé un mécanisme de traitement par « cas pilotes » qui a permis d'éviter une paralysie du système judiciaire et désengorger la surcharge. FAVRE estime qu'une pratique similaire pourrait être développée et appliquée aux cas de contentieux liés à des prétentions environnementales, dès lors que le cercle potentiel des personnes touchées 640

¹⁷⁶² FAVRE (qualité), p. 597 ss ; THURNHERR, à paraître. Cette problématique de l'intérêt à agir est au cœur de nombreuses affaires de contentieux climatique à l'international. Voir notamment un arrêt récent : Cour de district de La Haye, arrêt *Milieudefensie et al. c. Shell* du 26 mai 2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379. Dans cette décision, les juridictions des Pays-Bas ont reconnu la possibilité à des membres de la société civile d'agir en responsabilité environnementale contre une entreprise pétrolière et de représenter la population du pays qui vit dans les régions côtières. Elle a considéré que ces personnes seront les premières victimes des changements climatiques. Néanmoins, l'autorité a nié toute éventualité d'action au nom de la population mondiale. Également une problématique dans l'arrêt de la Cour supérieure des actions collectives du Canada, *Environnement jeunesse c. Canada* du 11 juillet 2019, n°500-06-000955-183.

¹⁷⁶³ FAVRE (contentieux), à paraître.

¹⁷⁶⁴ ATF 134 II 49, dans lesquels de nombreux riverains avaient un intérêt suffisant pour agir au sens du droit de l'aménagement du territoire.

individuellement dans ce type d'affaires engloberait une quasi-universalité de personnes en raison du caractère généralisé des risques climatiques¹⁷⁶⁵. MAHAIM, pour sa part, considère que des procès du type de celui des Aînées pour le Climat jouent le rôle de caisses de résonance pour les préoccupations citoyennes en matière environnementale. À son sens, ces procédures permettent un renouvellement du droit¹⁷⁶⁶. Ces actions de contentieux stratégique exercent des fonctions qui rappellent celles des actions de désobéissance civile, puisqu'elles mettent toutes deux l'accent sur des enjeux d'extension de la participation des citoyens et citoyennes dans l'élaboration, la mise en œuvre du droit et la protection des droits¹⁷⁶⁷.

641 En ce sens, l'absence de recours à but idéal accessible aux particuliers et l'absence de contrôle de constitutionnalité au sens de l'art. 190 Cst. féd. constituent des exemples de limites au contrôle citoyen du droit et de carences de contre-pouvoirs pouvant être actionnés par la société civile. Leur absence renforce l'appel au droit porté par les désobéissants civils. Ces derniers recourent à d'autres stratégies pour faire valoir leurs prétentions. Ainsi, l'absence de qualité pour recourir des associations ou des particuliers est un obstacle contre lequel des voix s'élèvent pour qu'une refonte de la définition de cette qualité soit mise en œuvre¹⁷⁶⁸. Les actions de désobéissance civile n'en sont que le pendant négatif : par la voie légale, on souhaite agir, mais la qualité est déniée ; par la voie illicite, il est reproché aux activistes de ne pas avoir emprunté la voie légale inexistante.

642 Relevons une autre limite liée à ces actions en justice indépendante de la qualité pour agir : les prétentions que peuvent former les recourants sont elles aussi limitées (cessations d'atteintes), tout comme leur champ d'action (uniquement en matière publique et non privée). Enfin, si nous avons considéré principalement les questions environnementales au travers d'exemples de cette section, ces remarques sont transposables aux autres catégories d'actions de désobéissance civile.

¹⁷⁶⁵ FAVRE (contentieux), à paraître ; voir également BOILLET/SCHMID, Tierce intervention au sens de l'article 44(3) du Règlement de la Cour dans l'affaire *Verein KlimaSeniorinnen et autres c. Suisse* du 17 septembre 2021, N 12 à 15.

¹⁷⁶⁶ MAHAIM (Aînées), p. 181.

¹⁷⁶⁷ MAHAIM (Aînées), p. 181.

¹⁷⁶⁸ En conséquence de ces contestations, cf. la modification du code de procédure civile visant à l'introduction d'action « en protection d'intérêts collectifs » pour les organisations à but non lucratif proposée par le Conseil fédéral au Parlement en date du 10 décembre 2021. FF 2021 3048 (Message sur la modification du code de procédure civile).

4. La désobéissance civile « au nom du » droit à un environnement sain : un cas exemplaire

Dans notre corpus de cas, certains droits et libertés sont donc invoqués de manière stratégique, par exemple dans le but de provoquer une évolution de l'interprétation de leur champ d'application, situant leur analyse sur le plan d'un « au nom du » droit, plutôt que d'un « en application de » celui-ci¹⁷⁶⁹. À cet égard, l'exemple le plus emblématique est celui du droit à la vie et à la liberté personnelle dans sa composante de droit à un environnement sain, présente explicitement ou en creux dans les causes de désobéissance civile environnementale. Ce droit est invoqué par les activistes avec une double ambition : demander une reconnaissance ou une consécration d'un tel droit à l'environnement sain (désobéissance civile politique) et justifier leur acte concret grâce à celui-ci (désobéissance civile constitutionnelle)¹⁷⁷⁰. En matière de délit de solidarité, on constate un mouvement similaire avec ce double effet d'action pour les droits d'autrui et, dans un deuxième temps, de justification de l'acte de désobéissance civile en cas de consécration.

Bien souvent, l'écart existant entre l'interprétation des activistes de ces droits « en devenir » et l'état du droit positif reste si important que les cours refusent tout examen dans une perspective « en application de ». Pourtant cette dimension se retrouve dans de nombreuses situations, y compris hors de notre corpus, par exemple avec les grévistes du climat qui décident de ne pas fréquenter l'école au nom de leur droit à un environnement sain et qui :

« [...] ne protestent pas contre leur établissement scolaire dans le but de lui causer du tort ou d'améliorer leur condition d'élèves, mais pour dénoncer un système politique et économique auquel ils reprochent de faire fi de la protection de l'environnement et des principes du développement durable, reproches qui révèlent un mécontentement social sur ce thème. Ils cherchent également à rappeler qu'ils sont les dépositaires du monde de demain et, qu'à ce titre, ils sont en droit de réclamer que des mesures soient prises immédiatement pour préserver l'avenir de notre planète. »¹⁷⁷¹

On mesure alors la distance qui sépare la conception des non-juristes de leur « droit à l'environnement sain » et le champ de protection de ce droit tel qu'il est interprété par la plupart des professionnels du droit. Or, c'est précisément, dans ces hiatus que se déploie en partie le potentiel stratégique et dynamique de l'action des désobéissants pour le droit.

¹⁷⁶⁹ Cf. *supra* 4.III.A.1.

¹⁷⁷⁰ BETTEX ET AL. p. 146.

¹⁷⁷¹ EGGER/MENETTRIER DE JOLLIN, p. 3.

645 En effet, en l'état actuel du droit, le statut du droit à un environnement sain est encore incertain¹⁷⁷². La jurisprudence a développé, en extension du droit à la vie et à la liberté personnelle, mais aussi de la garantie de la vie privée et familiale¹⁷⁷³, un certain nombre de droits qui concernent le rapport des individus avec l'environnement. Ainsi :

« [...] l'interprétation dynamique (aussi qualifiée d'évolutive) pratiquée par la Cour européenne des droits de l'homme a participé à la construction d'une protection indirecte de certains aspects du droit à un environnement sain, notamment en application de l'article 8 CEDH et au développement des obligations positives. Cette approche dynamique lui a permis de faire face à des problèmes actuels, tels que les dommages à l'environnement, qui ont un impact négatif sur les droits garantis. »¹⁷⁷⁴

C'est donc par effet ricochet de la protection des individus que certains aspects du climat sont protégés, par exemple en matière d'obligations relatives aux catastrophes naturelles, de protection contre le tabagisme passif, d'exposition à des pollutions et nuisances environnementales, de manifestation à caractère environnementaliste, etc.¹⁷⁷⁵ Néanmoins, le droit à un environnement sain n'est pas consacré indépendamment d'autres droits et son effectivité est ainsi limitée¹⁷⁷⁶. Il a tout de même un effet sur les revendications pouvant être portées par les individus concernant leur santé et la menace que les dégradations environnementales font peser sur la sauvegarde de leurs autres droits et libertés¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁷² CHATTON, p. 375 ss ; MAGISTRO ; MARTENET (environnement sain). Au niveau du droit international de la protection des droits humains, la tendance à sa reconnaissance est cependant de plus en plus forte, évolution que nous saluons : BAUMANN, p. 14 ss et 158 ss. Néanmoins, ce statut est en phase de stabilisation notamment depuis l'adoption par l'Assemblée générale des Nations-Unies de la Résolution *Droit à un environnement propre, sain et durable* adoptée le 28 juillet 2022, A/HRC/RES/48/13. Le statut de ce droit au sein de la « soft law » pour l'instant évolue donc de jour en jour.

¹⁷⁷³ CR Cst.—HERTIG RANDALL/MARQUIS, art. 13 N 29 ; BAUMANN, p. 158 ss.

¹⁷⁷⁴ MAGISTRO, p. 120 et les réf. citées ; CONSEIL DE L'EUROPE (Environnement).

¹⁷⁷⁵ CONSEIL DE L'EUROPE (Environnement). En outre : CABANES, p. 154.

¹⁷⁷⁶ MAGISTRO, p. 177, plaide en faveur d'une consécration expresse. Critique de cette solution, qui ne permet à son sens qu'une protection individuelle et ne suffit pas à relever les défis écologiques, FRIGERIO, p. 336 et 340. Voir en outre sur la dimension anthropocentrée de ce droit : BAUMANN, p. 517 ss ; PAPAUX/FRIGERIO, p. 294 à 296 ; NIEHAUS/DAVIS, p. 239 et 247. Si la solution n'est pas parfaite et est en effet insuffisante face aux enjeux de la crise, elle nous paraîtrait néanmoins constituer un signe d'ouverture et, dans un système où le légalisme est fort, constituer un ressort pouvant être mobilisé à des fins stratégiques sous forme d'un argument de poids. Ainsi, comme s'agissant du droit de manifester, qui n'est pas consacré indépendamment de la liberté de réunion, une consécration expresse forcerait plus systématiquement les tribunaux à en examiner les ressorts.

¹⁷⁷⁷ ROCHEFELD, p. 41.

Les développements de ces prérogatives environnementales qui composent actuellement le « droit à un environnement sain » sont principalement le produit de mobilisation citoyenne et de contentieux stratégiques à ce sujet¹⁷⁷⁸. Si les victoires devant les cours sont rares, bien qu'en expansion, les effets de ces décisions se déploient hors des prétoires et invitent à une circulation et une reprise des avancées en la matière d'un État à l'autre¹⁷⁷⁹. La professeure ROCHEFELD souligne à ce sujet que les procès de ce type mobilisent de plus en plus le non-respect de l'Accord de Paris et les conséquences du réchauffement climatique sur le droit à la vie des générations futures¹⁷⁸⁰. Un certain nombre d'actions de contentieux stratégique environnemental ont abouti en plaçant la protection d'un tel droit à la vie notamment les affaires *Leghari v. Federation of Pakistan* ou *Urgenda c. Pays-Bas*¹⁷⁸¹. Ce type de

¹⁷⁷⁸ NIEHAUS/DAVIES, p. 231 et 248 ; COUNIL (arme), à paraître.

¹⁷⁷⁹ ROCHEFELD, p. 41 ; COUNIL (affaires), p. 17 ss. On constate aussi une multiplication des juridictions saisies, notamment au niveau international, p. ex. : Comité des droits de l'homme, affaire *Teitota c. Nouvelle-Zélande* du 23 septembre 2020, CCPR/C/127/D/2728/2016 (non-violation du droit à la vie) ; Comité des droits de l'enfant affaire *Chiara Sacchi et al. c. Allemagne, Argentine, Brésil, France et Turquie* du 8 octobre 2021, CRC/C/88/D/107/2019 (irrecevabilité). Récemment, en Suisse, les activistes de la ZAD du Mormont ont ainsi soumis leur cause au Rapporteur spécial des Nations-Unies sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association, au Rapporteur spécial des Nations-Unies chargé d'examiner la question des obligations relatives aux droits de l'Homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr et au Rapporteur spécial des Nations-Unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion. Ces derniers ont interpellé la Confédération à cet égard par une communication du 3 novembre 2021, AL CHE 7/2021. Dans celle-ci, les différents rapporteurs ont d'ailleurs précisé que « [e]n outre, dans le Rapporteur spécial sur les droits à la liberté de manifestation pacifique et d'association a rappelé dans son rapport que "la société civile a toujours eu un rôle moteur dans les efforts de relèvement après les catastrophes naturelles et dans le contexte des crises humanitaires, sanitaires et climatiques." Les États se doivent donc de protéger la désobéissance civile pacifique, afin que ces acteurs soient partie prenante pour continuer de répondre à ces problèmes contemporains. », p. 8. Le 24 décembre 2021, l'ambassadeur de suisse a répondu à une série de questions, indiquant à son sens n'avoir pas mis en danger les droits des activistes, AL CHE 7/2021/352-05-02-00-20/389449.

¹⁷⁸⁰ ROCHEFELD, p. 43 ss. Comme dans le cas de l'affaire du « Lausanne Action Climat », le « procès des 200 » ou les « Mains rouges ».

¹⁷⁸¹ Haute Cour du Lahore, *Leghari c. fédération of Pakistan* des 4 et 14 septembre 2015 ; Cour Suprême des Pays-Bas, *Fondation Urgenda c. Pays-Bas*, 20 décembre 2019, n°200.178.245/01 ; Comm. ROCHEFELD p. 49 ss. Dans l'affaire *Urgenda*, l'autorité a conclu à une violation des art. 2 et 8 CEDH, ainsi qu'à l'Accord de Paris sur le Climat. Voir aussi MICHELOT, p. 31, qui constate que les activistes incluent de plus en plus les droits fondamentaux à leurs argumentaires ; CABANES, p. 212, indique en outre le rôle des « tribunaux d'opinions » parmi toutes ces initiatives citoyennes. La logique de tels tribunaux vise à ce que « des jurés remettent des avis consultatifs au jury qui dirige et médiatise le procès. Les sentences ne sont pas contraignantes, mais les avis se veulent basés sur la

contentieux est par ailleurs en plein essor¹⁷⁸². En Suisse, l'affaire des Aînés pour la protection du climat¹⁷⁸³ s'inscrit dans la continuité de ces contentieux stratégiques en matière environnementale. Les actions de désobéissance civile complètent ce tableau d'usages visant à mettre sous pression les systèmes politiques afin de faire évoluer leurs outils de protections.

- 647 On constate donc que le droit à la vie et le droit à un environnement sain dans leurs acceptions actuelles sont inadaptés pour être mobilisés comme justificatif à la désobéissance civile au sens de « en application de ». En revanche, les actions de désobéissance civile et leur appel à une évolution du droit, dans le sens d'une extension du champ de protection de ces droits, questionnent la « fabrique du droit » et les possibilités laissées à la société civile d'y apporter des impulsions ou d'en changer les priorités. À cet égard, les catégories juridiques existantes apparaissent donc insuffisantes pour tenir compte de la désobéissance civile politique. Ce constat en appelle à des considérations qui relèvent de la philosophie du droit ou de la théorie de l'État si l'on souhaite pallier ces insuffisances. Le recours à ces disciplines nous permettra de déterminer si les juges peuvent tout de même considérer cet appel au droit sous une forme ou une autre et y répondre. Ces enjeux feront l'objet du chapitre cinq.

législation réelle et sont communiqués aux autorités ». De telles cours ont été formées pour faire reconnaître des crimes environnementaux notamment dans le cadre de la Zone-à-Défendre de Notre-Dame des Landes, contre l'entreprise Monsanto ou contre la ligne de train à grande vitesse Lyon-Turin. CABANES, p. 213 ss, pour plus d'exemples. L'auteur considère que ces tribunaux constituent « une forme de revendication non violente qui pourrait présager d'élans de révolte à venir si les peuples continuent à ne pas être entendus et la nature à être saccagée », p. 216. Relevons que ces tribunaux s'inscrivent dans le répertoire des usages protestataires du droit au sens d'AGRIKOLIANSKY au même titre que la désobéissance civile. Voir également : MONTAVON au sujet des tribunaux d'opinion.

¹⁷⁸² Sabin Center for Climate Change Law : <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/>, consulté le 1^{er} avril 2022 ; COUNIL (arme), à paraître ; ROCHEFELD, p. 43 ss.

¹⁷⁸³ ATF 146 I 145, cf. *supra* 4.III.B.3

IV. Conclusion du chapitre 4

Au terme de ce chapitre, l'analyse du corpus de décisions aura permis de souligner les zones floues, les incohérences et les difficultés rencontrées en droit face à des actes de désobéissance civile. Ainsi, on a observé : une tendance à réduire l'analyse pénale à l'application de la loi pénale, une simplification entre violence et illicéité, un défaut d'articulation entre le droit pénal et la théorie des libertés fondamentales, un flottement dans la transparence de l'analyse relative à la culpabilité des auteurs influencée par une volonté de distinguer les actes de désobéissance civile d'infractions de droit commun, un rejet général de l'application des motifs justificatifs pénaux aux cas, mais aussi un certain nombre de hiatus interprétatifs entre les prévenus et les juristes. 648

Afin de traiter ces différentes observations, nous avons procédé à une distinction entre les actes de désobéissance civile dans leur dimension « en application » d'une liberté (désobéissance civile constitutionnelle) ou d'un droit et « au nom » d'un droit ou d'une liberté (désobéissance politique). Cette double focale nous a permis de séparer les enjeux en fonction de la finalité longue (constater des inapplicables du droit ou le faire évoluer) et la finalité courte (justifier l'acte dans le jugement pénal) des actions de désobéissance civile. 649

Lorsque l'on considère l'acte de désobéissance civile en application des libertés fondamentales, nous avons pu montrer que deux catégories permettaient de tenir compte du caractère particulier de ce mode d'action et pouvaient conduire à une éventuelle justification de l'acte. Il s'agit de la liberté d'expression et de la liberté de réunion. Au sens de ces deux dispositions, la désobéissance civile peut être appréhendée comme une pratique relevant de l'expression politique suscitant un débat d'intérêt général (sur le domaine privé ou public) ou comme une réunion pacifique, lorsqu'elle prend place sur le domaine public ou à ses abords. Elle peut à ce titre bénéficier d'une certaine protection et parfois opérer comme motif justificatif au sens du droit pénal. Un des apports de ces catégorisations sont qu'elles permettent de mettre l'accent sur l'importance d'une analyse des conditions de restrictions de ces libertés, tout comme d'une meilleure articulation du droit pénal au droit constitutionnel. La figure de l'interprétation conforme aux droits fondamentaux joue à cet égard un rôle central. En lien avec ces deux libertés, on constate également une tendance des juridictions pénales à procéder à une simplification entre manifestation non autorisée et manifestation violente. En outre, la conformité du raisonnement opéré par les tribunaux au droit conventionnel est sujette à critique dans certains arrêts du 650

corpus. En effet, on peut douter de sa conformité aux prescriptions de la CEDH en matière de protection de la liberté de réunion et d'expression.

- 651 S'agissant de l'application des motifs justificatifs pénaux, nous avons montré que l'application de la figure de l'état de nécessité aux cas de désobéissance civile se heurtait à différents obstacles : le rejet de la qualification de certaines atteintes comme pouvant constituer un danger, une absence de capacité à agir en défense de biens collectifs, une vision anhistorique et apolitique de l'aptitude de l'acte de sauvegarde, ainsi qu'une idéalisation des outils démocratiques existants dans l'appréciation des alternatives à disposition des désobéissants et désobéissantes civils. Une partie de ces obstacles valent *mutatis mutandis* pour l'évaluation des critères d'application de la sauvegarde des intérêts légitimes. Ces différents obstacles nécessiteraient pour être levés un certain nombre de revirements d'ordre paradigmatique relatifs à la conception du rôle du juge, à la place occupée par les désobéissants civils au sein du régime démocratique et à l'interprétation. Ce sont des enjeux qui ne sont pas assumés dans le traitement positif que nous explorerons dans le chapitre suivant. Une fois ces éléments traités, nous verrons qu'une adaptation de l'interprétation de ces critères n'est pas une impossibilité.
- 652 La piste qui nous paraît la plus prometteuse afin de tenir compte de la désobéissance civile « en application de » au sein des motifs justificatifs est en conséquence celle du motif justificatif extra-légal au travers de l'application des libertés fondamentales. Les critères permettant ensuite de justifier dans les cas un acte de désobéissance civile peuvent être esquissés à la lumière de la jurisprudence conventionnelle, soit en tenant compte : de la proportionnalité de la sanction prononcée, du caractère pacifique de l'action, des différents éléments de débat public soulevés (déficits démocratiques, violations de droits humains, etc.), ainsi que de leur inscription dans un faisceau de mobilisations citoyennes. Ainsi, une réponse *a priori* à la question de la justification d'une action de désobéissance civile ne saurait être trouvée, mais doit se définir en développant une casuistique particulière.
- 653 S'agissant des éléments d'appel au droit, nous avons constaté qu'ils ne sont actuellement pas compatibles avec l'interprétation positive de certains droits et libertés, mais également qu'ils font appel à des éléments d'analyse qui relèvent plus largement de la théorie politique de la désobéissance civile, de la philosophie du droit et de la théorie de l'État (légalisme, caractère supposément antidémocratique et non-respect de la séparation des pouvoirs). Afin de nous prononcer sur la possibilité de répondre à cette dimension des actes de désobéissance civile, un détour par ces disciplines s'impose. Pour traiter ces enjeux, le besoin d'opérer une montée en généralité se constate. C'est pourquoi nous catégoriserons ces éléments en philosophie politique et

en philosophie du droit, avant de nous prononcer définitivement sur une catégorisation en droit.



Troisième partie :

Tentative de catégorisation de
l'« objet juridique non
identifié » désobéissance civile



Chapitre 5 : Perspectives de philosophie politique et de philosophie du droit sur la désobéissance civile

I. Introduction

Le traitement judiciaire des cas de désobéissance civile et l'analyse des catégories juridiques mobilisées se sont avérés à certains égards limités. La distinction opérée entre désobéissance civile politique (« au nom de ») et désobéissance civile constitutionnelle (« en application de ») nous a cependant permis de discerner deux niveaux de problématiques soumises aux juges. À savoir, l'une relative à la justification d'une infraction pénale en application du droit et, l'autre, relative à la finalité longue et aux revendications d'évolution du droit portées par l'acte de désobéissance civile. 654

C'est particulièrement s'agissant de ce dernier aspect que les catégories juridiques existantes se sont révélées insuffisantes ou inadaptées, se heurtant à des obstacles d'un autre ordre que celui de l'application de la dogmatique pénale au cas d'espèce (légalisme, rejet des éléments de nature sociopolitique, rôle de la ou du juge et pouvoir interprétatif et caractère démocratique de la désobéissance civile). Nous avons également pu constater que, parmi les arguments mobilisés pour rejeter et sanctionner la désobéissance civile, les juristes ne se limitent pas à des critiques d'ordre de technique juridique, telles que l'absence de biens juridiques collectifs dans l'application de l'état de nécessité par exemple, mais proposent et recourent à des considérations d'ordre philosophico-juridique et politico-juridique, notamment lorsqu'ils considèrent les alternatives politiques à la désobéissance civile ou se prononcent sur les dangers pour l'ordre juridique de ces actions. Leur rapport à la désobéissance civile et au droit est ainsi déjà ancré épistémologiquement et tributaire d'un certain nombre de préconceptions¹⁷⁸⁴. Si ce constat n'est pas surprenant pour des non-positivistes, ces positionnements et questionnements ne sont pas assumés pleinement par les juridictions et, parfois, « déguisés » en 655

¹⁷⁸⁴ Cf. *supra* 1.III. et 1.IV., ainsi que le chapitre 4.

arguments juridiques¹⁷⁸⁵, ce qui rend confus le traitement et les raisons de rejeter l'action de désobéissance civile dans les cas d'espèce. Le mouvement est d'ailleurs paradoxal, car c'est au nom même d'une volonté de ne pas se prononcer politiquement qu'une partie de ces éléments sont soulevés¹⁷⁸⁶. En ce qui concerne la désobéissance civile « en application de » (désobéissance civile constitutionnelle), outre les limites liées à la compatibilité de certaines pratiques judiciaires à la CEDH et à l'articulation déficiente des droits fondamentaux en droit pénal, de tels obstacles philosophico-juridiques et politico-juridiques sont également invoqués et se mélangent, par exemple, aux motifs de rejet de l'interprétation évolutive de certaines notions ou lorsqu'il convient de juger de la subsidiarité et de la violence des moyens mis en œuvre (légalisme et rejet du pouvoir des juges)¹⁷⁸⁷.

656 En conséquence, le recours aux théories de philosophie politique et de philosophie du droit aide à expliciter les rationalités sous-jacentes de ces motivations philosophico-juridiques et politico-juridiques présentes au sein de la jurisprudence et de la doctrine. Il rend également possible de les situer au sein de différents courants philosophiques et de clarifier les niveaux argumentatifs à l'œuvre. En ce sens, il sert un but de transparence. Ce premier mouvement d'explicitation des différents registres argumentatifs permet également, dans un deuxième temps, une discussion critique sur ceux-ci. En effet, la fragilité de certaines positions contre la désobéissance civile peut alors être soulignée. Enfin, le but de ce processus est d'autoriser, à terme, une exploration des registres argumentatifs alternatifs soutenant la désobéissance civile, afin de s'intéresser aux justifications potentielles et aux finalités de ces actions.

657 Afin d'organiser ce travail d'explicitation dans le présent chapitre, nous recourons à la typologie proposée par CERVERA-MARZAL et reprise par DELMAS, tous deux distinguant entre trois registres généraux de critiques opposées à la désobéissance civile dans les discours philosophiques, politiques et juridiques. Ces arguments se déclinent en trois propositions : il est tout d'abord reproché à la désobéissance civile son caractère supposément antidémocratique (a), son illégalité (b) et le risque de chaos social qu'elle impliquerait (c)¹⁷⁸⁸. Par antidémocratie, les critiques visent des arguments

¹⁷⁸⁵ VAN MEERBEECK, p. 390. Cf. *supra* 4.III.

¹⁷⁸⁶ P. ex. Tribunal de police de Lausanne, 17 novembre 2021, PE19.025122, p. 26 et cf. *supra* 3 et 4.III.B.

¹⁷⁸⁷ Parmi d'autres, Tribunal de police de Lausanne, 11 décembre 2020, PE19.009252, p. 33 et cf. *supra* 3 et 4.III.A.

¹⁷⁸⁸ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 53 ss ; CERVERA-MARZAL (nouveaux), p. 42 ; DELMAS (Duty), p. 51, les auteurs se référant à cette typologie comme désignant la position majoritaire « conservatrice » contre la désobéissance civile.

liés au fonctionnement majoritaire de la démocratie et une éventuelle tyrannie de la minorité exercée par les désobéissants civils. À leur sens, la désobéissance civile serait incompatible avec le principe d'égalité entre les différents citoyens et citoyennes et donc non démocratique¹⁷⁸⁹. L'illégalité de l'action est dénoncée en tant qu'elle constituerait une attaque à l'autorité de la loi¹⁷⁹⁰. Enfin, l'anomie¹⁷⁹¹ potentielle résultant d'une telle perte d'autorité est brandie comme étant la première étape indiquant un glissement conduisant au délitement de l'État de droit et risquant l'instauration d'un « gouvernement des juges »¹⁷⁹². L'usage de cette typologie s'avère pertinent pour structurer nos propos, dès lors que ces trois registres argumentatifs opposés à la désobéissance civile correspondent aux critiques mobilisées à son encontre dans les décisions du corpus, que ce soit explicitement ou en creux¹⁷⁹³.

Ainsi, nous commencerons par examiner le reproche du caractère 658
supposément antidémocratique de la désobéissance civile formulé par les juristes (II.). Pour y répondre, nous le mettrons en dialogue avec les justifications démocratiques de la désobéissance civile développées en philosophie politique par les auteurs mobilisés dans la première partie. Puis, nous traiterons du reproche d'illégalisme (III.) et de l'anomie (IV.). À cet égard, le recours à la philosophie du droit et à la théorie de l'État permettra de mettre en cause l'influence des doctrines positivistes sur la place accordée dans le corpus à la critique de l'illégalisme. Cet apport servira également à discuter de la conception du rôle du ou de la juge, ainsi que de celle de la séparation des pouvoirs inférées par la crainte d'anomie. Ces différents enseignements nous serviront de fondements pour proposer des pistes de qualification de la désobéissance civile en droit dans notre conclusion.

¹⁷⁸⁹ Notamment et déjà mentionnés *supra* le débat concernant l'interpellation SAGER au Conseil national, BO 1986 CN, p. 656 à 662. On retrouve également cet argument chez VERNIORY/WAELTI, p. 826.

¹⁷⁹⁰ Reproche ancré dans le positivisme juridique, *cf. supra* FALCÓN Y TELLA (philosophie), p. 2 ss.

¹⁷⁹¹ L'anomie est une notion de sociologie qui décrit le chaos social d'une société sans normes. Cette crainte est particulièrement présente dans le jugement concernant BOSIA, *cf. supra* 3.IV.D.1.

¹⁷⁹² De manière simplifiée, nous nommerons cette critique en nous référant à l'argument de « pente glissante », *cf. supra* 1.III., au sujet de ce risque abondamment mobilisé en doctrine juridique.

¹⁷⁹³ Voir parmi d'autres : Tribunal police La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962 (tyrannie de la minorité et illégalité), Tribunal de police de Lausanne, 11 décembre 2020, PE19.009252 (illégalité) et avis de droit de l'Office fédéral de la justice, JAAC 1986 n°5, p. 50 (anomie). Pour le surplus, *cf. supra* 3 et 4.III.

II. La désobéissance civile une pratique démocratique : perspective de philosophie politique

- 659 L'étude du corpus d'actes de désobéissance civile (chapitre 3) et l'observation de son traitement judiciaire (chapitre 4) ont permis de montrer que les juges et la doctrine, confrontés à des actes de désobéissance civile, mettent en doute le caractère démocratique de ce mode d'action. En ce sens, ils mobilisent un des registres classiques des arguments opposés à la désobéissance civile¹⁷⁹⁴. Cette section vise donc à souligner les fragilités de cette critique et mobilise, pour ce faire, les apports des différentes théories de la désobéissance civile développées par les auteurs de philosophie politique. À cet égard, la mise en lumière de l'absence relative de la notion de désobéissance civile en tant que catégorie juridique (première partie, chapitres 1 et 2) motive un nouveau recours aux philosophes politiques. En effet, l'absence d'un registre de contre-arguments soutenant le caractère démocratique de ce mode d'action au sein de la discipline juridique s'inscrit dans le prolongement de ce constat et en reflète les conséquences. Ainsi, malgré la violation légale impliquée par la désobéissance civile, les philosophes politiques qui ont contribué à en proposer une définition, soit RAWLS, HABERMAS et ARENDT, ont également développé un certain nombre de justifications à son usage qui permettent de démontrer son caractère démocratique¹⁷⁹⁵. Pour ces raisons, ce sont ces différentes théories qui occuperont cette section.
- 660 Nous effectuons une distinction entre les justifications proposées par les théories libérales de la désobéissance civile (A.) et une approche républicaine de celle-ci (B.). Ces différents apports permettront de souligner les préconceptions infondées contre le caractère antidémocratique de la désobéissance civile, mais, également, de mettre en évidence que, lorsque ces théories sont mobilisées en droit, l'approche libérale domine¹⁷⁹⁶. En effet,

¹⁷⁹⁴ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 54. Voir en particulier la déclaration du juge « [I]orsqu'un groupe d'individus minoritaire entend imposer ses idées aux autres, il ne faut pas oublier qu'on est aux portes de la dictature », déjà citée plus haut et extraite de la décision Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962, p. 24, c. 4.

¹⁷⁹⁵ Nous n'étudierons pas plus avant la théorie de THOREAU, dès lors que nous avons pu souligner préalablement que sa défense de la désobéissance civile est avant tout une défense de l'objection de conscience *cf. supra* 2.III.A. Les vertus politiques et démocratiques de sa théorie excèdent en ce sens le champ de la présente étude. *Cf.* à ce sujet CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 45 ss ; LAUGIER/OGIEN, p. 168 ss ; BETOUHAMI-MOLINO, p. 67 ss.

¹⁷⁹⁶ EBERT, p. 79 ; FLEISCH, p. 49 ss ; SPESCHA (Nötigung), p. 181 ss ; DOBLER, p. 136. *Cf. supra* 1.IV.A.

l'étude de la doctrine juridique et des différentes décisions des chapitres 1 et 3 a permis de souligner cette prééminence. La présentation de la théorie républicaine servira alors à pallier l'absence d'autres discours de justification au sujet de la désobéissance civile et à questionner les apports éventuels d'une approche alternative pour le droit à l'approche libérale.

A. Les justifications et finalités proposées par la théorie libérale de la désobéissance civile

1. John Rawls : la désobéissance civile stabilisatrice de la démocratie

Afin d'expliciter l'ancrage démocratique de la désobéissance civile dans la pensée de RAWLS, nous commencerons par rappeler les prémisses de sa théorie générale de la Justice (a.). Ce détour est nécessaire à la compréhension du rôle joué par ce moyen d'action pour l'auteur. Puis, nous rendrons compte des conditions auxquelles RAWLS considère que doit satisfaire l'usage de la désobéissance civile pour démontrer de ce caractère démocratique et ainsi se justifier politiquement et moralement (b.).

661

a. Théorie de la Justice : pour comprendre la désobéissance civile

Dans son ouvrage « Théorie de la Justice », John RAWLS propose des jalons, à son sens, indispensables à l'avènement d'une société démocratique et équitable. Cette société serait mise en œuvre par des sujets rationnels grâce à l'élaboration d'un consensus autour des principes de justice¹⁷⁹⁷. Ainsi, son livre vise à « repense[r] la question de l'obligation politique »¹⁷⁹⁸. Pour comprendre le rôle de la désobéissance civile dans ce contexte, il convient de rappeler quelques éléments théoriques centraux traversant sa réflexion. En effet, pour atteindre son objectif de construction d'une société juste, RAWLS développe une fiction : le voile d'ignorance. Celle-ci lui permet de mettre en exergue l'existence de deux principes de justice qui viendront constituer les fondements de sa société idéale.

662

¹⁷⁹⁷ KYMLICKA, p. 61 ss ; GUILLARME, p. 3.

¹⁷⁹⁸ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 58. L'auteur cherche à s'affranchir des deux courants de l'époque qui occupent toute la pensée politique, à savoir : l'utilitarisme et l'intuitionnisme. KYMLICKA, p. 61 ss.

663 La fiction du voile d'ignorance exprime une expérience de pensée. Elle transcrit l'idée selon laquelle les membres du corps civique, pour prendre des décisions les plus équitables possibles, devraient se projeter dans une situation hypothétique dans laquelle ils ignorent tout du lot de caractéristique qui les définit. En conséquence, cette ignorance devrait les pousser rationnellement à faire des choix qui seraient à même d'être justes dans le plus grand nombre possible de situations¹⁷⁹⁹. Par exemple, ne sachant pas s'ils seront en bonne ou en mauvaise santé, ils devraient se prononcer sur la mise en place d'une obligation d'affiliation à une assurance maladie de base. La réponse donnée à cette question devrait permettre de s'approcher de la solution qui paraît la plus juste, puisque les situations individuelles ne dicteraient pas leur choix¹⁸⁰⁰. Pour reprendre les mots de RAWLS :

« [p]armi les traits essentiels de cette situation, il y a le fait que personne ne connaît [...] le sort qui lui est réservé dans la répartition des capacités et des dons naturels, par exemple l'intelligence, la force, etc. »¹⁸⁰¹

Les préférences personnelles et caractéristiques particulières seraient donc écartées, permettant de mettre en avant une solution généralement juste.

664 À partir de cette position fictive d'ignorance, deux principes sont adoptés par les citoyens et citoyennes, dans le but d'élaborer une société juste : ce sont ceux d'égalité de liberté et de différence¹⁸⁰². Le respect de ces deux principes permet d'asseoir le devoir d'obéissance aux décisions et lois adoptées qui sont en conséquence le reflet d'une solution rationnelle. Le premier principe de justice prévoit que toute personne a un droit égal de jouir de sa liberté, dans les limites de ce qui peut être compatible avec le respect des libertés d'autrui¹⁸⁰³. Le second, quant à lui, prévoit que, bien que des inégalités sociales et économiques perdurent, pour être tolérées, elles doivent répondre à deux conditions : bénéficier aux personnes les plus défavorisées et qu'elles soient le résultat d'un processus accessible à toutes et tous¹⁸⁰⁴.

665 La thèse défendue par RAWLS s'inscrit donc dans une perspective contractualiste¹⁸⁰⁵. En effet, à partir de cette position fictive d'ignorance, les sujets rationnels et égaux s'accordent sur une vision de la justice et de ses

¹⁷⁹⁹ Rawls, § 24 p 168 ss ; KYMLICKA, p. 74.

¹⁸⁰⁰ VOICE, p. 21 à 26.

¹⁸⁰¹ RAWLS, § 3, p. 38.

¹⁸⁰² RAWLS, § 11, p. 91 ss ; KYMLICKA, p. 64 ; VOICE, p. 41.

¹⁸⁰³ VOICE, p. 43.

¹⁸⁰⁴ RAWLS, § 11, p. 93 ; CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 59.

¹⁸⁰⁵ KYMLICKA, p. 71. Cf. *infra* sur le contractualisme et son influence sur les possibilités de penser la désobéissance civile 5.III.B.

principes, dans le but de fonder les bases de la coopération sociale¹⁸⁰⁶. Il définit lui-même son projet comme ayant pour but :

« [...] de présenter une conception de la justice qui généralise et porte à un plus haut niveau d'abstraction la théorie bien connue du contrat social telle qu'on la trouve, entre autres, chez Locke, Rousseau et Kant. Pour cela, nous ne devons pas penser que le contrat originel soit conçu pour nous engager à entrer dans une société particulière ou pour établir une forme particulière de gouvernement. L'idée qui nous guidera est plutôt que les principes de la justice valables pour la structure de base de la société sont l'objet de l'accord originel. »¹⁸⁰⁷

C'est cet accord que le voile d'ignorance permet de faire émerger. La théorie de RAWLS s'ancre également dans la lignée du libéralisme politique, courant qui défend, entre autres, une vision pluraliste de la société dans laquelle la tolérance envers les différentes opinions des individus est de mise, tout en admettant qu'une connaissance et un consensus sur les valeurs morales ne soient pas atteignables¹⁸⁰⁸. Par ailleurs, RAWLS développe sa pensée avec une volonté explicite de se démarquer du courant utilitariste¹⁸⁰⁹. L'inversion conceptuelle qu'il effectue pour s'en détacher est notable, puisque son projet place la recherche du juste avant celle de l'utile¹⁸¹⁰. L'objectif de cette démarche est de penser une société équitable plutôt qu'égalitaire¹⁸¹¹.

Dans ce contexte théorique général, la désobéissance civile a pour fonction de soutenir la mise en pratique des principes de justice en garantissant une surveillance citoyenne des institutions et en protégeant le droit des minorités. La désobéissance civile, telle que RAWLS la conceptualise, prend place dans une société qui respecte les prérequis de justice et qui peut donc être qualifiée

666

¹⁸⁰⁶ RAWLS, p. 29 et p. 37. Voir en outre sur les liens avec la philosophie contractualiste : KYMLICKA, p. 71 ss ; BENTOUHAMI-MOLINO, p. 221. De plus : *infra* 5.III.B. à ce sujet.

¹⁸⁰⁷ RAWLS, § 1, p. 29 et p. 37. Nous reviendrons sur l'influence des théories du contrat dans le cadre du positivisme *infra* 5.III.

¹⁸⁰⁸ Cf. *supra* la définition proposée du libéralisme politique 2.III.A. Position qui présente des traits paradoxaux dans la théorie de RAWLS. En effet, l'auteur ne nous indique pas quel serait le statut de ses deux principes de justice si ce n'est d'être des principes consensuels et universels produits de la rationalité des membres du corps civique. Cf. BLOOM, p. 406 et *infra* 5.II.A.3.

¹⁸⁰⁹ L'utilitarisme est une doctrine de philosophie politique qui défend que l'élément qui permet de qualifier un acte ou une décision de moralement juste est sa capacité à satisfaire le plus grand nombre d'individus. KYMLICKA, p. 18 ss.

¹⁸¹⁰ RAWLS, § 1, p. 29 ss et § 3, p. 40 ss.

¹⁸¹¹ Pour le surplus et pour une présentation plus approfondie de la pensée rawlsienne, qui n'est pas nécessaire pour comprendre le rôle qu'il attribue à la désobéissance civile, nous renvoyons aux contributions des professeurs de philosophie politique : Will KYMLICKA, Bertrand GUILLARME, et Paul VOICE, qui ont consacré à RAWLS une partie de leurs travaux.

de « presque juste »¹⁸¹², par opposition à une société tyrannique¹⁸¹³ ou une société qui tendrait seulement vers cet idéal¹⁸¹⁴. Dans cette société presque juste, une fois les deux principes de justice instaurés à l'aide de la raison, les citoyens et citoyennes sont à égalité et décident de leur mise en relation théorique, tout en respectant le pluralisme des individualités composant leur société¹⁸¹⁵. La constitution qu'ils adoptent doit donc garantir ces prérequis et fixer les termes du contrat social qui les lie¹⁸¹⁶. En principe, et dès lors que les décisions prises sur cette base sont les plus justes possibles¹⁸¹⁷, il existe un devoir général pour les membres du corps civique de se conformer aux lois et décisions de cette société. La règle est donc le devoir d'obéissance et la désobéissance, l'exception¹⁸¹⁸. Dans ce cadre, RAWLS n'ouvre qu'une brèche à la désobéissance civile dans les cas où le degré d'injustice acceptable dans la société est dépassé¹⁸¹⁹. Dans cette hypothèse seulement, c'est alors la désobéissance qui revêt le caractère d'un devoir naturel¹⁸²⁰. Pour que ce seuil d'injustice soit atteint, il faut que la situation soit telle que les citoyens et citoyennes ne puissent plus considérer que les principes communs de justice sont respectés¹⁸²¹. Le but de la démarche des désobéissants civils n'est alors pas d'anéantir l'autorité de toutes les lois, mais de mettre en lumière un cas particulier de dévoiement de l'idéal de justice. L'acte de désobéissance n'est ainsi pas un signe de rupture du contrat social, mais bien plus un signe

¹⁸¹² RAWLS, § 51, p. 381 et § 55, p. 404.

¹⁸¹³ Société où il conviendrait de parler de droit de résistance, *cf. supra* 2.II.

¹⁸¹⁴ LYONS, p. 107.

¹⁸¹⁵ Dans la théorie de RAWLS, les membres du corps civique appliquent des principes de délibération rationnelle, § 64, p. 495. Également : « [l]e but final que partagent tous les membres de la société est bien le fonctionnement couronné de succès d'institutions justes et ces institutions sont considérées comme un bien en elle-même. [...] Les membres d'une société bien ordonnée ont pour but commun de coopérer afin de réaliser leur propre nature d'une manière qu'autorisent les principes de la justice. Cette intention collective résulte de ce que chacun a un sens efficace de la justice. Chaque citoyen désire que tous (y compris lui-même) agissent selon des principes sur lesquels tous seraient d'accord dans une situation initiale d'égalité. », § 79, p. 570.

¹⁸¹⁶ RAWLS, § 53, p. 394.

¹⁸¹⁷ Puisque les institutions y sont justes et les décisions non arbitraires, RAWLS, § 18, p. 142 et § 19, p. 145. Voir également sur cet aspect : CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 60.

¹⁸¹⁸ THIERS, p. 63.

¹⁸¹⁹ RAWLS, § 53, p. 396. Un certain degré d'injustice ne peut être totalement exclu et doit en principe être toléré.

¹⁸²⁰ Au sens entendu et précisé au paragraphe 18 de « Théorie de la Justice » qui définit également ce qu'il faut entendre par obligation naturelle au sens de l'auteur.

¹⁸²¹ VOICE, p. 73.

d'allégeance visant à mettre en lumière des dysfonctionnements¹⁸²², à stabiliser l'ordre constitutionnel¹⁸²³.

La désobéissance est alors civile, au sens de citoyenne, car elle s'exerce dans le respect des obligations des membres du corps civique. Aux yeux de RAWLS, le citoyen ou la citoyenne a une responsabilité dans la mise en œuvre des principes de justice¹⁸²⁴. En effet, le respect des principes de justice est pour les membres du corps civique une garantie en vertu de laquelle ils savent que l'autorité les traitera équitablement. Il est donc dans l'intérêt de ceux-ci d'être attentifs et de chercher à redresser les entorses à ces principes. 667

De plus, l'idéal de justice ne pouvant jamais être totalement atteint, il n'est pas exclu que les procédures établies ou autres mécanismes devant garantir la justice puissent parfois faillir pour le philosophe¹⁸²⁵. RAWLS considère à cet égard que le régime politique majoritaire est le plus à même de respecter ses différents principes, mais il admet qu'il puisse parfois conduire à oublier les intérêts de certaines minorités¹⁸²⁶. Dans ce cas particulier, la désobéissance civile devient alors un devoir citoyen pour ramener les autres membres de la société, pouvant constituer une majorité, sur le chemin de la justice commune¹⁸²⁷. Autrement dit : 668

« [e]n se livrant à la désobéissance civile, une minorité force la majorité à se demander si elle souhaite que ses actions soient ainsi interprétées ou si, se basant sur le sentiment de justice, elle souhaite reconnaître les revendications légitimes de la minorité »¹⁸²⁸

La désobéissance civile constitue en ce sens un appel à la rationalité des autres membres du corps civique. Sa pratique s'inscrit dans la réflexion sur les limites que peut rencontrer un régime majoritaire.

En conséquence et dans cette mesure, la désobéissance civile assure alors une fonction stabilisatrice dans la société presque juste de RAWLS. Elle n'est pas un comportement antisocial ou antidémocratique. C'est en ce sens également que certains auteurs de doctrine juridique lui reconnaissent bel et bien une fonction démocratique¹⁸²⁹. 669

¹⁸²² RAWLS, § 59, p. 422 et p. 423.

¹⁸²³ RAWLS, § 59, p. 422.

¹⁸²⁴ RAWLS, § 59, p. 428.

¹⁸²⁵ RAWLS, § 59, p. 429.

¹⁸²⁶ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 60 et 61.

¹⁸²⁷ LYONS, p. 105.

¹⁸²⁸ RAWLS, §55, p. 406.

¹⁸²⁹ Cf. *supra* 1.IV., notamment : RHINOW, KÜHLER et DOBLER.

b. Des critères permettant de justifier le recours à la désobéissance civile

670 Comme mentionné dans le chapitre 2, RAWLS définit à l'aide d'une première série de caractéristiques ce qu'est à son sens un acte de désobéissance civile. Au-delà de cette définition, pour qu'une fonction stabilisatrice et démocratique soit reconnue à ces actes, encore faut-il qu'ils apparaissent justifiés et qu'ils répondent à une seconde série de conditions pour le philosophe, soit : dénoncer une injustice majeure, intervenir en dernier recours et que les désobéissants subissent les conséquences légales de leurs actes¹⁸³⁰. Ces trois conditions cumulatives interviennent à titre de justificatifs au sens moral à l'action de désobéissance civile. Il n'est pas question de justification au sens juridique du terme, bien que RAWLS parle de « devoir de désobéissance civile »¹⁸³¹ dans les situations d'injustice grave. Ces conditions traduisent de la civilité que conserve l'acte de désobéissance civile par rapport à un acte de pure contestation qui ne serait pas au service de principes de justice.

671 Ainsi, pour que l'on puisse considérer que l'acte identifié soit justifié au sens de RAWLS, il faut tout d'abord qu'il ait été commis dans le but de dénoncer « une injustice majeure et évidente »¹⁸³². Il est fait référence ici à l'idée déjà mentionnée d'un seuil de gravité minimal d'injustice. Cette exigence traduit une des raisons pour laquelle la désobéissance doit être pratiquée au nom des principes collectifs de la justice et non sous l'impulsion : « d'une moralité personnelle ou d'une doctrine religieuse »¹⁸³³ pour le philosophe. Afin de se prononcer sur la justification de l'acte, il s'agit de déterminer si ce seuil est effectivement dépassé, alors qu'au niveau de la définition, une simple prétention en ce sens suffisait¹⁸³⁴. Pour s'orienter, rappelons que, pour RAWLS, c'est un des deux principes de la justice qui doit avoir été violé (le plus souvent celui de respect de l'égalité de liberté). Constituent notamment de telles situations de grave injustice, les cas où les droits fondamentaux des minorités ne sont pas respectés :

« [a]insi, lorsque le droit de vote est refusé à certaines minorités, ou celui d'accéder à une fonction publique ou le droit de propriété et de se déplacer, ou encore quand certains groupes religieux sont l'objet d'une répression [...] »¹⁸³⁵

¹⁸³⁰ RAWLS, § 57, p. 412 ss.

¹⁸³¹ RAWLS, § 57, p. 415.

¹⁸³² RAWLS, § 57, p. 412.

¹⁸³³ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 61.

¹⁸³⁴ Cf. *supra* 2.III.B.2.

¹⁸³⁵ RAWLS, § 57, p. 412.

Autrement dit, pour que le principe d'égalité soit bel et bien respecté, il convient parfois de contrebalancer la majorité pour qu'elle respecte les droits de minorités. Dans ce cadre, la désobéissance civile est une forme de compensation de la composante majoritaire de la démocratie et de ce qu'elle peut avoir de dangereux pour la minorité. Elle peut donc se justifier pour RAWLS sous l'angle de cette exigence du seuil de gravité.

Cela étant, aux yeux de RAWLS, la désobéissance s'inscrit dans une contestation mesurée du système majoritaire liée à l'existence d'un pluralisme des valeurs au sein de la société. Pour cette raison, le principe général doit rester l'obéissance aux décisions, sauf exception en présence d'une atteinte d'un degré d'injustice intolérable. Dans le cas contraire, une « simple » injustice apparaît alors comme inhérente au système, par définition imparfait, et doit être tolérée comme un moindre mal¹⁸³⁶. Dans ces situations, c'est le « processus politique légal [qui] doit permettre de régler ces questions »¹⁸³⁷. Ainsi, la désobéissance civile ne se justifie à son sens qu'en cas de violation manifeste et particulièrement lourde des droits de minorités. Pour l'auteur, il est de la responsabilité des acteurs de la désobéissance civile, qui vivent un conflit de devoir entre obéissance de principe et devoir de désobéissance pour protéger le principe d'égalité en cas de violation grave, de mettre en balance le respect du principe majoritaire et les principes de justice dans la situation d'espèce. Ce sont ces éléments qui leur permettront de trancher et de décider s'il convient ou non de s'engager dans une campagne de contestation. Sa réflexion n'inclut cependant pas d'indication sur la balance que doivent effectuer les juges confrontés au traitement subséquent de cette situation, lorsqu'ils et elles doivent se prononcer sur l'évaluation opérée par les désobéissants civils qui a conduit à une action.

672

Une autre condition de justification proposée par RAWLS découle de l'utilisation de la désobéissance civile comme d'une *ultima ratio*¹⁸³⁸. Cela signifie que les moyens légaux à disposition des désobéissants pour convaincre la majorité de l'existence d'une injustice doivent avoir été épuisés¹⁸³⁹. Ce n'est qu'en cas d'échec ou d'inexistence de tels moyens que le recours à la désobéissance civile peut être admis. RAWLS apporte néanmoins une nuance à cette exigence. Dans l'hypothèse où les désobéissants civils arrivent à démontrer que les tentatives de persuasion de la majorité par des moyens légaux seraient vouées à l'échec avec une certitude importante, alors

673

¹⁸³⁶ RAWLS, § 54, p. 398 et 399; CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 60.

¹⁸³⁷ MULLER, p. 152.

¹⁸³⁸ RAWLS, § 57, p. 411 et 413.

¹⁸³⁹ Condition qui rappelle la pratique des autorités judiciaires face aux actes présentés dans le corpus.

le recours à la désobéissance civile pourrait s'avérer justifié, en dépit de cette condition¹⁸⁴⁰. De même, dans des situations d'urgence ou d'extrême gravité, cette exigence peut être suspendue¹⁸⁴¹. L'auteur ne nous dit rien cependant de la transposition sur le plan juridique de ces arguments.

- 674 Enfin, la dernière condition de justification est celle qui suscite le plus de controverses : l'acceptation de la sanction par les désobéissants civils et l'exercice de retenue dans la mise en œuvre de leur acte. En effet, selon la thèse de RAWLS, le recours à la désobéissance civile peut générer un certain désordre s'il devient trop fréquent¹⁸⁴². Il faut dès lors que les membres du corps civique fassent preuve de retenue, tant dans le choix de ce mode d'action parmi le répertoire à leur disposition, que dans sa mise en œuvre¹⁸⁴³. L'acceptation de la sanction intervient dans la réflexion de RAWLS pour rappeler le caractère citoyen de l'acte qui ne doit pas porter préjudice à la confiance générale dont les lois sont investies¹⁸⁴⁴. Ainsi, même en présence de justifications, le philosophe estime que le recours à la désobéissance civile doit faire figure d'exception comme déjà souligné plus haut.
- 675 En présence de ces trois conditions, les actes de désobéissance civile sont considérés comme pouvant remplir leur rôle stabilisateur ou correctif. Ils permettent d'indiquer que les conditions de la coopération citoyenne sont atteintes, puisque les principes de justice ne sont plus respectés¹⁸⁴⁵. La désobéissance civile est alors un moyen moralement justifié pour maintenir ou retrouver un régime juste.

¹⁸⁴⁰ RAWLS, § 57, p. 413.

¹⁸⁴¹ Idée que l'on retrouve implicitement aussi dans l'ATF 129 IV 6 (JdT 2015 IV215).

¹⁸⁴² En ce sens, il alimente une des critiques classiques qui sont opposées à la désobéissance civile, soit celle de l'anomie dont il sera question *infra* 5.IV. Voir : CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 53 ss. L'argument est d'autant plus surprenant que RAWLS justifie le recours à la désobéissance civile par une évaluation « qualitative » de l'injustice en cause. Si celle-ci est grave alors l'acte se justifierait et on peine alors à comprendre en quoi la fréquence (quantité) des désagréments causés peut en compenser la gravité, puisqu'il n'y a pas de relation d'équivalence entre les deux.

¹⁸⁴³ Soit, en termes juridiques, que le principe de proportionnalité soit respecté.

¹⁸⁴⁴ RAWLS, § 59, p. 430

¹⁸⁴⁵ « [E]n résistant à l'injustice dans les limites de la fidélité à la loi, elle [la désobéissance civile] sert à empêcher les manquements vis-à-vis de la justice et à les corriger s'il s'en produit. » RAWLS, § 59, p. 423. Indépendamment de la situation de désobéissance civile, il transparait de ces éléments que pour RAWLS, la loi constitue donc la garantie du juste, sans référence au droit. Cf. *infra* 5.III. sur les critiques de cette perspective partagée par le positivisme et réductrice du droit.

D'un point de vue juridique, RAWLS ne se prononce pas en détail sur les implications de cette justification morale¹⁸⁴⁶. Il considère simplement que l'acte n'est pas pour autant excusé. Ainsi, il se contente de plaider pour une prise en compte clémentine de la désobéissance civile. Les juges devraient en effet tenir compte des motifs politiques et profondément citoyens qui ont fondé ces actions¹⁸⁴⁷. La conséquence de leur justification morale devrait donc être un allègement de la sanction prononcée¹⁸⁴⁸. 676

On constate ainsi que la théorie développée par RAWLS permet d'insister sur l'importance de contrepoids au sein d'un régime majoritaire pour tenir compte des droits de minorités. Elle permet de souligner l'importance de ne pas réduire la démocratie à l'expression de la majorité, inscrivant la désobéissance civile, non pas dans le registre de la tyrannie de la minorité, mais bien l'inverse. Les nombreux garde-fous auxquels RAWLS assortit l'usage de ce moyen d'action permettent de marquer la démarcation entre l'une et l'autre. On constate également que les conditions de justifications qu'il évoque rappellent les critères examinés dans les cas du corpus (*ultima ratio*, proportionnalité et acceptation de la sanction) et que les auteurs de doctrine juridique qui ont soutenu que la désobéissance civile puisse jouer un rôle au sein d'un État de droit se sont appuyés sur ses travaux pour d'appréhender juridiquement les actes de désobéissance civile¹⁸⁴⁹. 677

2. Jürgen HABERMAS : désobéissance civile et démocratie délibérative

Comme mentionné lors de l'étude de la définition du concept de désobéissance civile, HABERMAS attribue à celle-ci la qualité de « test pour la maturité de l'État de droit »¹⁸⁵⁰. Ce philosophe a également contribué à développer une défense démocratique de la désobéissance civile que nous allons reprendre, afin d'alimenter la discussion sur les fragilités des critiques qui lui sont opposées en droit. De plus, ses travaux ont également inspiré et 678

¹⁸⁴⁶ Élément qui n'est pas surprenant dès lors que celui-ci n'est pas juriste, mais qui affaiblit la dimension pratique que peut avoir son propos pour la défense des désobéissants civils une fois appréhendés par les institutions pénales.

¹⁸⁴⁷ RAWLS, § 59, p. 426.

¹⁸⁴⁸ OGIEN, p. 8, interprète de la sorte la proposition de RAWLS. Position qui est également défendue par une majorité de la doctrine juridique qui aurait admis une application de l'art. 52 CP aux activistes du LAC. Cf. p. ex. : les contributions de PAYER, p. 239 ; THOMMEN/MATTMANN, p. 20 ; FONJALLAZ, c. III ; NUSSBAUMER ; NIGGLI/MUSKENS, § 49 ; HERMANN (Grenzen), p. 108.

¹⁸⁴⁹ Cf. *supra* 1.IV.

¹⁸⁵⁰ HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 90.

servi de matériel à la doctrine juridique, ce qui justifie également de chercher à en clarifier les points saillants. Ce travail s'avère nécessaire pour souligner les ancrages conceptuels explicites ou implicites de la doctrine et des autorités.

- 679 Précisons encore que, si HABERMAS développe également une acception libérale de la désobéissance civile et défend son caractère démocratique, il se démarque de RAWLS sur un certain nombre de points¹⁸⁵¹. En effet, HABERMAS ne souscrit pas à la théorie des principes de justice développée par RAWLS¹⁸⁵². Il conteste notamment qu'une forme de cohésion sociale puisse émerger simplement en promouvant ces principes et s'intéresse plus particulièrement au rôle du droit dans la création de cette cohésion¹⁸⁵³. Contre l'idéalisme de la construction de RAWLS et son caractère *a priori*, il cherche à proposer une théorie démocratique ancrée pour sa part dans l'observation de la construction intersubjective des différentes rationalités des membres du corps civique¹⁸⁵⁴. En ce sens, il élabore un répertoire argumentatif alternatif favorable à la désobéissance civile qui met l'accent sur le rôle de ce mode d'action pour alimenter et susciter le débat public. L'intérêt de ses travaux pour notre recherche est encore alimenté par le contexte dans lequel il développe sa théorie, puisque l'auteur cherche précisément à répondre et souligner les dangers de la position hostile à la désobéissance civile prônée par la doctrine juridique dominante en Allemagne à son époque¹⁸⁵⁵. Enfin, la défense délibérative du caractère démocratique de la désobéissance civile proposée par HABERMAS entre en résonance avec des arguments mobilisés par les activistes dans les procès¹⁸⁵⁶, mais aussi avec certains éléments soulevés par quelques auteurs en doctrine juridique suisse¹⁸⁵⁷.

¹⁸⁵¹ Les désaccords qui occupent ces deux auteurs ont fait l'objet d'échanges publiés sous le titre « Débat sur la justice politique ». En particulier sur la question du rôle du droit dans la construction de la cohésion sociale, HABERMAS/RAWLS, p. 25. Néanmoins, le détail des débats qui opposent les deux auteurs dépasse le champ de la présente étude. Nous nous concentrons sur les éléments qui influencent leur rapport à la désobéissance civile et sa justification démocratique. Pour le surplus : cf. PERRU, p. 340 ss.

¹⁸⁵² MOULIN-DOOS, p. 18.

¹⁸⁵³ PERRU, p. 343.

¹⁸⁵⁴ HABERMAS/RAWLS, p. 70 ; PERRU, p. 341 ; MOULIN-DOOS, p. 18.

¹⁸⁵⁵ Et qui reprend les trois critiques classiques qui sont donc aussi celles de la doctrine juridique suisse contemporaine majoritaire et des cours. CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 65. Cf. *supra* 2.III.B. sur son opposition à une vision positiviste du droit et HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 84. Également *infra* 5.III.

¹⁸⁵⁶ Cf. *supra* p. ex. dans les différentes affaires en matière d'environnement dans lesquelles est régulièrement mobilisé l'absence de contrôle démocratique sur l'activité exercée par les lobbys économiques qui participent à l'élaboration des lois en matière de climat. Notamment : BETTEX ET ALI., p. 109 ss.

¹⁸⁵⁷ Voir *supra* 1.IV. notamment les contributions de FLEISCH, SPESCHA et BESSON.

Afin de comprendre le propos de HABERMAS et les raisons qui le poussent à défendre le rôle démocratique de la désobéissance civile, nous commencerons par exposer les grandes lignes de la théorie de l'agir communicationnel, discuterons des fondements de la légitimité du droit chez cet auteur, puis du rôle des valeurs et de l'espace public dans l'économie générale de sa pensée (a.). Nous précisons ensuite la relation qu'entretiennent ces notions au caractère démocratique de la désobéissance civile (b.). 680

a. L'agir communicationnel

Tout d'abord, rappelons que, pour HABERMAS, « l'homme est un être de langage »¹⁸⁵⁸. C'est donc à partir du langage que se construisent les relations sociales entre les individus. Il sert donc médium qui rend possible l'intercompréhension¹⁸⁵⁹. C'est grâce à lui et par lui que les individus peuvent trouver des points de convergence. Or, il y a de la rationalité dans ces dialogues, car les sujets se considèrent comme égaux et responsables pour HABERMAS. Ils échangent des arguments qui leur semblent valables et sur lesquels ils cherchent à s'accorder¹⁸⁶⁰, dans un mouvement naturel orienté vers la recherche d'un consensus¹⁸⁶¹. Dès lors, cette rationalité n'est pas construite à partir d'une vérité ou d'un idéal de raison, rendue intelligible à la conscience personnelle dans le for intérieur de chacun, mais bien issue de l'échange engagé avec d'autres. C'est ce raisonnement qui est visé par la notion d'agir communicationnel chez HABERMAS¹⁸⁶². 681

Transposé au domaine de l'élaboration d'une société, ce principe implique que les membres du corps civique doivent pouvoir se mettre d'accord et négocier ensemble les règles qui vont les régir. C'est donc la discussion qui fonde le principe de la coopération qui les lie¹⁸⁶³. Pour ce faire, les conditions de 682

¹⁸⁵⁸ DUPEYRIX, p. 26.

¹⁸⁵⁹ MÜLLER-DOOHM, p. 243. HABERMAS reprend et réactualise en ce sens des éléments mis en exergue par Aristote il y a plusieurs siècles.

¹⁸⁶⁰ LEMASSON, p. 47; DUPEYRIX, p. 179.

¹⁸⁶¹ LEMASSON, p. 52. Relevons que ces éléments sont purement idéalistes et ne comportent aucun fondement empirique ou pratique. La raison fait office de fiction régulatrice sans réalité historique évidente. Nous reviendrons sur les contradictions de cette approche libérale et de ses justificatifs pour la désobéissance civile *infra* 5.II.A.3.

¹⁸⁶² On peut la définir comme « une théorie de l'action dont le but est d'analyser et de reconstruire les différents types d'activité humaine. Parmi celles-ci, HABERMAS s'intéresse particulièrement à l'activité communicationnelle, action médiatisée par le langage et orientée vers l'intercompréhension (c'est-à-dire visant à établir un accord avec quelqu'un sur quelque chose dans le monde). » DUPEYRIX, p. 179 ; MÜLLER-DOOHM, p. 242.

¹⁸⁶³ LEMASSON, p. 50. Or, dans cette perspective, la désobéissance civile est un mécanisme qui permet de « réaffirmer » la validité de ce contrat social en reproduisant une discussion

participation au débat de ces derniers doivent être garanties et institutionnalisées de sorte à mettre en place une démocratie dite « délibérative ». Ce type de démocratie est décrit par opposition à une démocratie dite « participative », dans laquelle tous et toutes expriment leurs opinions, mais sans garantie de relais politique, de construction argumentative de qualité et de confrontation des différents arguments entre eux. Or, ces éléments sont nécessaires pour garantir l'émergence d'une solution rationnelle selon HABERMAS¹⁸⁶⁴. Ainsi, pour lui :

« [...] la délibération des citoyens dans l'espace public de la société civile constitue le cœur même du processus démocratique. »¹⁸⁶⁵

C'est aussi notamment de la qualité de ces délibérations que le droit tire sa légitimité et sa rationalité pour l'auteur¹⁸⁶⁶. En effet, l'enjeu du respect et de la mise en œuvre du processus délibératif au niveau institutionnel est aussi celui de la définition et de l'acceptation de son cadre normatif. Autrement dit, au sens d'HABERMAS :

« [...] les intéressés parviennent à la conclusion que les seules normes légitimes sont celles sur lesquelles toutes les personnes concernées se seront mises d'accord à la suite de discussions rationnelles. »¹⁸⁶⁷

À ce titre, les procédures de participations citoyennes doivent être protégées par l'État.

683 Dans cette perspective, la garantie des conditions d'accès du débat est corrélée avec la justesse de la solution adoptée, puisqu'elle résulterait d'une argumentation rationnelle ayant permis l'échange dialectique des positions¹⁸⁶⁸. En découle que la procédure d'adoption des normes, pour être juste, doit permettre « le droit de participation à l'élaboration discursive de la norme avec des chances égales d'être entendu »¹⁸⁶⁹. Pour HABERMAS, le droit est donc le produit d'une négociation dans laquelle les membres du corps

similaire à la discussion originaire sur les principes régissant une société donnée. Cette perspective est diamétralement opposée à la vision de ARENDT à ce sujet, comme nous le verrons *infra*. Voir : FERRARESE, p. 202 ; CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 67. C'est également ce point, lié à l'existence d'un accord originaire entre membres du corps civique et les nombreuses critiques apportées aux doctrines contractualistes, qui plaide en faveur d'un besoin d'explorer des théories alternatives de la désobéissance civile. Cf. *infra* 5.II.C. et 5.III.B.

¹⁸⁶⁴ DUPEYRIX, p. 138.

¹⁸⁶⁵ MULLER, p. 155.

¹⁸⁶⁶ CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 67.

¹⁸⁶⁷ LEMASSON, p. 47.

¹⁸⁶⁸ CHALLE, p. 188. Sur les critiques de l'idéalisme de cette position et de la défense libérale du caractère démocratique de la désobéissance civile cf. *infra*.

¹⁸⁶⁹ TURENNE (thèse), p. 306.

civique sont à la fois instigateurs et destinataires de la norme¹⁸⁷⁰. Dans un tel système, les conditions de productions de la norme sont le signe d'une société pouvant être qualifiée de juste. Le droit est décrit comme une procédure d'« autolégislation » traduisant de l'autonomie de ses sujets tant sur le plan individuel que collectif, et en tant que membre d'une société donnée¹⁸⁷¹.

Cette discussion du cadre normatif est d'autant plus importante pour le philosophe que « dans le droit, les questions morales-pratiques sont à l'ordre du jour »¹⁸⁷². Dès lors, les négociations qui président à l'adoption d'une norme sont aussi celles de la définition des valeurs qui lui sont sous-jacentes¹⁸⁷³. Ces valeurs méritent d'être confrontées entre elles et discutées¹⁸⁷⁴. En résumé, le fondement de la légitimité du droit découle simultanément de la raison communicationnelle, qui implique une discussion sur les valeurs, et du respect des procédures délibératives. C'est ce qui rend le droit « édictible »¹⁸⁷⁵ pour HABERMAS. Ainsi, grâce au principe de raison communicationnelle, le droit peut être à la fois légitime sur le plan moral et reconnu dans son caractère positif, l'un et l'autre ne s'excluant pas. En d'autres termes, le caractère juste de la norme ne résulte ni uniquement de la procédure qui a prévalu à son adoption ni d'un fondement transcendantal, mais d'un entre-deux, soutenu par la discussion¹⁸⁷⁶. Soulignons encore que de cette approche transparaît une vision du droit comme produit dynamique, capable de s'adapter à l'évolution du débat sur les valeurs qui le sous-tend.

Une dernière figure qu'il convient d'avoir à l'esprit avant d'exposer l'implication de ces éléments sur la théorie de la désobéissance civile développée par HABERMAS est celle de l'espace public et de son rôle dans l'économie générale de la pensée du philosophe. À ses yeux, pour que la discussion puisse prendre forme et répondre aux exigences de qualité nécessaires à l'adoption de normes justes, il est nécessaire de garantir un espace d'expression privilégié et susceptible de faire office de courroie de transmission entre la société civile et l'État. Tel est le rôle de l'espace public. Celui-ci constitue le « cœur de l'espace démocratique »¹⁸⁷⁷ et fait office de terreau pour créer de la solidarité entre les membres de la société¹⁸⁷⁸. C'est un

¹⁸⁷⁰ HABERMAS (droit), p. 138; CHALLE, p. 196.

¹⁸⁷¹ Pour un traitement approfondi de la question de l'autonomie dans la pensée d'HABERMAS, voir : CHALLE, p. 195 ss.

¹⁸⁷² DEFLEM, p. 103. Ce que le positivisme tente de faire oublier, *cf. infra* 5.III.

¹⁸⁷³ FERRARESE, p. 198.

¹⁸⁷⁴ DEFLEM, p. 98.

¹⁸⁷⁵ FERRARESE, p. 198.

¹⁸⁷⁶ CHALLE, p. 197 et 198 ; KYMLICKA, p. 242.

¹⁸⁷⁷ MULLER, p. 155.

¹⁸⁷⁸ FERRARESE, p. 201.

lieu fondamentalement démocratique pour l'auteur, puisqu'il regroupe tous les individus, ce qui permet d'établir une sorte de « bilan biographique des problèmes générés par la société »¹⁸⁷⁹. Il décrit l'espace public comme étant la « caisse de résonance des problèmes sociaux »¹⁸⁸⁰. En d'autres termes, pour HABERMAS, cet espace :

« [...] désigne concrètement la sphère de discussion à la fois formelle (au sein des parlements, des tribunaux, des universités) et informelle (au sein des médias, des clubs, des associations), située selon une topographie mouvante entre la société civile et l'État. [...] Il concourt à la formation de l'opinion et de la volonté des citoyens et permet l'élaboration d'une critique des pouvoirs et des institutions en place ainsi que l'expression de nouveaux besoins émergeant de la société civile. »¹⁸⁸¹

Cependant, ce lieu n'est ni simple à créer ni à entretenir. En effet, le philosophe reconnaît qu'y existent des tensions permanentes entre l'expression des intuitions citoyennes et les jeux de pouvoir des différents acteurs qui y gravitent¹⁸⁸². HABERMAS appuie ce postulat par une dénonciation de l'emprise des « mass medias » sur la formation de la volonté populaire¹⁸⁸³. Il met également en garde contre une tendance qui s'observe au sein des pouvoirs publics à s'autonomiser des préoccupations de la base des membres du corps civique et ne plus réellement s'en préoccuper¹⁸⁸⁴. Face à ces constats, il insiste fortement sur la fonction de cet espace public qui joue le rôle de pouls de la société civile et est une assurance de la légitimité des normes. En conséquence, cet espace doit donc être ouvert et garanti¹⁸⁸⁵.

b. La désobéissance civile : une voix au débat

686 Dans ce contexte, la désobéissance permet de faire irruption au sein d'un espace public et politique qui peut s'avérer défaillant, dans lequel les pouvoirs

¹⁸⁷⁹ HABERMAS, p. 392.

¹⁸⁸⁰ HABERMAS, p. 386 ss; LEMASSON, p. 57.

¹⁸⁸¹ Comme le synthétise DUPEYRIX, p. 181, à la lecture des travaux d'HABERMAS.

¹⁸⁸² DUPEYRIX, p. 181.

¹⁸⁸³ « [U]n espace public à la fois dominé par les mass media et les grandes organisations, observé par les institutions chargées de l'étude de marché et du sondage d'opinion, et envahi par le travail d'information publique, de propagande et de publicité que mènent les partis politiques et les associations », HABERMAS (droit), p. 394.

¹⁸⁸⁴ SINTOMER (désobéissance), p. 94.

¹⁸⁸⁵ L'espace public est donc parfois mal construit pour HABERMAS qui propose des correctifs qui pourraient y être apportés. Le caractère fictionnel de l'espace public tel que proposé par ce philosophe a fait l'objet de critiques analogues à celles formulées à l'encontre du voile d'ignorance de RAWLS et sur lesquelles nous reviendrons. En effet, elles justifient que l'on s'intéresse à d'autres rationalités pour fonder une défense démocratique de la désobéissance civile.

politiques s'éloignent trop des préoccupations citoyennes. Elle réactive la composante délibérative de la démocratie¹⁸⁸⁶. Elle vient jouer le rôle de correctif, en étant l'émanation des forces de la « périphérie »¹⁸⁸⁷ des cercles qui influencent la discussion politique, afin de garantir une voix au chapitre à ceux-ci. HABERMAS considère nécessaire de tenir compte de l'appel porté par la désobéissance civile, dès lors que les citoyens et citoyennes qui choisissent ce type d'action sont plus proches des réalités individuelles des autres membres du corps civique que ne le sont les acteurs politiques traditionnels. À ce titre, la désobéissance civile est plus susceptible de traduire des préoccupations (nouvelles) des autres membres du corps civique.

« La désobéissance civile tend ainsi à devenir chez Habermas l'un des rares lieux de pouvoir communicationnel dans un espace public informel de plus en plus marginalisé par le système politique et les acteurs qui détiennent le pouvoir social au sein de la société civile »¹⁸⁸⁸.

Elle est également un moyen efficace pour les groupes marginaux et les minorités qui souhaitent faire entendre leur voix. En effet, ceux-ci doivent outrepasser différents obstacles pour participer au débat public, dont la domination de cet espace public par des acteurs au bénéfice d'une plus forte organisation structurelle ou d'un pouvoir médiatique important¹⁸⁸⁹. La désobéissance civile constitue dès lors pour ces groupes minorisés :

« [...] le dernier moyen à la fois de faire entendre plus puissamment et de conférer une influence politico-journalistique aux arguments oppositionnels. »¹⁸⁹⁰

Elle fait donc partie du répertoire des moyens accessibles à ces groupes pour influencer la politique¹⁸⁹¹ et, *a fortiori*, l'interprétation des droits.

Une fois ces éléments à l'esprit, il nous est plus aisé de comprendre la défense du caractère démocratique des actes de désobéissance civile proposée par HABERMAS. En effet, la désobéissance civile apparaît en prolongement de l'idée de démocratie délibérative comme un élément qui permet de venir « débloquent »¹⁸⁹² le processus de discussion entre les membres de la société. La désobéissance civile n'est autre que l'expression d'un argument dans la discussion qui anime les différents acteurs sociaux et qui se plie à la logique de la dialectique dans le champ particulier de l'espace public. Elle vise

687

¹⁸⁸⁶ SMITH, p. 60.

¹⁸⁸⁷ FERRARESE, p. 200.

¹⁸⁸⁸ FERRARESE, p. 199.

¹⁸⁸⁹ LEMASSON, p. 60.

¹⁸⁹⁰ HABERMAS (droit), p. 410.

¹⁸⁹¹ HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 88.

¹⁸⁹² FERRARESE, p. 200.

l'obtention d'un débat public sur un sujet¹⁸⁹³ et est, en ce sens, une manière de s'adresser aux représentants et représentantes politiques, ainsi qu'aux autorités judiciaires¹⁸⁹⁴. Elle est en quelque sorte le prolongement de la théorie de l'agir communicationnel¹⁸⁹⁵.

- 688 De plus, pour HABERMAS, la désobéissance civile est aussi plus spécifiquement une invitation à la discussion sur l'interprétation des droits qui sont garantis dans un régime constitutionnel¹⁸⁹⁶. En effet, du fait de son acte, la désobéissante ou le désobéissant questionne l'interprétation dominante ou ordinaire d'une notion, d'un droit, et cherche à en faire valoir un nouveau sens¹⁸⁹⁷. Il rappelle que l'interprétation donnée aux différents droits subjectifs ne traduit pas une vérité, une connaissance absolue et figée du droit, mais est simplement le fruit de « la dialectique entre l'argumentation du juge et les arguments contradictoires des parties »¹⁸⁹⁸. Cette position est également présente en doctrine juridique de la désobéissance civile¹⁸⁹⁹. Dès lors, le désobéissant peut faire valoir soit d'autres arguments, soit l'évolution d'une situation pour convaincre son interlocuteur de changer d'interprétation. Pour le dire autrement, « celui qui désobéit est celui qui rejette la compréhension de la norme proposée au cours du procès. »¹⁹⁰⁰ En conclusion, comme l'écrit FERRARESE :

« [...] la désobéissance civile se révèle ainsi chez Habermas tout à la fois condition, signe et réalisation de la démocratie, de la culture politique, et de l'être ensemble. »¹⁹⁰¹

- 689 Néanmoins, comme chez RAWLS, HABERMAS fait dépendre la justification de l'usage de la désobéissance civile au respect de différents critères. Ainsi, pour conserver son caractère démocratique et se justifier, la désobéissance civile doit être un dernier recours¹⁹⁰² et prendre sa source dans un fondement politico-moral susceptible d'être accepté par la majorité des membres du corps civique¹⁹⁰³. La nécessité pour les désobéissants civils de faire preuve de

¹⁸⁹³ HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 82 et 83.

¹⁸⁹⁴ HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 112 et 113.

¹⁸⁹⁵ CHALLE, p. 198.

¹⁸⁹⁶ FERRARESE, p. 197; CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 98.

¹⁸⁹⁷ BESSON (Morality), p. 531. Cf. *infra* 5.IV. au sujet de l'interprétation.

¹⁸⁹⁸ TURENNE (thèse), p. 307. Cf. *infra* 5.IV.

¹⁸⁹⁹ Cf. *supra* 1.IV. KÁLIN, p. 239 ; RHINOW, p. 26 ; THÜRER, p. 145.

¹⁹⁰⁰ TURENNE (thèse), p. 308.

¹⁹⁰¹ FERRARESE, p. 202.

¹⁹⁰² « [W]enn andere Abhilfe nicht möglich ist », HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p.113.

¹⁹⁰³ « Akte, die ihrer Form nach illegal sind, obwohl sie unter Berufung auf die gemeinsam anerkannten Legitimationsgrundlagen unserer demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung ausgeführt werden. » HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 23 et 113. Cette condition étant l'équivalent matériel de l'exigence d'être fondé sur le sentiment de justice de la majorité chez RAWLS.

retenue n'est pas citée explicitement, mais se retrouve tout de même en trame de fond dans les propos du philosophe¹⁹⁰⁴. Un élément de justification diffère cependant entre les deux auteurs¹⁹⁰⁵. Pour RAWLS, le référentiel moral dans lequel s'inscrivent les actes de désobéissance est de nature abstraite – le sentiment de justice partagé – alors que, pour HABERMAS, il est concrétisé dans un acte précis : la Constitution d'un État¹⁹⁰⁶. Les droits fondamentaux qui y sont consacrés sont considérés comme étant le produit des discussions politiques des citoyens et citoyennes et retranscrivent les valeurs adoptées¹⁹⁰⁷. On lit ainsi sous la plume d'HABERMAS que :

« [d]er zivile Ungehorsam beruft sich nämlich auf Grundsätze, aus denen sich die Verfassung selber legitimiert. »¹⁹⁰⁸

Mais aussi que :

« [z]iviler Ungehorsam darf nicht mit beliebigen privaten Weltanschauungen begründet werden, sondern nur mit den Prinzipien, die in der Verfassung selbst verankert sind. »¹⁹⁰⁹

C'est donc au nom de ces droits fondamentaux que s'exerce la désobéissance civile. Ce fondement permet également de montrer une certaine fidélité au système et à l'État de droit dans lequel les individus impliqués évoluent. En effet, les désobéissants agissent à l'encontre d'un acte ou d'une pratique « illégitime compte tenu des principes de la Constitution »¹⁹¹⁰. L'auteur de l'acte n'est en conséquence pas un antisystème, pour HABERMAS, mais œuvre en son sein au nom de la réinterprétation des droits et libertés¹⁹¹¹.

Comme mentionné précédemment, cette thèse corrobore une approche de la Constitution comme d'un instrument inachevé pouvant être l'objet d'une interprétation dynamique, ce grâce à l'intervention du constituant¹⁹¹². C'est donc une des raisons qui permet de justifier moralement le recours à la

690

¹⁹⁰⁴ Au sujet des éléments de définition chez HABERMAS et RAWLS, voir : OST (désobéir), p. 19.

¹⁹⁰⁵ Mais sa portée pratique est à relativiser selon certains auteurs. CERVERA-MARZAL estime qu'HABERMAS ne fait que substituer à la condition de l'appel au sens commun de la justice, l'appel aux principes constitutionnels. CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 64. Voir en outre : HABERMAS (droit), p. 410.

¹⁹⁰⁶ FERRARESE, p. 198.

¹⁹⁰⁷ Les droits fondamentaux font apparaître, jusque dans leur style et leur teneur, qu'ils sont à la fois une manifestation emphatique de la volonté et une déclaration politique de citoyens qui réagissent à des expériences concrètes d'une injustice subie ». HABERMAS (droit), p. 416.

¹⁹⁰⁸ HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 101.

¹⁹⁰⁹ HABERMAS (Schadensabwicklung), p. 66.

¹⁹¹⁰ HABERMAS (droit), p. 410.

¹⁹¹¹ SINTOMER (démocratie), p. 326.

¹⁹¹² HABERMAS (droit), p. 411.

désobéissance civile aux yeux de l'auteur. Ainsi, c'est principalement une fonction d'appel moral qui est réalisée grâce à l'acte de désobéissance, puisque :

« [...] c'est de l'intérieur qu'ils opèrent en effet, rappelant la majorité aux principes constitutifs de ce régime de liberté dont elle se réclame. De ce point de vue, la désobéissance pourrait bien apparaître [...] comme un renforcement des institutions : en provoquant une saisie plus claire de leurs idéaux fondateurs et en suscitant une pratique plus cohérente avec ceux-ci, elle stabilise l'État de droit démocratique. »¹⁹¹³

En conséquence, dans la perspective de HABERMAS, l'invocation des droits fondamentaux sert de justification morale et politique à la désobéissance civile.

- 691 L'auteur ne nous dit cependant pas si ce recours aux libertés fondamentales est de nature à justifier l'acte en droit. En effet, d'un point de vue de la réponse juridique à apporter à la problématique, le philosophe reste prudent¹⁹¹⁴. HABERMAS plaide ainsi en faveur d'une prise en compte différenciée de ces actes, par opposition à des actes de criminalité ordinaire, sans pour autant aller jusqu'à demander la justification de la désobéissance civile au sens d'un abandon des poursuites et des conséquences pénales¹⁹¹⁵. La justification qu'il apporte à la désobéissance civile est donc politique et morale, mais non juridique. En effet, selon HABERMAS, le droit ne saurait résoudre le paradoxe de rendre positive une telle pratique¹⁹¹⁶. Il affirme que :

« [...] der zivile Ungehorsam muss zwischen Legitimität und Legalität in der Schwebelage bleibe ; nun dann signalisiert er die Tatsache, dass der demokratische Rechtsstaat mit seinen legitimierenden Verfassungsprinzipien über alle Gestalten ihrer positiv-rechtlichen Verkörperung hinausweist. »¹⁹¹⁷

C'est à cause de cette tension entre légalité et légitimité que le philosophe déclare que la désobéissance civile « constitue un test de la maturité d'un État de droit démocratique et de sa capacité à encourager des dynamiques de communication politique qui enrichissent ses normes positives »¹⁹¹⁸, mais

¹⁹¹³ HABERMAS (droit), p. 411.

¹⁹¹⁴ D'ailleurs, bien qu'il légitime d'un point de vue moral le recours à l'acte de désobéissance civile, il ne plaide pas non plus pour son usage généralisé. HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 114.

¹⁹¹⁵ HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 90.

¹⁹¹⁶ En ce sens, comme RAWLS avant lui sur les aspects juridiques, il opère une réduction du droit à son expression dans la loi. Cf. à ce sujet *infra* 5.III. Cette expression d'HABERMAS a conduit de nombreux juristes à se limiter à ce caractère paradoxal, qui ne suffit pas néanmoins à en faire une aporie. Cf. *supra* 1.IV. C'est là tout l'enjeu de proposer également un regard juridique sur la question et de compléter cette lecture politique et morale.

¹⁹¹⁷ HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 90.

¹⁹¹⁸ SINTOMER (désobéissance), p. 93.

qu'elle reste « suspendue » entre-deux. Elle ne peut avoir de place qu'à la marge du système pour l'auteur. Néanmoins, la désobéissance civile renvoie donc à l'idée selon laquelle l'ordre juridique existant ne peut être qualifié de légitime que s'il est en accord avec les principes qui sont censés le fonder et qui ont aussi un caractère légal reconnu¹⁹¹⁹.

En définitive, le caractère démocratique de la désobéissance civile procède donc pour l'auteur de sa capacité à réactiver et redynamiser l'espace public et le débat public, mais également à mettre en lumière les distorsions de ceux-ci et les dangers d'en exclure une partie des membres du corps civique. La désobéissance civile rappelle en outre l'importance de la composante délibérative d'un régime démocratique, par opposition aux critiques d'antidémocratie brandies contre ce mode d'action. Enfin, la désobéissance civile s'exerce au nom des droits fondamentaux et permet en conséquence de l'inscrire dans le cadre du respect des principes de l'État de droit.

692

3. Discussion sur les justifications libérales de la désobéissance civile

HABERMAS et RAWLS offrent tous deux une défense du caractère démocratique de la désobéissance civile dans une perspective contractualiste et dans une approche libérale de la démocratie. Ils assortissent en outre la justification morale et politique de la désobéissance civile au respect d'une série de critères qui encadrent son exercice. En conséquence, leurs théories alimentent un registre argumentatif alternatif à la position défavorable à la désobéissance civile, tout en partageant néanmoins avec ce premier registre des prémisses libérales et contractualistes. Or, la théorie libérale de la démocratie, tout comme le contractualisme, restent des positions dominantes en droit, notamment avec l'approche positiviste-légaliste¹⁹²⁰. En ce sens, leurs défenses s'insèrent dans un référentiel commun aux disciplines qui expliquent en partie leur popularité lorsqu'il est question de désobéissance civile.

693

Néanmoins, ces fondements, bien que toujours largement admis et partagés, sont depuis plusieurs années également discutés et mis en cause en science politique. Ainsi, afin de rendre compte de ce mouvement et offrir également d'autres perspectives de justifications non tributaires de cet apport au caractère démocratique de la désobéissance civile, nous souhaitons relever quelques critiques qui ont été soulevées en science politique à son encontre.

694

¹⁹¹⁹ SINTOMER (désobéissance), p. 93.

¹⁹²⁰ Cf. *infra* 5.III.

Ce faisant, nous soulignons l'importance de l'explicitation du cadre épistémologique mobilisé en lien avec la désobéissance civile.

- 695 Il convient de distinguer différents types de critiques. Le premier concerne de manière globale, le courant contractualiste ou son obéissance libérale, tandis que le deuxième concerne des critiques plus ciblées sur les éléments critériels de justification de la théorie rawlsienne – *a fortiori* présents chez HABERMAS – de la désobéissance civile. Enfin, un troisième groupe de critiques concerne l'absence d'indication, dans les théories développées par les deux philosophes, des conditions de leur transposition juridique.
- 696 Sur ce dernier point, il n'est pas nécessaire de s'appesantir, dès lors que nous avons souligné directement ces manquements dans la présentation de la théorie des deux auteurs. Tous deux prônent une approche de justification morale et politique de la désobéissance civile qui devrait conduire à un traitement clément de ces actes par les juges. Rien ne nous est donc dit de l'applicabilité potentielle de ces critères moraux à la dogmatique pénale. Il en va de même s'agissant des critères ou des ressorts permettant une éventuelle justification juridique de l'acte. La dimension d'exercice et d'application du droit (désobéissance civile constitutionnelle) reste non assumée par les deux auteurs et fait défaut à leur approche¹⁹²¹. Ce constat constitue ainsi une piste d'explication des difficultés rencontrées par la doctrine et la jurisprudence dans l'appréhension du phénomène de désobéissance civile.
- 697 S'agissant du premier type de critiques d'ordre général, un des reproches opposés aux philosophies contractualistes est de reposer sur une fiction abstraite de contrat social dont l'inexistence historique peut être constatée¹⁹²². Elles sont en ce sens idéalistes et supposent en outre la possibilité d'une connaissance sur le juste¹⁹²³. Or, si l'on fait reposer la validité de la désobéissance sur un contrat dont l'existence est hypothétique, le risque existe qu'en cas de remise en cause de ce contrat, la conception de la désobéissance civile qui en découle, comme tous les autres éléments particuliers de ce

¹⁹²¹ Ils nous parlent en effet de désobéissance politique au sens défini dans cette étude. Leur apport est donc complémentaire à une lecture juridique, puisque les actes de désobéissance civile présentent ces deux facettes.

¹⁹²² Cf. *infra* 5.III. MOULIN-DOOS, p. 21. Ainsi, la situation fictive du voile d'ignorance proposée par RAWLS n'a jamais existé historiquement, tout comme l'espace public libre et inclusif permettant l'adoption de la Constitution par tous et toutes au sens d'HABERMAS. Ces reproches valent à l'identique pour les fondements des théories contractualistes de LOCKE, HOBBS ou ROUSSEAU qui dérivent l'autorité et la légitimité d'un régime politique de l'acceptation du contrat social par les membres du corps civique. Nous y reviendrons *infra* 5.III.B. Voir également : DUPUY, p. 72 ss ; JEANNENEY, p. 102.

¹⁹²³ KYMLICKA, p. 76 ; BLOOM, p. 404 ss ; DUPUY, p. 72 ss.

système d'ailleurs, soit également invalidée¹⁹²⁴. Selon les critiques du contractualisme, c'est bien plus la qualité des lois et le non-respect de procédures par un gouvernement qui devrait être l'objet de la critique désobéissante et non pas le fait que ce gouvernement ait brisé un hypothétique pacte social dont les termes sont vagues, comme le laisse entendre la position de RAWLS. En ce qui concerne la théorie d'HABERMAS, son approche peut également être qualifiée d'irréaliste, l'institution d'un espace de discussion répondant à ses exigences ne pouvant trouver d'application concrète¹⁹²⁵. Pour les théoriciens de la démocratie critique, qui estiment schématiquement que le caractère démocratique vient de l'exercice du pouvoir par le peuple et non pas de la justesse morale ou la poursuite de valeurs libérale d'un État, l'inadéquation sociologique ou encore l'emploi d'un référentiel moral indéfinissable dans ces théories constituent des motifs de remise en cause, au même titre que la fiction du contrat social elle-même¹⁹²⁶. Ainsi, ces auteurs critiques plaident pour une approche distincte de la justification de la désobéissance civile qui s'appuie plutôt sur sa dimension républicaine et son caractère politique. C'est cette position que nous exemplifierons au travers de la présentation de la perspective de Hannah ARENDT sur la désobéissance civile¹⁹²⁷. Pour les analystes marxistes, schématiquement également, l'approche libérale de la désobéissance civile est réductrice, car elle ne se préoccupe que des rapports de forces découlant de l'opposition entre minorité et majorité politique. Ce faisant, elle laisse tout un panel d'autres critères façonnant les inégalités et iniquités sans solution (par exemple : l'accès à l'espace de discussion politique, la répartition inégale des ressources financières, mais également les disparités de compétences sociales entre les acteurs, etc.)¹⁹²⁸.

Les critères de justification développés par RAWLS font également l'objet de critiques spécifiques en raison de leur caractère équivoque ou leur manque de réalisme¹⁹²⁹. L'exigence du dernier recours notamment a été critiquée en science politique, car elle sous-entend qu'il faudrait : « apprendre à revendiquer comme il faut »¹⁹³⁰, traduisant une vision élitiste de la politique

698

¹⁹²⁴ Voir sur ce point : VAN DER BURG, p. 299 ss.

¹⁹²⁵ DEFLEM, p. 87.

¹⁹²⁶ SINTOMER (désobéissance), p. 87; CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 68 ; MOULIN-DOOS, p. 23 ; MARKOVITS, p. 1919 ; SMITH, p. 8 ss.

¹⁹²⁷ CELIKATES, p. 47. Cf. *infra* 5.II.B. pour le surplus.

¹⁹²⁸ Voir à ce sujet le livre du philosophe marxiste, BIDET, p. 104.

¹⁹²⁹ Sur ce point de critique spécifique des critères de justification de l'acte de désobéissance civile, OST (désobéir), p. 16, considère que la théorie d'HABERMAS et celle de RAWLS proposant des conditions analogues, les reproches qui peuvent être apportés à l'un des auteurs valent *mutatis mutandis* pour l'autre.

¹⁹³⁰ OGIEN/LAUGIER, p. 33 ; également, CELIKATES, p. 45 ss.

et obligeant les désobéissants civils à adopter une position « surintellectualisée »¹⁹³¹. Cette vision alimente en outre un présupposé selon lequel les moyens démocratiques ne sont utilisés par les acteurs sociaux que selon une logique de stricte gradualité¹⁹³². Ainsi, ce ne serait qu'une fois les moyens légaux épuisés que des actes illégaux pourraient se justifier. Or, cette affirmation d'un certain « devoir-être » ne se vérifie pas lorsqu'on se réfère à l'étude historique des mouvements sociaux et aux travaux empiriques portant sur l'engagement politique¹⁹³³. De plus, elle fait référence à une évaluation de type morale qui ne devrait pas avoir de pertinence à leurs yeux pour juger de l'importance ou de l'admissibilité du recours à ce moyen, dès lors qu'il est utilisé pour souligner la violation de droit ou le non-respect des minorités¹⁹³⁴.

- 699 En conséquence de ces fragilités, l'étude des justifications démocratiques de la désobéissance civile mérite d'être complétée par l'exposé d'une approche qui ne s'ancre pas dans une théorie philosophique et politique morale et libérale de celle-ci. À cet égard, les travaux de Hannah ARENDT proposent un répertoire argumentatif alternatif qui occupera la suite de nos développements.

B. La désobéissance civile républicaine : une forme d'association volontaire

- 700 Comme exposé au chapitre 2, la philosophe Hannah ARENDT développe une approche républicaine de la désobéissance civile qui s'inscrit à contre-courant de la théorie libérale dominante¹⁹³⁵. En conséquence de cet ancrage distinct, l'auteure ne se limite pas à légitimer l'usage de la désobéissance civile, pouvant à certaines conditions être démocratique et se justifier, mais considère ce mode d'action comme participant d'un processus politique analogue à celui qui fonde la démocratie elle-même. C'est que la démocratie, dans la pensée de la philosophe, est une construction issue de l'association volontaire des

¹⁹³¹ Cf. RAWLS, § 57 qui invite les désobéissants à réfléchir prudemment et stratégiquement au recours à la désobéissance civile, quand bien même elle se justifie. HAYES/OLLITRAULT, soulignent le coût et le caractère élitiste que représente la mise en place d'une stratégie de désobéissance civile pour les activistes qui souhaitent se plier aux impératifs de la théorie libérale notamment sous cet angle, p. 83 ss.

¹⁹³² Vision qui se retrouve au sein de la doctrine juridique de l'état de nécessité, cf. *supra* 4.II. et 4.III.A., et dont le caractère essentialisant a été critiqué. C'est également un des obstacles épistémiques présent en droit vis-à-vis de la désobéissance civile.

¹⁹³³ Cf. *supra* 4.III.A. JEANNENEY, p. 108.

¹⁹³⁴ Cf. *supra* note 1839.

¹⁹³⁵ MARKOVITS, p. 1940.

membres du corps civique en vue de garantir leurs libertés et œuvrer à la poursuite d'un bien commun¹⁹³⁶.

Dans cette section, nous expliciterons par conséquent les liens entre la notion d'association volontaire et la désobéissance civile, ainsi que ce que ce rapprochement implique en termes de potentialité d'expression d'un désaccord à la loi (1.). Une fois ces éléments clarifiés, nous nous intéresserons à la possibilité d'une justification en droit de la désobéissance civile au sens proposé par ARENDT (2.).

701

1. L'association volontaire et la place du désaccord

Nous l'avons indiqué lors de l'étude de la définition de la désobéissance civile, pour Hannah ARENDT, le collectif est créateur de politique et c'est en conséquence des échanges de ses membres que des décisions sont prises, des lois édictées, etc. La finalité de ce cadre normatif est ainsi de garantir la capacité d'action du corps civique¹⁹³⁷. Il ne reflète pas un idéal de justice immuable, mais bien la solution qui semble la plus juste à un moment donné aux yeux des membres de la société qui l'adoptent¹⁹³⁸. En conséquence, la liberté d'association est centrale à la production de ce cadre constitutionnel ou légal. Pour ARENDT, un exemple historique et concret d'un tel accord est l'adoption de la déclaration d'indépendance des États-Unis¹⁹³⁹. En outre, c'est par l'exercice de la liberté d'association que les droits sont droits pour la philosophe, dans la mesure où cette liberté constitue un préalable nécessaire à la réalisation des autres libertés fondamentales et à l'exercice des droits politiques¹⁹⁴⁰.

702

Pour ARENDT, c'est en effet par l'association volontaire, et le réseau de promesses qui en découle, que les membres d'une société décident de leur « vivre ensemble »¹⁹⁴¹. Ainsi, ce qui lie les citoyens et les citoyennes est un réseau d'engagements et de promesses qui doivent en principe être respectés,

703

¹⁹³⁶ Cf. *supra* 2.III.D.2.

¹⁹³⁷ LEFEBVE, p. 241 et p. 260. « [C]e dernier [le dissentiment] implique le consentement et constitue la marque caractéristique d'un régime de libertés. Celui qui sait pouvoir refuser son accord sait également que, d'une certaine façon, il consent lorsqu'il s'abstient d'exprimer son désaccord », ARENDT (Mensonge), p. 95.

¹⁹³⁸ Cf. *supra* 2.III.D.2.

¹⁹³⁹ ARENDT (Révolution), p. 260 ; KATEB, p. 132.

¹⁹⁴⁰ ARENDT (Mensonge), p. 103 à 105 ; HURTADO, p. 262. On constate ainsi une conception qui n'est pas étrangère aux vertus prêtées en doctrine juridique suisse à la liberté de réunion et d'association cf. I.A.4 et notamment MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 746.

¹⁹⁴¹ KATEB, p. 143.

non pas car elles découlent de principes intangibles ou parce que les membres du corps civique y ont consenti *a priori*, mais parce qu'il faut pouvoir compter sur une certaine stabilité des rapports¹⁹⁴². Dans sa perspective, c'est cette promesse générale de la mise en société qui fonde le droit¹⁹⁴³ et sa force contraignante¹⁹⁴⁴.

- 704 En vertu de cette association, les individus consentent de manière explicite aux obligations qu'ils se donnent¹⁹⁴⁵. En ce sens, ARENDT rejette la doctrine contractualiste qui laisse à penser que la société politique est le fruit d'un hypothétique contrat social, sous une forme verticale ou horizontale¹⁹⁴⁶. Dans ces doctrines, le consentement au droit est fictif et présumé du fait du contrat originel¹⁹⁴⁷. Or, dans la perspective de l'association volontaire, les individus acceptent un certain nombre de limites, comme de déléguer tout ou partie de l'exercice du pouvoir à un gouvernement, mais la société qu'ils forment reste *in fine* dépositaire du pouvoir. En conséquence, il leur est toujours possible d'exprimer leur désaccord ou de retirer leur consentement au gouvernement ou aux lois adoptées¹⁹⁴⁸. Ainsi, dans la pensée d'ARENDT, le processus menant à l'entrée en société, soit l'association volontaire, n'implique pas un

¹⁹⁴² Ainsi : « les droits ne sont pas des propriétés ou des qualités que les individus possèdent chacun pour son propre compte, mais ce sont des qualités que les individus se confèrent les uns les autres, dès lors qu'ils instituent un monde commun dans lequel ils peuvent être considérés comme responsables de leurs actions et opinions. », BALIBAR (égaliberté), p. 209.

¹⁹⁴³ LEFEBVE, p. 240 et 241.

¹⁹⁴⁴ « [E]lle défend l'idée de droits [...] indissociable et indiscernable d'une construction de l'humain qui est l'effet interne, immanent à l'invention historique des institutions politiques », BALIBAR (égaliberté), p. 211. Ces considérations permettent de rappeler la filiation aristotélicienne à laquelle l'auteur appartient.

¹⁹⁴⁵ CANOVAN, p. 216 : « [t]he important thing for Arendt is whether or not consent is understood in a way that takes account of the relations between plural persons. »

¹⁹⁴⁶ ARENDT (Mensonge), p. 93 ss ; CANOVAN, p. 216. Nous reviendrons *infra* 5.III.B sur la doctrine contractualiste. La dimension verticale du contrat serait celle défendue par HOBBS et selon laquelle les individus renoncent à une partie de leur autonomie en échange de la protection de leurs intérêts individuels par l'État et celle horizontale correspondrait à la doctrine contractualiste de LOCKE. ARENDT (Révolution), p. 250 ; DORLIN, p. 83 ss ; ENGRÈN, p. 125 : « [c]ette dernière [ARENDT] se distingue en cela de Rousseau et rejette l'idée qu'il existe "une évidence du bien commun" transcendante et fondatrice, qui permet de fonder le contrat social. La thèse qu'elle nous offre est uniquement basée sur une vision de la société et du politique comme résultant de créations humaines et associatives, sans fondements idéaux. »

¹⁹⁴⁷ Voir sur cet aspect spécifique : SMITH, p. 137.

¹⁹⁴⁸ LEFEBVE, p. 240.

consentement équivalent et consécutif valant pour toutes les lois ultérieurement adoptées en son sein¹⁹⁴⁹.

Dans ce contexte, ARENDT considère que la désobéissance civile, à l'instar des révolutions américaines ou françaises qui ont conduit à l'adoption de nouvelles déclarations de droits, témoigne d'un nouveau mouvement d'association volontaire¹⁹⁵⁰. Autrement dit, l'action des désobéissants est emblématique de la dynamique à l'œuvre au fondement de la constitution politique. Elle sert donc la démocratie. Ces éléments amènent la philosophe à défendre que la désobéissance civile constitue une facette du droit constitutionnel d'association¹⁹⁵¹. ARENDT reconnaît en effet à tous et toutes « le droit politique fondamental d'exiger ou de revendiquer ses droits »¹⁹⁵². Au travers de ce mode d'action, les désobéissants civils forment alors l'équivalent d'un groupe de pression. Leur démarche s'inscrit comme contrepoids au système majoritaire et favorise l'évolution du droit, son actualisation, en présence de changements sociaux¹⁹⁵³. La philosophe souligne, constatant l'importance des mouvements sociaux actifs au moment de la rédaction de son article, que :

« [I]a perspective d'un rythme de transformation extrêmement rapide laisse prévoir qu'il est infiniment probable que, dans les démocraties modernes, la désobéissance civile jouera un rôle de plus en plus important. »¹⁹⁵⁴

L'acte de désobéissance civile vise en conséquence à « persuader »¹⁹⁵⁵ de la nécessité de changements, d'un besoin de prise en compte des intérêts de certains groupes, ou encore, sert à « mettre en relief des problèmes »¹⁹⁵⁶.

L'exercice de la liberté d'association, et *a fortiori* de la désobéissance, garantit donc également un espace aux minorités dont la protection est nécessaire en démocratie¹⁹⁵⁷. En effet, au travers de la désobéissance civile, les groupes

¹⁹⁴⁹ ARENDT (Mensonge), p. 95 ; LEFEBVE, p. 240.

¹⁹⁵⁰ ARENDT (Mensonge), p. 103 : « [j]e suis profondément convaincue que la pratique de la désobéissance civile n'est pas autre chose que la forme la plus récente de l'association volontaire » ; KATEB, p. 132. Voir en outre dans cette perspective : JEANNENEY, p.108 et 109.

¹⁹⁵¹ ARENDT (Mensonge), p. 104.

¹⁹⁵² BALIBAR (égaliberté), p. 209.

¹⁹⁵³ ARENDT (Mensonge), p. 108, défend l'idée selon laquelle ces groupes deviendraient « une puissance présente en permanence et avec laquelle il faudrait compter. »

¹⁹⁵⁴ ARENDT (Mensonge), p. 89.

¹⁹⁵⁵ « [I]l s'agit, dans ce cas, de minorités organisées, suffisamment importantes, non seulement par leur nombre, mais par la *qualité de leur opinion*, pour qu'il soit dangereux de les négliger. », ARENDT (Mensonge), p. 82.

¹⁹⁵⁶ ARENDT (Mensonge), p. 83.

¹⁹⁵⁷ LAUDANI, p. 143.

minoritaires peuvent réclamer voix au chapitre et compter dans le jeu politique¹⁹⁵⁸. Ainsi, dans l'interprétation d'ARENDT, la désobéissance civile opère comme palliatif aux dysfonctionnements¹⁹⁵⁹ d'un système élitiste, dont l'accès est restreint pour les membres de groupes minoritaires ou marginalisés¹⁹⁶⁰. Enfin et en conclusion, elle relève que la désobéissance civile encourage et soutient la création d'un forum public essentiel pour décider du cadre normatif d'une société¹⁹⁶¹.

2. Un droit à la désobéissance civile ?

707 Pour ARENDT, la désobéissance civile est donc une pratique démocratique. En ce sens, elle s'oppose à ce que l'on traite les désobéissants civils comme des criminels de droit commun¹⁹⁶². On peut constater une telle position notamment lorsqu'elle écrit que :

« [I]e fait de considérer comme des traîtres et des rebelles les minorités qui font acte de désobéissance civile est donc contraire à la lettre et à l'esprit d'une constitution dont les auteurs étaient particulièrement sensibles aux dangers que pouvaient présenter le règne sans entraves de la majorité. »¹⁹⁶³

L'auteure se réfère en particulier à la culture démocratique américaine et au contexte historique qui a mené à l'adoption de la Constitution des États-Unis, soulignant par-là, une fois de plus, la proximité entre le mouvement d'association volontaire et la désobéissance civile. En conséquence de ce rapprochement, on ne retrouve pas, chez ARENDT, la condition présente chez RAWLS ou HABERMAS selon laquelle les auteurs de l'acte doivent accepter d'être sanctionnés¹⁹⁶⁴. En effet, contrairement à ces deux auteurs, la philosophe ne se limite pas à justifier le recours à la désobéissance civile en assortissant sa pratique au respect de conditions de justifications de ce

¹⁹⁵⁸ « [N]ous avons affaire en fait à des minorités organisées qui s'opposent à des majorités présumées passives, bien qu'elles ne soient nullement silencieuses. Il me paraît indéniable que, sous la pression des minorités, l'état d'esprit et l'opinion de ces majorités se sont considérablement modifié. », ARENDT (Mensonge), p. 106.

¹⁹⁵⁹ L'auteur mentionne à ce titre p. ex. le contrôle juridictionnel insuffisant de la Cour Suprême *cf. infra*, l'augmentation du pouvoir de l'administration ou encore la conduit d'une guerre illicite par les États-Unis. ARENDT (Mensonge), p. 81 et 100. Ces éléments font d'ailleurs écho aux problématiques contemporaines soulevées par les désobéissants, *cf. supra* 4.III.

¹⁹⁶⁰ SMITH, p. 144.

¹⁹⁶¹ SMITH, p. 146.

¹⁹⁶² LEIBOVICI, p. 250.

¹⁹⁶³ ARENDT (Mensonge), p. 83.

¹⁹⁶⁴ ARENDT (Mensonge), p. 58 et 73. LEFEBVE, p. 229.

type¹⁹⁶⁵. Puisque l'usage de la désobéissance civile est le signe d'un retour du politique, il convient de le soutenir dans son principe et de l'encourager¹⁹⁶⁶.

Par ailleurs, ARENDT suggère également dans son article que la désobéissance civile puisse être un « droit » lié à l'exercice de la liberté d'association¹⁹⁶⁷. En ce sens, elle se distingue également des autres auteurs du corpus, car elle défend un recours à la désobéissance civile qui puisse également se voir justifié sur le terrain du droit et non pas uniquement en termes politiques ou moraux. C'est cette proposition que nous allons désormais examiner. 708

En effet, ARENDT plaide en faveur de la reconnaissance du rôle de la désobéissance civile au sein du système américain¹⁹⁶⁸. Elle parle à ce titre d'un « droit » à la désobéissance civile. Néanmoins, elle n'emploie pas ce terme au sens juridique¹⁹⁶⁹, mais vise plutôt, et c'est là la subtilité, qu'il soit reconnu à la désobéissance civile une place institutionnelle au sein de l'ordre juridique¹⁹⁷⁰. Elle exige ainsi de l'État qu'il tolère celle-ci, dans le sens où elle sert la démocratie, mais aussi que lui soit consacré un espace institutionnel formalisé, afin que les réclamations et désaccords exprimés par les désobéissants puissent être entendus à leur juste valeur¹⁹⁷¹. 709

En outre, ARENDT lie ce besoin de créer une place institutionnelle à la désobéissance civile à l'absence de contrôle juridictionnel possible de certains actes normatifs ou gouvernementaux¹⁹⁷². Elle prend en exemple de ces carences la pratique de la Cour Suprême américaine dans l'évaluation des questions à caractère politique¹⁹⁷³. En conséquence de cette doctrine, la 710

¹⁹⁶⁵ MARKOVITS, p. 1940 ; SMITH, p. 217.

¹⁹⁶⁶ LEIBOVICI, p. 250 et 251.

¹⁹⁶⁷ ARENDT (Mensonge), p. 106.

¹⁹⁶⁸ ARENDT (Mensonge), p. 108 et 109.

¹⁹⁶⁹ En effet, en termes juridiques, des droits « impliquent de pouvoir revendiquer d'un débiteur qu'il fasse positivement quelque chose (célébrer un mariage, fournir une éducation, etc.), ou au moins que le système juridique protège une certaine exclusivité (droit de propriété, protection des données personnelles, etc.) », FABRE-MAGNAN, p. 29. On retrouve les difficultés terminologiques liées au sens des notions de « droit » et de « liberté » d'une discipline à l'autre et en fonction de la position des acteurs, *cf. supra* 4.III.B.

¹⁹⁷⁰ ARENDT (Mensonge), p. 107 ; SMITH, p. 128, souligne néanmoins qu'ARENDT n'offre pas d'indications concrètes sur la manière dont cette institutionnalisation devrait être mise en œuvre. Sur ce point, on peut critiquer que son raisonnement présente un caractère inachevé, rendant complexe sa transposition en droit sans plus de précisions. En outre: YOUNG-BRUEHL, p. 563 et 564.

¹⁹⁷¹ SMITH, p. 146.

¹⁹⁷² *Cf. supra* 4.B.2.

¹⁹⁷³ YOUNG-BRUEHL, p. 564. La Cour Suprême américaine applique une doctrine dite « des questions politiques » qui consiste à refuser de se prononcer sur les cas qui lui sont soumis qui relève, selon elle, trop fortement du pouvoir exécutif, afin d'éviter le risque de violer la

constitutionnalité des décisions prises par le gouvernement est soustraite à l'examen de la Cour¹⁹⁷⁴. Dans tous les cas et plus généralement, ARENDT considère d'ailleurs que le recours à un tribunal n'est pas le lieu le plus propice pour faire valoir des revendications politiques, quelle que soit la forme prise par ces dernières, car l'arène judiciaire répond à des règles strictes de procédures et de preuve inappropriées à la réalité de l'action politique et fonctionne avec comme étalon l'individu et non le collectif¹⁹⁷⁵.

- 711 C'est pour ces raisons qu'elle plaide non seulement pour que la désobéissance civile soit analysée comme une facette de la liberté d'association, mais aussi, en même temps, pour que les désobéissants soient reconnus comme une forme de groupe de pression pour lequel il conviendrait de mettre en place un nouveau mécanisme de prise en charge institutionnel, plutôt que de forcer l'examen de leurs revendications sur le plan judiciaire¹⁹⁷⁶. Pour l'auteure, il s'agit en d'autres termes de formaliser et autoriser le principe de la

séparation des pouvoirs. Cette doctrine s'est développée à partir de l'arrêt de la Cour suprême, affaire *Marbury v. Madison* du 24 février 1803, 5 U.S. 137 (1803), « [w]hen the heads of the departments of the Government are the political or confidential officers of the Executive, merely to execute the will of the President, or rather to act in cases in which the Executive possesses a constitutional or legal discretion, nothing can be more perfectly clear than that their acts are only politically examinable. But where a specific duty is assigned by law, and individual rights depend upon the performance of that duty, it seems equally clear that the individual who considers himself injured has a right to resort to the laws of his country for a remedy. » Néanmoins, l'existence de cette doctrine ne prive pas les tribunaux de tout contrôle sur les actes gouvernementaux pour autant. En ce sens, on peut rappeler l'arrêt de la Cour supérieure des actions collectives du Canada, *Environnement jeunesse c. Canada* du 11 juillet 2019, n°500-06-000955-183, § 58 à 72, dès lors que le Canada connaît une doctrine similaire. La Cour y précise que le gouvernement étant soumis au respect des droits humains, un contrôle sous cet angle reste possible (en lien avec une action en responsabilité contre l'État pour inaction climatique). Cf. sur ce point de l'étendue du contrôle de constitutionnalité, mais dans le contexte suisse, *supra* 4.III.B.2.

¹⁹⁷⁴ ARENDT (Mensonge), p. 107 et 108.

¹⁹⁷⁵ En ce sens, on peut notamment lier sa remarque aux problèmes rencontrés par les activistes s'agissant de la qualité pour agir dans certains domaines cf. *supra* 4.III.B.3 et 4. De plus, la philosophe considère que « la nature générale du droit » (ARENDT (Mensonge), p. 106) rend complexe les procès collectifs et politiques devant les tribunaux, puisque y sont considérés les individus indépendamment de leurs relations au social. « En fait, le très grand mérite de la procédure judiciaire est de juger d'une façon impartiale un individu, en rejetant toute influence extérieure, sans se soucier de l'esprit du temps ou des opinions que l'inculpé peut partager avec d'autres personnes et tenter de présenter devant le tribunal. » ARENDT (Mensonge), p. 106. On tempèrera cet aspect qui est fortement lié à une certaine conception de l'interprétation du droit positif cf. *infra* sur la conception du droit comme d'une science sociale 5.III.D. En outre : cf. *supra* 4.III. sur les éléments relatifs à la dimension de contentieux stratégique que présente la désobéissance civile.

¹⁹⁷⁶ ARENDT (Mensonge), p. 107 à 109.

désobéissance civile en droit, en ce qu'il traduit un mouvement fondateur de celui-ci, car analogue à celui de l'association volontaire, sans pour autant codifier ou se prononcer sur les modalités justificatives de ce mode d'action dans les cas, par exemple sous forme de l'adoption d'un motif justificatif¹⁹⁷⁷. À cet égard, relevons qu'ARENDT n'exclut pas que les actes de désobéissance civile soient par ailleurs sanctionnés pénalement selon les situations¹⁹⁷⁸.

En résumé, d'un point de vue juridique, ce qu'ARENDT suggère est analogue à la distinction proposée dans notre étude entre désobéissance civile constitutionnelle (« en application de ») et désobéissance civile politique (« au nom de »). Pour la désobéissance civile politique, elle soutient une institutionnalisation qui permettrait de reconnaître la désobéissance civile comme un groupe de pression dont les revendications méritent d'être entendues dans le processus de formation du droit. Il s'agirait donc de reconnaître le principe général d'un « droit de désobéissance civile ». S'agissant de la désobéissance civile constitutionnelle, elle considère la désobéissance civile comme relevant de la liberté d'association¹⁹⁷⁹, sans se prononcer sur les justifications concrètes dans les cas d'espèce que peut apporter cette liberté. C'est en ce sens qu'elle entend parler de « droit » à la désobéissance civile dans son article¹⁹⁸⁰.

712

¹⁹⁷⁷ C'est en ce sens que l'on peut considérer son raisonnement comme également inachevé pour les juristes qui doivent encore se prononcer dans les cas sur la question de la justification ou non de l'acte « en application » du droit, notamment de la liberté de réunion *cf. supra* 4.III.A.

¹⁹⁷⁸ SMITH, p. 148. Pour ARENDT, reconnaître que certains actes peuvent être condamnés malgré tout en application du droit est une manière de tranquilliser les opposants à la désobéissance civile qui craignent l'anomie (*cf. infra* 5.IV.). En effet, une dimension dissuasive de la transgression subsiste aux yeux de la philosophe, ce qui lui permet d'avancer qu'il n'y aurait pas une explosion des cas de désobéissance civile en cas de reconnaissance institutionnelle de cette pratique (droit à la désobéissance civile politique). Voir également : SMITH, p. 251.

¹⁹⁷⁹ Ou plutôt de réunion au sens juridique positif, *cf. supra* 1.II.A.4.

¹⁹⁸⁰ Cette nuance entre reconnaissance juridique du principe et non des modalités d'exercice de la désobéissance a été peu perçue à certaines occasions en doctrine. Notamment, voir p. ex. : OGIEN, p. 591 ss, lorsqu'il déclare que « sa proposition [celle d'ARENDT, de faire de la désobéissance civile un « droit »] entre en contradiction avec le concept même de désobéissance, qui suppose une réaction émotionnelle imprévisible face à une prescription [...]. » En effet, à suivre cet auteur, il n'est pas possible de codifier une justification « en application de » la désobéissance civile, alors que ce qui est visé par ARENDT est la dimension « au nom de » portée par l'action lorsqu'elle suggère une institutionnalisation. Nous ne nous accordons pas non plus avec cet auteur sur la dimension « en application de ». En effet, OGIEN semble ne pas reconnaître que la désobéissance civile puisse s'exercer en application d'une liberté, par hypothèse de réunion ou d'association, et que cette qualification ne signifie pas qu'il soit garanti que celle-ci puisse toujours être justifiée. Dès lors qu'il s'agit de l'exercice d'une liberté, les conditions de l'art. 36 Cst. féd. doivent être

- 713 En conclusion, les différents éléments de la pensée d'ARENDT mis en avant dans cette section comprennent les apports suivants pour notre recherche : tout d'abord, la conception arendtienne offre une alternative aux théories d'obéissance libérale de la désobéissance civile qui se limitent à proposer des justifications d'ordre moral à l'usage de la désobéissance civile. Son référentiel est avant tout politique. C'est par l'action et la possibilité d'exprimer leurs désaccords que les citoyens et citoyennes actualisent les discussions politiques et, par voie de conséquence, le droit. Il n'est alors pas question de manichéisme¹⁹⁸¹, mais bien plutôt de reconnaître que l'action des désobéissants et désobéissantes est un terreau fertilisant la démocratie. En ce sens, la conception qu'elle développe des activistes comme *zōon politikon*¹⁹⁸² est plus en phase avec la pratique désobéissante telle qu'elle se manifeste concrètement et telle qu'observée dans notre corpus. De plus, la théorie d'ARENDT permet de reconnaître un rôle juridique à la désobéissance civile en lui octroyant un statut institutionnel (équivalent à la désobéissance civile « au nom de ») et en la liant à l'association volontaire (« en application de » la liberté de réunion), sans se prononcer sur les justifications casuistiques à lui apporter. Cette solution permet de fonder une catégorisation différente des désobéissants civils, non pas comme des délinquants, mais comme des acteurs politiques, sans pour autant préjuger de l'analyse pénale ou constitutionnelle qui viendra déterminer la sanction à infliger si les conditions de restrictions de leurs libertés fondamentales sont remplies.
- 714 Nous retiendrons enfin que l'étude de ses propositions laisse subsister certaines carences sur la manière pratique de réaliser et mettre en œuvre ce « droit » à la désobéissance civile dans ces deux facettes. Ainsi, en particulier, les critères permettant aux juges de se prononcer sur l'acceptabilité ou non de l'argument de la liberté de réunion comme motif justificatif pénal restent flous¹⁹⁸³. S'agissant de l'institutionnalisation de la désobéissance civile comme d'un groupe de pression légitimé à influencer le processus de l'évolution du droit, là aussi, la forme que devrait concrètement prendre cette reconnaissance reste à préciser. C'est au sujet de ces éléments que nous tenterons, en conclusion de la présente étude, de formuler une réponse.

examinées et l'acte peut être parfois sanctionné, parfois justifié, selon les circonstances du cas d'espèce.

¹⁹⁸¹ Dans le sens où les désobéissants seraient caricaturalement « bons » ou « mauvais ».

¹⁹⁸² Cf. *supra* 2.III.D.

¹⁹⁸³ Pour le dire autrement, si l'auteure permet de justifier que l'on considère la désobéissance civile comme étant couverte par le champ d'application de la liberté de réunion (cf. *supra* 4.II.A.1.), sa lecture ne permet pas de dégager des indices pour effectuer l'analyse des critères de restrictions de l'art. 36 Cst. féd., surtout dans sa composante de proportionnalité.

C. Conclusion au sujet du caractère démocratique de la désobéissance civile

Contre les critiques classiques qui considèrent la désobéissance civile comme une « tyrannie de la minorité », de nombreuses raisons de promouvoir ou de légitimer démocratiquement son usage sont évoquées en philosophie¹⁹⁸⁴. De tels actes de désobéissance civile y sont présentés comme une manière de contribuer à un espace de débat et de faire une place à des revendications ou changements souhaités par une partie de la population qui ne peut l'exprimer qu'avec ces moyens. Dans cette mesure, elle constitue un contrepoids, un contre-pouvoir, voire un complément à la règle majoritaire¹⁹⁸⁵. Pour les philosophes politiques, elle offre aussi une occasion de renforcer la mise en œuvre des droits constitutionnels. Dans cette perspective, les individus qui choisissent ce mode d'action ne viseraient pas une abolition du système majoritaire ou juridique, mais souhaiteraient y apporter des correctifs, ou encore faire évoluer le corpus de droits constitutionnels. Ainsi, la désobéissance civile traduit, selon la formule consacrée, un appel porté par un élan citoyen¹⁹⁸⁶ de la minorité à la conscience endormie de la majorité¹⁹⁸⁷. Elle apparaît également comme un moyen qui permet aux citoyens et citoyennes de simultanément exprimer leur désaccord, tout en restant fidèles à ce système. En résumé, elle est démocratique dans la mesure où elle peut servir les droits de minorités face à la majorité (RAWLS, ARENDT, HABERMAS), parce qu'elle permet de mettre l'accent sur la dimension délibérative également présente en démocratie (HABERMAS) et, parce qu'elle procède d'un mouvement qui réaffirme le consentement des membres du corps civique aux normes communes (ARENDT).

715

¹⁹⁸⁴ Position partagée en doctrine juridique par RHINOW, p. 26 ; LOCHAK, p. 201 ; BESSON (Morality), p. 504 ss, *cf. supra* 1.IV.

¹⁹⁸⁵ Opinion également présente en doctrine juridique : EBERT, p. 79 ; FLEISCH, p. 49 ss ; SPESCHA, p. 181 ss ; DOBLER, p. 136, mais dont on ne trouve pas trace dans les analyses des autorités judiciaires, *cf. supra* 4.III. On peut en outre souligner que la conception majoritaire qui sous-tend cette critique du caractère présupposément antidémocratique de la désobéissance civile renvoie à une vision essentialisée de la majorité et des droits politiques (un de nos obstacles épistémiques mis en avant *supra*). Elles ont tendance à réduire le raisonnement à une logique de causalité naturelle entre caractère majoritaire et régime démocratique.

¹⁹⁸⁶ GÉRARD, p. 85 ; OST (désobéir), p. 29. Définir la désobéissance civile comme un instrument de lutte en faveur des minorités permet d'inscrire la démarche des désobéissants dans une perspective démocratique. OST postule que « la plus haute forme de citoyenneté consiste précisément à soumettre sans relâche les décisions de la majorité à l'examen critique. », p. 29.

¹⁹⁸⁷ DOBLER, p. 136 ; OST (désobéir), p. 18 ; BESSON (Morality), p. 521.

- 716 Par ailleurs, dans le but de démontrer le caractère démocratique de l'acte, RAWLS et HABERMAS assujettissent la justification de la désobéissance civile au respect de trois critères : être autolimitée dans sa mise en œuvre (proportionnelle), mise en œuvre au nom du sentiment de justice de la majorité ou des droits constitutionnels et constituer un dernier recours. Selon eux, le caractère citoyen de ce mode d'action doit conduire les désobéissantes et désobéissants civils à accepter de se soumettre à une éventuelle sanction, quand bien même leur acte s'avère justifié moralement. À contre-pied de cette approche, ARENDT considère que le processus qui pousse les citoyens et citoyennes à désobéir et à mettre en doute l'autorité de la loi au nom de considérations politiques est un mouvement démocratique en tant que tel, qui ne nécessite pas le respect de ces conditions. Ainsi, l'assujettissement à la sanction n'est que secondaire dans son approche et non nécessaire pour démontrer du caractère démocratique de ce mode d'action. La philosophe propose, en outre et contrairement aux autres auteurs, une forme de justification juridique de l'acte de désobéissance civile qui pourra servir le but de notre recherche, afin de formuler une proposition de qualification en droit de celle-ci.
- 717 En définitive, on retiendra qu'il existe différents types de fondements de philosophie politique qui soutiennent le caractère démocratique de la désobéissance civile. Selon leurs orientations respectives, ces rationalités sont situées et s'appuient sur des conditions de justifications qui leur sont propres. Néanmoins, malgré leurs divergences, les trois auteurs présentés s'accordent sur ce premier point. Ces éléments constituent ainsi autant de réponses aux critiques qui considèrent la désobéissance civile antidémocratique et qui sont présentes explicitement ou implicitement dans le traitement de ces actes dans notre corpus.

III. « La loi, c'est la loi » : mise en cause du légalisme

Le second reproche classique opposé à la désobéissance civile est celui de son illégalité¹⁹⁸⁸. En raison de la violation impliquée par l'acte, toute portée de celui-ci se verrait alors niée, excluant par là même une réflexion sur son éventuelle justification, la loi ne pouvant souffrir un tel accroc à son autorité. Ce reproche, déjà présent historiquement dans les débats philosophiques, politiques et juridiques entourant la désobéissance civile, traduit un rapport situé au droit et à la loi qui peut être résumé par l'adage « la loi, c'est la loi »¹⁹⁸⁹, dénoncé notamment par HABERMAS¹⁹⁹⁰. 718

En effet, cette position philosophico-juridique ancrée dans le positivisme juridique se caractérise par différents traits dont, notamment, la mise en avant d'une conception logicienne du droit sur lesquels nous allons revenir. L'un des objectifs de ce recours aux méthodes des sciences exactes est, pour ses défenseurs, de se démarquer des traditions philosophiques antérieures, soit principalement du courant jusnaturaliste. En conséquence, le positivisme, tout comme sa tradition parente du légalisme, évincent tout questionnement sur les finalités et les enjeux politiques ou moraux du droit, qui sont jugés subjectifs et donc ascientifiques¹⁹⁹¹. Les figures de l'individu et du sujet de droit forment les pierres angulaires de cette nouvelle approche scientifique de la discipline. L'arbitrage des intérêts et des droits et libertés de ces individus, détenteurs de prérogatives inaliénables, en devient l'objet d'étude. De plus, c'est dans le cadre de la théorie du contrat social que cet arbitrage a lieu, la mise en relation des personnes se muant en un choix libre de ces sujets. S'ensuit de ces 719

¹⁹⁸⁸ Le premier étant pour rappel son caractère supposément antidémocratique et le troisième son anomie. Cf. *supra* l'introduction de ce chapitre, ainsi que CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 54. Pour rappel, l'illicéité de la désobéissance civile est désignée par KRIESI (Gegenkultur), p. 166, comme étant « l'argument magique » opposé à ce mode d'action par les autorités. Le positivo-légalisme est également désigné comme un obstacle épistémique à la consécration d'un droit à la désobéissance civile par FALCÓN Y TELLA (philosophie), p. 2 ss, précitée *supra* 1.IV.

¹⁹⁸⁹ « Gesetz ist Gesetz », HABERMAS (Unübersichtlichkeit), p. 84. Relevons qu'en philosophie politique, l'idée selon laquelle la justice ne saurait se résumer à la loi est commune (voir p. ex. les contributions de : ZINN, BENTOUHAMI-MOLINO, ARIES ou CERVERA-MARZAL).

¹⁹⁹⁰ Ainsi que, dans le contexte de son acte d'objection, par THOREAU qui appelait à distinguer le juste du légal cf. *supra* 2.III.A.

¹⁹⁹¹ Enjeux pourtant centraux pour les non-juristes et en particulier les activistes. Voir notamment la déclaration d'une prévenue dans la décision Tribunal de police de Lausanne, 27 octobre 2021, PE19.020367 : « [a]ujourd'hui [face aux dérèglements climatiques] je pense que pour vous c'est confortable de rester dans une position de juge qui applique la loi, mais je pense que la justice et la loi sont différentes. », p. 20.

propositions une conception absolue de la souveraineté étatique, dont une des facettes est un rapport à la loi comme commandement (*potestas*). Enfin, les conséquences d'une telle philosophie se traduisent dans la pratique juridique par une prééminence de la doctrine dite du « sens clair » de la loi¹⁹⁹², du syllogisme juridique et une illusion de neutralité axiologique de l'activité judiciaire.

- 720 En matière d'actes de désobéissance civile, cet héritage conceptuel influence la réception de ce phénomène par les cours. C'est que ces positions tendent à invisibiliser les processus de formation du droit et les autres sources de celui-ci, mais réduisent également l'opposition à la désobéissance civile à un simple argument d'autorité qu'est celui de son illégalité¹⁹⁹³. De plus, comme relevé dans les observations sur le corpus d'actes matériels de désobéissance civile (chapitre 4), les conséquences de cette attitude déploient une portée pratique, puisqu'on peut en trouver la trace dans les décisions, lorsque sont opérés des raisonnements du type : « non autorisé » équivalant à « illicite », « illicite » à « justifiant une restriction des droits fondamentaux », ou encore, menant à une application mécanique notamment de l'infraction de contrainte, sans égard aux justifications apportées par les libertés fondamentales. Ainsi, il en résulte un enjeu pour la mise en conformité du droit dans son ensemble, au-delà des questions de simple application du droit pénal.
- 721 Afin de continuer notre démarche d'explicitation des rationalités qui se dissimulent sous les critiques défavorables à la désobéissance civile, nous étudierons ici les ressorts mobilisés par cet argument de son illégalité. Nous soulignerons également leurs fragilités, puis explorerons d'éventuelles pistes alternatives, afin de mettre en cause cet argument. Nous verrons donc que la désobéissance civile défie l'attitude légaliste-positiviste dominante au sein de la discipline juridique continentale en raison de la violation de la loi qu'elle suppose, mais ne constitue pas pour autant un oxymore pour le droit.
- 722 Pour guider cette réflexion, nous expliciterons les matrices philosophico-juridiques teintant ce reproche d'illégalisme formulé à l'encontre de la désobéissance civile, à savoir : le positivisme (1.), le contractualisme (2.) et le légalisme (3.). L'examen insistera sur le souci dans ces courants d'un éventuel positionnement des juges au sujet des finalités de la loi. Nous nous intéresserons ensuite aux impératifs dictés par ces ancrages théoriques à la technique juridique et leurs implications pour les actes de désobéissance civile considérés (4.). Enfin, après avoir proposé une discussion critique de ces registres argumentatifs, nous chercherons un registre alternatif à ces tendances

¹⁹⁹² Cf. *infra* 5.III.B.1.

¹⁹⁹³ Or, comme le relève CARBONNIER, les situations de violations de la loi nous livrent pourtant de précieuses informations à propos du droit, p. 30.

dominantes, afin de déterminer s'il permettrait d'enrichir la recherche de qualification de la désobéissance civile en droit (5.).

A. Positivisme ou jusnaturalisme : la dichotomie structurante

1. Les doctrines du droit naturel

Lorsque l'on étudie le positivisme, s'impose comme un détour préalable inévitable un rappel théorique au sujet du jusnaturalisme, tant ces doctrines se sont construites l'une en réaction à l'autre. Ces deux traditions font office de courants structurants de la philosophie du droit occidental. Aussi réducteur que ce résumé puisse paraître, cette dichotomie reste fortement ancrée, comme en témoigne la tendance dans les débats juridiques d'assigner les positions et propositions soit à un camp soit à l'autre¹⁹⁹⁴. Si cette opposition n'est plus

723

¹⁹⁹⁴ Constat qu'effectue le philosophe du droit et professeur de droit Michel TROPER, p. 24 ; FALCÓN Y TELLA (History), p. 128 ss. Cette opposition entre positivisme et jusnaturalisme explique le recours fréquent à l'exemple de la tragédie de SOPHOCLE « Antigone », lorsqu'il est question de désobéissance civile (ou plutôt d'objection de conscience, les deux figures étant souvent amalgamées à tort cf. *supra* chapitres 2 et 5), certaines lectures réduisant l'enseignement de la pièce à une opposition entre ces deux courants philosophiques. Le personnage de Créon y incarnerait alors le positivisme face à une Antigone jusnaturaliste. Benoît FRYDMAN, professeur de philosophie du droit au sein du centre Perelman à Bruxelles, considère que l'on peut retenir de cette opposition entre ces deux figures que la loi devrait toujours céder le pas sur l'ordre (car il s'agit bien d'un ordre dans le cas de Créon), p. 182. En ce sens, la pièce « Antigone », pour FRYDMAN, est une invitation à explorer l'espace entre obéissance et justice, ordre et loi, pouvoir et devoir, et ouvre un espace pour la discussion sur la démocratie. En doctrine contemporaine et au sujet de la désobéissance civile, la contribution de NIGGLI/MUSKENS rejoue presque caricaturalement cette opposition entre jusnaturalisme et positivisme en tentant de discréditer toute position qui ne serait pas positiviste, car elle porterait en elle les germes d'une dérive fasciste, § 77. Ils s'opposent en conséquence avec véhémence à la désobéissance civile. Également : ROSSINELLI, p. 230, cf. *supra* 1.IV.A. Cette dichotomie schématique tend en outre à évincer la réflexion sur la dimension démocratique de la production des lois, pour en faire un enjeu de rationalité ou de connaissance, cf. *infra* 5.IV. et *supra* 5.II. La désobéissance civile ouvre également un troisième pôle, celui des justifications démocratiques de la loi, entre jusnaturalisme et positivisme, CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 69 ss.

adaptée aux évolutions sociopolitiques contemporaines¹⁹⁹⁵, elle reste un motif qui imprègne fortement le rapport au droit des juristes.

724 Le jusnaturalisme, dans son acception moderne, se définit comme l' :

« [...] ensemble des doctrines philosophiques qui affirment l'existence de droits – les plus fondamentaux d'entre eux à tout le moins – indépendamment de toute intervention ou médiation humaine. »¹⁹⁹⁶

En conséquence, dans une telle approche, la loi ne fait que consacrer un « déjà là », naturel ou divin, qu'il convient de rechercher ou qui peut être révélé aux êtres humains¹⁹⁹⁷. La justesse de la loi est donc liée à son contenu, aux fins qu'elle poursuit, ainsi qu'à sa source¹⁹⁹⁸. Dès lors, dans cette acception, une loi injuste ne pourra être qualifiée de loi, puisque la véracité ou la légitimité de celle-ci découle du recoupement entre le droit existant et ce qu'il doit achever comme but¹⁹⁹⁹. Ainsi, pour d'autres raisons que dans le positivisme, cette approche peut également véhiculer un rapport d'univocité et d'unité à la loi, notamment lorsqu'elle est mise au service d'une doctrine religieuse ou essentialiste²⁰⁰⁰. En conséquence, de nombreux auteurs souhaitent se démarquer avec fermeté des courants jusnaturalistes. À ce sujet, PAPAUX considère qu'il pèse sur ces doctrines du droit naturel un « stigma théologique »²⁰⁰¹ lié à leurs développements chrétiens et à l'universalité présupposée de la loi soutenue par certains de ses adeptes.

725 Un tel stigma est mobilisé en doctrine juridique à l'encontre de désobéissants civils. Ils sont ainsi suspectés de s'ancrer dans une tradition jusnaturaliste en raison de la référence effectuée par certains d'entre eux à une source transcendante de justice qui justifierait leur acte²⁰⁰². Pourtant, les

¹⁹⁹⁵ OST/VAN DE KERCHOVE, p. 7 à 12, plaident pour un changement de paradigme, notamment en raison d'enjeux tels que l'essor de la « soft law », la mondialisation des négociations du droit international, etc. ; VOGLIOTTI (rhapsodie), p. 141 ss.

¹⁹⁹⁶ PAPAUX (philosophie), p.113.

¹⁹⁹⁷ PAPAUX (philosophie), p. 133.

¹⁹⁹⁸ PERRROUTY, p. 66.

¹⁹⁹⁹ TROPER, p. 30 ss.

²⁰⁰⁰ CARBONNIER, p. 10 et 11.

²⁰⁰¹ PAPAUX (philosophie), p. 126.

²⁰⁰² HIEZ, p. 81. Ce reproche est également corrélé à la confusion courante entre objection de conscience et désobéissance civile, *cf. supra* 1.V. et 2.III.A. Par ailleurs, CERVERA-MARZAL (nouveaux) recourt au concept d'« alterobéissance » pour marquer le caractère hétéronome du fondement de la conception de justice que défendent ce type de désobéissants et les distinguer des désobéissants civils. « En ce sens, ceux qui enfreignent les lois en vigueur au nom de la Justice divine, du Tribunal de l'histoire, de la Marche du progrès ou du Règne de la science ne font pas œuvre de désobéissance civile. Ils sont dans l'alter-obéissance, au sens où ils se soumettent à une autre Idée de la justice que celle actuellement dominante. Puisqu'ils cherchent à attribuer l'origine de la loi en deçà du social », p. 63.

désobéissants ne forment pas une masse uniforme. On trouve en leur sein des personnes qui agissent tant au nom de valeurs ou de principes immuables, que des personnes qui cherchent à démontrer la valeur humaine de la loi ou défendent une évolution au nom de changements sociaux²⁰⁰³. Par conséquent, les désobéissants civils défendent également, selon les cas, un rapport au droit qui pourrait plutôt être qualifié de réaliste, critique ou républicain, sans que l'on puisse le déterminer au préalable et, puisqu'ils ne cherchent pas nécessairement à justifier leurs actes sur le terrain du juste²⁰⁰⁴. En ce sens, la tentative de les cantonner à un apport jusnaturaliste vise à jeter un discrédit sur leur démarche qui rejoue l'opposition classique entre la doctrine positiviste dominante et les écoles du droit naturel.

2. Les doctrines positivistes

Le positivisme, quant à lui, peut désigner différentes attitudes²⁰⁰⁵. Il peut s'agir autant d'une approche du droit, d'une certaine théorie du droit, que d'un rapport particulier à la notion de justice. En tant qu'approche porteuse de sa propre idéologie²⁰⁰⁶, le positivisme se caractérise par cinq éléments principaux : un rejet des origines divines de la loi, une scission de la discipline juridique avec l'étude de la morale, une volonté de séparer l'étude des signifiants du droit de son contexte de production et de ses fonctions, une conception du système juridique comme d'un système logique et fermé et une

726

²⁰⁰³ Cf. *supra* chapitre 3, les différentes décisions de notre corpus pour une illustration de cette diversité, ainsi que les distinctions effectuées entre traditions libérales ou républicaines de la désobéissance civile. Également : HIEZ, p. 81.

²⁰⁰⁴ Par exemple, lorsque les désobéissants civils ne fondent pas leur défense sur un registre purement moral, mais invitent les autorités judiciaires à se déterminer sur l'existence de dysfonctionnements démocratiques, d'inégalités structurelles ou en appellent à un besoin d'interprétation dynamique du droit, on a alors un indice de tels ancrages. Nous y reviendrons, cf. 5.III.B. En outre, HIEZ, p. 82, qui conclut que les conceptions de la loi et du droit sont ambivalentes dans la pensée des désobéissants ; CERVERA-MARZAL (nouveaux) revendique pour sa part un fondement démocratique de la désobéissance civile au sein de la plupart des mouvements, dès lors que celle-ci « n'est pas l'expression d'un droit naturel qui autoriserait un individu à enfreindre la volonté majoritaire. [La désobéissance civile] constitue au contraire un acte d'auto-institution démocratique par lequel la collectivité se soulève contre une tendance d'une loi à s'autonomiser des activités sociales dont elle procède », p. 79. En outre : CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 69 ss.

²⁰⁰⁵ Nous devons effectuer ici un certain nombre de raccourcis, non nécessaires à notre étude, notamment sur les distinctions entre le positivisme juridique et philosophique. Tous deux sont considérés ici comme des synonymes, bien qu'il existe pourtant des nuances qui les distinguent, cf. TROPER, p. 35 ; VIALA, p. 95 ; PERROUTY, p. 67.

²⁰⁰⁶ BOURDIEU (hypocrisie), p. 95.

volonté de faire de la neutralité axiologique une position garante de la validité dudit système²⁰⁰⁷. En résumé, le positivisme se veut une science du droit qui :

« [...] ne fait qu'appliquer sur ce point les idées du Cercle de Vienne, selon lesquelles les affirmations métaphysiques ne sont que des pseudo-propositions dépourvues de signification, car non vérifiables. La science ne peut donc consister en spéculations sur des principes *a priori*. Transposés à la science du droit, le refus de la métaphysique et l'anticognitivisme auquel il est lié conduisent au rejet des doctrines du droit naturel. L'argument anticognitivist est qu'on ne peut connaître que ce qui est et que les valeurs ne sont pas des propriétés naturelles, mais l'expression des émotions, de même que les prescriptions sont l'expression des volontés. »²⁰⁰⁸

727 L'opposition du positivisme au jusnaturalisme se cristallise ainsi sur la thématique de la place accordée aux valeurs et à la morale dans le droit. Pour se distancer de tout soupçon de considérations métaphysiques, le positivisme écarte l'étude des finalités et des causes du droit, questions ne pouvant faire l'objet de la science juridique²⁰⁰⁹. La rationalité du droit devient un élément donné au terme d'un processus qualifié de « laïcisation » du droit, car éludant les discussions au sujet de ses origines²⁰¹⁰. Dans une telle perspective, le droit « est » et la science du droit ne peut donc que décrire cet état²⁰¹¹. Cette tendance se retrouve appliquée tant au droit privé qu'en droit public²⁰¹². En conséquence, dans le positivisme, le ou la juge n'est qu'auxiliaire de cette justice qui s'applique au travers de la loi, dès lors que le droit n'a pas de fonction propre²⁰¹³.

728 Cette approche positiviste a été critiquée par différents courants de philosophie du droit. Ainsi, dans leurs recherches, OST et LENOBLE se sont attachés à dénoncer cette proposition d'un droit positif, existant et uniquement descriptif qui induit une « réduction du divers à l'unité du légal et une inscription du légal dans l'ordre de l'incontesté. »²⁰¹⁴ En effet, à leurs yeux, la doctrine positiviste instaure en son centre la tautologie qui se résume dans l'adage « la loi, c'est la loi » que l'on retrouve dans la critique de la

²⁰⁰⁷ TROPER, p. 27 à 30.

²⁰⁰⁸ TROPER, p. 37.

²⁰⁰⁹ PERROUTY, p. 65.

²⁰¹⁰ PERROUTY, p. 65. En conséquence, « la doctrine du positivisme tend à reconnaître une norme juridique valide (et partant, légitime) lorsqu'elle satisfait aux conditions systémiques posées pour son adoption (valablement débattue et votée, sanctionnée et entrée en vigueur, etc.). La question de l'existence de la loi et celle de son mérite ou de son démérite sont radicalement distinguées. », p. 66.

²⁰¹¹ PAPAUX (philosophie), p. 106.

²⁰¹² Constat effectué par le professeur de droit public à l'Université Panthéon-ASSAS de Paris, JOUANJAN, p. 52.

²⁰¹³ OST (droit), p. 24.

²⁰¹⁴ OST/LENOBLE, p. 550.

désobéissance civile. Or, la rationalité de la loi, tout comme son inscription *a fortiori* dans le registre du juste, relèvent de la fiction. L'inscription de la loi dans le registre du commandement nécessaire, sans discussion sur ses origines, implique que les membres du corps civique, tout comme les juges, n'ont pas à en discuter la qualité, quand bien même celle-ci pourrait s'avérer inadaptée²⁰¹⁵.

Une autre conséquence de cette vision de la loi comme unité est qu'elle a pour corollaire un caractère absolument obligatoire²⁰¹⁶. Dès lors découle du paradigme positiviste une évolution vers une conception de la loi comme d'un commandement vertical, dérivé du pouvoir souverain, par opposition à celui d'un droit négocié ou co-créé par les membres du corps civique²⁰¹⁷. Cette conception de la loi renforce le rejet du questionnement sur les finalités de cette dernière, puisque son caractère obligatoire est indiscutable. Une loi violée devient alors susceptible d'entraîner l'invalidation de l'ensemble du système juridique, dans une perspective logicienne qui y applique les mêmes règles de falsification qu'en sciences appliquées²⁰¹⁸. L'absolue cohérence du système apparaît, en d'autres termes, comme un impératif réduisant les possibilités de penser les situations limites qui doivent à tout prix être évitées.

729

3. La désobéissance civile : un cas limite pour le positivisme

Au sens de OST/VAN DE KERCHOVE, la désobéissance civile est un de ces cas limites, puisqu'elle problématise l'inviolabilité de la loi au nom d'une réflexion sur la finalité de celle-ci, tout en faisant appel à ce que le droit pourrait être²⁰¹⁹. De tels états de fait constituent des cas difficiles (« hard cases »²⁰²⁰) qui nécessitent des solutions *ad hoc* et font figure d'anomalie dans un système positiviste. Ces situations constituent des « objets juridiques non identifiés » qui, à son sens, soulignent les limites de l'approche positiviste de

730

²⁰¹⁵ Comme le résume le professeur au Collège de France Alain SUPIOT (Homo juridicus), p. 86 ; ainsi, on peut douter de la pertinence de penser le droit sans recourir à sa *ratio legis*, SUPIOT (Poétique), p. 341.

²⁰¹⁶ TROPER, p. 37.

²⁰¹⁷ PAPAUX (philosophie), p. 76 et 146. Cette approche est ainsi diamétralement opposée à celle défendue par ARENDT au travers de la figure de l'association volontaire, cf. *supra* 5.II.B.1. Elle est également inconciliable avec l'idée d'« autolégislation » prônée par THOREAU, cf. *supra* 2.III.A.

²⁰¹⁸ PAPAUX (philosophie), p. 146 ; DE SUTTER, p. 31 ss.

²⁰¹⁹ Dans le même sens : TIMSIT, p. 172.

²⁰²⁰ Par référence à DWORKIN cf. *infra* 5.III.B.

la loi et invitent à en déborder²⁰²¹. Or, dans la philosophie positiviste, les réflexions auxquelles invitent les désobéissants civils relèvent d'une appréciation du droit *de lege ferenda*, ce qui suffit à les rejeter. En effet, pour les positivistes, de telles questions ne sont pas l'objet de la dogmatique juridique, mais bien des défis politiques ou philosophiques²⁰²². Par ailleurs, en raison de leur appel au droit et de leur violation de la loi, les désobéissants questionnent la dimension de commandement attribuée à la loi et mettent en lumière les enjeux liés à son effectuation et son adoption, éléments qui sont évacués dans le positivisme.²⁰²³

- 731 En ce sens, on peut considérer que le positivisme, en tant qu'approche du droit, constitue actuellement une forme d'obstacle épistémique à la catégorisation juridique de la désobéissance civile et à la reconnaissance de la dimension d'appel au droit qu'elle porte²⁰²⁴. Ce constat peut s'observer en doctrine juridique lorsque les auteurs concluent que ce mode d'action ne peut s'analyser autrement que sous le prisme politique ou philosophique²⁰²⁵. Or, force est de constater que ce type de thèse est principalement présent chez des auteurs qui défendent une conception positiviste de la loi²⁰²⁶.

B. Doctrines contractualistes et sujet de droit

- 732 Les évolutions des doctrines juridiques du positivisme sont liées à l'essor des doctrines politiques du contrat social²⁰²⁷. Elles constituent en ce sens une seconde matrice conceptuelle qui sous-tend l'adage « la loi, c'est la loi » que l'on retrouve chez les détracteurs de la désobéissance civile et qui constitue, à certains égards, un obstacle à sa justification.

²⁰²¹ OST/VAN DE KERCHOVE, p. 14. Constituent à leur sens de tels exemples d'anomalies : le principe d'opportunité des poursuites, qui brouille le rôle exécutif du ministère public, les catégories *ad hoc*, ou encore la notion de citoyenneté fragmentée. Ces différents cas de figure relèvent à leur sens du « bricolage », p. 14 et 16.

²⁰²² SUPIOT (Poïétique), p. 339 un signe de ce rejet peut se lire dans l'absence de juristes qui se prononcent sur des questions de justice, les derniers ouvrages sur la question étant le fruit de philosophes, voire d'économistes : RAWLS, FRASER, RICCEUR, SENN, etc. En ce sens, il dénonce une forme de schizophrénie qui interdit aux juristes de s'exprimer sur la justice au nom de celle-ci ; FRIGERIO, p. 261, effectue un constat similaire.

²⁰²³ PAPAUX (philosophie), p. 151-153 ; CERVERA-MARZAL (nouveaux), p. 95 et 96, sur la loi non pas comme commandement, mais comme relation, *cf.* 5.III.B, ainsi que, ARENDT *cf. supra* 5.II.B.

²⁰²⁴ TURENNE (thèse), p. 127.

²⁰²⁵ *Cf. supra* 1.IV.

²⁰²⁶ HIEZ, p. 70.

²⁰²⁷ FALCÓN Y TELLA (History), p. 70 ss ; PERROUTY, p. 63 ss.

De manière schématique, rappelons à l'attention des juristes que ces doctrines, qui remontent à la pensée politique de Thomas HOBBS, puis de John LOCKE ou Jean-Jacques ROUSSEAU, sont développées autour de l'idée centrale selon laquelle les individus, et non plus les personnes, forment une société politique par résultat d'un choix rationnel. L'État en est le produit. Les individus acceptent de se soumettre aux lois promulguées par celui-ci en contrepartie de la protection de leurs libertés, de leur vie ou d'une garantie de leur autonomie, par opposition à un état de nature où régnerait la loi du plus fort²⁰²⁸. Cette conception absolue de la souveraineté se répercute dans le rapport au droit et à l'organisation du pouvoir – vertical et pyramidal – que l'on retrouve dans le positivisme avec la notion de « loi-commandement »²⁰²⁹. Dans ces théories, l'autorité est en effet dérivée de l'engagement initial²⁰³⁰, ce qui a pour conséquence de fonder un devoir d'obéissance complet et absolu, seule la résistance étant encore exceptionnellement de mise²⁰³¹.

733

1. Individu et libertés

Ainsi, dans les doctrines du contrat social, comme dans le positivisme juridique, la figure centrale à partir de laquelle est pensé le contrat est celle de l'individu, respectivement du sujet de droit²⁰³². En ce sens, dans une telle philosophie, la communauté politique n'est que dérivée de l'engagement volontaire des individus dans le contrat. Elle n'est pas préexistante ou indisponible aux choix humains, mais relève du disponible et de l'artificiel²⁰³³. Les individus sont dans cette acception des êtres dont la volonté est illimitée et c'est uniquement la figure du contrat, conclu par choix, qui vient limiter

734

²⁰²⁸ KYMLICKA, p. 71 ss. Cf. *supra* 5.II. et 2.III.A., où les doctrines contractualistes ont été mentionnées en lien avec la présentation de la théorie de la désobéissance civile de certains philosophes qui s'en détachent (ARENDETT et THOREAU) ou qui s'inscrivent dans son prolongement (RAWLS et HABERMAS).

²⁰²⁹ DEMAY/FAVRE, p. 251 à 255 et les réf. citées.

²⁰³⁰ FALCÓN Y TELLA (History), p. 71.

²⁰³¹ Cf. *supra* 2.II. ; PERROUTY, p. 65 ; DEMAY/FAVRE, p. 251 à 255.

²⁰³² VILLEY, p. 183 ; FRIGERIO, p. 353 ss. L'auteur de référence sur la notion d'individu en droit étant Louis DUMONT. Ici on ne se consacre pas à une étude entière de cette thématique, mais on se contentera de reprendre quelques généralités utiles pour comprendre les paradoxes du rejet de la désobéissance civile par les juristes, mais aussi les difficultés de l'appel au droit effectué par les désobéissants. Sur l'importance de cette question pour la philosophie du droit, VILLEY, p. 185, qui estime que : « c'est l'individualisme qui oppose le droit moderne, non pas seulement aux conceptions dominantes du Moyen Âge, mais encore aux doctrines classiques de la philosophie du droit de l'Antiquité (c'est-à-dire surtout d'Aristote). » ; CARBONNIER, p. 146 et 147.

²⁰³³ PAPAUX (nature), p. 114.

cette puissance première²⁰³⁴. En conséquence, la condition de citoyen ou citoyenne est dérivée et, elle aussi, artificielle. La focale se fixe sur l'atome individuel, ce qui rend l'existence des relations entre les sujets secondaire²⁰³⁵.

- 735 Découle également de ces prémices une certaine conception de la liberté. Celle-ci se définit alors avant tout comme une propriété individuelle des sujets. En effet, si la donnée fondatrice de toute la structure de pensée du système est l'individu, et la figure instituant la société le contrat qui permet la juxtaposition des différents intérêts de ces individus, la liberté individuelle devient elle aussi avant tout une faculté personnelle. En outre, comprise en ce sens, cette faculté ne connaît *a priori* d'obstacle que la confrontation à autrui. L'expression, reprise par les juges²⁰³⁶ qui érigent en lieu commun la formule que l'on doit à John Stuart MILL, philosophe utilitariste du 19^e siècle, « la liberté s'arrête où commence celle des autres », retranscrit ces éléments²⁰³⁷.
- 736 Néanmoins, ce qu'on invisibilise lorsque l'on recourt à cette formule est que l'existence d'autrui est aussi préalable à l'exercice de droits et libertés. Le contrat et l'existence d'une forme d'égalité sont également antérieurs²⁰³⁸. En effet, comme l'explicite SUPIOT, cette conception de la liberté rend autrui et les relations à cet individu non nécessaire à la reconnaissance de l'existence de droits ou de libertés²⁰³⁹. En ce sens, différentes approches philosophiques

²⁰³⁴ PAPAUX (philosophie), p. 108 et 109 : « la logique contractualiste préserve assurément au plus haut point le singulier : l'individu s'y trouve libre, sans inclination naturelle, sa volonté seule le conduisant à s'engager ou non dans l'échange. »

²⁰³⁵ SUPIOT (Homo juridicus), p. 53 : « [l']homo juridicus parvient ainsi à traiter le pluriel comme un singulier, le "nous" comme un "je" susceptible de commercer sur un pied d'égalité avec tous les autres individus. La clé de voûte de cet ordre humain exclusivement peuplé d'individus est un individu suprême, dont on postule, là encore sur le modèle de l'*imago dei*, l'unité et l'indivisibilité. » Les conséquences de cette matrice se retrouvent dans la technique juridique, cf. *infra* ; MANAI qui dénonçait déjà l'individualisme comme le : « courant le plus puissant en 1789, [qui] considère que la loi est inséparable des droits de l'individu et que la raison doit être la principale source d'inspiration du législateur. », p. 186.

²⁰³⁶ Notamment dans la décision du Tribunal de police de La Côte du 20 décembre 2018. Les juridictions s'inscrivent ainsi, consciemment ou non, dans une filiation philosophique située, en l'occurrence libérale et utilitariste, dictant une certaine préconception de la justice et du droit, sans la questionner ou en l'essentialisant comme si d'autres approches ne pouvaient et n'avaient existé.

²⁰³⁷ PAPAUX (philosophie), p. 106 et 107 ; BENTOUHAMI-MOLINO, p. 55 ; CHOLLET (démocratie), p. 26 à 28 ; FABRE-MAGNAN, p. 346. Dans notre corpus, cette notion est fréquemment mobilisée. Notamment : affaire « HISCHY », JdT 1976 IV 50, p. 56, cf. *supra* 3.III.

²⁰³⁸ Cf. *supra* ARENDT ou les critiques opposées aux doctrines libérales de la désobéissance civile 5.II.A.3 et 5.II.B.

²⁰³⁹ Il recourt au récit du mythe de Robinson Crusoé afin d'exemplifier ces enjeux. Il questionne en ce sens : Robinson, seul sur son île, sans personne pour lui reconnaître des droits, est-il

de ce que signifie et implique la liberté se dessinent. Contre l'approche contractualiste reprise par le positivisme, des voix se sont élevées pour dénoncer une liberté jugée « hors sol »²⁰⁴⁰ résumée par la formule de MILL. Or, dans les discours présentés dans le corpus, mais également dans l'approche actuelle liée à certains droits fondamentaux²⁰⁴¹, cette approche de la liberté, comme capacité infinie et absence d'ingérence ou de limitation, prédomine et agit comme un obstacle à la qualification de la désobéissance civile²⁰⁴². Afin de servir notre travail d'explicitation des matrices qui nourrissent les détracteurs de ce mode d'action et questionner les registres argumentatifs alternatifs, il convient de rappeler que cette conception de la liberté s'inscrit dans le prolongement d'une certaine doctrine située²⁰⁴³.

À cet égard, une figure classique en philosophie qui permet d'exemplifier ces dogmes sous-jacents consiste à distinguer la liberté des Anciens de la liberté des Modernes²⁰⁴⁴. Chez les Anciens, la liberté est liée à la garantie des possibilités de participation des membres du corps civique à la vie de la Cité. En conséquence, elle est relationnelle et assortie d'obligations politiques²⁰⁴⁵. Elle est également assimilée à une possibilité de maîtriser ses passions²⁰⁴⁶. À cette conception de la liberté s'oppose schématiquement la liberté des Modernes, centrée sur l'individu²⁰⁴⁷.

Au sein la conception des Modernes, la distinction opérée entre les libertés négatives et positives²⁰⁴⁸ aide à rendre compte du changement de paradigme. Pour BERLIN, la liberté négative fait référence à l'absence de contrainte et d'ingérence dans la liberté des individus²⁰⁴⁹. Par opposition, la liberté positive

titulaire de liberté et de droit ? Sans personne pour faire société avec lui, qu'advient-il de sa liberté individuelle ?, SUPIOT (Homo juridicus), p. 136 et 142 ; OST/VAN DE KERCHOVE parlent d'individus « détachés en société », p. 377.

²⁰⁴⁰ Notamment : WYLER/PAPAUX, p. 186 ; DE SUTTER, p. 19 et 20.

²⁰⁴¹ FABRE-MAGNAN, p. 8 et 21 ss.

²⁰⁴² Cf. *supra* 4.II.E.

²⁰⁴³ FABRE-MAGNAN, p. 8 et 35 ss, ainsi que p. 312.

²⁰⁴⁴ Distinction opérée par Benjamin CONSTANT, explicitée et reprise par FABRE-MAGNAN, p. 11. Également : FRAGNIÈRE, p. 194 ss.

²⁰⁴⁵ FRAGNIÈRE, p. 194. Cf. également chez ARENDT, *supra* 5.II.B.

²⁰⁴⁶ FABRE-MAGNAN, p. 14.

²⁰⁴⁷ Cf. FABRE-MAGNAN qui a consacré un ouvrage en droit sur l'évolution de la notion de liberté.

²⁰⁴⁸ Développé par le philosophe Isaiah BERLIN, p. 15.

²⁰⁴⁹ BERLIN, p. 16 « political liberty in this sense is simply the area within which a man can act unobstructed by others. » Cette conception est partagée par les théoriciens du contrat social et notamment également par MILL, cf. BERLIN, p. 17.

désigne la capacité d'autodétermination et de maîtrise de soi de ceux-ci²⁰⁵⁰. En droit, le concept de liberté négative, au sens philosophique proposé par BERLIN, a été concrétisé dans un premier temps sous forme d'un droit²⁰⁵¹ : le droit à la sureté, opposable à l'État²⁰⁵². Dans un second temps, d'autres garanties de libertés individuelles ont été consacrées au sein des instruments de protection des droits humains qui, elles, désignent « des facultés, de penser ou d'agir »²⁰⁵³, qui ont également une dimension positive et une négative²⁰⁵⁴, mais dans le sens où elles garantissent une liberté de faire ou de ne pas faire²⁰⁵⁵. Au côté de ces libertés individuelles classiques, le droit a reconnu une faculté à l'autodétermination générale et positive désignée sous le terme de « liberté personnelle ». Cette liberté personnelle renvoie ainsi à la dimension positive de la liberté au sens entendu par BERLIN²⁰⁵⁶. Dans la dogmatique juridique, cette forme de liberté a évolué pour inclure un certain nombre de prérogatives nouvelles dont certaines ont été consacrées au travers du « droit à la vie privée et familiale ».

739 Selon FABRE-MAGNAN, ces différents passages entre droit et libertés (positives ou négatives, des Anciens et des Modernes) ont contribué à brouiller les distinctions entre les effets attachés à chacune de ces libertés et à leur acception juridique ou philosophique²⁰⁵⁷. En conséquence, la liberté

²⁰⁵⁰ BERLIN, p. 22 : « the “positive” sense of the word “liberty” derives from the wish on the part of the individual to be his own master. »

²⁰⁵¹ Et non pas d'une liberté. Comme déjà mentionné, les droits « impliquent de pouvoir revendiquer d'un débiteur qu'il fasse positivement quelque chose (célébrer un mariage, fournir une éducation, etc.), ou au moins que le système juridique protège une certaine exclusivité (droit de propriété, protection des données personnelles, etc.) », FABRE-MAGNAN, p. 29.

²⁰⁵² FABRE-MAGNAN, p. 26 et 27. En sont des exemples l'art. 5 CEDH ou l'art. 31 Cst. féd., qui prévoit que : « nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit. »

²⁰⁵³ FABRE-MAGNAN, p. 29. Ces libertés « protègent l'exercice de certaines facultés humaines dont le domaine de protection et le contenu s'imposent d'eux-mêmes. », FF 1997 I 196. Voir en outre CR Cst.-DUBÉY, art. 36, N 53.

²⁰⁵⁴ La terminologie de dimension « active » et « passive » des libertés, parfois utilisée en doctrine juridique, permet à cet égard de mieux déjouer les confusions entre les deux.

²⁰⁵⁵ À ces libertés, la jurisprudence, sous l'impulsion de la CourEDH notamment, a attaché un certain nombre d'obligations positives qui constituent des droits au sens précédemment défini, car elles imposent à l'État qu'il mette en place des prestations. Ces obligations positives sont bel et bien des « droits subjectifs, justiciables devant des autorités judiciaires [...] ». Les obligations positives peuvent prendre la forme d'une prestation d'ordre social, d'une garantie procédurale, d'une adaptation législative ou encore de la diffusion des garanties conventionnelles dans le domaine des relations interindividuelles. », PÉTERMANN, p. 41 et 42.

²⁰⁵⁶ FABRE-MAGNAN, p. 31.

²⁰⁵⁷ FABRE-MAGNAN, p. 24.

personnelle a pris le sens d'une « faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend », qui implique de l'État qu'il arbitre entre les prérogatives individuelles de chacun et qu'il s'abstienne pour le surplus d'ingérence²⁰⁵⁸. Dans sa recherche, la professeure et spécialiste de la question illustre que ce passage va de pair avec une valorisation de la notion de consentement comme consécration ultime de cette faculté d'autodétermination infinie des sujets²⁰⁵⁹. En effet, c'est donc la capacité de consentir, y compris à la mise en place d'une société politique dans la doctrine contractualiste, qui devient synonyme d'exercice de la liberté des sujets. Partant, l'idée d'un « déjà-là » social ou d'une notion relationnelle de liberté comme pouvait le porter le projet des Anciens est évincée²⁰⁶⁰.

Ainsi, se développe une conception de la liberté où domine la composante individuelle, indépendamment de toute considération collective. Comme dans le positivisme juridique, la notion de la finalité de la liberté et de la mise en relation des individus n'est plus présente. L'élément le plus important reste alors de définir l'espace de liberté individuelle garanti à chacun²⁰⁶¹. Une telle approche alimente les analyses qui permettent de mettre en équivalence l'exercice des différentes libertés, comme on peut le constater dans le corpus par exemple lorsque l'hypothétique choix des automobilistes joue un rôle similaire à celui des désobéissants qui exercent leur liberté d'expression ou de réunion²⁰⁶². Au travers de la figure de l'état de nécessité et des motifs justificatifs en général, on observe une forte prédominance de la composante de liberté négative ; toute action au nom d'un collectif ne pouvant se voir justifier, puisque le droit pénal semble principalement appréhender les relations interindividuelles. Ainsi, le hiatus interprétatif constaté au chapitre 4 n'est pas étranger à l'invocation récurrente de cette figure de la liberté dans son acception moderne et individualiste. La notion de finalité collective des libertés ou de garanties générales du cadre démocratique et politique

740

²⁰⁵⁸ FABRE-MAGNAN, p. 41.

²⁰⁵⁹ FABRE-MAGNAN, p. 112.

²⁰⁶⁰ FABRE-MAGNAN, p. 77 ss ; OST/VAN DE KERCHOVE, p. 361, résumant les choses comme suit : « [a]insi se développait le débat, toujours actuel, entre deux conceptions de la liberté : l'une, négative, selon laquelle la liberté est pensée comme un affranchissement à l'égard de toute contrainte sociale, l'autre, positive, dans laquelle la liberté vise l'auto-accomplissement de l'individu, lequel présuppose un milieu social qui le promeut » ; FRIGERIO, p. 361, définit également cette liberté négative comme « une liberté d'être et de faire sans limites, tout obstacle à celle-ci est perçu comme libéricide. Il en découle une impossibilité de concevoir des devoirs de l'homme. » ; FRAGNIÈRE, p. 199.

²⁰⁶¹ OST/VAN DE KERCHOVE, p. 368.

²⁰⁶² Cf. *supra* 4.II. Aussi p. ex. : PAYER qui estime que la sanction des activistes se justifie en raison de l'adage : « la liberté s'arrête où commence celle des autres ».

permettant leur exercice est alors évacuée. Cette conception fait donc elle aussi figure d'obstacle épistémique.

2. Des doctrines contractualistes mises en cause

741 C'est à partir de ce constat, entre autres, que s'organise une critique des dérivés du positivisme et de l'omniprésence de la référence aux doctrines du contrat social pour penser le droit. PAPAUX, à l'instar de SUPIOT, dénonce un paralogisme dans la théorie contractualiste (par référence au récit de Robinson) qui consiste à faire découler du contrat l'existence de la société et de la liberté. En effet, comment expliquer sans éluder la question des origines du contrat que, pour qu'il puisse exister, il faut pourtant qu'une société préalable existe pour reconnaître à cette figure une force instituante²⁰⁶³. De plus, comme le problématise SUPIOT, dans son livre consacré aux fonctions anthropologiques, du droit :

« [a]insi débité en droits individuels, le Droit disparaît comme bien commun. Car le droit à deux faces, l'une subjective et l'autre objective, et ce sont les deux faces d'une même médaille. Pour que chacun puisse jouir de ses droits, il faut que ces droits minuscules s'inscrivent dans un droit majuscule, c'est-à-dire dans un cadre commun et reconnu par tous. »²⁰⁶⁴

Par ailleurs, les prémisses de ces théories contractualistes restent de l'ordre fictionnel²⁰⁶⁵. Or, on retrouve ces éléments dans notre corpus mis en œuvre comme s'ils valaient loi scientifique, par exemple lorsqu'il fait référence aux droits démocratiques ou à des impossibilités telles que celle de considérer l'appel au droit des désobéissants qui « rompent le contrat social » et instaurent une forme de dictature²⁰⁶⁶. Cette matrice explique également les difficultés à tenir compte de leur appel à la protection de valeurs communes, tant la conception de relation est devenue étrangère au droit. SUPIOT estime en ce sens que la figure du contrat a remplacé celle de l'alliance qui tient compte de cette dimension interrelationnelle de la liberté²⁰⁶⁷. Une conception uniquement négative de la liberté ne permet ainsi pas de penser la liberté comme la « participation à la définition collective des contraintes sociales qui

²⁰⁶³ PAPAUX, p. 134. Une logique similaire vaut pour le principe *pacta sunt servanda*.

²⁰⁶⁴ SUPIOT (Homo juridicus), p. 27.

²⁰⁶⁵ Cf. *supra* 5.II.B.3. Ce reproche est similaire à celui opposé aux théories libérales de la désobéissance civile.

²⁰⁶⁶ Tribunal de police de La Côte, 20 décembre 2018, PE18.005962.

²⁰⁶⁷ SUPIOT (Homo juridicus), p. 148 ; CHOLLET, p. 28 ; WYLER/PAPAUX, p. 186, parlent de « Vereinbarung ».

affectent les individus et qui, généralement, prennent forme de loi »²⁰⁶⁸, mais uniquement les oppositions en termes de droit et liberté des individus.

Ces distinctions de conception se retrouvent dans l'attitude face aux droits humains qui prévaut dans le positivisme. Comme pour les questions environnementales, la responsabilité pour des enjeux de discrimination raciale, sexiste ou autre est difficile à articuler comme faisant partie d'un projet de société, sans passer dans le langage juridique par des enjeux de conflits de droits individuels²⁰⁶⁹. En ce sens, des auteurs ont pu former des critiques contre les droits humains qui tendent actuellement à suppléer ou absorber toute revendication politique collective. Pour le dire avec les mots de OST/VAN DE KERCHOVE, si le but n'est pas de discréditer le recours aux droits humains et leur usage :

742

« [I]’enjeu est plutôt de dénoncer une certaine hypertrophie des droits individuels, concomitants d’un déclin du droit objectif et de statuts garants de solutions plus générales, stables et mieux assurés ; de dénoncer aussi l’affaiblissement corrélatif du politique (conçu comme lieu d’expression de revendications collectives) au profit du juridique, lui-même réduit à la scène du judiciaire (le juge comme récepteur de la plainte individuelle et dispensateur de dommages-intérêts compensatoires). L’individu libéral, qui s’avance en société muni de ses droits individuels comme des « atouts », [...] s’imagine être en mesure de « couper » la partie et de remporter la mise ; le problème est qu’une telle conception est à la fois illusoire (nous ne disposons pas d’atouts à abattre à tous les coups) et tendanciellement asociale (quelle vie sociale serait la nôtre si une telle procédure devenait la règle des interactions ?). »²⁰⁷⁰

Les auteurs critiquent le risque que la démocratie et la liberté ne soient réduites à la possibilité de faire valoir de tels droits individuels²⁰⁷¹. Dans ce contexte, OST estime que :

« [...] lorsque la revendication du droit d’avoir des droits ne peut plus s’opérer à l’aide, mais plutôt contre le droit existant, cette lutte prend la forme exceptionnelle de la désobéissance civile. »²⁰⁷²

La désobéissance civile, malgré son illicéité, joue alors un rôle de redéfinition des droits et est porteuse d’un projet plus large que celui du contrôle de la bonne application du droit existant. Pour le dire autrement, dans son acception républicaine, ce mode d’action met également en cause la dynamique individualisante du droit tel qu’il a été façonné par des années de philosophie contractualistes et positiviste. Dans son acception libérale, la désobéissance civile sert plutôt la logique contractualiste et positiviste en demandant des

²⁰⁶⁸ CHOLLET (démocratie), p. 28.

²⁰⁶⁹ Pour le droit public, MOOR (perméabilité), p. 54 ss.

²⁰⁷⁰ OST/VAN DE KERCHOVE, p. 376.

²⁰⁷¹ OST/VAN DE KERCHOVE, p. 377.

²⁰⁷² OST (droit), p. 499.

activistes qu'ils agissent au nom des droits et libertés existantes, faute de quoi ils prennent le risque que leur action ne soit pas justifiée.

3. La désobéissance civile en prise avec l'héritage contractualiste

743 Ces différentes évolutions conceptuelles, voire épistémologiques, ne sont pas sans difficulté pratique du côté des activistes. En effet, les désobéissants sont amenés à œuvrer de manière paradoxale en utilisant leurs droits, entendus comme des prérogatives individuelles, pour tenter d'en appeler à la refonte d'une justice sociale, écologique, etc.²⁰⁷³. Pour le dire autrement, certains désobéissants revendiquent une approche républicaine de la désobéissance civile, axée sur le collectif, tout en n'ayant à leur disposition que des instruments consacrant des libertés individuelles ou agissant selon une logique de responsabilité individuelle (le droit pénal). En effet, les désobéissants recourent ainsi à un outil (le langage des droits individuels et des libertés) qui a été façonné par des siècles de philosophie individualisante, tout en espérant que, pourtant, cet étalage de droit et de libertés permettra de faire advenir leur projet de société, où la notion de collectivité prendrait une place centrale et où une défense du collectif sera envisageable²⁰⁷⁴. OST relève également ce paradoxe, mais ne le considère qu'apparent. La désobéissance civile participe à son sens d'un mouvement analogue à celui du contentieux stratégique²⁰⁷⁵. En recourant à cette stratégie et malgré cette limite que constitue une certaine interprétation des libertés, les actes de désobéissance civile rappellent que le catalogue des droits n'est pas clos et activent le débat sur les finalités de la justice en tant que projet social²⁰⁷⁶.

744 Néanmoins, rappelons que les désobéissants eux-mêmes ne défendent pas un rapport à la désobéissance civile ou au droit qui soit ou univoque²⁰⁷⁷. Les désobéissants se réfèrent à des cadres de justification différents, parfois libéraux ou parfois républicains, qui influent sur le traitement et les messages pour le droit qu'ils véhiculent. Ainsi, on lit par exemple sous la plume d'une désobéissante civile que son action se justifie par un non-respect du contrat social de la part de l'État²⁰⁷⁸. À cet égard, la philosophe LAUGIER soutient

²⁰⁷³ HIEZ, p. 76.

²⁰⁷⁴ TURENNE (thèse), p. 71 ; WYLER/PAPAUX, *passim*, mentionnent également ce paradoxe qui pousse à appeler à un élargissement de l'action étatique.

²⁰⁷⁵ OST (droit), p. 78. Cf. *supra* 4.III.

²⁰⁷⁶ TURENNE (thèse), p. 71.

²⁰⁷⁷ Il est ainsi difficile de déterminer *a priori* s'ils s'ancrent dans une tradition libérale, républicaine, voire d'objection de conscience. À cette fin, leurs plaidoiries sont révélatrices, tout comme leur communication entourant l'action entreprise.

²⁰⁷⁸ GNONI, p. 49.

qu'au travers de la désobéissance civile se joue dans tous les cas un combat pour une redéfinition de l'individualisme libéral, réformé dans le sens d'une liberté qui rappelle sa dimension positive et participative. À son sens, l'individualisme reprend un caractère démocratique, car il est alors inscrit dans le prolongement de la compétence politique de chacun²⁰⁷⁹.

Enfin, relevons qu'OST et HIEZ proposent, en réaction à ces différentes remarques, de penser la désobéissance civile et l'abus de droit comme deux pôles dessinant les extrémités du champ du droit. Ces pôles permettent de repenser notre rapport à la discipline dans un système majoritairement positiviste. HIEZ rappelle que l'abus de droit est un concept :

745

« [é]laboré pour répondre aux excès de l'individualisme et de l'absolutisme dont notre système juridique est porteur à travers le droit subjectif. On sait en effet que l'abus de droit, construit au début du XX^e siècle [...], se caractérise tout à la fois par une reconnaissance du droit (subjectif) et par un rappel de ses limites [...] : si nous disposons tous de droit dont nous avons le libre usage, il ne nous est en revanche pas permis de les utiliser dans le but de nuire à autrui, ni peut-être dans un but autre que celui qui en constitue le fondement. »²⁰⁸⁰

Or, HIEZ considère que, lorsqu'on transpose cette réflexion à la désobéissance civile, cela devrait pousser les juristes à reconnaître qu'au sein d'un même ordre juridique, on ne peut pas si simplement opposer licite et illicite et que la question de la finalité des libertés et des droits ne peut être évacuée. Il existe en effet aussi des usages abusifs du légal qui pourraient parfois justifier l'illégal en conséquence²⁰⁸¹. En ce sens, il estime que l'appel au droit porté par les désobéissants, lorsqu'il s'inscrit dans le registre de l'extra-légal en raison de défaut de loi ou d'usage abusif de celle-ci, peut se justifier sans que cela ne remette en cause l'entièreté du droit²⁰⁸². De manière analogue, OST analyse la désobéissance civile comme une forme de réappropriation du droit par les membres du corps civique, qui témoigne, certes, d'un passage à la limite du droit, mais ne s'en extrait pas. La désobéissance civile relève ainsi, dans sa typologie, des usages altruistes ou désintéressés du droit²⁰⁸³. Par opposition, l'abus de droit, s'il constitue aussi un passage à la limite, vise un usage du droit à des fins antidémocratiques ou pour faire prédominer un intérêt individuel sur d'autres²⁰⁸⁴. Il est donc un pôle opposé. Ainsi :

« [a]lors que la désobéissance civile s'analysait comme une infraction visant à tirer la loi vers le haut, en direction des idéaux fondateurs du régime il [l'abus de droit] la tire

²⁰⁷⁹ LAUGIER/OGIEN, p. 51.

²⁰⁸⁰ HIEZ, p. 73.

²⁰⁸¹ HIEZ, p. 73.

²⁰⁸² HIEZ, p. 74.

²⁰⁸³ OST (droit), p. 78.

²⁰⁸⁴ OST (droit), p. 81.

vers le bas en minant sa capacité à réguler le jeu social. Ces deux usages infractionnels du droit présentent un enjeu politique, mais, alors que le premier se développe dans la lumière de l'espace public et vise l'intérêt collectif, le second prospère dans l'ombre de la clandestinité et fait triompher l'intérêt particulier. »²⁰⁸⁵

- 746 En résumé, le rejet de la désobéissance civile en raison de son caractère *a priori* contraire à une norme et donc *a fortiori* inadmissible s'inscrit dans un contexte épistémologique et idéologique situé : celui du positivisme juridique. Celui-ci est lui-même teinté de contractualisme et d'une certaine vision de la liberté et de l'individu. Il est crucial de mettre en évidence ces prémisses politiques, peu assumées dans la pratique ou en doctrine, et les questionner :

« [c]ar aujourd'hui, Hobbes, Locke, Rousseau, Wolff ou Kant sont fort discutés ; et il ne se trouve plus grand monde chez les philosophes, ni surtout chez les sociologues, pour prendre au sérieux, par exemple, la doctrine du contrat social ; pas plus que la doctrine sensualiste de la connaissance, individualiste, atomiste d'un Locke n'est demeurée vivante. Mais nous continuons à traiter les questions de droit comme si nous croyions encore à la souveraineté de l'État, à penser en termes de droit subjectif, de droit réel, de personne juridique ou de propriété absolue, à assimiler les notions de droit et de loi... Ce décalage entre théorie du droit et philosophie ne devrait pas trop nous surprendre ; il constitue l'une des constantes de l'histoire du droit, fruit de la routine des juristes, qui, n'ayant pas à cultiver par eux-mêmes la philosophie, le plus souvent n'en reçoivent les leçons qu'en retard, et par des canaux indirects, les déforment et les durcissent, et ne leur obéissent jamais mieux qu'au moment où elles ont cessé d'être professées par les philosophes. »²⁰⁸⁶

Ainsi, le contractualisme opère lui aussi *a priori* comme un obstacle épistémique à la reconnaissance de la désobéissance civile en droit. Néanmoins, et comme souligné, d'autres rapports alternatifs et ancrages qui permettraient une transposition en droit sont possibles.

C. Le légalisme

- 747 Enfin, le dernier obstacle qui renforce l'opposition de principe à une reconnaissance de la désobéissance civile en raison de la violation légale qu'elle implique est celui du légalisme. Le légalisme désigne une attitude philosophique qui tend à réduire la notion de droit à celle de la loi. Elle est la conséquence d'une longue évolution historique et conceptuelle du rapport philosophique et politique au droit, en particulier issue du positivisme²⁰⁸⁷. En

²⁰⁸⁵ OST (droit), p. 81.

²⁰⁸⁶ VILLEY, p. 182.

²⁰⁸⁷ C'est cependant dans le courant légaliste que « la croyance dans l'existence d'un droit visant le vrai est la plus exacerbée », FRIGERIO, p. 260.

effet, le légalisme n'est que l'aboutissement et l'extension de la tradition philosophique positiviste du XIX^{ème}.

Le légalisme se caractérise en pratique par un recours quasi exclusif à la loi 748 comme source du droit et, donc, par un rejet des autres sources qui en sont ainsi invisibilisées²⁰⁸⁸. Dans le courant légaliste, la jurisprudence est ainsi :

« toujours suspectée d'irrationalisme depuis que les juges sont regardés comme les derniers vestiges d'une aristocratie vaincue et lestée de préjugés, l'interprétation judiciaire était reléguée par la doctrine légaliste au rang de simple fonction cognitive. Le travail de ce juge présumé rétif au nouveau credo du libéralisme devait être exégétique et s'en tenir à la duplication de la volonté subjective d'un législateur dogmatiquement représenté comme l'incarnation de la Raison. »²⁰⁸⁹

Le légalisme désigne également une croyance en la complétude, la rationalité et le caractère vrai de la loi²⁰⁹⁰. Ces caractéristiques découlent d'une conviction en la rationalité et l'omnipotence du législateur, auteur de lois intrinsèquement justes²⁰⁹¹. En ce sens, le légalisme s'inscrit dans une tradition philosophique qui assimile la loi à un commandement (*potestas*) fondé sur le pouvoir souverain du législateur²⁰⁹². Autrement dit, dans ce courant, la loi devient la fin propre du droit²⁰⁹³ et le juge y occupe alors une place de « bouche de la loi », sans pouvoir propre²⁰⁹⁴.

Ce courant légaliste s'est largement propagé et développé en s'appuyant sur 749 les principes développés par Hans Kelsen (1934) dans sa « Théorie pure du droit ». Ce juriste fonde principalement son système en se référant au précepte de neutralité axiologique tel qu'élaboré par le Cercle de Vienne²⁰⁹⁵ et importe les méthodes des sciences exactes dans la recherche sur les fondements du

²⁰⁸⁸ PAPAUX (philosophie), p. 15 et 16 : « l'identification du droit avec la loi, plus exactement l'habitude intellectuelle consistant à réduire le droit à la loi [...] n'est pas une idée purement abstraite : elle se retrouve dans des textes légaux, et parmi les plus emblématiques », au sujet de l'art. 1 CC et du titre préliminaire notamment.

²⁰⁸⁹ VIALA, p. 105.

²⁰⁹⁰ DE SUTTER, p. 17 ss.

²⁰⁹¹ FRIGERIO, p. 260 ; PAPAUX (philosophie), p. 16 ; VIALA, p. 105.

²⁰⁹² VILLEY, p. 570.

²⁰⁹³ WYLER/PAPAUX, p. 182.

²⁰⁹⁴ Selon l'expression de MONTESQUIEU, livre XI chapitre IV, p. 301. La référence est explicitement présente dans notre corpus, notamment dans l'arrêt du Tribunal de police de Genève du 8 novembre 2019. En outre la déclaration de la prévenue qui constate cette tendance et qui juge cette position « confortable » pour l'autorité dans l'affaire Tribunal de police de Lausanne, 27 octobre 2021, PE19.020367, p. 20, précitée *supra*.

²⁰⁹⁵ Groupement de penseurs actif à Vienne pendant la période de l'Entre-deux-guerres caractérisé par une volonté de rejeter toute métaphysique en philosophie au nom d'un idéal logicien. Cf. *supra* 5.III.A.

système juridique²⁰⁹⁶. Ce sont des éléments qui se retrouvent dans les courants légalistes et positivistes.

- 750 L'attitude légaliste a été dénoncée en doctrine, notamment par François GENY, pour le « fétichisme de la loi » qu'elle induit. Sa critique avec cette formule vise avant tout à dénoncer l'absence de prise en compte de l'étude de « la fabrique du droit » dans une telle philosophie, puisqu'elle ne laisse pas de place à l'étude des origines de la loi et encore moins à ses finalités²⁰⁹⁷. Elle s'adresse en conséquence également au positivisme au sens large dont la mise en cause procède d'arguments communs.
- 751 Au sens de la présente étude, le légalisme constitue également un ancrage philosophique qui pousse les détracteurs de la désobéissance civile à ne voir que l'illégalité de ce type d'acte. Dès lors que l'appel au droit des désobéissants invite à une évaluation de la finalité de la loi et à son adéquation à une réalité sociale mouvante, le légalisme ne peut que la rejeter au profit d'une approche réductrice du droit qui le résume à la loi²⁰⁹⁸.

D. Les conséquences de ces doctrines sur la technique juridique

- 752 Les différentes prémisses des théories positivistes, légalistes et contractualistes impliquent en outre un certain nombre de conséquences pour la technique juridique. Celles-ci viennent en partie expliquer le malaise présent au sein des autorités judiciaires lorsqu'elles doivent traiter de la désobéissance civile, alors réel « objet indéterminé » qui pousse la logique de ces doctrines dans leurs retranchements.

1. La neutralité axiologique

- 753 La première conséquence de ce mode de pensée positivo-légaliste, dans sa composante scientifique, se traduit par une promotion de l'idée de neutralité

²⁰⁹⁶ On se référera *supra* au sujet du positivisme. En outre : VIALA, p. 117 : « [é]laboré par Hans Kelsen sous l'expression de Théorie pure du droit, ce que la postérité du maître autrichien appellera le normativisme est en effet une théorie qui regarde le droit comme un système de normes hiérarchisées. Or, aussi éloignée soit-elle de toute considération métaphysique, une telle représentation pourtant rigoureusement formelle ne saurait relever de la philosophie analytique par cela seul qu'elle repose sur la conviction que le droit possède une ontologie distincte du fait. »

²⁰⁹⁷ VIALA, p. 96 et 105 ; FRIGERIO, p. 261 ; LATOUR, p. 207 *ss et passim*.

²⁰⁹⁸ TURENNE (thèse), p. 127.

axiologique du droit en tant que science appliquée. Dans une telle perspective, puisque toute question liée à la morale ou des valeurs est suspectée de jusnaturalisme et que les finalités des normes ne sont pas l'affaire des tribunaux, ces derniers se doivent de faire preuve de neutralité²⁰⁹⁹. Or, une certaine opacité règne sur la définition de cette neutralité. En effet, la neutralité de la ou du juge et des juristes se traduit dans cette perspective par un rejet de tout positionnement autre que descriptif sur le droit et la loi. On enseigne donc aux juristes qu' : « il n'est pas d'autre droit que le droit positif. »²¹⁰⁰ Neutralité est donc synonyme d'une attitude descriptive dans un tel cadre conceptuel. C'est cette même neutralité descriptive qui permettrait de construire une science vraie qui vise uniquement les raisonnements juridiques et leur application²¹⁰¹. Cette neutralité n'est cependant qu'apparente, dès lors que nul cas n'est fait des préconceptions ou des matrices épistémologiques implicites à l'œuvre qui passent sous silence les choix effectués par les acteurs.

De manière plus réaliste, les auteurs critiques du positivisme admettent l'existence de précompréhensions, qui peuvent néanmoins être décrites ou objectivées par un processus d'exposition²¹⁰². L'adoption d'un tel rapport à la neutralité permettrait d'éviter l'écueil d'une vision binaire dans laquelle les juges sont soit neutres soit arbitraires. SUPLOT rappelle en effet que la neutralité axiologique wébérienne :

« [...] ne consiste nullement à ignorer les systèmes de valeurs, mais bien au contraire à demeurer attentif à leur diversité afin de ne pas céder à l'impérialisme de l'un d'entre eux. »²¹⁰³

Cette attention devrait se traduire en pratique par une explicitation et une vigilance critique au sujet des préconceptions adoptées. En conséquence, la démarche n'en serait pas moins scientifique, à tout le moins pour quiconque n'est pas purement légaliste.

²⁰⁹⁹ C'est la thèse de NIGGLI/MUSKENS. Sur l'arbitraire et les juges *cf. infra* 5.IV.

²¹⁰⁰ Comme le résume le professeur de droit public et de philosophie du droit de l'Université de Montpellier, Alexandre VIALA, p. 95 ; à cet égard également, l'analyse de BOURDIEU (hypocrisie), p. 96 ss.

²¹⁰¹ TROPER, p. 38 : « [o]n voit que la difficulté est considérable et que les théories, qui ont pour ambition commune, de fonder une science sur le modèle des sciences empiriques – et qui peuvent donc se dire positivistes – doivent ou bien décrire une réalité empirique, qui ne présente aucune spécificité, ou bien décrire un objet spécifique, dont on ne peut dire qu'il est empirique. L'évolution la plus récente paraît cependant conduire à une science du droit qui prendrait pour objet non plus les normes, ni les comportements, mais le discours et le raisonnement juridiques, objet à la fois spécifique et sur lequel peuvent être énoncées des propositions vraies. »

²¹⁰² VIALA, p. 96 et *cf.* 5.IV.

²¹⁰³ Contrairement à ce que certains positivistes défendent, SUPLOT (Poïétique), p. 342.

- 755 La conception positivo-légaliste de la neutralité implique en effet que les juges se contentent de lire les textes, leur pouvoir interprétatif étant quasi inexistant. En pratique, cela se retranscrit sous forme d'une faible exigence de motivation des jugements. Partant, la question du pouvoir d'interprétation est aussi fortement liée à la crainte d'illicéité de la désobéissance civile crainte. Cette question est néanmoins intimement liée à la troisième crainte formulée contre ce mode d'action : celle de l'anomie. Nous approfondirons dès lors cette thématique dans la section suivante (5.IV). Ainsi, il semble important de rappeler que, ne serait-ce qu'au travers de l'interprétation, mais aussi au vu des éléments explicités plus haut, l'activité judiciaire baigne dans des jugements de valeur, dont la plupart sont implicites, libéraux et empreints d'individualisme.

2. Le syllogisme

- 756 La volonté de scientificité et l'emprise du positivo-légalisme se traduisent également par un usage récurrent de la figure du syllogisme. Cette importance est liée au fonctionnement déductiviste imposé par le positivisme²¹⁰⁴. Dans le syllogisme, le jugement n'est rien d'autre que l'application de la loi, la majeure, à un complexe de faits, la mineure, qui permet de prononcer une décision²¹⁰⁵. En matière pénale selon une perspective postivo-légaliste, ce syllogisme est appliqué avec encore plus de mécanicisme, puisque l'établissement de la mineure consiste uniquement à déclarer l'acte conforme ou non au droit et que la conclusion ne peut schématiquement être que le prononcé d'une sanction ou d'un acquittement²¹⁰⁶.
- 757 Or, sur ce point également l'interprétation donnée à cette figure et la manière dont on l'applique sont tributaires d'influences philosophiques et n'ont pas toujours pris cette forme²¹⁰⁷. Par exemple, dans la philosophie des Anciens, le syllogisme désignait plutôt :

« [...] le recours à un raisonnement par analogie, *a fortiori* ou *a contrario* en vue de l'interprétation d'un texte juridique dont l'application à un cas est controversée. »²¹⁰⁸

Ainsi, d'une figure guidant le ou la juge dans son activité de choix des significations, le syllogisme est devenu une technique sans contenu propre, qui permet de déduire de la loi des propositions vraies²¹⁰⁹. La fréquence du

²¹⁰⁴ VILLEY, p. 559.

²¹⁰⁵ FRYDMAN, p. 170 ; MOOR (dynamique), p. 237.

²¹⁰⁶ VANHAMME, p. 224 ss.

²¹⁰⁷ VAN MEERBEECK, p. 390 ss.

²¹⁰⁸ FRYDMAN, p. 170.

²¹⁰⁹ OST/LENOBLE, p. 108 ss ; PAPAUX (syllogisme), p. 2067 ss.

recours au syllogisme participe dès lors d'une invisibilisation du rôle des juges ou, à tout le moins, d'une réduction de leur rôle à une « bouche de la loi » qui lit mécaniquement le texte, sans pouvoir propre²¹¹⁰. Une conséquence de cette approche est qu'il est alors inutile de prévoir d'autres contre-pouvoirs à l'activité des juges²¹¹¹. La professeure MANAÏ résume en deux points les critiques opposables à ce type de raisonnement : elle est une forme de reconstruction *a posteriori* de la rationalité du raisonnement qui se fait passer pour évidente et elle invisibilise la logique argumentative du jugement pour lui substituer une fiction de logique formelle²¹¹².

Le recours au syllogisme renforce donc lui aussi la tendance du légalisme²¹¹³. Son utilisation, dans son acception actuelle, participe ainsi à dissimuler la dimension de choix à l'œuvre dans les raisonnements d'application du droit aux désobéissants civils et renforce l'idée que le traitement de leur cas relève de l'évidence ou qu'il est possible d'y donner une solution « toute faite ».

E. Le droit comme science sociale ? Une alternative

En conséquence, par opposition au positivisme moderne et au légalisme, certains philosophes du droit revendiquent la nécessité de se détacher de cette vision scientifique et déductiviste, pour replacer l'étude du droit au sein des sciences sociales et humaines. Ce changement de focale vise à rendre possible la réflexion sur ses finalités et son mode de production.

1. Expliciter les choix et rendre son caractère humain à la loi

Ainsi, OST/VAN DE KERCHOVE, ont par exemple proposé de remplacer le paradigme de la pyramide juridique par celui du réseau pour penser le droit.

²¹¹⁰ PAPAUX (philosophie) ; PAPAUX (syllogisme), p. 2067 ss ; MOOR (micropolitique), p. 22 et 23. Ce dernier insiste sur l'illusion véhiculée par le syllogisme selon laquelle les juristes n'ont aucune responsabilité vis-à-vis de la décision. Pourtant, il y a un enjeu à rappeler que : « [...] le juge est en même temps la bouche qui fait parler le texte et le cerveau qui le fait penser », MOOR (dynamique), p. 248. Nous y reviendrons *infra* 5.IV.

²¹¹¹ OST rappelle que le moment du procès devrait être une seconde opportunité de débat et de discussion au sujet de la loi, mais que le légalisme la réduit à néant. Il rappelle en conséquence l'adage : *summum ius, summa iniuria* pour insister sur les écueils d'un légalisme poussé à l'extrême, p. 448. TURENNE (Judicial), p. 191, souligne les différences avec les systèmes de « common law ».

²¹¹² MANAÏ, p. 141 à 145 ; MALHIÈRE, p. 635.

²¹¹³ MANAÏ, p. 141 ; MALHIÈRE, p. 635.

SUPIOT défend pour sa part l'importance de penser les fonctions anthropologiques du droit²¹¹⁴. OST rappelle, en outre, que le lien entre droit et sciences humaines a toujours été étroit, puisque le droit vient s'ajouter aux faits sociaux ; il vient « seconder le social »²¹¹⁵. En ce sens, le droit entretient un rapport second au réel et ne le constitue pas. De plus, OST souligne l'importance de replacer le droit « en situation »²¹¹⁶, car il existe un enjeu politique à admettre qu'il ne fait pas que couvrir ou décrire le réel, mais qu'il opère également une transformation de celui-ci :

« [...] en s'emparant d'un conflit social, en le nommant à sa façon, en canalisant dans le jeu complexe de ses procédures, le droit transforme. S'il parvient à le résoudre, ce ne sera qu'au prix de cette manipulation réalisée à l'aide de ses fictions propres et de ce traitement formalisé à l'extrême. »²¹¹⁷

C'est d'ailleurs un des enjeux de l'appréhension des cas de désobéissance civile dont la logique doit être « traduite » dans l'arène judiciaire et en termes juridiques. Ce constat explique également les tensions présentes chez les activistes qui doivent composer avec cette logique de transformation²¹¹⁸.

761 Le droit opère donc au travers de fictions juridiques. Le recours à ces fictions, par opposition à des propositions vraies, permet de rappeler que les catégories sont le résultat d'un choix, humain et politique, qui peut donc, au besoin, évoluer ou être discuté. En ce sens, recourir à ce que SUPPIOT désigne comme étant la « fonction anthropologique du droit », qui met l'accent sur ces fictions et leur cadre de production :

« [...] permet de sortir des débats interminables sur le Juste, en mettant en lumière la nécessité de garantir à toute nouvelle génération un “déjà là”, ce qu'Arendt appelle ici

²¹¹⁴ SUPPIOT (Homo juridicus), p. 24 ss. Évidemment, ces auteurs ne sont pas les seuls à s'être intéressés à la problématique, mais ils restent les plus influents dans le débat francophone.

²¹¹⁵ OST (droit), p. 127, souligne ce rapport second en mettant l'emphase sur le suffixe « re- ». Le droit, en ce sens, « re-connaît », « re-specte », « re-présente » des réalités. L'exemple le plus emblématique est celui de la reconnaissance d'un enfant. Bien que celui-ci soit “déjà là” une fois né, le droit lui attribue une autre réalité qui “s'ajoute” à son existence, celle de sa reconnaissance juridique ; MARTENS, p. 359 : « [Ost] nous a rappelé que le droit n'est qu'une des sciences humaines, probablement la plus prosaïque d'entre elles, mais qui ne peut que s'enrichir si on apprend aux juristes que d'autres qu'eux ont labouré en le fertilisant un territoire qu'ils ont plutôt tendance à assécher. », p. 359 ; CARBONNIER, p. 38 ss ; enfin, sur l'importance du droit « en situation », voir aussi : PAPAUX (philosophie), p. 161 ss.

²¹¹⁶ Également : PAPAUX (philosophie), p. 161 ss.

²¹¹⁷ OST (droit), p. 130. Ce dernier rappelle que fonctionnalité n'est pas synonyme d'instrumentalité. Dans l'instrumentalité, on remplit mécaniquement un rôle, alors que dans la fonctionnalité, il y a une visée, une opération symbolique, cf. OST (droit), p. 134. En outre : BOURDIEU (hypocrisie), p. 99.

²¹¹⁸ Cf. *supra* 5.III.B.3.

“la préexistence d'un monde commun qui transcende la durée de la vie individuelle de chaque génération”. »²¹¹⁹

On retrouve au travers de cette réflexion la volonté de se détacher d'une vision de l'« individu-Robinson-sujet de droit » au profit d'une vision intégrée de l'humain dans son milieu social et politique. Ainsi, l'ancrage affirmé du droit au sein des disciplines des sciences sociales offre la possibilité de penser et marquer ce caractère situé, car elle met l'accent sur les relations, les interactions entre les sujets et leur milieu, les contextes de production du droit, mais aussi sur les fonctions qu'il est amené à remplir²¹²⁰. Une prise de distance face à la loi et son immuabilité dans sa conception positiviste invite à rendre dicible la réflexion au sujet des finalités²¹²¹.

Par ailleurs, cette différence quant à la place des sciences sociales dans le droit et au sujet du droit est liée à la culture juridique continentale, les juristes de « common law » étant plus ouverts et ouvertes à ce sujet. En effet, les États de cette tradition font preuve de moins de difficultés lorsqu'il s'agit de rendre compte de l'appel au droit formé par les désobéissants civils²¹²². 762

En définitive, la centralité de l'axiome « la loi, c'est la loi » mériterait d'être relativisée afin de faire une plus grande place aux sciences sociales, au risque sinon de substituer uniquement à la rationalité suprême autrefois religieuse qui fondait la loi, celle d'une raison, tout aussi abstraite et indiscutée²¹²³. L'inclusion du droit au sein des sciences sociales ou sa simple ouverture à celles-ci rappellerait qu'il existe un extérieur à la réalité construite par le droit, mais aussi, que cette réalité est fabriquée, et que son contenu doit pouvoir être débattu. 763

2. Enjeux pour la désobéissance civile

Appliqué à nos cas de désobéissance civile, on constate que la doctrine et les juges adoptent une attitude équivoque au sujet des origines sociales du droit : 764

²¹¹⁹ SUPIOT (Homo juridicus), p. 108.

²¹²⁰ ROUSSEAU, p. 162 ; WYLER/PAPAU, p. 186 ; BOURDIEU (hypocrisie), p. 95 ; PAPAU (philosophie), p. 68 et 69, désigne le droit comme *ars juris*.

²¹²¹ OST/LENoble, p. 553 ; PAPAU (sécurité), p. 44 ss ; WYLER/PAPAU, p. 187.

²¹²² TURENNE (thèse), qui constate que le juge américain se fait bien plus souvent sociologue que les juges continentaux, ne serait-ce que par la prise en compte de sources issues de cette discipline, p. 188.

²¹²³ VOGLIOTTI, p. 186. Il estime que reconnaître une place à l'humain dans le droit serait une forme de renoncement à l'*hubris* de la raison juridique qui fonde l'autorité du juridique sur une fiction de rationalité supérieure. Un tel changement de focale permettrait également de mettre un plus fort accent sur la formation des juges aux autres disciplines.

oubliant tantôt cet en-dehors²¹²⁴, parfois, mimant une ignorance stratégique à son égard²¹²⁵.

- 765 Si l'on se détache d'une vision positiviste du droit, alors s'ouvre un champ des possibles en matière de discussion au sujet de la loi et de ses finalités, ce qui constitue précisément un des rôles que peut jouer la désobéissance civile²¹²⁶. En effet, considérer le droit comme relevant du registre du controversé et produit par des acteurs humains en un temps donné et pour un lieu donné²¹²⁷ permet d'envisager les actes de confrontation à la loi comme des indicateurs pour évaluer son adéquation à un contexte évolutif²¹²⁸. En ce sens, de tels actes ne revêtent plus la lourdeur de menaces portant en leur sein le germe de la remise en cause de l'entière de l'édifice « Droit », comme semblent le croire certains détracteurs de la désobéissance civile²¹²⁹. *A contrario*, le conflit au sujet de la loi devient un moteur²¹³⁰. Dans cette optique, la désobéissance civile ne constitue pas une menace d'un ordre qui vacillerait à reconnaître l'existence de ses imperfections, mais plutôt un signal, un besoin de réactualisation des valeurs et des principes donnés d'une société, dont le caractère démocratique vient de la possibilité même de ces contestations et discussions, comme l'ont rappelé de nombreux philosophes politiques²¹³¹. Une telle acception est par ailleurs compatible avec les différentes défenses de la désobéissance civile issues de la philosophie politique.

²¹²⁴ NIEHAUS/DAVIES, p. 231 et les réf. citées.

²¹²⁵ Parmi d'autres, on peut citer à cet égard la contribution de SCHILD TRAPPE/SCHÖBI au sujet du procès du « Lausanne Action Climat » qui, tout en considérant que l'action des désobéissants n'était pas apte à atteindre son but au sens du droit pénal, déclarent qu'elle était néanmoins rusée, puisque les activistes ont bien compris que ce ne sont pas les commentaires juridiques « qui leur feront gagner le match » (notre traduction), p. 9. Ainsi, tout en ayant conscience de cette réalité politique, ils n'y attachent aucun effet en droit. À ce sujet : BOURDIEU parle de « pieuse hypocrisie » dont sont garantis les juristes, p. 96 ss.

²¹²⁶ Cf. les différentes théories philosophiques de la désobéissance civile présentées *supra* 2.III.

²¹²⁷ LENOBLE, p. 158 ; BOURDIEU (hypocrisie), p. 95 ss.

²¹²⁸ TURENNE (thèse), p. 306.

²¹²⁹ Cf. *infra* 5.IV. et notamment : NIGGLI/MUSKENS, § 22.

²¹³⁰ TURENNE (thèse), p. 285 ; MARKOVITS, p. 1899 ss ; ROVIELLO, p. 205 ss ; DE SUTTER, p. 64 ss ; LATOUR, p. 139 ss.

²¹³¹ Cf. *supra* 5.II. ; CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 63 et les réf. citées. Également : ROVIELLO, p. 219 : « [I]a légalité démocratique n'est rien de positif, elle n'est que poussée et contre-poussée, elle avance et elle recule, elle n'est, dans son expression empirique comme règle juridique positive que l'expression en modèle réduit en "positif" de cette résistance réciproque entre poussée vers l'égalité et contre poussée de l'inégalité. La loi positive n'est que l'émergence positivée, de manière très inachevée, la captation toute provisoire dans l'empirique, de cette résistance réciproque des pouvoirs, du pouvoir et du droit, des pouvoirs et des sans-pouvoirs. »

Ainsi, en violant la loi, les désobéissants prouvent qu'elle n'est pas sacrée²¹³² et que l'adage « la loi, c'est la loi » ne saurait résumer l'activité judiciaire. On peut ainsi lire le phénomène de désobéissance civile comme un processus de critique de la réification, fétichisation et sacralisation de la loi²¹³³. Pour CERVERA-MARZAL :

« [l]a signification ultime de la désobéissance civile n'est pas d'apporter des solutions alternatives aux questions déjà posées par notre temps, mais d'ouvrir des débats inédits. Avant de se prononcer sur ce qui devrait être, les désobéissants commencent par questionner ce qui est. [...] Le propre des désobéissants est de reconnaître qu'ils ne sauront jamais ce qui est juste et de continuer à chercher. »²¹³⁴

Enfin, remettre au centre de la discipline juridique les notions d'incertitude et de choix présentes dans les catégories légales permet de recentrer la focale sur son caractère produit et non immuable²¹³⁵. Elle soutient la figure de la désobéissance comme une invitation au dialogue sur les fictions sous-jacentes de la loi et sur ses valeurs. Ce mouvement dialogique d'élaboration des lois peut se définir comme suit :

« [e]nseignant la négativité de toute chose (qui est et n'est pas ce qu'elle est) et la processualité de l'être (qui devient ce qu'il est), la dialectique conduit à penser l'interaction des termes habituellement distingués (l'être et la pensée, la vie et la mort, le masculin et le féminin... ; en droit : la lettre et l'esprit, l'objectif et le subjectif, le normativisme et le réalisme, le pluralisme et le monisme). Alors que la pensée classique souligne les identités et renforce les différences, excluant ainsi le tiers, la dialectique montre comment chaque terme en présence, qui contient une part de l'autre, interagit avec celui-ci, faisant ainsi l'épreuve du passage de l'entre-deux (c'est-à-dire de la médiation) qui le trans-forme : à la fois lui-même et autre, toujours en devenir. Ce processus d'engendrement réciproque, qui signe le retour du tiers (propriété émergente du rapport d'implication des termes enchevêtrés), est seul de nature à faire justice à la complexité dynamique du réel. »²¹³⁶

En ce sens, la désobéissance civile constitue un passage à l'entre deux au sens de cette définition. Elle est illégale, mais nous dit pourtant quelque chose du droit et va l'influencer²¹³⁷. On peut dire qu'elle est une invitation à dépasser

²¹³² CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 64 ; VOGLIOTTI, p. 180.

²¹³³ CERVERA-MARZAL (nouveaux), p. 65. La réification « survient lorsque le produit d'activités humaines [...] acquiert le statut de chose ». Les autres termes ont été définis *supra* 5.III. Également : FLEISCH, p. 24 ss ; LOCHAK, p. 199.

²¹³⁴ CERVERA-MARZAL (nouveaux), p. 64.

²¹³⁵ PAPAUX (désobéir), p. 315-316 ; MOOR (perméabilité), p. 31 ; VOGLIOTTI, p. 180 ; CERVERA-MARZAL (nouveaux), p. 56, dans le sens d'une théorie républicaine de la désobéissance civile.

²¹³⁶ OST/VAN DE KERCHOVE, p. 25.

²¹³⁷ JEANNENEY, p. 105 ss, désigne la désobéissance civile comme une « ressource pour le droit ».

le clivage licite/illicite pour faire évoluer le droit. Elle s'impose comme une force créatrice du droit²¹³⁸.

- 767 Une telle approche dialogique et dynamique s'oppose radicalement au légalisme philosophique ambiant et tel qu'il transparaît de notre étude de cas. En d'autres termes, il est question alors de construire des normes qui ne s'inscrivent pas dans le registre du vrai, mais du fabriqué, et de se départir de l'argumentation d'autorité qui verrouille toute discussion sur la loi.

F. Conclusion relative au grief d'illégalité

- 768 Au terme de cette section, on constate que la désobéissance civile ne fait qu'ouvrir une brèche et mettre le doigt sur l'omniprésence du positivisme dans nos ordres juridiques. Elle ne déstabilise donc que ses adeptes.
- 769 Les matrices conceptuelles explicitées opèrent à ce titre comme autant d'obstacles épistémiques à la prise en compte de la dimension d'appel au droit (« au nom de ») de la désobéissance civile. L'adage « la loi, c'est la loi » ne constitue alors qu'un argument d'autorité, brandi contre la désobéissance civile par celles et ceux qui ne pensent le droit qu'en termes de loi. Or, on ne le rappellera jamais assez, la loi n'est pas le droit²¹³⁹.
- 770 Une approche alternative consisterait à opérer un changement de registre dans le rapport dominant au droit, soit en le considérant en lien avec son contexte social de production, sa dimension collective, et en appliquant la loi de manière intégrée avec les autres sources du droit²¹⁴⁰. En d'autres termes, il conviendrait de souligner sa nature dialogique. Ainsi, toute proposition sur le phénomène « désobéissance civile » et ses justifications nécessite une prise en compte de l'éclairage de l'histoire des droits et de la philosophie du droit, lorsque l'on souhaite réellement s'intéresser à l'appel au droit des désobéissants, comme plus généralement alimenter la réflexion sur les fonctions du juge²¹⁴¹.

²¹³⁸ JEANNENEY, p. 107 ss ; POMADE (sources), p. 99.

²¹³⁹ PAPAUX (philosophie), p. 181 ss et *passim* ; DE SUTTER, p. 65.

²¹⁴⁰ CARBONNIER, p. 12.

²¹⁴¹ MANAÏ, p. 186 ; JEANNENEY, p. 109.

IV. Anomie et séparation des pouvoirs : quelle place entre mécanique et arbitraire pour les juges ?

Comme annoncé en introduction, la troisième catégorie de reproches formulés à l'encontre de la désobéissance civile est celle de son anomie²¹⁴². Aux yeux de certains, en amorçant une « pente glissante » par leurs actes, les désobéissants créeraient un risque de chaos social, qui viendrait brouiller les frontières entre permis et interdit²¹⁴³. Ce chaos serait renforcé par l'appel à l'engagement des juges, troisième pouvoir, dans cette controverse. En effet, aux yeux des détracteurs de la désobéissance civile, les autorités judiciaires se feraient alors complices d'un délitement de l'État de droit, s'aventurant sur le terrain de la politique, annonce d'un abandon du principe de la séparation des pouvoirs²¹⁴⁴. Ainsi nous questionnerons : qu'est-ce qui permet d'écarter que ces situations de désobéissance civile ne soient simplement considérées comme des cas de conflits d'interprétation ? Ou des « cas difficiles » au sens de DWORKIN ? Voire, que ces situations ne soient que révélatrices de lacunes, comme certains ont pu le souligner²¹⁴⁵ ? Autrement, dit : la pente glissante est-elle aussi évidente qu'il n'y paraît ?

771

Il s'agira ici d'examiner les présupposés qui alimentent ces critiques et d'en circonscrire les effets sur les prérogatives des autorités judiciaires. En effet, nous verrons que les reproches vis-à-vis des dérives des juges (« gouvernement des juges ») s'articulent sur deux niveaux dans les cas de la désobéissance civile : d'une part, elles expriment la crainte que, par son application des motifs justificatifs au cas d'espèce, la ou le juge ne fasse œuvre de législateur en s'écartant du texte de la loi dont le sens est supposé clair, et qu'il ou elle excède son pouvoir (analyse à l'échelle du cas) ou soit arbitraire. La peur de l'anomie fait donc intervenir des considérations liées à

772

²¹⁴² CERVERA-MARZAL (désobéir), p. 54. Par exemple : la citation du juge dans l'arrêt Tribunal de police de Lausanne du 11 décembre 2020, PE19.009252 : « on peut aussi se demander, si l'on cautionnait ce genre de désobéissance civile, jusqu'où les tenants de la nécessité de désobéir civilement repousseraient encore la limite, si l'on se rappelle que le but est de "faire le buzz" », p. 35.

²¹⁴³ Dans cette perspective, c'est donc tout le droit qui est mis en danger. Le livre de DE SUTTER est consacré à expliciter les origines de cette crainte. En particulier : « [d]e la pensée grecque archaïque aux formes les plus contemporaines du positivisme juridique, le récit n'a pas changé : enlevez les lois du monde, et c'est jusqu'à la simple possibilité de ce dernier qui s'évanouira – dans la vendetta, la bestialité ou le vide. », p. 31.

²¹⁴⁴ Parmi d'autres : NIGGLI/MUSKENS, § 44, défendent de manière archétypale ce type de position.

²¹⁴⁵ C'est notamment l'avis de RAYMOND, p. 39 ss et JEANNENEY, p. 99.

l'interprétation et à la marge de manœuvre des autorités judiciaires dans leur activité. D'autre part, la crainte se focalise également sur l'appel au droit des activistes et la finalité longue de leur action. À ce niveau également, mais dans une perspective institutionnelle plus large, les opposants à la désobéissance civile craignent que les juges ne remplissent plus leur rôle de troisième pouvoir, conçu comme devant se montrer neutre et détaché. Il est redouté que les autorités judiciaires prennent un rôle qui n'est pas le leur en se faisant ou non le relais des préoccupations des désobéissants, voire qu'elles acceptent de reconnaître une légitimité à certains mouvements, ce qui créerait un précédent potentiellement dangereux.

- 773 Cette crainte des dérives des juges fait appel à un certain nombre d'obstacles épistémiques communs au positivisme et au légalisme (neutralité comme absence de considération pour les finalités, conception monolithique de la loi, juge « bouche de la loi », etc.). Les reproches d'anomie et d'illicéité se mélangent en conséquence. On peut effectuer ce constat tant lorsqu'il s'agit de déterminer les contours de notions indéterminées, telles que la subsidiarité dans l'état de nécessité, de se prononcer sur des motifs extra-légaux ou encore sur l'appel au droit porté par les désobéissants et désobéissantes. Dans ces différents cas, la matrice conceptuelle positiviste et une certaine acception du rôle des juges sont convoquées. Ce sont ces éléments que nous allons mettre en lumière, mais nous nous intéresserons également aux contrepoids existants pour tempérer cette crainte. Cela nous permettra de déterminer quels sont les possibilités et les risques réels pour les juges, vis-à-vis de la séparation des pouvoirs, lorsqu'ils se prononcent au sujet d'actes de désobéissance civile.
- 774 Par conséquent, les éléments suivants seront abordés dans deux sous-sections séparées : la marge de manœuvre des juges au travers de l'interprétation (dans le cas, A.) et la séparation des pouvoirs (niveau institutionnel, B).

A. Interprétation et marge de manœuvre des juges

- 775 Selon une formule de TURENNE, la désobéissance civile est un acte par lequel ses acteurs tentent de faire valoir une interprétation nouvelle, mais plausible du droit, notamment des droits fondamentaux²¹⁴⁶. Les désobéissants entendent ainsi relativiser le monopole interprétatif du juge et revendiquent l'attribution d'une partie de celui-ci aux membres du corps civique²¹⁴⁷. Leur souhait peut

²¹⁴⁶ TURENNE (thèse), p. 17 ; OST (désobéir), p. 17.

²¹⁴⁷ Voir également : FALCÓN Y TELLA (philosophie), p. 109.

être, soit de substituer leur interprétation à celle des juges, soit uniquement de souligner le caractère politique de certaines décisions, soit, encore, de plaider pour une nouvelle interprétation du droit ou demander aux autorités judiciaires qu'elles prennent position dans une controverse et redressent des dysfonctionnements²¹⁴⁸. Le conflit d'interprétation soulevé par l'acte de désobéissance civile peut se situer, tant sur le terrain de la définition du « juste »²¹⁴⁹, que sur celui des droits fondamentaux, ou sur celui de la notion de validité matérielle du droit. Or, il convient de préciser quelles sont l'étendue et les limites du pouvoir d'interprétation des juges face à de telles demandes. Dans la plupart des cas, nous avons vu que la réponse classique à cet égard est de ne pas tenir compte du conflit interprétatif ou de l'appel au droit soulevé par les désobéissants et désobéissantes civils²¹⁵⁰. Il s'agira ici d'explicitier les rationalités sous-jacentes de ce rejet et en dévoiler les fictions. Nous verrons qu'une partie des critiques soulevées témoignent d'un manque de recul sur leur caractère situé au sein du positivisme.

Nous ne reprendrons dans cette section que les éléments les plus significatifs pour notre recherche à propos des théories de l'interprétation, sans en étudier de manière approfondie l'ensemble des ressorts (notamment relatives à l'herméneutique juridique). S'agissant spécifiquement de l'interprétation conforme aux droits fondamentaux, nous renvoyons aux considérations théoriques présentées plus haut²¹⁵¹. En conséquence, nous commencerons par rappeler les théories classiques liées aux méthodes d'interprétation et nous interrogerons sur l'éventuelle lacune que peut constituer la désobéissance civile pour le droit (1.). Nous étudierons ensuite ce que ces méthodes d'interprétation impliquent pour la marge de manœuvre des juges, afin de déterminer quelle est la limite de leur pouvoir lorsqu'il convient de trancher des litiges de désobéissance civile (2.), puis nous mobiliserons la théorie développée par DWORKIN au sujet de la désobéissance civile et de l'interprétation juridique (3.).

Ainsi, la crainte de l'avènement d'un gouvernement des juges en cas de reconnaissance devant les cours des actes de désobéissance civile, tout comme celle de l'anomie, nous serviront de point de départ pour explorer la position médiane entre la conception d'un juge « bouche de la loi » et celle d'un juge

²¹⁴⁸ DOBLER, p. 214 ; TURENNE (thèse), p. 160. Cf. également sur ces différents aspects chez les philosophes politiques de la désobéissance civile *supra* 5.II.

²¹⁴⁹ OST (désobéir), p. 18 et 20 ; cf. *supra* 5.II.A.1., RAWLS, § 55, p. 405, considère que la désobéissance civile se justifie lorsqu'elle est mise en œuvre afin de soutenir les principes de justice qui sont également utiles à l'interprétation de la Constitution.

²¹⁵⁰ Cf. *supra* chapitres 3 et 4. Notamment en recourant à l'adage « la loi, c'est la loi » ou en refusant un pouvoir interprétatif des juges.

²¹⁵¹ Cf. *supra* 4.III.B.1.

776

777

arbitraire et tout puissant, seul réel maître du procès. L'objectif de cette démarche est de délimiter quelles sont les possibilités effectives pour le juge de rendre compte de l'appel au droit des activistes.

1. Texte clair, méthodes d'interprétation et comblement des lacunes

778 Afin d'ancrer nos propos, rappelons tout d'abord que l'interprétation est l'action qui :

« [...] consiste à dire le droit, à déterminer si la lettre et/ou l'esprit de telle disposition légale se rapportent à la matière dont le juge est saisi ; elle s'effectue dans le cadre de la loi et vise à établir le sens de la disposition litigieuse, à en remplir les "blancs", à en fixer la portée ou à choisir entre son texte et son but lorsqu'ils imposent des conclusions différentes. »²¹⁵²

Il s'agit donc d'un processus par lequel les juges sont chargés de construire « la signification d'un signifié (le sens de la norme juridique) à partir d'un signifiant (le texte muet de la loi) à l'occasion d'une affaire concrète, la référence. »²¹⁵³ Le point de départ de cette activité est donc la loi.

a. Méthodes d'interprétation

779 Dans une approche classique, c'est en premier lieu selon sa lettre que la loi doit s'interpréter²¹⁵⁴. Puis, si l'interprétation littérale ne permet pas de dégager un sens clair, un pluralisme de méthodes d'interprétation est déployé²¹⁵⁵. Dans l'acception positiviste du droit, la loi est en principe claire²¹⁵⁶. En conséquence, face à un texte clair, il n'est en principe pas possible de s'écarter

²¹⁵² GRAVEN, p. 154.

²¹⁵³ PAPAUX/CERUTTI, p. 135 ; FRYDMAN, p. 676.

²¹⁵⁴ ATF 132 III 237 p. ex. La jurisprudence a nuancé cette approche depuis quelques années, afin de privilégier « un pluralisme pragmatique des méthodes », ATF 142 III 402 ; ATF 145 IV 17. PAPAUX/CERUTTI soulignent que le texte, en tant que tel, ne contient que des signifiants. La connaissance de la lettre de la loi n'est en conséquence pas encore une activité d'interprétation à proprement parler, p. 135.

²¹⁵⁵ Systématique, téléologique et historique, cf. STEINAUER, p. 41 ss.

²¹⁵⁶ La doctrine du texte clair reste majoritaire selon KRAMER, p. 183, note 24, bien que de nombreuses critiques lui ont été formulées depuis des années. En outre, PAPAUX/CERUTTI, note 486 et les réf. citées p. 137 et 138. En ce sens, il s'agit bien d'une doctrine du sens clair déjà située épistémologiquement. Les textes clairs sont en effet « rarissimes en pratique », puisque nécessitant déjà que des signifiés soient mobilisés à la lecture du texte, PAPAUX/CERUTTI, p. 155. C'est donc en raison de l'activité des juges que les textes peuvent être qualifiés de clairs, PAPAUX/CERUTTI, p. 139 et 156. Également : MANAÏ, p. 128 ss.

du texte de la norme, ou uniquement avec une grande prudence et en cas d'incompatibilité entre celui-ci et l'esprit de la loi²¹⁵⁷. Au travers des méthodes d'interprétation, dans cette perspective, l'autorité judiciaire ne se distance pas de la loi ; elle ne fait que rendre intelligible la volonté du législateur dont le sens doit être précisé, mais, toujours dans le cadre de la loi²¹⁵⁸. Ainsi, par sa recherche du sens de la loi, le juge n'exercerait pas un pouvoir autonome de nature à remettre en cause la suprématie de celle-ci. Il ne devient pas législateur ou co-législateur, puisque la loi contiendrait déjà toutes les possibilités qui s'offrent à lui et qu'il n'inventerait rien²¹⁵⁹. Rappelons encore qu'en conséquence de la doctrine du sens clair, la figure juridique principale utilisée par les juges pour dire le droit dans le cas est celle du syllogisme²¹⁶⁰.

Lorsque différentes interprétations d'un texte sont envisageables, une multiplicité de figures sont mobilisées par les autorités judiciaires : l'interprétation conforme à la Constitution, l'interprétation extensive²¹⁶¹, restrictive²¹⁶², *a contrario*²¹⁶³, *a fortiori*, *a maiore ad minus* ou encore par analogie²¹⁶⁴, voire en équité. Dans tous les cas, le but de l'activité reste de concilier lettre et esprit de la loi. Or, il est parfois complexe de distinguer l'utilisation de l'une ou l'autre figure : par exemple l'intervention d'un raisonnement par analogie, qui revient à estimer qu'une norme permet de régir

780

²¹⁵⁷ PAPAUX/CERUTTI, p. 136 à 138.

²¹⁵⁸ BRENCI/CERRUTI, p. 6.

²¹⁵⁹ Voir à cet égard la métaphore révélatrice et datée, du pénaliste GRAVEN qui précise que la jurisprudence n'est en ce sens pas une source autonome du droit, puisqu'« en accouchant la loi d'une règle qui s'y trouvait à l'état latent, la jurisprudence n'est pas davantage la mère de cette règle qu'une sage-femme n'est la mère de l'enfant qu'elle aide à mettre au monde. », p. 153 note 1.

²¹⁶⁰ Ainsi, la mise en cause de la doctrine du sens clair, s'accompagne d'une critique de cette figure, cf. MANAÏ, p. 18 et ses critiques p. 140 ss. FRYDMAN, p. 286 ss. En outre, *supra* 5.III.D.2.

²¹⁶¹ Soit une interprétation qui étend le champ d'application d'une norme. Cette figure ne peut être admise que de manière restrictive. PAPAUX/CERUTTI, p. 170 ; FRYDMAN, p. 316 ss.

²¹⁶² Dans ce cas de figure, le juge limite le champ d'application d'une disposition afin de se conformer à l'esprit de la norme. PAPAUX/CERUTTI, p. 172 ; FRYDMAN, p. 317 ss.

²¹⁶³ Raisonnement qui permet d'inférer de la réglementation d'une situation particulière par une norme que, par effet contraire, elle n'a pas vocation à s'appliquer à d'autres cas. Un tel type de raisonnement ne fonctionne qu'en présence de deux types de solutions à la situation appréhendée. PAPAUX/CERUTTI, p. 173.

²¹⁶⁴ L'analogie est « une démarche intellectuelle qui procède *via* un raisonnement *a pari*, horizontal. L'analogie consiste à comparer deux ou plusieurs situations entre lesquelles [...] certains interprètes "tirent un parallèle" », PAPAUX/CERUTTI, p. 176. En d'autres termes l'analogie « consiste à assimiler l'inconnu à du connu » et suppose qu'une norme soit appliquée à un complexe de fait qui n'est pas expressément prévu par celle-ci, PAPAUX/CERUTTI, p. 179.

le cas si on raisonne par similarité, ne se différencie pas toujours aisément d'une intervention du juge qui comble une lacune²¹⁶⁵.

b. Comblement des lacunes

781 En effet, l'activité d'interprétation se démarque théoriquement de celle du comblement des lacunes de la loi²¹⁶⁶. Le comblement des lacunes intervient lorsque, « la loi laisse sans réponse une question juridique qui se pose inévitablement »²¹⁶⁷. Dans cette hypothèse, les juges ont alors parfois le pouvoir de combler ce vide, cette lacune. Ainsi, face à ce qui apparaît comme une lacune, il convient de rechercher si ce vide est dû à un silence volontaire ou non du législateur²¹⁶⁸. Dans la première hypothèse, lorsque le législateur n'a pas souhaité régler la matière à dessein, le juge ne saurait outrepasser ce silence et créer une règle de droit prétorien (on parle alors de « silence qualifié » du législateur)²¹⁶⁹. À l'inverse, dans la seconde hypothèse, la lacune est le résultat d'un oubli du législateur (on parle alors de lacune proprement dite ou lacune *praeter legem*). Là ou le juge doit alors fixer une règle supplétive afin de trancher la question qui lui est soumise (art. 1 al. 2 CC). Il ou elle recourt pour ce faire notamment à l'équité, à la doctrine et à la jurisprudence²¹⁷⁰. Dans cette situation particulière, l'intervention de l'autorité judiciaire ne constitue pas une atteinte à la séparation des pouvoirs, dès lors que la possibilité de son activité est prévue dans la loi elle-même et s'appuie sur une délégation encadrée en amont par le législateur²¹⁷¹. Dans ce cas, elle crée donc une règle générale et abstraite ponctuelle portant « sur les éléments précis omis par le législateur »²¹⁷². Outre ces deux types de lacunes, il est parfois fait mention dans les travaux de doctrine ou au sein de la

²¹⁶⁵ PAPAUX/CERUTTI, p. 201.

²¹⁶⁶ Cf. OST/LENOBLE, p. 135. Il est nécessaire de préciser que seule la loi peut s'avérer lacunaire, pas le droit. Ce dernier « en tant que système » permet toujours d'offrir des solutions aux cas, PAPAUX/CERUTTI, p. 199.

²¹⁶⁷ ATF 117 III 1.

²¹⁶⁸ STEINAUER qui distingue donc le vide de la loi (comblé par l'interprétation) et les lacunes (un vide du législateur), p. 41.

²¹⁶⁹ ATF 131 II 562, c. 3.5. PAPAUX/CERUTTI, soulignent qu'en conséquence on ne peut à proprement qualifier ce cas de vide juridique, p. 204. Pour le surplus, rappelons que l'existence d'un silence qualifié se détermine en recourant aux travaux législatifs.

²¹⁷⁰ ATF 131 II 562, c. 3.

²¹⁷¹ Cf. Art. 4 CC ; STEINAUER, p. 42 et 53 ; MOOR (dynamique), p. 121 ; CR Cst.–MARTENET/DUBEY, Introduction générale, N 48, qui constatent que de telles lacunes sont rares dans la Constitution.

²¹⁷² PAPAUX/CERUTTI, p. 201.

jurisprudence de la notion de lacune *intra legem*²¹⁷³. Cette qualification vise néanmoins des situations qui ne sont pas réellement des « vides », car une norme existe, mais elle donne un pouvoir d'appréciation aux juges et les invite à user d'analogie ou elle recourt à des notions juridiques indéterminées²¹⁷⁴.

Deux autres situations complexes à identifier et distinguer en application de la théorie des lacunes concernent l'éventualité d'un comblement des lacunes improprement dites et la figure de l'interprétation *contra legem*. Dans le premier cas de figure, le texte de loi est clair, pourtant le juge constate une lacune improprement dite en application de la *ratio legis* de la norme, car le résultat de son application au cas conduit à une solution injuste²¹⁷⁵. La doctrine est divisée sur la question de savoir si l'autorité judiciaire est habilitée à combler une telle lacune²¹⁷⁶. Au sens de la doctrine classique, la réponse à cette question est négative, car il existe une norme. Néanmoins, le juge pourra en revanche :

« [...] *corriger* le résultat auquel il arriverait en appliquant la disposition, si le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme s'avère constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la CEDH ou de la Constitution. »²¹⁷⁷

Ainsi, seuls ces deux cas de figure précis permettent une intervention judiciaire visant à combler une lacune improprement dite.

Dans la seconde situation, celle de l'interprétation *contra legem*, les juges font intervenir une argumentation *de lege ferenda* de la loi, alors que l'interprétation permet déjà une conclusion dans le cas et qu'une norme existe²¹⁷⁸. Or, cette figure est en principe interdite. L'interprétation *contra legem* est en effet considérée comme un des plus grands dangers pour un ordre juridique positiviste, puisqu'elle implique que les juges s'affranchissent de la loi, attitude qui pourrait présager que ces derniers s'arrogent de plus en plus de latitude face au texte²¹⁷⁹. En revanche, rien n'empêche l'autorité judiciaire de critiquer ou de questionner *de lege ferenda* la loi. En résumé, au sens de la doctrine classique, les juges ne sauraient s'écarter de la loi, sauf à combler une

²¹⁷³ PAPAUX/CERUTTI et les réf. citées, p. 212.

²¹⁷⁴ Il ne s'agit donc, là encore, pas de lacune à proprement parler, car « le législateur a traité du sujet. Cette terminologie [...] poursuit le rêve, vain, de lois si précises, si détaillées, que rien ne leur échapperait. », PAPAUX/CERUTTI, p. 212.

²¹⁷⁵ STEINAUER, p. 53 ; PAPAUX/CERUTTI, p. 206.

²¹⁷⁶ PAPAUX/CERUTTI, p. 206.

²¹⁷⁷ PAPAUX/CERUTTI, p. 206 et les exemples cités. Cf. *supra* au sujet de l'interprétation conforme.

²¹⁷⁸ KRAMER, p. 180 ss.

²¹⁷⁹ KRAMER parle de « Todsünde », de péché mortel, pour qualifier l'interprétation *contra legem*.

lacune proprement dite ou dans de très rares cas face à une lacune improprement dite.

- 784 La dogmatique juridique distingue encore l'interprétation *contra legem*, de l'analogie et de l'interprétation téléologique. L'interprétation *contra legem* diffère théoriquement de l'analogie, autorisée, car cette dernière permet d'aider à dégager le sens des normes²¹⁸⁰. Néanmoins, à ce sujet également, les distinctions sont subtiles et controversées, puisque la doctrine effectue encore des sous distinctions au sein de l'interprétation *contra legem* entre l'interprétation *contra rationem legis*, *contra verbum legis* et *praeter verba legis*²¹⁸¹. Parmi elles, seule la première devrait être interdite, puisque c'est la seule qui contrevient au but de la loi ; les deux autres cas de figure ne posent pas de problème sous l'angle de la marge de manœuvre des juges, puisqu'ils visent à consacrer la *ratio legis* et, partant, restent fidèles à la mission de concilier lettre et esprit de la loi²¹⁸².
- 785 En pratique, on constate que les critères qui permettent de tracer une ligne de démarcation entre ces différentes techniques sont complexes. C'est une des raisons qui permettent à KRAMER, au terme de son analyse de ces différentes figures, de rejeter ces éléments de dogmatique juridique et de suggérer l'abandon de la doctrine du texte clair, dès lors que les moyens d'identifier la *ratio legis* ne sont eux-mêmes pas fixés²¹⁸³. Ces arabesques théoriques sont également critiquées par l'avocate Marina MANDOFIA, qui, au travers de son étude, démontre que l'analogie, l'interprétation téléologique et la théorie des lacunes sont utilisées de manière peu cohérente pour justifier des décisions du TF qui heurtent le sens clair de la loi²¹⁸⁴. Tout comme KRAMER, elle considère que l'interdiction de l'interprétation *contra legem* vise en réalité l'interprétation *contra rationem legis* « puisque le but est de pouvoir s'écarter du texte, même clair, pour dégager l'esprit de la norme », mais pas les autres cas de figure de l'interprétation *contra legem*²¹⁸⁵. Dans les exemples qu'elle

²¹⁸⁰ KRAMER, p. 185 ; STEINAUER, p. 47, qui l'explique dans un lexique logicien : « l'argument *a simili* prend comme base une implication exprimant une condition suffisante ; il applique la conséquence de cette implication à une condition autre que celle énoncée par la règle, en se fondant sur le fait que cette condition présente une ressemblance essentielle avec l'hypothèse retenue dans la loi. »

²¹⁸¹ KRAMER, p. 186.

²¹⁸² KRAMER, p. 185. Cette approche se justifie à son sens, car les tribunaux sont liés par la *ratio legis*. Il recommande de faire preuve de prudence dans le recours à cette figure, p. 185.

²¹⁸³ KRAMER, p. 186 ss. Cette doctrine a par ailleurs toujours été considérée comme un idéalisme par les linguistes. PAPAUX/CERTUTTI, p. 135 ss et les réf. citées.

²¹⁸⁴ MANDOFIA, p. 220 ss.

²¹⁸⁵ MANDOFIA, p. 220, figure qui vise donc le même cas que l'interprétation *contra rationem legis* ; KRAMER, p. 186.

expose, le TF s'est en effet déterminé à différentes occasions sur ces figures et a admis une interprétation, y compris en présence d'un texte clair, en faisant appel à la volonté du législateur et à l'esprit de la loi, ne serait-ce que pour confirmer ce sens²¹⁸⁶.

c. En droit pénal : un principe de légalité renforcé

Enfin, dans le prolongement de ces éléments, relevons qu'en droit pénal en particulier, l'interprétation est encadrée par un principe de légalité renforcée. De ce principe de légalité découlerait notamment une certaine limitation du recours à l'interprétation par analogie en droit pénal. Ainsi, contrairement à ce qui prévaut en droit civil en vertu de l'art. 1 al. 2 CC, les juges sont limités dans leur recours à l'analogie lorsque, par ce raisonnement, ils étendent le champ d'application de l'incrimination pénale. Cette interdiction a pour objectif d'éviter que l'autorité judiciaire poursuive des comportements qui n'étaient initialement pas incriminés au travers d'un énoncé de fait légal²¹⁸⁷. En ce sens, ce principe renforcé traduit la crainte, elle aussi renforcée en droit pénal, que la ou le juge ne s'autonomise de la volonté populaire et ne se montre plus sévère que souhaité par le législateur²¹⁸⁸. Néanmoins, on ne saurait déduire de ce principe que l'autorité judiciaire pénale n'a pas de pouvoir interprétatif ou que le raisonnement par analogie lui est absolument interdit. En effet, le principe de légalité renforcé ne le prive pas de recourir à l'analogie au besoin pour « reconstruire l'esprit de la disposition pénale en question. »²¹⁸⁹ Il conserve en effet cette possibilité, si l'économie générale du droit le préconise, contrairement à ce que certains arguments ou lectures hâtives essaient de laisser entendre²¹⁹⁰. Ainsi, cette interdiction peut être relativisée dans la mesure où elle ne prévaut que dans les cas d'une extension du champ d'application d'une disposition, lorsque le juge interprète la loi en défaveur du prévenu²¹⁹¹. *A contrario*, une restriction du champ d'application

786

²¹⁸⁶ MANDOFIA, p. 220.

²¹⁸⁷ HURTADO POZO/GODEL, N 83 ; KILLIAS/DONGOIS/KUHN, N 809 ; STEINAUER, p. 48.

²¹⁸⁸ GRAVEN, p. 157. On retrouve aussi l'idée de complémentarité du droit pénal qui intervient en *ultima ratio* dans l'ordre juridique. Or, selon lui, « trop souvent l'interprète s'attache exclusivement à l'esprit et au but de la norme litigieuse particulière et perd de vue l'esprit et le but du droit pénal en général. [...] Le juge devrait toujours se demander [...] si l'interprétation envisagée respecte les principes de subsidiarité et de proportionnalité qui régissent la protection de l'ordre social par le moyen radical du droit pénal. », p 165.

²¹⁸⁹ « On demeure ici dans le cadre d'une incrimination arrêtée par la loi, mais insuffisamment explicitée par sa lettre », PAPAUX/CERUTTI, p. 171.

²¹⁹⁰ Comme le souligne, GRAVEN, p. 157.

²¹⁹¹ HURTADO POZO/GODEL, N 96 à 97, prennent l'exemple de l'interdiction de la polygamie qui ne devrait pas être appliquée à un couple de concubins composé d'une femme mariée et

d'une disposition par recours à l'analogie est admissible²¹⁹². Une interprétation d'autres éléments des textes pénaux est également envisageable²¹⁹³. En particulier, GRAVEN indique qu'en conséquence de l'adoption du Code pénal, le TF a dû effectuer un grand nombre de précisions sur l'interprétation à donner à ces dispositions, ce qui était une des volontés de son concepteur²¹⁹⁴. Dans cette optique :

« [...] estimant que le principe de la légalité n'oblige pas à détailler les éléments constitutifs des infractions et n'interdit pas les clauses générales ou les notions juridiques indéterminées, Stoss avait renoncé à la casuistique et laissé subsister des lacunes *intra legem* qu'il appartiendra donc aux tribunaux de combler. »²¹⁹⁵

C'est donc une volonté même du législateur que l'autorité judiciaire pénale puisse recourir à l'interprétation et qu'elle participe en ce sens à la clarification

de son amant, faute de quoi on en viendrait à ériger en infraction pénale un autre comportement que celui visé par l'esprit de la disposition ; GRAVEN, p. 154.

²¹⁹² STEINAUER, p. 48, précise que l'étude des travaux du professeur Paul LOGOZ, ayant collaboré aux travaux préparatoires du Code pénal, sont limpide à ce sujet : l'argument par analogie en faveur d'un prévenu est autorisé ; *idem* KILLIAS/DONGOIS/KUHN, N 809 ; HURTADO POZO/GODEL, N 97 et N 139.

²¹⁹³ Celle-ci se distingue de l'interprétation par analogie en ce sens qu'elle vise à « donner aux termes employés par le législateur un sens plus large que ce que laisserait entendre une interprétation stricte, tout en restant clairement dans le cadre des termes du texte légal. » KILLIAS/DONGOIS/KUHN, N 811 ; HURTADO POZO/GODEL, N 319, ils citent en exemple la soustraction de chose mobilière qui peut englober la soustraction de créances.

²¹⁹⁴ GRAVEN, p. 156. Il rappelle d'ailleurs que, lors de la rédaction du code, Carl STOSS possédait une conception définie de la politique criminelle qui a guidé son travail. Il était notamment attaché au principe d'« autolimitation du droit pénal », principe dont la trace est moins évidente dans l'interprétation contemporaine de ce droit, en matière d'actes de désobéissance civile à tout le moins. Cf. GRAVEN, p. 157. Dans sa contribution, GRAVEN considère trois exemples de décision dans lesquelles le TF a, à tort selon lui, fait primer le texte de la loi sur son but, contrevenant aux principes mêmes de la dogmatique pénale : premièrement, lorsqu'il a déduit du texte de la loi que le locataire pouvait aussi déposer plainte au sens des infractions à la propriété, alors que le but des infractions de propriété est de protéger le propriétaire et que l'intervention pénale se doit de rester subsidiaire. En second lieu, lorsqu'il a refusé d'assimiler les créances à des choses dans les infractions de soustraction, alors que le but de la loi y est favorable. Enfin, troisièmement, face à des situations de prostitution non illicites, lorsque le TF a extensivement interprété le critère de proposition malhonnête (par analogie au CO) pour y inclure la proposition de tarifs pour des prestations sexuelles. En procédant de la sorte, le TF a alors rendu l'activité impossible, quand bien même le législateur n'en avait pas fait une infraction. À notre sens, ce que ces exemples, dont certains ne sont plus d'actualité, illustrent est la facilité avec laquelle la doctrine du sens clair ou le principe de légalité pénale sont mobilisés de manière plus ou moins opportune en fonction des situations.

²¹⁹⁵ GRAVEN, p. 156.

des notions, le principe de légalité renforcé et les autres principes de l'interprétation intervenant comme des cadres restreignant cette activité²¹⁹⁶.

Enfin, relevons avec GRAVEN qu'il convient de garder à l'esprit, lorsqu'il est question de notions indéterminées ou d'« open texture » en droit pénal que :

787

« [...] souhaitant que les citoyens comme les magistrats (en majorité laïque à l'époque) puissent comprendre les textes légaux à la simple lecture, Stoss avait banni le jargon juridique au profit d'une langue presque populaire. Le TF sera donc souvent amené à examiner si tel terme est employé au sens du langage courant ou s'il revêt une signification technique particulière. »²¹⁹⁷

Les constats présentés par GRAVEN invitent ainsi à la prudence, mais également renforcent le besoin de motivation et d'explicitation des raisonnements judiciaires opérés dans les cas. En ce sens, ils invitent à éviter les arguments d'autorités, du type « le juge pénal ne peut s'écarter de la loi pénale », notamment face à des cas de désobéissance civile²¹⁹⁸. La porosité des lignes de démarcation entre ces figures plaide également en faveur d'une approche plus pragmatique de la loi (pénale en l'occurrence), qui tranche avec l'idée de sa supposée cohérence qui ferait des résultats de son application des évidences²¹⁹⁹. L'étude de la jurisprudence et de la doctrine des cas de désobéissance civile illustre d'ailleurs cette dimension controversée²²⁰⁰. Pour le dire avec GRAVEN :

« [...] sur la route menant à la solution recherchée, l'article 1 CP se dresse en effet comme un sémaphore donnant tantôt le feu vert et tantôt le rouge. Tant, mais quand et pourquoi ? Cette question essentielle, rien, dans la jurisprudence, ne permet de la

²¹⁹⁶ La déclaration du juge pénal dans l'affaire Tribunal de police de Lausanne, 17 novembre 2021, PE19.025122, est ainsi inexacte : « [q]uant au principe de l'interprétation conforme à la Constitution ; il ne trouve guère de place en droit pénal, dès lors que cette matière est d'ores et déjà régie [par] un strict principe de légalité (art. 1 CP). Le principe de l'interprétation conforme ne saurait quoiqu'il en soit rendre licite un comportement érigé en infraction pénale. », p. 26. Cf. *supra* 4.III.A.1.

²¹⁹⁷ GRAVEN, p. 156.

²¹⁹⁸ Cf. *supra* chapitre 3 et p. ex.: Tribunal de police de Bellinzone, 28 septembre 2017, c. 8.

²¹⁹⁹ Ce qui illustre *a contrario* la réalité de la présence des préconceptions positivistes-légalistes.

²²⁰⁰ Voir p. ex. : RAYMOND, qui considère que, tant le jugement de première instance du « Lausanne Action Climat », que le cas de Theresia Rohner (ATF 116 la 359, dans lequel le TF a jugé que les autorités du canton d'Appenzel Rhodes-Intérieures ne pouvaient refuser la participation des femmes à la Landsgemeinde depuis le vote de 1971 garantissant le suffrage universel en Suisse, malgré une autonomie cantonale à ce sujet) constituent des jugements rendus *contra legem*. L'auteur se place en porte à faux d'une doctrine majoritaire qui voit en l'arrêt Rohner une interprétation conforme plutôt que *contra legem*. Par ailleurs, s'agissant du cas du LAC, les oppositions et controverses présentes en doctrine sur la qualification du dommage, sur son caractère imminent ou encore au sujet de la subsidiarité dans l'application de l'état de nécessité aux actes de désobéissance civile illustrent pourtant que les situations ne sont pas si claires.

trancher de manière générale et sûre, car le TF souffre de daltonisme. Le feu qu'il voyait rouge dans certaines espèces, il le voit vert dans d'autres pour de bonnes ou de mauvaises raisons de politique criminelle ou d'opportunité, quitte à s'essouffler en essayant de convaincre les témoins qu'il a, au pire, passé à l'orange. »²²⁰¹

Cela permet en définitive de rappeler que l'application du droit implique des choix, y compris en matière pénale, qui nécessitent une explicitation et une discussion, et qui n'ont rien de figé²²⁰².

d. Quelles implications pour la désobéissance civile ?

788 Appliquées aux affaires de désobéissance civile, les différentes figures présentées interrogent les possibilités de qualifications de la notion. Ainsi, la voie de l'interprétation conforme aux droits fondamentaux a été explorée précédemment et offre une alternative possible. Avec le « whistleblowing » ou les manifestations non autorisées, le recours à l'analogie pourrait être envisagé pour justifier que des ponts soient bâtis entre les solutions apportées à ces cas et ceux de désobéissance civile. L'existence d'un principe de légalité renforcé en droit pénal ne s'y oppose pas par principe, puisqu'il ne s'agit pas d'étendre le champ d'application d'infractions, au contraire.

789 Se pose également la question de savoir si la consécration d'un motif justificatif extra-légal *ad hoc* « désobéissance civile » ou un refus de sanctionner dans certaines situations un tel acte, pourraient relever de l'application de l'une ou l'autre des figures présentées ci-dessus et conduire à consacrer la désobéissance civile ou l'appel au droit qu'elle comporte. En effet, face à un cas de délit de solidarité par exemple, un refus de sanctionner ne relèverait-il pas d'une interprétation qui tient compte de la *ratio legis* pour ne pas étendre outre mesure le champ de l'incrimination qui visait, selon les travaux législatifs, à sanctionner la traite d'êtres humains uniquement²²⁰³? Et, en présence d'actes de contrainte et du qualificatif de violence, *quid* du risque d'interprétation extensive de l'incrimination ? En l'état, force est de constater que ces questions sont éludées sous couvert de recours à la doctrine du sens clair. Il serait pourtant rigoureux, lorsque l'autorité judiciaire est placée face à la question des motifs justificatifs de la désobéissance civile, que soient discutées les alternatives qui lui sont offertes – et leur besoin –, dès lors que la notion n'existe pas en tant que telle.

²²⁰¹ GRAVEN, p. 163.

²²⁰² Cf. FRYDMAN, p. 679.

²²⁰³ Cf. *supra* 1.II.B.1. et 3.IV. La question posée étant de savoir si les actions menées avec un mobile égoïste peuvent s'assimiler à celles commises « en solidarité ».

Les juges interprètent la loi. Or, celle-ci peut-elle réellement être qualifiée de claire lorsqu'intervient un acte de désobéissance civile qui mobilise aussi une dimension d'exercice de libertés ou soulève des situations nouvelles²²⁰⁴ ? Les actes du corpus semblent démontrer que non, puisqu'ils soulèvent de nombreuses controverses. L'exemple de l'évolution de la notion de danger l'illustre²²⁰⁵. Dans cette perspective, la solution apportée au cas de l'acquittement des activistes du LAC en première instance ne saurait être désignée comme une interprétation *contra legem*²²⁰⁶. Elle révèle simplement la nature controversée ou évolutive des notions mobilisées, qui ne surprend que les défenseurs de la doctrine du sens clair²²⁰⁷. La solution proposée n'a certes pas été suivie par les interprètes ultérieurs, mais il n'est pas pour autant question d'invalidation de cette première interprétation, dans le sens où le premier juge aurait manqué à l'application d'un texte clair et univoque. L'interprétation proposée n'a pas convaincu, mais ne relevait pas du registre du vrai ou du faux²²⁰⁸. Ces controverses témoignent du processus usuel qui accompagne les lacunes *intra legem*, les notions indéterminées et l'interprétation au sens large.

790

Dans tous les cas, ces différentes figures permettent de montrer que, dans notre corpus, le rapport à l'interprétation et la crainte soulevée que les juges ne trahissent la séparation des pouvoirs ou ne s'engagent dans une pente glissante en explorant le traitement des situations de désobéissance civile sont ancrés dans une doctrine positiviste classique. Cette dernière s'appuie principalement sur l'idée de texte clair. Or, ce principe s'avère insuffisant. Par conséquent, ce manque de distance face aux doctrines du sens clair marque un besoin encore actuel de réaffirmer les limites d'une telle approche. L'enjeu sous-jacent de cette mise en cause est principalement celui de la motivation des jugements et de l'explicitation des choix opérés. Un tel mouvement est nécessaire à la

791

²²⁰⁴ Comme p. ex. les dangers liés au réchauffement climatique qui n'était pas pris en compte lors de l'élaboration du CP.

²²⁰⁵ Dans le cadre de l'état de nécessité, le sens donné à la notion de danger au sens pénal a évolué entre l'arrêt de première instance dans l'affaire du « Lausanne Action Climat » et, par exemple, le « Procès des 200 ». Si, dans un premier temps, il était controversé de qualifier les dérèglements climatiques de danger, au fil des procès et dans les arrêts récents, la réponse apportée à cette question est devenue positive par le jeu des différentes argumentations. Autrement dit, le sens à apporter à cette notion en lien avec ces actes a été clarifié par le travail des interprètes et a évolué pour tenir compte des particularités de ce cas de figure. Ce faisant, les juges sont restés dans les carcans de la marge de manœuvre qui leur a été déléguée.

²²⁰⁶ *Contra* : RAYMOND.

²²⁰⁷ Conclusion que semble partager MAHAIM (Rodgeur), p. 26.

²²⁰⁸ FRYDMAN (sens), p. 679, rappelle que la meilleure interprétation est celle qui convainc « la communauté des interprètes ».

reconnaissance d'un droit qui se construit de manière dialogique. En résumé, tout est donc affaire de gradation entre ces différentes figures de l'interprétation.

2. Au-delà du texte clair : l'autorité judiciaire et sa marge d'appréciation

- 792 En application de la doctrine du texte clair et des canons classiques de l'interprétation, on constate que la vision majoritairement véhiculée du pouvoir judiciaire reste, en creux, celle d'une « bouche de la loi » faute de quoi la méfiance à son encontre est de mise²²⁰⁹. Par son refus de reconnaître l'existence d'une interprétation dès que le juge intervient, la doctrine du sens clair laisse croire que l'acte celui-ci n'est en rien créateur²²¹⁰. On retrouve ainsi implicitement dans cette approche la figure centrale du positivisme et du légalisme, celle d'une loi vraie, épuisant le réel et dictée par un législateur rationnel dont le commandement est impératif²²¹¹.
- 793 Néanmoins, comme de nombreux auteurs le constatent en doctrine, une telle approche ne permet pas de penser les finalités de la loi, occulte que le texte n'a pas un sens clair et que l'activité de l'autorité judiciaire vise avant tout à atteindre un résultat matériellement juste, « le texte clair devant aussi être interprété »²²¹². En effet, la ou le juge n'est pas sans pouvoir comme le laissent croire ces doctrines. Ainsi, la doctrine de philosophie du droit et de théorie du droit n'a eu de cesse, depuis le tournant herméneutique du XX^e siècle, de souligner l'importance de l'acte du juge dans le passage de la loi au cas et le besoin d'étudier les ressorts de sa marge d'appréciation²²¹³. La mise en cause

²²⁰⁹ FRYDMAN (sens), p. 395 ss.

²²¹⁰ Pourtant, comme le rappelle DE SUTTER : « [d]epuis l'âge des juristes romains, il est acquis que l'interprétation qu'il convient de donner des textes juridiques n'a rien d'évident – et que la controverse constitue le moyen de trancher entre des interprétations contradictoires », p. 23.

²²¹¹ BRENCI/CERRUTI, p. 5 ; OST/LENOBLE, p. 90 et 102, et les réf. citées. Cf. *supra* 5.III.A.

²²¹² BRENCI/CERRUTI, p. 5.

²²¹³ BIAGGINI, N 10. Par opposition aux courants des « Critical Legal Studies » qui résument l'entièreté de l'activité judiciaire à de l'activité politique pure cf. *infra* 5.IV.B. Voir, en outre, les propos du maître de conférences de philosophie du droit et de théorie du droit à l'Université du Piémont Oriental Massimo VOGLIOTTI, p. 15, qui considère que le paradigme du juge « bouche de la loi » est non seulement dépassé, mais dangereux, car comprenant un potentiel autoritaire : « [d]ans cette perspective, la notion même de légalité, centrale pour le paradigme pénal moderne, doit être refondée. Elle ne pourra plus être la légalité pure des philosophes des Lumières, mais la “légalité hybride” de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette légalité hybride, conforme au paysage pluraliste du droit pénal

du sens clair s'est aussi accompagnée d'une revalorisation de la figure de l'analogie à laquelle le réseau des notions indéterminées renvoie, plutôt qu'au syllogisme²²¹⁴. Ces éléments sont surtout le fait d'une évolution des approches de la philosophie du droit des États de « common law ». Celles-ci ont permis de souligner « que l'interprétation n'est pas neutre, mais qu'elle véhicule une certaine idéologie ou, à tout le moins, exprime des orientations axiologiques. »²²¹⁵

L'enjeu de reconnaître ce pouvoir est lié à la possibilité de son encadrement. Car, à défaut de l'explicitier et comme l'a largement critiqué le courant réaliste²²¹⁶, on peut craindre que les juges ne dissimulent en réalité derrière le texte une activité tout empreinte d'arbitraire²²¹⁷. À l'autre opposé de la ou du juge mécaniciste, on trouve donc cette idée que les juges sont en réalité libres de leurs activités. Il apparaît alors nécessaire d'esquisser quels contre-pouvoirs existent à leur action, outre la loi, afin de dessiner une position médiane entre ces deux extrêmes (soit des juges « bouche de la loi » soit des juges « purement arbitraires »), mais aussi comprendre les ressorts qui alimentent cette crainte du gouvernement des juges.

794

a. Les notions indéterminées et la micropolitique du droit

La reconnaissance de l'importance du pouvoir des juges dans l'interprétation des textes et de l'existence d'un réel pouvoir de ceux-ci a été l'objet de

795

actuel et aux acquis de l'herméneutique contemporaine, a aussi l'avantage de consacrer la fin de l'absolutisme juridique de la première modernité ».

²²¹⁴ PAPAUX (philosophie), p.179 et 190. Le recours à l'analogie nécessite lui aussi d'être objectif et motivé, afin de ne pas substituer à ce modèle celui d'un ou une juge arbitraire qui n'en ferait qu'à sa guise. FRYDMAN, p 286 ss.

²²¹⁵ Selon les mots du professeur de droit des contrats et de droit naturel de l'Université Saint-Louis Jérémie VAN MEERBEECK, p. 411. Également MANAÏ, p. 175, qui conclut que : « force est de constater que la décision judiciaire est multi-rationnelle, traversée par plusieurs logiques et non par la seule logique instrumentaliste. »

²²¹⁶ Le courant réaliste américain, développé entre les années 1920 et 1930, défend la thèse selon laquelle les cas font évoluer la compréhension et l'application de la loi. Cette approche se veut réaliste dans son étude des mécanismes à l'œuvre dans le processus de décision judiciaire. Ses tenants postulent que l'étude des faits d'une cause est également révélatrice, car les juges y sont sensibles. Ils défendent en outre une place pour les éléments issus des sciences sociales dans le raisonnement juridique et forment une critique du formalisme juridique. Pour une introduction complète à ce mouvement, cf. LEITER, p. 250 ss.

²²¹⁷ GRANDJEAN (2013), p. 372, qui synthétise les différentes critiques du courant réaliste et s'en distancie en mettant en lumière que le juge ne peut être réduit à son individualité. Éléments largement soulignés par les travaux des tenants des « Critical Legal Studies ».

recherche de nombreux chercheurs et chercheuses²²¹⁸. En particulier, à la suite du tournant herméneutique, la centralité du rôle des notions indéterminées a été problématisée. Celles-ci traversent le texte de la loi et caractérisent l'espace où se déploie la marge de manœuvre de l'autorité judiciaire, qui doit parachever le travail du législateur dans les cas²²¹⁹. L'idée d'un sens fixé et intrinsèque au texte que le juge ne fait que retranscrire, sans que son activité de médiation n'impacte la lecture du texte, a ainsi été mise en cause²²²⁰. Un des apports de ce changement d'approche philosophique a été de montrer que le texte clair et ses doctrines recourent à une fiction juridique, qui, tout comme d'autres de ces fictions, est instrumentale. Comme d'autres fictions également, sa nature mérite d'être rappelée, puisqu'elle nous permet de sortir d'une analyse s'inscrivant dans le registre des lois nécessaires et intangibles et de mettre l'accent sur leur caractère évolutif²²²¹. À ce sujet, la professeure MANAÏ souligne que les notions indéterminées sont le cas de figure le plus représentatif dans un système legaliste du caractère fictionnel de la clarté du texte²²²². Ces notions sont essentielles pour dire le droit et révèlent bien toute l'importance du travail du ou de la juge dans le passage de la loi au cas. Elle insiste à cet égard :

« [...] ces notions floues deviennent elles des notions stratégiques, permettant au système juridique de demeurer fidèle à ses prémisses, de fonctionner de manière stable tout en contenant des éléments d'ouverture qui rendent possible non seulement sa perpétuation, mais aussi son adaptation aux innovations extra-juridiques imprévisibles par le système légal lui-même. »²²²³

Outre l'existence de ces notions indéterminées, force est de constater que le législateur a lui-même prévu que les juges puissent faire davantage que mécaniquement appliquer la loi, puisque leur rôle est d'effectuer le passage du général et abstrait vers le concret et particulier afin de dire le juste dans le cas²²²⁴. Le législateur a donc lui-même déjà admis que l'activité judiciaire est,

²²¹⁸ Notamment : FRYDMAN, MANAÏ, MOOR, MALHIÈRE, OST, PAPAUX, PEDRIOLLE, TROPER ou VOGLIOTTI.

²²¹⁹ PAPAUX (philosophie), p. 161 ss. Les « open texture » permettent une adaptation au réel toujours en mouvement, PAPAUX (philosophie), p. 191 ; VAN MEERBEECK, p. 411.

²²²⁰ Parmi d'autres : OST/VAN DE KERCHOVE, p. 385 ss. Ces auteurs insistent sur le fait que le texte ne donne que des signes. Il ne permet pas, à lui seul, de trancher sans une intervention humaine, en l'occurrence celle de l'autorité judiciaire.

²²²¹ MANDOFIA, p. 225 ; PAPAUX (philosophie), p. 191. Il reprend les thèses de C. PERELMAN et estime que le texte clair ne peut être qu'un résultat, pas une prémisse, p. 178. L'autorité de la loi ne s'en voit pas diminuée pour autant dans une approche herméneutique ; aussi : GRANDJEAN (2013), p. 370.

²²²² MANAÏ, p. 25.

²²²³ MANAÏ, p. 26.

²²²⁴ PAPAUX (philosophie), p. 210 ss.

certaines encadrées par la loi, mais que l'on ne saurait la réduire à la lecture du texte produit par celui-ci. C'est aussi ce législateur qui choisit de laisser subsister ou de recourir à des notions dont le sens est plus ou moins déterminé. En ce sens, les notions indéterminées et leur interprétation permettent de s'intéresser au pouvoir des juges, mais aussi de remettre la dimension relationnelle et dynamique du jugement au centre de leur pratique, puisque ces notions visibilisent la dimension dialogique de l'élaboration du sens des textes de loi.

Ce changement d'approche vis-à-vis du pouvoir des juges implique aussi une revalorisation de la jurisprudence comme source à part entière du droit. En effet, c'est grâce aux cas d'applications que les champs de significations du texte de la loi se remplissent. Le caractère dynamique des catégories juridiques, dont les frontières ne sauraient être fixes, est lui aussi souligné, dès lors que l'on admet que ces catégories ne peuvent épuiser le réel²²²⁵. Avec ce changement de focale opéré par la philosophie du droit du législateur aux juges, certains estiment que l'on passe d'une vision dogmatique du droit, dominé pour la loi commandement, à une vision plus relationnelle du droit où celle-ci s'impose du fait de son autorité et sa force persuasive, guidant l'activité des autorités judiciaires²²²⁶. 796

Constatant que l'approche purement légaliste de l'interprétation est inadéquate au regard des réalités de l'activité judiciaire et interprétative, le professeur de droit public Pierre MOOR a proposé une compréhension dite « micropolitique du droit », dont les jalons permettent de nuancer l'approche du texte clair, qui domine dans notre corpus²²²⁷. Cette approche permet également de répondre à la crainte d'une politisation inacceptable des juges en mettant l'accent sur la dimension inévitablement politique de l'acte de juger, qu'il convient d'encadrer et accompagner, plutôt que nier²²²⁸. Ainsi, le pouvoir micropolitique des juges vise à rendre compte de l'insuffisance de l'étude du texte de la loi pour expliquer le passage à la solution apportée aux cas, rejeter la mécanique de ce passage et mettre l'accent sur le pouvoir octroyé aux juges dans son effectuation et la recherche d'une solution. En conséquence, c'est dans ce « dire le droit » (*jurisdictio*), entre lettre et esprit de la loi, que se niche le pouvoir micropolitique du ou de la juge. 797

²²²⁵ PAPAUX (herméneutique), p. 85 à 125.

²²²⁶ BRENCI/CERUTTI, p. 10 ; PAPAUX (herméneutique).

²²²⁷ MOOR (micropolitique), p. 52 : « [F]inalement le texte est toujours réduit à une littéralité purement instrumentale : il n'est déterminant que s'il est fidèle à la norme qu'il a pour fonction de formuler, ce qui conduit manifestement à entrer dans un cercle vicieux dont les débats méthodologiques incessants ne permettent manifestement pas de sortir. »

²²²⁸ Cf. GRANDJEAN (2013), p. 372 ss.

- 798 En effet, MOOR explicite que le texte d'une disposition n'est jamais univoque ou fixé, mais se construit en interaction avec son milieu de production et celui dans lequel il doit s'inscrire sur le plan juridique. C'est l'interaction entre ce milieu, politique et social, et le droit qui crée un réseau de significations au sein duquel les juges devront inscrire leurs décisions et motiver leur insertion. Pour le dire avec ses mots :

« [m]étaphoriquement dit : le tissu de la fermeture [entre droit et politique] est poreux précisément parce qu'il est constitué par des textes, lesquels sont nécessairement écrits dans la langue ordinaire ; la polysémie et la typologisation qui lui sont inhérentes ne peuvent être résolues qu'en assimilant des schémas d'argumentation d'origine extérieure. »²²²⁹

Ce qui conduit MOOR à considérer que la norme à la fois est et n'est pas son texte, puisque c'est le texte qui permet l'application, mais aussi l'application qui en conditionne le sens²²³⁰. Dans cette optique, l'interaction « loi-cas » est essentielle à la formation du droit et permet de mettre en doute les théories positivistes du sens clair et ses attributs, dont la suprématie de la loi comme source du droit²²³¹. L'« en dehors » du droit, le social et le politique, sont en ce sens des éléments également significatifs, tout comme les cas antérieurs et la doctrine. Par conséquent, l'interprétation du ou de la juge doit s'inscrire dans une logique de schémas argumentatifs tant internes au droit qu'externes, qui puissent être évalués comme rationnels ou justifiés pour ne pas être qualifiés d'arbitraires. MOOR désigne ce passage du texte à la solution dans le cas, comme un « mouvement d'expansion » du texte proposé par les juges²²³². Cette désignation permet de mettre l'accent sur la dimension de choix à l'œuvre, lorsqu'une autorité judiciaire déclare un texte et son interprétation comme clairs²²³³. Comme il s'agit, non pas d'une évidence, mais d'une décision, le caractère humain et imparfait de ce choix nécessite de pouvoir être contrôlé, mis en doute et motivé²²³⁴. Dans ces choix, la tâche des juges est de proposer une interprétation de la loi qui cherche à stabiliser le sens du texte afin d'en assurer la prévisibilité et l'adéquation sociale.

- 799 Afin d'éviter pour autant une autonomie totale des juges et rejeter un soupçon d'excès de leur pouvoir, MOOR, explicite l'importance pour les juristes de définir les termes et les catégories utilisés afin d'encadrer l'activité judiciaire. Ce besoin traduit de la volonté d'inscrire les décisions dans un continuum de

²²²⁹ MOOR (dynamique), p. 71.

²²³⁰ MOOR (dynamique), p. 72 et 75.

²²³¹ MOOR (dynamique), p. 79.

²²³² MOOR (dynamique), p. 266 ; et aussi : OST/VAN DE KERCHOVE, p. 294 à 297.

²²³³ MOOR (dynamique), p. 288.

²²³⁴ MOOR (dynamique), p. 253 et p 295.

sens et donc de garantir une application uniforme du droit²²³⁵. Néanmoins, définir ne signifie pas résoudre²²³⁶, puisque les catégories peuvent toujours évoluer. En outre, MOOR souligne qu'il existe des situations dans lesquelles la marge d'action micropolitique des juges est fortement réduite, car certains contextes ou sens sont « hypercodés », notamment par des définitions issues de la jurisprudence par exemple. Cela signifie que tout écart par rapport à ce réseau de signification ou de définitions apparaît alors inadapté en vue de son insertion dans le réseau des textualités juridiques²²³⁷. L'auteur n'appelle donc pas au travers de sa théorie micropolitique à un abandon des textes – loin de là –, mais met en lumière que celui-ci constitue la structure, le cadre à l'action des juges, dans le sens où il sert de référent, mais qu'il laisse subsister une marge de choix à ces derniers. Pour le dire autrement, la micropolitique consiste à constater une « insuffisance locale de la loi et la nécessité pour le juge de dire le droit entre la lettre et l'esprit »²²³⁸. Ainsi, le juge est l'acteur qui est institué et habilité à effectuer ce passage du texte au cas, contrairement aux autres acteurs qui ne peuvent que proposer des alternatives interprétatives (par exemple les désobéissants et désobéissantes civils ou la doctrine). Comme déjà mentionné, le corrélat de ce pouvoir est donc également l'exigence de respecter les contraintes de l'inscription dans la continuité des décisions et le respect des finalités du texte²²³⁹. En résumé :

« [...] lui aussi [le juge] lit un texte, et il a un savoir encyclopédique sur la textualité juridique en général, qui lui permet d'anticiper la solution qu'il donnera au cas, en référence à ce texte, au fur et à mesure que l'histoire se précise. Toutefois, il y a une différence importante : l'indétermination de la plus grande partie des textes auxquels il a à se référer. Ceux-ci contiennent des lacunes en leur sein même, qui font obstacle à ce que les anticipations soient infirmées ou confirmées. À ce moment qui est celui des rationalités bifurquées, le juge est contraint de devenir à son tour un auteur de textes, avec toute la liberté que lui laisse l'encadrement de l'ordre juridique ; il actualise lui-même le virtuel possible. Le juge est cependant un auteur particulier, puisqu'il doit imaginer un texte qui aurait été celui de l'ordre juridique si celui-ci avait pu être complet, ou qui, plutôt, doit pouvoir être considéré comme le meilleur texte possible

²²³⁵ MOOR (dynamique), p. 255 à 256. Uniformité qui, au sens de MOOR, est garante d'équité, ce dont on peut douter. L'un et l'autre ne s'impliquant pas forcément, dès lors que l'équité vient bien plutôt de l'adéquation de l'application de la loi aux particularités du cas d'espèce que de l'application uniforme de celle-ci.

²²³⁶ MOOR (dynamique), p. 256.

²²³⁷ MOOR (dynamique), p. 288. Par exemple, la notion d'imminence ou de danger pourrait être considérée comme hypercodée si on suit une partie de la doctrine, cf. en substance : GRAA, p. 285 ss.

²²³⁸ DEMAY/FAVRE, p. 280.

²²³⁹ MOOR (dynamique), p. 72 ; VAN MEERBEECK, p. 404. La figure du juge « lecteur habilité » vient d'ailleurs de DWORKIN dont il s'inspire ; OST/VAN DE KERCHOVE, p. 286 ss, reprennent également cette figure de l'intertextualité dworkinienne.

parmi tous les textes virtuellement possibles imaginables à partir du texte originaire : le meilleur – et non pas le seul – texte possible. »²²⁴⁰

Dans une lecture micropolitique, les cas de désobéissance civile poussent à leur limite les interprétations pouvant être données au texte, révèlent des concurrences de sens, tout en remettant en question l'autorité des juges à en être les seuls garants²²⁴¹. Dans notre corpus, on constate que cette dimension abductive²²⁴² de création du sens des textes ou de marge de manœuvre des juges est souvent peu assumée. Les solutions sont présentées comme relevant du nécessaire et imposées de manière déductive du texte. Ce constat prête à critique, puisqu'on peine parfois à comprendre la cohérence des critères qui permettent de rejeter ou accepter de retenir certains éléments liés aux circonstances du cas au détriment d'autres (par exemple : la violence ou la non-imminence du danger, la subsidiarité, etc.). Les motivations en ce sens ne convainquent pas, seuls des éléments d'autorité (*potestas*) étant mobilisés (le juge ne peut s'écarter de la loi, le texte est clair, etc.). Or, ce point ne semble que peu problématique aux yeux de la doctrine majoritaire qui nie l'existence même de ce pouvoir micropolitique des juges et alimente cette vision d'évidence, signe que le règne du positivisme n'est pas encore terminé.

b. Quel encadrement du pouvoir interprétatif des juges ?

800 L'autorité judiciaire bénéficie donc d'un pouvoir micropolitique. Or, face à ce constat, quelle réponse donner à celles et ceux qui craignent l'avènement d'un gouvernement des juges²²⁴³ ? En particulier, qu'est-ce que ce pouvoir implique en matière d'actes de désobéissance civile et comment s'assurer que les juges ne fassent pas preuve d'arbitraire s'ils et elles venaient à interpréter les dispositions légales en suivant les activistes ? Afin de répondre à ces différentes questions, il convient de s'intéresser aux possibilités d'encadrer cette marge de manœuvre et de réfléchir aux contre-pouvoirs à l'action

²²⁴⁰ MOOR (dynamique), p. 294 et 295.

²²⁴¹ DEMAY/FAVRE, p. 285 et 286. Ce qui nous a conduit à défendre également un dépassement de cette position micropolitique pour lui préférer une approche « macropolitique » qui tienne compte du contexte politique général dans lequel le droit et son interprétation s'inscrivent, p. 288.

²²⁴² PAPAUX (herméneutique), p. 143, note 33. L'abduction désignant « le choix conjectural d'une catégorie légale dont l'adéquation s'élabore au gré de l'assomption des indices extraits du dossier. »

²²⁴³ MALHIÈRE, p. 635, insiste en particulier sur cette tendance et dénonce un refus d'accepter et reconnaître l'existence d'un pouvoir d'interprétation des juges, qu'elle lie à la crainte de l'arbitraire de ceux-ci et au mythe du gouvernement des juges. Aussi : OST/VAN DE KERCHOVE, p. 63 ; FRYDMAN (sens), p. 681.

judiciaire, questions dont les auteurs de philosophie du droit et de théorie de l'État se sont largement préoccupés depuis le tournant herméneutique²²⁴⁴.

Le recours aux fictions et la marge de manœuvre du ou de la juge, au sens de ces doctrines herméneutiques, ne les rendent pas arbitraires et omnipotents pour autant, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, leur interprétation doit notamment s'inscrire dans un réseau de sens, dans une langue, qui ne soit pas uniquement leur propre parole²²⁴⁵. Il devient alors nécessaire de rendre transparente ou explicite l'existence de précompréhensions à l'œuvre dans l'activité des juges qui influencent cette interprétation. Ces précompréhensions désignent :

801

« [...] le rapport nécessaire du sujet au texte qu'il est appelé à interpréter. Pour la nouvelle herméneutique, l'interprète ne peut appréhender un texte d'une manière neutre sans une précompréhension de celui-ci. »²²⁴⁶

Elles sont un phénomène d'intégration par les juges qui sont à la fois lecteurs habilités de la loi et lecteurs capables de dire dans quel contexte social de destination ce texte devra s'insérer²²⁴⁷.

Dans le même sens, BIAGGINI rappelle d'autres limites au pouvoir des juges liées aux codes théoriques imposés par le champ juridique, par exemple par les théories interprétatives, mais aussi par le principe d'unité de l'ordre juridique²²⁴⁸. Le juge, par ailleurs, est soumis à d'autres garde-fous : il doit satisfaire à des exigences de motivations de ses jugements, et la nécessité d'inscrire son activité en cohérence avec le reste de l'institution judiciaire²²⁴⁹. Il est aussi soumis à des mécanismes de surveillance de son activité²²⁵⁰. En outre, MALHIÈRE insiste sur l'exigence de motivation des jugements pour marquer une distanciation avec le positivisme, dans la mesure où, c'est avant

802

²²⁴⁴ MANAÏ, p. 27.

²²⁴⁵ TURENNE (thèse), p. 112.

²²⁴⁶ MANAÏ, p. 260 ; PAPAUX (herméneutique) ; OST/VAN DE KERCHOVE, p. 294.

²²⁴⁷ OST/VAN DE KERCHOVE, p. 294 : « [o]n aura pris une meilleure mesure de ce cadre en le rapportant au concept fondamental de "pré-interprétation" qui oriente implicitement toutes les opérations ultérieures d'élucidation-application du texte. U. Eco le désignait à l'aide de l'idée de *intentio operis*. L. Wittgenstein, dont les analyses sont reprises par le philosophe du droit finlandais A. Aarnio, explique quant à lui que l'interprétation est constitutive d'un "jeu de langage" particulier, ancré dans une "forme de vie" spécifique. Mais c'est sans conteste H. G. GADAMER qui en a donné la formulation la plus convaincante. » ; MANAÏ, p. 264.

²²⁴⁸ BIAGGINI, N 33 et 35. Également : CARBONNIER, p. 354 et 355.

²²⁴⁹ MANAÏ, p. 57 et 148 qui constate que « face à la question de l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge, la doctrine manifeste un flottement terminologique quant à la qualification même de l'exercice du pouvoir d'appréciation. Elle est néanmoins unanime à considérer que ce pouvoir d'appréciation n'est pas un pouvoir discrétionnaire. » ; MALHIÈRE, également en ce sens. Aussi : GRANDJEAN (2013), p. 373 ss.

²²⁵⁰ Cf. art. 169 Cst. féd. les juges restent sous surveillance du Parlement et sont élus.

tout la capacité persuasive des décisions²²⁵¹ qui fonde alors leur autorité. En effet, une conception positiviste du droit comme pouvoir (*potestas*) va de pair avec un sentiment d'évidence des décisions, ne nécessitant que peu de motivation. Une telle approche, comme déjà mentionné, est peu recommandable pour la transparence des jugements rendus, dès lors que malgré la présence du texte, la ou le juge a un pouvoir, effectue des choix, qu'il convient plutôt d'objectiviser ou rendre explicite. MALHIERE préconise donc de reconnaître les potentialités de la marge de manœuvre du ou de la juge et de les soumettre à l'exercice de la motivation circonstanciée et plus explicite pour précisément réduire les risques de dérives²²⁵². Cette motivation est à inscrire en prolongement et en dialogue avec le Parlement, s'accompagne de retenue et permettrait une approche plus pédagogique au droit pour ses acteurs et destinataires²²⁵³. Enfin, et elle n'est pas des moindres, la marge de manœuvre du juge est aussi limitée par son obligation d'apporter une solution au litige qui lui est soumis²²⁵⁴.

- 803 En conséquence, lorsqu'ils ou elles font face à des actions de désobéissance civile, les juges qui choisiraient, comme l'a fait le juge COLLELOUGH dans la décision de première instance du procès du LAC, de donner un sens nouveau ou d'étendre le champ d'application de certains motifs justificatifs, ne font pas preuve d'arbitraire ou mettent en cause la sécurité de l'ensemble de l'ordre juridique, ils et elles testent plutôt de nouvelles hypothèses en se référant au cadre du droit en général. Leur choix s'inscrit dans l'exercice de leur pouvoir et témoigne de la volonté de faire coïncider lettre et esprit des textes pour trouver une solution matériellement juste au litige. Les juges, dans cette

²²⁵¹ MALHIERE la désigne comme : « une conception oraculaire et transcendante réduisant l'activité d'interprétation au fait soit de constater le sens contenu dans la loi, soit d'en fixer le sens d'autorité ; ce qui, dans les deux cas, alimente la fiction de la fusion entre loi et jurisprudence ; une conception persuasive visant à susciter l'adhésion de ses destinataires, ce qui oblige le juge à dévoiler son raisonnement et ainsi à marquer son autonomie vis-à-vis du législateur. », p. 636.

²²⁵² MALHIERE, p. 637.

²²⁵³ MALHIERE, p. 644.

²²⁵⁴ GRANDJEAN (2013), p. 373, évoque la contrainte de trancher le litige, celle de l'argumentation, celle de la collégialité du rendu de la décision, ainsi que la contrainte qu'il nomme « de coercition ». Cette dernière décrit l'impératif pour le ou la juge d'inscrire sa décision dans un contexte social et politique où elle pourra être acceptée. La coercition invite ainsi à considérer les représailles politiques et retombées potentielles d'un jugement. L'existence de ces contraintes permet de relativiser la crainte de la marge d'appréciation des juges et la volonté légaliste d'en faire de simples bouches de la loi ; PAPAUX (philosophie) ; TURENNE (thèse), p. 90 ss, parle de juges engagés dans la controverse par opposition au juge formaliste du positivisme. Elle critique l'approche de certains désobéissants civils qui, paradoxalement, car ils en appellent aussi à son pouvoir, renforcent la conception des juges tout-puissants et arbitraires, ce qui contribue à un certain relativisme qui a aussi ses écueils.

hypothèse, doivent ensuite se soumettre à l'examen critique des autres interprètes de leur communauté qui peuvent ou non choisir de suivre leur argumentation²²⁵⁵. Néanmoins, ils ne sont pas libres de s'affranchir complètement des cadres, figures et logiques qui sont celles de leur champ et doivent inscrire leur démarche en cohérence avec les autres décisions, en motivant une distinction ou évolution du contexte par exemple²²⁵⁶. Les différents garde-fous mentionnés opèrent alors comme autant de tempérament à ce pouvoir qui permet de rejeter la critique selon laquelle ils choisissent uniquement selon leur sympathie pour la cause et leur sentiment personnel.

c. Redéfinition de la sécurité juridique

Les méfiances vis-à-vis d'un gouvernement des juges et d'une « pente glissante » en cas de prise en compte de certains arguments des désobéissants civils sont également tributaires d'une compréhension formaliste de la sécurité juridique liée au positivisme comme attitude dominante²²⁵⁷. En effet, la sécurité juridique n'est pas uniquement une affaire de bonne application de la loi, de sanction et de hiérarchie des normes, mais fait également intervenir des éléments tels que la possibilité d'insérer la décision rendue dans un système de droit ou son adéquation avec des principes directeurs plus larges (démocratie, justice, égalité, ...) ²²⁵⁸. Comme pour d'autres grands principes, les rationalités sous-jacentes et le caractère situé d'un rapport particulier à la sécurité juridique sont souvent invisibilisés ou implicites²²⁵⁹.

En ce sens, une alternative à la vision mécaniciste de la sécurité juridique propose d'y substituer une approche « relationnelle »²²⁶⁰. Celle-ci permettrait

²²⁵⁵ FRYDMAN (sens), p. 679.

²²⁵⁶ Cf. *supra* 3.III.N., Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, p. 54 ss. Dans cette affaire, le juge motive notamment son interprétation en raison de l'écoulement du temps depuis la décision rendue dans l'ATF 129 IV 6. On constate d'ailleurs que le juge ne s'affranchit pas des précédents jugements et qu'au contraire, il cherche à construire des dissemblances afin de justifier un changement d'interprétation dans le cas d'espèce.

²²⁵⁷ TULKENS, p. 29 ; VAN MEERBEECK, p. 391 ; DE SUTTER, p. 24.

²²⁵⁸ VAN MEERBEECK, p. 518 : « l'insécurité juridique est, en partie, proportionnelle à l'idéalisation du principe de sécurité juridique. Si ce dernier est conçu comme exigeant que le droit soit parfaitement clair et précis et que son application soit prévisible, il ne peut que souffrir du processus juridictionnel. En revanche, une conception relative du principe permet d'en envisager le respect effectif. » et les réf. citées.

²²⁵⁹ TULKENS, p. 25.

²²⁶⁰ PAPAUX (sécurité), p. 32 ss ; VAN MEERBEECK : « [i]l convient donc d'abandonner la conception absolue, statique et mécaniste du droit et de la sécurité juridique dès lors qu'elle ne tient pas compte de la flexibilité indispensable du phénomène juridique confronté à une réalité changeante et complexe. Cardozo nous invitait à concevoir le droit comme définissant

d'insister sur l'importance d'insérer une décision dans un réseau, en lien étroit avec les circonstances des cas, plutôt que selon un arbitrage théorique absolu et désincarné²²⁶¹. Dans cette acception, la sécurité juridique devient un problème de droit et non pas de loi²²⁶². Une telle vision ne fait que rappeler que la loi, en tant que produit d'un système politique humain, pourra toujours être contestée et restera contestable²²⁶³. De manière similaire, VAN MERBEEK, dans son étude consacrée à la notion de sécurité juridique, critique la réduction positiviste de la sécurité juridique au texte clair²²⁶⁴. Tout comme lui, l'ancienne juge à la CourEDH Française TULKENS estime que la réduction de la sécurité juridique à la sécurité de la loi ne se justifie plus dans le cadre de production du droit contemporain²²⁶⁵. En effet, avec l'essor des concepts indéterminés²²⁶⁶, mais aussi l'internationalisation et la technicité croissantes du droit, une telle approche ne permet plus de rendre compte de la nécessité d'insérer une décision dans un réseau plus global, qui en appelle aussi à d'autres éléments que le texte clair de la loi²²⁶⁷. TULKENS invite donc à penser plutôt « les » sécurités juridiques, liées aux domaines du droit, aux espaces de

une relation entre des points qui sont, le plus souvent, en mouvement (dimension spatiale ou matérielle). Il s'agit en effet de revenir à la conception romaine selon laquelle le droit est composé de relations. Aristote proposait de rendre à chacun le sien, mais, tout comme l'homme a réalisé que les ressources matérielles n'étaient pas illimitées, le sujet de droit doit accepter que l'enjeu d'un litige peut se présenter comme un objet limité, qui doit être réparti entre ceux qui avancent des prétentions légitimes », p. 516 et les réf. citées. Cf. également sur ces éléments du droit comme produit de relations chez ARENDT *supra* 5.II.

²²⁶¹ PAPAUX (sécurité), p. 39 ss ; TULKENS, p. 35 ss. En effet, cette approche classique, libérale, reste située puisque, comme l'indique CHOLLET : « [l]a notion de sécurité juridique est d'inspiration libérale. Elle repose sur l'idée que les membres d'une société ne participent pas directement à l'élaboration de la loi et doivent donc avoir quelques assurances que cette dernière ne va pas soudainement les léser trop gravement. », p. 102. Dans le même sens : VOGLIOTTI (érosion), p. 5.

²²⁶² PAPAUX (sécurité), p. 39 ss ; FRYDMAN (sens), p. 676.

²²⁶³ Violable au sens de CARBONNIER, p. 129 ; PAPAUX (philosophie), p. 146 ss.

²²⁶⁴ VAN MEERBEEK, p. 393 : « [d]ans ce contexte, les membres d'une société pénétrée de théories contractualistes et démocratiques ont estimé avoir le droit de connaître exactement la portée de leur engagement, l'emprise du droit ne pouvant qu'être limité aux conséquences prévisibles de règles définies à l'avance. Les lois adoptées par leurs représentants, supposées incarner la volonté générale, ne pouvaient subir d'altération par les autorités chargées de leur application, au risque d'interférer dans le cours – postulé logique – de l'itinéraire d'un acte juridique. Il n'est dès lors guère surprenant que ce soit précisément la sécurité juridique qui ait été une des objections opposées au pouvoir créateur des juges et que la forme assignée à leur raisonnement soit celle d'un syllogisme, censé annihiler tout arbitraire et toute incertitude. », p. 393.

²²⁶⁵ TULKENS, p. 25.

²²⁶⁶ P. ex. : l'intérêt supérieur de l'enfant, l'ordre public, etc.

²²⁶⁷ PAPAUX (sécurité), p. 40.

productions de celui-ci et aux contextes particuliers, qu'à « LA » sécurité juridique²²⁶⁸. Elle considère ainsi que la sécurité juridique relève surtout de cette capacité d'harmonisation des décisions aux évolutions sociales²²⁶⁹. Cette position fait écho aux théories développées par ARENDT et HABERMAS. En effet, tous deux mettent en doute la vision classique de la sécurité juridique et insistent plutôt sur la recherche des conditions qui permettent d'engendrer de la confiance dans le système juridique, sans fonder ses prémisses sur des certitudes²²⁷⁰. C'est aussi ce qui les amène à mettre l'accent sur la notion de promesse, par opposition à celle de commandement imposé, permettant d'accentuer la nature engagée et relationnelle du droit²²⁷¹.

Or, en matière de désobéissance civile, les détracteurs de ce moyen d'action s'inscrivent avant tout dans une approche formelle et positiviste de la sécurité juridique, en réfutant la nature contestable des notions et l'existence d'un processus dialogique dans l'évolution et l'élaboration du droit. En ce sens, cette critique n'est pas l'apanage du rejet de la désobéissance civile, mais un mécanisme de défense classique du positivisme juridique²²⁷². Ainsi, un juge ou une juge qui motive sa décision et l'insère dans le réseau de sens en tenant compte des contre-pouvoirs ne remet pas en cause la sécurité juridique, par exemple lorsqu'il ou elle décide ou non de reconnaître que le réchauffement climatique pourrait constituer un danger au sens juridique du terme. Elle ou il

806

²²⁶⁸ TULKENS, p. 37 ; pour une proposition similaire : VAN MEERBECK, dans son ouvrage, invite à changer de paradigme pour celui de la confiance ; PAPAUX (sécurité), p. 36 et 37, insiste : « la sécurité juridique formelle telle qu'esquissée favorise la mécompréhension de ce que sont ou réalisent les principes généraux. Multiples, vagues, ces principes seraient dangereux au regard de la sécurité juridique formelle, livrant peu ou prou leur sens à l'arbitraire du juge, assertion qui s'avère erronée et sémantiquement et pragmatiquement : le travail du juge s'élabore au sein d'un système juridique dressé autour de lui et dans lequel son activité nécessairement s'inscrit, réseau aussi bien linguistique qu'institutionnel et plus largement sémiotique, réduisant fondamentalement les risques d'arbitraire, comme le prouve la rareté des recours déposés et moins encore victorieux à ce titre. »

²²⁶⁹ VAN MEERBECK, p. 515 : « [I]a force normative théorique des principes généraux, couplée à leur caractère indéterminé et donc subordonné, entraîne une radicale imprévisibilité en ce qui concerne leur application. » Cette conception peut être mise en lien avec la figure du roman à la chaîne de DWORKIN, *cf. infra* 5.IV.A.3.

²²⁷⁰ OST (droit), p. 434 et 442 ; HABERMAS (droit), p. 165 à 166, insiste sur l'importance pour l'État de droit de cette cofinance. ARDENT, *cf. supra* 5.II.B., considère quant à elle qu'une stabilité dans les rapports est évidemment nécessaire, mais ne justifie pas que l'on rejette la désobéissance civile.

²²⁷¹ OST (droit), p. 440 ; ARENDT (révolution), p. 312.

²²⁷² La sécurité juridique des positivistes tend également à nier la nature agonistique de la démocratie, *cf.* CHOLLET (démocratie), p. 101. En ce sens, cet argument sert aussi une fin antidémocratique, car la sécurité juridique purement formelle permet de réduire au silence les forces de contestation sociale.

effectue un choix, qui mérite d'être examiné, mais qui n'est pas de nature à défier la sécurité juridique ou amorcer une pente glissante. Autrement dit, l'autorité judiciaire ne fait qu'activer le processus normal de l'interprétation et d'évolution du droit²²⁷³.

d. Conclusion

- 807 En résumé, la reconnaissance d'une marge d'appréciation en faveur des juges n'implique pas forcément un glissement vers un gouvernement de ces derniers et dernières. L'activité judiciaire reste circonscrite aux possibilités de dire le droit dans les cas et est canalisée par différents garde-fous. L'enjeu principal de conscientiser et thématiser ces éléments est de rappeler le statut de fiction instrumentale que joue le rapport à des juges qui appliqueraient uniquement les lois. Ce positionnement permet d'explicitier ce que Paul MARTENS qualifie de « tentations du juge », invisibilisées, car naturalisées dans le positivisme²²⁷⁴. Elles permettent aussi de rappeler que, dans les cas de notre corpus, les solutions ne relèvent pas du nécessaire et que, contrairement à ce qui inquiète certains ou certaines, le juge, quand bien même il s'engagerait dans la controverse, n'en devient pas nécessairement arbitraire ou politicien et ne fait pas peser de risques irréparables sur l'ordre juridique²²⁷⁵. À tout le moins, il ne crée pas plus de danger que lorsqu'il laisse croire en son absence de pouvoir, comme cela peut parfois être le cas. Il y a à cet égard un réel enjeu de motivation des décisions et d'utilisation de l'ensemble des instruments à sa disposition afin de garantir, non pas l'application la plus fidèle du texte de la loi, mais bien ses buts, dans l'économie générale du droit.

3. Ronald DWORKIN : l'herméneutique juridique appliquée à la désobéissance civile

- 808 Les cas de désobéissance civile mobilisent de nombreuses notions indéterminées et réseaux de significations qui mettent en évidence l'importance de l'interprétation du droit. Par leur acte, les activistes invitent les juges à s'intéresser aux finalités longues de la loi et à adopter une position

²²⁷³ VAN MEERBEECK, p. 521. « Les juristes n'ont pourtant pu se résigner à accepter l'incertitude inhérente au droit, comme en témoignent les nombreux écrits déplorant l'insécurité juridique croissante, voire galopante » .

²²⁷⁴ MARTENS, p. 359.

²²⁷⁵ En ce sens, FRYDMAN (sens), p. 681 et 682.

dynamique vis-à-vis d'un potentiel besoin d'évolution juridique²²⁷⁶. Le philosophe et juriste américain Ronald DWORKIN (1931-2013) s'est intéressé spécifiquement à ces dimensions de la désobéissance civile. Dans ses travaux, il invite à placer la focale sur le rôle des juges face à la désobéissance civile et les conflits d'interprétation qu'elle soulève. Le contexte dans lequel il écrit répond par ailleurs à la même tension qui nous occupe dans le débat sur l'anomie de la désobéissance civile, celle de trouver un entre-deux entre une vision dépassée d'un ou d'une juge mécaniciste et la vision réaliste qui tend à faire de la prise de décision juridique un processus purement dépendant de la personnalité des juges (a.). En outre, DWORKIN incorpore sa théorie de la désobéissance civile dans une conception du droit – *et a fortiori* des libertés fondamentales – qui vise à valoriser le rôle dynamique de l'interprétation. Enfin, la distinction qu'il effectue entre les « hard cases » et « nice cases », la désobéissance civile relevant de la première catégorie, permet également de donner à ce mode d'action un rôle dans le processus interprétatif du droit (b). Ce sont sur ces différents éléments de sa pensée que nous reviendrons dans cette section, afin de souligner qu'un registre argumentatif alternatif à celui de l'anomie consécutive à la désobéissance civile est possible.

Relevons encore que la théorie de la désobéissance civile de DWORKIN s'apparente à une théorie qui est également celle de l'objection de conscience. Par conséquent, nous ne nous intéresserons pas outre mesure aux éléments théoriques et de définition de la désobéissance civile qu'il propose, puisque nous avons distingué les deux notions et souhaitons éviter de les confondre²²⁷⁷. L'apport de ses travaux pour notre étude se concentre en conséquence sur la défense de la logique argumentative à l'œuvre au sein des processus interprétatifs, dont ceux amorcés par la désobéissance civile.

a. Contextualisation

Philosophe et juriste américain dont la réception en langue française est tardive²²⁷⁸, Ronald DWORKIN s'est lui aussi intéressé à la question de la désobéissance civile à différentes périodes de sa vie et avec un regard juridique. Tout d'abord, dans ses écrits de jeunesse en réaction à la guerre du

²²⁷⁶ TURENNE (thèse), p. 9 et 91 ss, estime que les désobéissants et désobéissantes agissent en faisant « un usage alternatif du sens juridique ». Cf. également la dimension d'appel au droit *supra* 4.III.B.

²²⁷⁷ Cf. *supra* 2.IV. Nous reviendrons également *infra* lorsqu'il sera question des rapprochements que DWORKIN opère entre objection de conscience et désobéissance civile.

²²⁷⁸ Voir l'introduction consacrée à cet auteur par ALLARD (jugement), p. 303, professeure de philosophie du droit à l'ULB.

Vietnam – dans sa monographie « Prendre le droit au sérieux »²²⁷⁹ –, puis, à un stade plus avancé de la systématisation de sa pensée dans « Une question de principe ». Il défend également une approche libérale de la désobéissance civile, mais qui a vocation à être « opératoire »²²⁸⁰ et est axée sur le fonctionnement du raisonnement judiciaire. Partant, il se distingue de RAWLS dont il critique le rapport à la désobéissance civile comme empreint d'idéalisme en raison de sa référence à l'évaluation du degré d'injustice admissible²²⁸¹. Par ailleurs, DWORKIN sera également en dialogue avec HABERMAS, dont il partage la conception libérale de la démocratie, mais avec lequel il développe cependant de nombreux points de divergence, notamment au sujet de la théorie de l'agir communicationnel et de la désobéissance civile²²⁸². Néanmoins, les auteurs s'accorderont spécifiquement au sujet des ressorts dynamiques de l'interprétation judiciaire qui nous occuperont ici²²⁸³.

- 811 En tant que juriste de « common law », DWORKIN développe une approche du droit marquée par les caractéristiques de ce système (règle du précédent, droit non écrit, doctrine des questions politiques, influence des « checks and balances »²²⁸⁴), mais dont de nombreux auteurs de droit continental critique du positivisme s'inspireront²²⁸⁵. Les courants de théorie du droit qui occupent le devant de la scène à son époque aux États-Unis, soit le courant réaliste et celui

²²⁷⁹ Ouvrage qui est un recueil d'articles parus entre 1967 et 1975 et dont le chapitre sur la désobéissance civile a été publié une première fois en 1968 dans la « New York Review of Books ».

²²⁸⁰ DWORKIN (principe), p. 135.

²²⁸¹ DWORKIN (principe), p. 136.

²²⁸² Les deux philosophes sont contemporains, mais développent des conceptions qui ne se recoupent que partiellement de la désobéissance civile. C'est à l'occasion d'une conférence où il est invité par HABERMAS que DWORKIN élabore le texte qui deviendra le quatrième chapitre d'« Une question de principe », intitulé « Désobéissance civile et protestation contre le nucléaire » en 1983. À ce sujet : ALLARD (Kant), p. 151 ss. L'auteur, dont le projet est de démontrer la filiation kantienne de la théorie de DWORKIN sur le jugement, reprend les différentes critiques formulées à l'encontre de ce dernier, afin de mettre en exergue l'opposition entre sa position et celle des positivistes. Elle consacre également une importante place aux désaccords entre DWORKIN et HABERMAS. En effet, selon HABERMAS, il n'est pas suffisant pour juger de la validité du droit qu'il soit le produit d'un raisonnement, même tout à fait intègre, des juges, sans tenir compte de la discussion sur les valeurs qui a lieu dans la société civile. Ainsi, ce type de raisonnement n'est pas fondé sur une rationalité communicationnelle suffisante. Pour des explications détaillées sur la controverse qui existe entre les deux auteurs, voir : ALLARD (Kant), p. 160 ; MÜLLER-DOOHM, p. 279 ; VOLGIOTTI (rhapsodie), p. 310.

²²⁸³ FRYDMAN (Dworkin), p. 299 et 300.

²²⁸⁴ Éléments sur lesquels insiste la juriste, AGIER-CABANES, p. 144.

²²⁸⁵ FRYDMAN (Dworkin), p. 291 ss.

de la « sociological jurisprudence »²²⁸⁶, lui servent de point d'ancrage dont il cherche à se démarquer. Il y puise néanmoins une vision holiste du droit, conçu comme système évolutif²²⁸⁷, qui lui permettra d'élaborer une approche originale de l'herméneutique juridique dans la continuité du mouvement du tournant herméneutique. Par ailleurs, le contexte dans lequel l'auteur élabore sa théorie juridique et son approche de la désobéissance civile l'amène à se détacher du courant positiviste²²⁸⁸. En effet, DWORKIN réfute les prémisses de cette approche et lui préfère une conception du droit, non pas comme d'un système de règles dont la validité est issue de leur mode de production, mais d'un système faisant aussi recours à des principes pour définir la validité des normes²²⁸⁹.

DWORKIN considère le juge comme un acteur politique, tout en réfutant que cela le rende arbitraire, par opposition aux membres du courant des « Critical Legal Studies »²²⁹⁰. Ainsi, le juge idéal²²⁹¹ est pour lui un personnage créateur qui ne doit pas uniquement appliquer la loi mécaniquement²²⁹², mais, au contraire, trouver une « bonne réponse »²²⁹³ dans un cas d'espèce qui s'inscrit « au carrefour du droit de la morale et de la politique »²²⁹⁴. La bonne réponse,

812

²²⁸⁶ Cf. *supra* pour la définition du réalisme 5.IV.A.2. La « sociological jurisprudence », quant à elle, se développe en opposition à la théorie de la « mechanical jurisprudence » qui réduit le rôle des juges à celui d'une machine (ou d'une bouche) devant appliquer la loi sans marge de manœuvre. Ce qui distingue ce courant des réalistes est surtout le fait que ces derniers s'attachent à l'étude des caractéristiques personnelles des juges, tandis que ce courant insiste sur l'importance de l'intégration des décisions dans leur contexte sociétal particulier. Voir à ce sujet l'article de la juriste et ancienne membre du Centre de théorie du droit de l'Université de Paris X-Nanterre : MICHAUT (sociological), p. 347.

²²⁸⁷ Point qu'il a en commun avec les doctrines réalistes et de la « sociological jurisprudence » MICHAUT (préface), p. 25.

²²⁸⁸ Incarné alors par le juriste Herbert L. A. HART. Il ne parvient néanmoins pas réellement à s'en détacher selon certains critiques, mais cet élément n'est pas central pour notre propos, raison pour laquelle nous renvoyons aux articles de la professeure d'éthique et de philosophie sur ce point, PARIENTE-BUTTERLIN, p. 319 ss, ainsi qu'à MICHAUT (préface), p. 34 ss. *A contrario* : OST/VAN DE KERCHOVE, p. 307 ss, estiment que la perspective de DWORKIN constitue bien un entre deux entre une vision légaliste pure et celle du réalisme.

²²⁸⁹ Pour le dire plus simplement, il partage également le constat selon lequel le droit ne saurait se résumer à la loi, cf. sur la distinction entre règles et principes chez DWORKIN : PARIENTE-BUTTERLIN, p. 320 ss.

²²⁹⁰ Sous-courant philosophique issu du réalisme qui défend, entre autres, la thèse selon laquelle le droit et la politique se confondent pleinement, les juges ne faisant qu'exprimer leur vision subjective au travers des décisions, voir pour plus d'informations : MICHAUT (préface), p. 30 et FRYDMAN (Dworkin), p. 295.

²²⁹¹ Juge qu'il nomme Hercule.

²²⁹² Sur la figure d'Hercule, voir : ALLARD (Kant), p. 163.

²²⁹³ MICHAUT (droit), p. 208 ; FRYDMAN (Dworkin), p. 269.

²²⁹⁴ MICHAUT (préface), p. 26.

au sens de DWORKIN, est liée à la capacité du juge d'interpréter la Constitution en vue de l'appliquer à un cas complexe, tout en respectant des contraintes d'insertion dans un déjà-là juridique²²⁹⁵. Cet idéal type du juge n'est pas arbitraire, selon lui, car ses considérations politiques ne devraient intervenir que dans le but de donner au cas une solution qui « s'intègre bien dans une interprétation globale cohérente de la culture juridico-politique de leur société »²²⁹⁶.

- 813 Par conséquent, la manière dont le juge doit appréhender son travail judiciaire peut se résumer au travers d'une métaphore pour DWORKIN : celle de l'écriture d'un roman collectif. Ainsi, la décision qui doit être rendue s'intégrera dans un projet global (le roman). À ce titre, elle devra garder une cohérence et intégrer les précédents chapitres, tout en constituant un volet à part entière de l'histoire, auquel d'autres pourront encore s'ajouter après elle²²⁹⁷. C'est en raison de cet exercice d'insertion que l'activité judiciaire peut être à la fois créatrice, sans être arbitraire, car encadrée²²⁹⁸. En d'autres termes, il appartient toujours au juge :

« [...] d'apporter à l'affaire une solution à la fois juste et conforme au droit en vigueur. Pour ce faire, il devra retrouver et reconstituer, dans la jurisprudence antérieure, une chaîne de précédents que sa décision présente viendra prolonger de manière cohérente. Il faudra en outre que le tout provisoirement formé par les précédents et sa propre décision donne à voir le droit dans son ensemble sous son meilleur jour, c'est-à-dire comme reposant sur un ensemble cohérent de principes justes. »²²⁹⁹

- 814 Ainsi, DWORKIN cherche à faire reconnaître, comme d'autres auteurs critiques du positivisme, que le droit ne peut se résumer à une affaire d'application mécanique de règles, mais relève d'une activité dynamique nécessitant d'arbitrer parmi des objets moraux et politiques²³⁰⁰. Dès lors, pour l'auteur, la loi et le raisonnement judiciaire tirent en partie leur légitimité de leur capacité à composer avec ces dimensions morales et politiques²³⁰¹.

²²⁹⁵ FRYDMAN (Dworkin), p. 296.

²²⁹⁶ DWORKIN (principe), p. 3.

²²⁹⁷ ALLARD (Kant), p. 126 ss ; MICHAUT (préface), p 209. En ce sens, la théorie micropolitique de MOOR s'inscrit dans la continuité de cette perspective, cf. *supra* 5.IV.A.2.a. À ce sujet également et qui reprend la métaphore : OST/VAN DE KERCHOVE, p. 308 ; VOGLIOTTI (rhapsodie), p. 151 ss.

²²⁹⁸ FRYDMAN (Dworkin), p. 296.

²²⁹⁹ FRYDMAN (Dworkin), p. 296.

²³⁰⁰ MICHAUT (préface), p. 33.

²³⁰¹ DWORKIN (droits), p. 316.

b. La désobéissance civile comme « cas difficile »

Ces arguments de nature morale et politique sont insufflés au droit et explicités dans les affaires relevant de ce que DWORKIN nomme les « cas difficiles ». Dans ceux-ci, le recours à la norme ne permet pas de trancher le litige en lui apportant une solution juste²³⁰² et les enjeux soulevés ne sont pas de nature purement juridique. TURENNE le résume ainsi :

« [...] l'admission d'un "cas difficile" repose autant sur une considération pratique – l'existence d'une controverse sociale – que sur un postulat théorique, selon lequel l'application du droit par le juge fait intervenir des considérations politiques et morales. »²³⁰³

Or, c'est parmi ces cas difficiles que l'on peut classer la désobéissance civile pour DWORKIN, car ces affaires mettent en exergue de telles controverses²³⁰⁴. En particulier, cette classification se justifie à ses yeux en raison des conflits de droits fondamentaux soulevés par ce mode d'action, nécessitant alors une interprétation qui tienne compte des particularités de chaque liberté et d'un contexte politique et moral qui déborde le cas²³⁰⁵. Pour l'auteur, la désobéissance civile est donc une démarche envisageable pour faire valoir ses droits humains, lorsque ceux-ci sont menacés²³⁰⁶.

À titre préliminaire, avant de comprendre ce que cette qualification implique pour le traitement de la désobéissance civile, relevons que DWORKIN ne définit pas précisément les actes qu'il incorpore dans ce vocable, mais se réfère à quelques occurrences tirées de l'actualité²³⁰⁷. Il construit avant tout son objet

²³⁰² Réflexion qui peut par ailleurs être appliquée également aux cas « classiques », puisque le texte lui-même ne permet pas de trancher et qu'il n'est composé que de signes, cf. *supra* 5.IV.A.2.

²³⁰³ TURENNE (thèse), p. 94.

²³⁰⁴ TURENNE (thèse), p. 91 ; *contra* : TIMSIT, p. 172 ss, propose dans sa contribution d'aborder l'interprétation du droit avec une grille de lecture similaire à celle de DWORKIN, mais en y ajoutant une catégorie pour les cas dits « extrêmes ». Il considère que la désobéissance civile n'est ni un cas difficile ni un cas extrême en vertu de son caractère manifestement illicite qui ne doit pas conduire à douter des raisons de la sanctionner. En ce sens, il effectue une réduction classique du droit à la loi. Cf. *supra* 4.II. sur nos observations sur la réduction du raisonnement pénal à ce critère d'illicéité *a priori*.

²³⁰⁵ TURENNE (discours), p. 89 et 102.

²³⁰⁶ TURENNE (Judicial), p. 384.

²³⁰⁷ Dans « Prendre les droits au sérieux », il est question des désobéissants qui s'opposent à la conscription afin de ne pas être envoyés au Vietnam. DWORKIN s'y réfère à une lettre de déclaration d'intention et d'encouragement à refuser l'incorporation publiée dans le « New York Times » signée par un millier d'enseignants. DWORKIN (droits), p. 305. Dans « Une question de principe », il se réfère aux militants et militantes antinucléaires allemands, aux suffragettes et au mouvement ouvrier, mais aussi au cas des témoins de Jehovas refusant de saluer le drapeau américain contre leurs croyances. Ainsi, le philosophe ne distingue pas

par la négative, en indiquant ce que la désobéissance civile n'est pas. Ainsi, elle ne doit pas être confondue avec un acte de délinquance²³⁰⁸ ni avec un acte de résistance²³⁰⁹ pour le philosophe. En conséquence, il s'oppose à celles et ceux qui considèrent ce mode d'action comme un acte de revendication qui, bien que pouvant être salués sur le plan moral à certaines conditions, doivent être sanctionnés au risque de créer de l'anomie²³¹⁰. DWORKIN accuse en effet les défenseurs d'un tel argument de « cécité morale »²³¹¹ et relève que les actes de désobéissance civile ont toujours occupé une place « officieuse » dans la vie démocratique²³¹².

- 817 D'un point de vue juridique, pour DWORKIN, la désobéissance civile constitue une opportunité pour les membres du corps civique de prendre position dans un conflit d'interprétation juridique, lorsque le droit est incertain²³¹³. À ce titre, la logique qui dirige les désobéissants est jugée analogue à celle des mécanismes généraux qui animent les ressorts de la pratique judiciaire constitutionnelle, à savoir un dialogue entre argumentation et contre argumentation portant sur « l'interprétation des conventions sociales qui régissent la vie d'une société politique »²³¹⁴. Aux yeux de l'auteur, la désobéissance civile n'est ainsi que l'explicitation des controverses interprétatives sur le terrain des questions de principes de droit constitutionnel et des droits fondamentaux²³¹⁵. Ainsi, pour DWORKIN, les membres du corps civique ont bien une obligation générale de se plier au droit. Néanmoins, le processus de mise en œuvre de la loi impliquant une activité d'interprétation

toujours désobéissance civile et objection de conscience. Tous deux constituent à son sens des cas difficiles, ce qui justifie à ses yeux de les traiter de manière analogue. En ce qui nous concerne, nous relèverons avec RAZ, p. 270, que la théorie de la désobéissance civile développée par DWORKIN vise souvent avant tout l'objection de conscience. En ce sens, l'apport des travaux de DWORKIN à notre étude a surtout trait à son approche herméneutique et à son étude de la place du juge vis-à-vis des cas difficiles.

²³⁰⁸ DWORKIN (principe), p. 134. Notamment, car ces actes ne sont pas motivés par égoïsme ou appât du gain.

²³⁰⁹ DWORKIN (principe), p. 135, par ce que ces actions s'inscrivent dans le prolongement du régime démocratique plutôt que dans le rejet de son autorité.

²³¹⁰ DWORKIN (droits), p. 306. En ce sens, il se distingue largement de RAWLS, cf. *supra* 2.III.B. et 5.II.A.1.

²³¹¹ DWORKIN (droits), p. 317.

²³¹² DWORKIN (principes), p. 135.

²³¹³ DWORKIN (droits), p. 317. Dans sa thèse, TURENNE, p. 6, développe une perspective comparée des dynamiques interprétatives du droit aux États-Unis et en France. Les cas difficiles seraient l'équivalent des « questions sensibles » en droit français. Le système suisse, quant à lui, ne connaît pas de catégorie similaire. En outre : ALLARD (jugement), p. 310.

²³¹⁴ MICHAUT (préface), p. 34.

²³¹⁵ DWORKIN (principe), p. 4 et 391 ss.

qui fait intervenir une logique argumentative, ils sont fondés à remettre cette interprétation en question, soit parce qu'ils la considèrent injustifiée²³¹⁶, soit parce qu'ils peuvent en proposer une interprétation alternative, réfléchie et raisonnable, censée être plus juste²³¹⁷. Pour cet auteur, les activistes choisissent donc de recourir à la désobéissance civile, car ils peuvent s'appuyer sur une certaine interprétation de la Constitution²³¹⁸. La désobéissance civile ouvre ainsi la porte aux désaccords interprétatifs, considérés comme étant vertueux, dans la mesure où ils peuvent avoir « une valeur pédagogique puisqu'[ils sont] un exemple de prise en charge du système juridique par chacun. »²³¹⁹ Le juge ou la juge du système pensé par DWORKIN est en effet une figure ouverte à ce type de conflit, qui se prononce en conséquence sur ces questions controversées, tout en explicitant ses raisonnements²³²⁰. Il ou elle est également le pilier garant de la bonne application des droits fondamentaux et doit donc, à ce titre, se prononcer y compris sur la désobéissance civile²³²¹. Par conséquent, DWORKIN estime que, lorsque l'interprétation proposée par les désobéissants s'inscrit dans le registre de cas difficiles où le droit est incertain ou indéterminé, les juges peuvent arriver à la conclusion qu'il n'est pas utile de les sanctionner, car leur interprétation pouvait présenter une certaine valeur pour le processus de formation du droit²³²².

En effet, cette approche de la désobéissance civile comme cas difficile conduit DWORKIN à défendre que les juges doivent faire preuve de tolérance à son 818
encontre, non pas forcément en lui offrant une justification juridique, mais en relativisant l'intérêt à sanctionner ses acteurs, dès lors que ces derniers agissent dans le cadre des conflits de valeurs prévus par la Constitution²³²³. Pour lui, sanctionner les désobéissants reviendrait à s'aliéner des individus qui sont pourtant, en raison de leur démarche, considérés loyaux envers l'idéal démocratique et les droits humains. Dès lors, une condamnation équivaldrait à nier que, contrairement à des criminels, les désobéissants invoquent des raisons jugées vertueuses pour fonder leurs actions²³²⁴. À l'appui de cette

²³¹⁶ Par hypothèse parce que la ou le juge en ferait une interprétation personnelle arbitraire par exemple.

²³¹⁷ DWORKIN (droits), p. 316.

²³¹⁸ TURENNE (Judicial), p. 384.

²³¹⁹ ALLARD (Kant), p. 119.

²³²⁰ TURENNE (Judicial), p. 385.

²³²¹ TURENNE (Judicial), p. 385.

²³²² TURENNE (discours), p. 89.

²³²³ DWORKIN (droits), p. 306.

²³²⁴ DWORKIN (droits), p. 306. Vision qui s'oppose donc à celle d'ARENDT qui ne fonde pas l'absence de sanction sur des enjeux moraux liés aux fins poursuivies, mais au caractère politique de l'acte.

proposition, DWORKIN rappelle l'existence du principe d'opportunité des poursuites²³²⁵, qui permet d'ores et déjà de renoncer à poursuivre certains actes par absence d'intérêt. Il considère que ce principe pourrait s'appliquer également aux désobéissants civils. De plus, il souligne à l'attention des opposants à la désobéissance civile que ce principe n'a jamais été remis en cause au motif que son existence pourrait faire trembler l'ordre juridique par les exceptions qu'il consacre, argument pourtant mobilisé contre la possibilité d'exempter de peine ceux qui s'engagent dans de telles actions.

- 819 Afin d'étayer son propos et justifier l'exemption de peine, DWORKIN développe une typologie des actes de désobéissance civile en fonction de trois sortes de motifs différents²³²⁶. Cette solution permet, selon lui, d'éviter la question de la prise en compte de la justesse de la fin poursuivie par leurs auteurs en examinant uniquement le type d'expression en cause²³²⁷. Selon que l'on se situe dans l'une de ces catégories, les conditions permettant de juger de l'exemption de peine sont variables. Il distingue ainsi : les motifs issus de la conscience²³²⁸ (1), d'un sentiment d'injustice (2) – particulièrement pour les personnes faisant partie d'un groupe minoritaire – et des considérations pragmatiques concernant l'opportunité stratégique de s'opposer à une politique donnée (3)²³²⁹. Dans les deux premiers cas de figure, DWORKIN estime que l'on est face à une question qui fait appel à des principes moraux²³³⁰. Si le premier cas n'a pas besoin de respecter des conditions particulières pour se voir exempter²³³¹, dans le second, DWORKIN estime que,

²³²⁵ DWORKIN (droits), p. 306 et 321.

²³²⁶ La typologie des motifs de désobéissance de DWORKIN a parfois été qualifiée d'inopérante par une partie de la doctrine. Ainsi, RAZ, p. 264 ; TURENNE (thèse), p. 103. La critique de Joseph RAZ, contemporain de DWORKIN, n'est cependant pas surprenante dans la mesure où les deux auteurs appartiennent à des courants de pensée qui s'affrontent. RAZ étant une des figures emblématiques du positivisme juridique, il défend que la morale n'est pas un facteur influençant le droit. Les prémisses de sa pensée ne peuvent que difficilement s'accorder avec celles de DWORKIN, pour qui la morale joue un rôle déterminant dans l'interprétation du droit. Sur la querelle entre les deux auteurs, voir : COLEMAN/LEITER, p. 229. La critique de la part de TURENNE est, quant à elle, basée sur des considérations pragmatiques. La juriste souligne en effet la difficulté de transposer en droit continental une partie de l'approche de DWORKIN ancrée dans la « common law ». TURENNE (thèse), p.117.

²³²⁷ DWORKIN (principe), p. 136.

²³²⁸ DWORKIN (principe), p. 137, tel que le cas de la personne qui accepte d'héberger un esclave en fuite. Il viole le droit, mais sa conscience l'empêche de faire autrement. Dans ce cas de figure – qui relève de l'objection de conscience et non de la désobéissance civile –, l'auteur estime que la question de la sanction perd de son sens.

²³²⁹ DWORKIN (principe), p.137 ; HAKSAR, p. 411.

²³³⁰ DWORKIN (principe), p. 138.

²³³¹ Il serait vain aux yeux de l'auteur d'en fixer, puisqu'il s'agit d'un problème purement moral. L'intérêt à punir n'est donc pas dépendant des motifs et peut-être relativement faible.

pour les actions de désobéissance civile fondées sur un motif de justice, il convient de distinguer entre : les actions qui visent à faire modifier une loi jugée injuste par la persuasion de la majorité, de celles qui visent à rendre le maintien de cette loi injuste plus coûteux politiquement. Seul le premier cas de figure mérite d'être exempté de peine, pour autant que les désobéissants aient tenté de recourir à d'autres alternatives avant de violer la loi²³³². Dans le troisième cas, la situation est encore différente. Dans cette hypothèse, la loi ou politique visée n'est pas moralement injuste, mais inopportune ou politiquement contestable²³³³. Le recours à la désobéissance civile y est soutenu par des fins stratégiques²³³⁴. Ce cas de figure se rapproche de la désobéissance civile de deuxième type qui vise à persuader la majorité. Ce n'est qu'en raison de cette dimension persuasive qu'elle mérite une forme de clémence. Si elle est purement coercitive, alors un traitement différencié n'est pas nécessaire pour DWORKIN qui admet qu'elle soit sanctionnée sans exemption particulière²³³⁵. Dans les cas qu'il estime justifiés, le philosophe relève que sanctionner les désobéissants ou objecteurs uniquement au nom du principe qui veut que « la loi c'est la loi », n'est pas suffisant²³³⁶.

²³³² Pour l'auteur, les mobilisations en faveur de la fin de la guerre au Vietnam relèvent de cette seconde catégorie. Il déclare que : « en effet, un individu qui veut amener la majorité à ses vues en faisant usage d'arguments dont il est profondément persuadé ne s'oppose manifestement pas au principe majoritaire. Il accepte qu'en dernière instance la majorité ait le dernier mot, mais il demande pour seule restriction à ce principe que la majorité soit contrainte d'examiner des arguments qu'elle n'est pas d'emblée disposée à entendre. », DWORKIN (principe), p. 142.

²³³³ Ce serait notamment le cas de la lutte antinucléaire qui n'est pas une question morale, mais politique pour l'auteur, DWORKIN (principe), p. 137.

²³³⁴ DWORKIN (principe), p. 318.

²³³⁵ DWORKIN (principe), p. 144. Le philosophe estime qu'il est plus difficile de choisir d'accorder de la valeur à des arguments politiques qu'à des arguments de justice ou des arguments pouvant être rattachés à l'exercice des principes constitutionnels. En ce sens, il se distingue de manière importante d'HABERMAS et considère que les mobilisations antinucléaires ne constituent pas des actes de désobéissance civile qui méritent exemption de peine. Cf. AGIER-CABANES, p. 142.

²³³⁶ DWORKIN (principe), p. 145 et 146. À son sens, il n'est pas contradictoire de décider « qu'un individu doit être puni, même s'il fait exactement ce que nous aurions fait si nous avions les mêmes convictions que lui. Cela dit, l'erreur inverse est tout aussi pernicieuse. Ce n'est pas parce que quelqu'un a enfreint la loi, quelles que soient ses raisons et aussi honorables puissent être ses motivations, qu'il doit être puni simplement parce que la loi est la loi. Les juristes, même s'ils sont très conservateurs, appliquent rarement aujourd'hui cette maxime expéditive et savent fort bien que, dans la plupart des pays, des personnes sont connues pour avoir commis un certain nombre de délits et ne sont parfois pas poursuivies, et que c'est une bonne chose. » On peut néanmoins douter de son affirmation pour la Suisse contemporaine au vu de nos observations. En outre, DWORKIN (droit), p. 318 ss.

820 En résumé, face à des cas de désobéissance civile qui constituent des cas difficiles, il revient aux juges d'identifier si la sanction se justifie selon les motifs invoqués. Une balance des intérêts en présence est alors nécessaire²³³⁷. Pour DWORKIN, la reconnaissance d'une justification à caractère moral ou politique de la revendication du désobéissant permet donc de fonder, non pas une justification juridique de cet acte, mais une prise en compte différenciée dans le jugement²³³⁸. De plus, l'acte de désobéissance met en lumière l'importance des arguments moraux et politiques en droit. Il oblige à reconsidérer l'interprétation donnée d'une norme et son bien-fondé à l'aune de nouveaux arguments. Ce mode d'action est en conséquence une illustration du dynamisme interprétatif qui sous-tend le droit.

4. Conclusion : quelle marge de manœuvre des juges face à la désobéissance civile ?

821 Au terme de cette section, on constate que les actes de désobéissance civile, en raison de leur appel au droit notamment, mobilisent des conflits d'interprétation. Or, à cet égard et au vu de la tendance au positivisme constatée dans le corpus, il s'est avéré nécessaire de rappeler les critiques et les apories liées à la doctrine du texte clair, brandie contre la désobéissance et la supposée anomie qu'elle impliquerait. Les vifs débats entourant la définition du sens à donner ou non à un danger imminent ou simplement à l'état de nécessité²³³⁹ illustrent ainsi l'indétermination des notions avec lesquelles les juges doivent composer, lorsqu'ils font face à des actes de désobéissance civile. Les textes n'étant pas clairs, se pose alors principalement la question de la motivation des jugements et de la marge de manœuvre des juges dans l'interprétation donnée d'un texte.

²³³⁷ DWORKIN (principe), p. 147 ; ZINN, p. 197 qui s'appuie sur la vision de DWORKIN pour rejeter le critère d'« acceptation de la sanction » comme constitutif de la définition d'un acte de désobéissance civile. Les deux auteurs ne sont cependant pas d'accord sur le fondement justifiant le recours à de tels actes, puisque, pour ZINN, la simple conviction morale, sans besoin de passer par une construction qui ferait découler cette conviction d'un droit justiciable (libertés fondamentales ou droits constitutionnels pris comme consécration positive des valeurs morales dans le système politique et juridique) se suffit à elle-même.

²³³⁸ Comme déjà mentionné, on n'est donc pas une acception qui pourrait être républicaine de la désobéissance civile, mais dans une évaluation morale. En ce sens, DWORKIN propose certes que le pouvoir micropolitique du juge soit reconnu et qu'il soit autorisé à y recourir dans les actes de désobéissance civile, mais il ne nous offre que peu d'indications sur l'opérationnalisation possible de ces balances d'intérêts. Sa position est proche des auteurs de doctrine qui recommandent une application de l'art. 52 CP aux activistes, faute de mieux.

²³³⁹ Cf. les différentes décisions et la doctrine de notre corpus *supra* 1.IV.

Entre la position d'un juge « bouche de la loi » et celle d'un juge omnipotent, 822
les notions indéterminées, objets des hiatus interprétatifs entre désobéissants
et juristes, rappellent la nature dialogique de la création du sens juridique.
Elles mettent en lumière un processus engagé de la part des juges,
micropolitique à tout le moins, lorsqu'ils choisissent d'inscrire les solutions
apportées au cas de désobéissance civile dans l'une ou l'autre catégorie. Ainsi,
une réflexion sur les mécanismes d'interprétation permet de souligner que le
sens proposé est retenu au terme d'un processus réflexif, débouchant sur des
choix et non simplement faisant autorité, car entériné dans le texte de la loi
qui offrirait une bonne solution²³⁴⁰.

Reprenons désormais ces différents principes théoriques et raisonnements et 823
appliquons-les aux cas de notre corpus, en particulier à l'application des
motifs justificatifs pénaux aux cas de désobéissance civile.

On constate donc, au-delà de la supposée clarté du texte, que l'action des 824
désobéissants a souvent une finalité longue : dénoncer des
dysfonctionnements ou demander une évolution du droit *de lege ferenda* dans
certains domaines (le droit d'asile, de l'environnement, etc.). À ce niveau,
cette finalité n'a pas vocation à déterminer la solution apportée au cas
s'agissant de l'infraction et son illicéité²³⁴¹, cependant elle est tout de même
mobilisée de manière peu cohérente au gré des arguments par les juges (par
exemple : lorsque l'autorité se prononce sur la subsidiarité)²³⁴².

S'agissant des possibilités d'application et d'analyse du cas, en revanche, 825
l'autorité judiciaire n'est pas totalement démunie pour tenir compte du
caractère citoyen et démocratique des actes de désobéissance civile, qui les
distinguent d'actes de délinquance ordinaire : elle a à sa disposition une palette
de motifs justificatifs légaux et la possibilité, si aucun de ceux-ci ne s'avère
adéquat en raison d'un réseau de sens trop saturé ou éloigné, de recourir aux
motifs justificatifs extra-légaux. Néanmoins, elle n'effectue pas un tel
raisonnement et semble peu encline à admettre l'existence de son pouvoir

²³⁴⁰ CHAPPE, p. 545 ss qui étudie la manière dont le pouvoir micropolitique se manifeste sur le terrain d'une permanence juridique militante. Il note en particulier que l'application du droit aux cas y est plus abductive que déductive et constate qu'au travers de ce processus, les militants ont une marge d'influence sur le juge, notamment au travers du choix de catégories. Il observe également un combat sur le terrain de la sémantique entre le sens donné aux notions par les juristes, les activistes et leur défense. Il estime que les avocats et avocates développent en ce sens une « légalité de combat » (p. 547) dans leur passage d'un espace de sens à un autre.

²³⁴¹ Nous discuterons dans la section suivante des possibilités de tenir compte de cette finalité longue à un niveau institutionnel et non pas dans le cadre précis de l'analyse de l'infraction pénale.

²³⁴² Cf. *supra* 4.II.

micropolitique²³⁴³. Le plus souvent le raisonnement judiciaire est exposé comme de l'évidence. En ce sens, on peut donc s'accorder avec TURENNE qui estime que le plus grand obstacle à une reconnaissance des actes de désobéissance civile en droit est l'attitude légaliste positiviste²³⁴⁴. Les autorités judiciaires effectuent donc des choix interprétatifs et sont déjà pleinement engagées dans la controverse, lorsqu'elles décident de déclarer qu'un état de fait peut ou non relever de l'état de nécessité.

- 826 La question qui se pose est alors celle de l'explicitation de leur raisonnement. Il convient alors de déterminer si leur choix d'écarter ou non l'application de l'un ou l'autre motif justificatif se justifie, non pas car la solution est évidente au regard du texte clair, mais parce que l'étude du droit pris dans son ensemble, ainsi que le contexte du cas, leur permet d'arrêter l'une ou l'autre solution. En procédant de la sorte, il devient alors possible de critiquer, discuter ou soutenir les choix effectués en les inscrivant dans un réseau de sens juridiques dont le caractère dynamique est clair.

Or, en se retranchant dans le registre de l'évidence du texte, cette discussion sur le besoin d'adapter certaines notions à un contexte social évolutif est évacuée. Si l'on prend l'exemple du danger en matière climatique, on peut douter que l'interprétation historique donnée à l'état de nécessité soit en adéquation avec les développements des connaissances scientifiques actuelles à ce sujet²³⁴⁵. Pourtant, ces interrogations sont tuées et le choix de maintenir l'interprétation classique est effectué, comme s'il ne pouvait en être autrement. Or, c'est précisément dans cette potentialité que se cache tout l'enjeu pour les désobéissants civils, mais également pour le droit. Assumer la dimension dialogique de la création des catégories juridiques et des interprétations impliquerait en effet de reconnaître qu'une autre solution reste toujours envisageable et que les catégories existantes ne peuvent tenir que pour autant qu'elles soient motivées de manière convaincante. Dans cette perspective, dans les cas où le ou la juge a admis ou suivi l'interprétation des désobéissants civils (en considérant le danger imminent par exemple), son choix ne relevait ni de l'arbitraire partisan ni d'un risque de glissement vers un gouvernement des juges, simplement d'une explicitation de la nature controversée du droit.

- 827 Ensuite, convenons qu'au terme d'une analyse complète les autorités concluent que l'état de nécessité ne peut s'appliquer à des dangers imminents

²³⁴³ Cf. *supra* 4.II.

²³⁴⁴ TURENNE (thèse), p. 125. Elle critique fortement le formalisme judiciaire qui invisibilise les mécanismes interprétatifs à l'œuvre. *Idem* : FALCÓN Y TELLA (philosophie), p. 2 ss.

²³⁴⁵ PETEL, p. 1056.

du type soulevé dans les cas de désobéissance civile²³⁴⁶, se pose encore la question de la possibilité de recourir à des motifs justificatifs extra-légaux. En effet, si par certains aspects les situations soumises sont inédites, ne serait-on pas alors face à une lacune ? Ne pourrait-on également proposer une solution créatrice en recourant à un motif justificatif *ad hoc* pour ces cas²³⁴⁷ ? Ces pistes mériteraient d'être explorées et argumentées, ce qui n'est actuellement pas le cas. Ainsi, à différents égards, la jurisprudence mériterait d'être clarifiée et augmentée dans sa motivation, afin que l'on ne puisse reprocher à l'autorité qu'elle se contente d'être « bouche de la loi »²³⁴⁸ ou qu'elle se cache derrière le texte pour asseoir ses propres jugements de valeur. Accepter la complexité des nouvelles problématiques et assumer l'incertitude du droit serait aussi une manière d'offrir une forme de reconnaissance à l'appel des désobéissants, sans renforcer inutilement leur sentiment d'être désavoués par un système dont ils dénoncent la mécanique²³⁴⁹.

B. La séparation des pouvoirs et le gouvernement des juges

Comme mentionné en introduction, la critique d'anomie brandie à l'encontre de la désobéissance civile fait intervenir un second registre de craintes liées cette fois-ci à la séparation des pouvoirs. Les détracteurs de ce mode d'action considèrent ainsi que si les autorités judiciaires venaient à admettre les revendications des désobéissants et désobéissantes civils ou leur donner une quelconque portée, celles-ci se feraient alors leur complice et l'équilibre des pouvoirs en serait menacé²³⁵⁰. Nous verrons ici que cette conception de la

828

²³⁴⁶ On pourrait en effet comprendre que certaines autorités judiciaires considèrent que, plutôt que de recourir à des figures périlleuses pour « faire entrer » la désobéissance civile dans des catégories existantes peu adaptées, comme l'état de nécessité, qui nécessiterait de lancer « un mouvement d'expansion » jugé trop important, elles préfèrent suivre d'autres pistes.

²³⁴⁷ Certes, cela reste une solution *ad hoc*, qui, comme le soulève VOGLIOTTI (rhapsodie), p. 152, ne remet pas en cause le paradigme dans son ensemble. Il considère en effet que c'est une manière de masquer qu'un changement est nécessaire dans les catégories existantes, p. 152. En ce sens, on ne tient pas pleinement compte de l'ouverture dialogique et de la complexité du droit.

²³⁴⁸ Ou de se contenter d'adopter une position « confortable », cf. Tribunal de police de Lausanne, 27 octobre 2021, PE19.020367, p. 20.

²³⁴⁹ C'est d'ailleurs un des enseignements de la tragédie d'Antigone, où tant Créon qu'Antigone, restant tous les deux sourds aux revendications de l'autre, mènent la pièce à un dénouement dramatique.

²³⁵⁰ En particulier, dans ce sens, l'interpellation Jean-Daniel CARRARD et consorts au nom du groupe PLR « Militantisme politique et respect de la séparation des pouvoirs : Comment le

séparation des pouvoirs au sein de laquelle le judiciaire est un pouvoir neutre et apolitique s'ancre dans une conception elle aussi située. Il s'agira de relever les fragilités de cette approche et de souligner les registres alternatifs existants qui permettent, au contraire, de concilier désobéissance civile et respect du principe de séparation des pouvoirs.

1. Séparation des pouvoirs : notion

- 829 La théorie de la séparation des pouvoirs renvoie à une proposition formulée au 18^e siècle²³⁵¹ afin d'éviter une concentration des pouvoirs aux mains d'une même puissance politique. Cette théorie invite en conséquence à distribuer les trois fonctions étatiques classiques (exécutive, législative et judiciaire) à des organes différents²³⁵². Il s'agit donc de proposer des contre-pouvoirs à un pouvoir étatique concentré omnipotent²³⁵³.
- 830 Le principe de la séparation des pouvoirs est consacré par la Constitution suisse sous forme de garantie institutionnelle²³⁵⁴. En tant que principe d'organisation de l'État, la séparation des pouvoirs cherche ainsi à garantir que les trois pouvoirs soient indépendants les uns des autres sur le plan organique, fonctionnel et personnel²³⁵⁵. La garantie de la séparation des pouvoirs peut être invoquée devant une autorité judiciaire et ne souffre pas de restriction : elle est soit respectée, soit violée. Enfin, elle joue un rôle central dans l'interprétation de la Constitution et sert d'aiguillage pour les autorités judiciaires, au même titre que d'autres garanties relevant de l'État de droit²³⁵⁶.
- 831 Pour autant, la séparation entre ces trois fonctions (législative, exécutive et judiciaire) n'est pas un partage hermétique²³⁵⁷. D'une part, il existe des exceptions dans lesquelles le Parlement est amené à prendre des décisions exécutives, l'exécutif à adopter des actes de nature législative et l'organe judiciaire à adopter des actes d'ordre réglementaire ou exécutif. D'autre part, s'ajoutent à ces exceptions, que le but de cette répartition des pouvoirs ne vise pas uniquement à répartir des fonctions, mais également à mettre en place des

CE entend-il faire respecter le devoir de fidélité et de loyauté de l'art. 50 Lpers », 21_INT_151 transmise au Conseil d'État vaudois le 30 novembre 2021, précitée note 1472.

²³⁵¹ MONTESQUIEU, livre XI chapitre IV, p. 301.

²³⁵² MARTENET (séparation), N 1.

²³⁵³ FALCÓN Y TELLA (History), p. 110 et 111.

²³⁵⁴ MARTENET (séparation), N 9 ; FALCÓN Y TELLA (History), p. 110 et 111 ; MARKOVITS, p. 1919 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 12.

²³⁵⁵ MARTENET (séparation), N 6 à 8.

²³⁵⁶ TSCHANNEN, N 19.

²³⁵⁷ MARTENET (séparation), N 16.

mécanismes de contre-pouvoirs afin d'éviter une concentration de pouvoir au sein de l'un d'entre eux²³⁵⁸. Ainsi, ces trois fonctions ne doivent pas s'exercer en vase clos les unes des autres²³⁵⁹. Le but du principe de séparation des pouvoirs est ainsi de contribuer à un équilibrage des forces en procédant à cette répartition. Il convient donc de ne pas réduire sa compréhension à une acception purement formaliste²³⁶⁰. En ce sens, on pourra parler de doctrine des « checks and balances », de contre-pouvoirs, pour désigner cet aspect du principe de séparation des pouvoirs tout en insistant sur cette composante²³⁶¹. Cette nuance permet d'accentuer la fonction d'équilibrage que sous-tend cette garantie.

Dans cette optique, la fonction du pouvoir judiciaire est également d'effectuer une forme de contrôle sur l'exercice des autres pouvoirs. Comme l'étudie TORNAY :

832

« [...] le principe de la séparation des pouvoirs ne s'oppose pas à l'action du juge constitutionnel. Bien au contraire, tempérée par l'existence de moyens de contrôle et d'action réciproques conçus conformément à la doctrine des « checks and balances », la séparation des pouvoirs au sens souple préconise un contrôle mutuel des différents organes. L'intervention du juge entre dans ce cadre et permet de garantir l'équilibre entre les pouvoirs. »²³⁶²

Pour être efficaces, les contre-pouvoirs doivent en conséquence pouvoir jouir de prérogatives permettant d'occuper cette place de régulateurs, en cas d'autonomisation ou de défaillance d'un des deux autres pouvoirs²³⁶³. Parmi les mécanismes de contre-pouvoir et les prérogatives qui permettent au judiciaire de remplir cette fonction, on trouve la possibilité de l'exercice de prérogative de justice constitutionnelle²³⁶⁴.

Enfin, relevons encore qu'au sens de MONTESQUIEU, la séparation des pouvoirs a pour vocation de décrire et de rendre compte des différentes forces sociales à l'œuvre et non pas uniquement du statut des gouvernants²³⁶⁵. En conséquence, ROUSSEAU souligne que ce principe a aussi pour mission de

833

²³⁵⁸ Et le juge fait partie de ces contre-pouvoirs *cf.* BIAGINI, N 8.

²³⁵⁹ BIAGINI, N 8.

²³⁶⁰ PAPAUX (sécurité), p. 137.

²³⁶¹ MARTENET (séparation), N 16.

²³⁶² TORNAY, p. 373.

²³⁶³ MARKOVITS, p. 1919.

²³⁶⁴ MARTENET (séparation), N 56, souligne la difficulté de l'équilibre entre la nécessité de contrôle par les juges des actes parlementaires, soit de ne pas être qu'une chambre d'aval, et la tentation de devenir co-législateurs.

²³⁶⁵ Cité par ROUSSEAU, p. 160.

protéger la société civile contre les pouvoirs non étatiques qui influent sur le jeu démocratique²³⁶⁶.

2. L'appel au contre-pouvoir porté par la désobéissance civile

- 834 La désobéissance civile, en raison de son appel au droit et de sa finalité longue, cherche à mobiliser un contre-pouvoir et activer une forme de contrôle notamment sur certains secteurs d'activités, des processus décisionnels ou encore le travail d'administrations²³⁶⁷. Les différents philosophes que nous avons étudiés insistent d'ailleurs sur cette dimension de contre-pouvoir de la désobéissance civile qui ancre cette pratique comme démocratique²³⁶⁸. En particulier, ARENDT suggère que la désobéissance civile occupe une place dans la répartition des différents pouvoirs et qu'il conviendrait, en ce sens, de lui reconnaître la fonction d'un groupe d'intérêt qui signale des dysfonctionnements ou manquements²³⁶⁹. Enfin, DWORKIN estime que désobéissance civile et juridiction constitutionnelle peuvent se rapprocher, dans la mesure où les autorités judiciaires doivent alors se prononcer sur des litiges qui comprennent également un enjeu sous l'angle de la protection des libertés fondamentales ou de la mise en œuvre des principes constitutionnels²³⁷⁰.
- 835 Ainsi, les activistes qui recourent à ce mode d'action forcent une saisie par l'autorité judiciaire de certaines problématiques qui ont trait au contrôle de l'exercice des fonctions étatiques d'autres pouvoirs. Ce sont ces éléments qui expliquent aussi l'argumentation des désobéissants et désobéissantes civiles sur le plan institutionnel, qui dépasse la question pénale soumise aux juges, par exemple lorsqu'ils dénoncent des difficultés d'accès aux espaces démocratiques ou critiquent un pouvoir exécutif qui s'autonomise de ses missions²³⁷¹.
- 836 En outre, les désobéissants civils soulignent que s'ajoutent aux pouvoirs formels de nombreuses autres forces non institutionnelles qui œuvrent dans le processus de formation et de prise de décision politique hors de tout contrôle

²³⁶⁶ ROUSSEAU, p. 161. C'est par ailleurs un des buts de la désobéissance civile pour RAWLS *cf. supra* 5.II.

²³⁶⁷ ROVIELLO, p. 213 ; OST (droit), p. 435 ss ; MARKOVITS.

²³⁶⁸ *Cf. supra* 5.II. En outre : ROVIELLO, p. 215.

²³⁶⁹ *Cf. supra* 5.II.B.2.

²³⁷⁰ *Cf. supra* 5.IV.A.3. Parallèle qui se trouve également en doctrine juridique *Cf. supra* chapitre 1.III.

²³⁷¹ Par exemple dans le domaine du droit d'asile.

démocratique²³⁷². En effet, comme le mentionne PETEL, les activistes qui recourent à la désobéissance civile invoquent fréquemment être mus par une volonté de dénoncer l'absence de prise en compte du rôle joué par ces autres forces, par exemple économiques, ainsi que leur impunité et l'absence de régulation possible de leur influence²³⁷³.

En ce sens, quelles sont les possibilités de positionnement de l'autorité judiciaire, face à ces revendications qui relèvent de la finalité longue ou de l'appel au droit porté par les désobéissants et désobéissantes civils ? Pour les détracteurs de ce mode d'action, il semblerait qu'elles soient inexistantes, en raison du devoir de neutralité des juges imposé par la séparation des pouvoirs. Néanmoins, cette conception témoigne d'une vision formaliste de cette séparation et ne permet pas de tenir compte des prérogatives des juges comme garant des équilibres institutionnels²³⁷⁴. En effet, les autorités judiciaires n'ont pas à s'abstenir de tout positionnement, au contraire, mais peuvent intervenir pour dénoncer les déséquilibres.

837

À cet égard, la professeure ROVIELLO illustre cette nuance en se référant aux juges italiens qui, en 2002, ont lancé une série d'actions de dénonciation et de protestation contre le régime du Président BERLUSCONI. Les membres de la fonction judiciaire sont en effet descendus en robe dans les rues et ont appelé à résister à un gouvernement qui ne s'estimait pas lié par les procédures démocratiques (mouvement dit des « mains blanches » ou « mains propres »). Ces derniers souhaitaient dénoncer des ingérences du gouvernement dans les affaires de la justice, mettant en péril l'indépendance de la justice, et par la même occasion réaffirmer le besoin de contre-pouvoirs au sein d'un état démocratique²³⁷⁵. ROVIELLO considère qu'en agissant de la sorte :

838

²³⁷² Cf. supra 4.III.B., MARTENET (séparation), N 47.

²³⁷³ PETEL, p. 1058. Celui-ci prend l'exemple des principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits humains dont les négociations sont bloquées en raison d'importants lobby ; BETTEX ET AL., p. 110 ss. Dans le même sens : ROUSSEAU, p. 160.

²³⁷⁴ Notamment avec ses prérogatives constitutionnelles : TORNAY, p. 371 ss et les réf. citées.

²³⁷⁵ ROVIELLO, p. 206. « Comme si, ébranlées par les frémissements épars d'abord, devenus ensuite soubresaut intérieur, l'institution italienne de la justice, se heurtant à ses propres parois devenues mur rigide, s'était vu pousser sur le dos comme une excroissance par laquelle, encore et toujours institution, elle cherchait à s'exprimer tout à la fois dans des termes qui n'étaient plus les siens ; comme si l'institution avait eu le besoin urgent de sortir de son orbite, son dedans se faisant dehors, pour pouvoir réintroduire cette orbite et y répondre, à nouveau en ses termes propres, à l'obligation qui est la sienne : l'obligation qui lui est faite par la Constitution d'opposer son contre-pouvoir aux abus des autres pouvoirs institués démocratiquement. [...] Ils investissaient la piazza pour rappeler à un pouvoir usurpé, et pour rappeler à leur propre pouvoir que c'est seulement par délégation qu'ils peuvent et doivent s'exercer légitimement à l'écart de celle-ci. » ; OST/VAN DE KERCHOVE citent également cet exemple pour expliciter qu'un déclin du politique explique aussi que

« [...] ils [les juges italiens] ont retrouvé le sens politique originaire de leur fonction. L'instance judiciaire la plus haute a repris contact avec ses racines politiques, avec la politique comme dimension originaire de la société démocratique, qui déborde le juridique tout autant que la politique entendue comme pouvoir institué qui transgresse toutes les frontières, y compris celle qui sépare l'institutionnel du dehors de l'institution. »²³⁷⁶

Il ressort de ce qui précède qu'indépendamment de ce que les juges décident dans les cas, ils et elles occupent une fonction qui demeure politique en raison du rôle de contre-pouvoir qu'ils et elles incarnent. Or, ce pouvoir institutionnel peut être activé dans certaines situations face à des dangers pour l'ordre constitutionnel et le régime démocratique²³⁷⁷. Un certain positionnement du pouvoir judiciaire n'est en ce sens pas antinomique du principe de séparation des pouvoirs. En portant leurs revendications devant les juges, les activistes en appellent à cette fonction politique du troisième pouvoir dans cet équilibre, dont on ne saurait la confondre avec un positionnement partisan. En effet, ces cas amènent les juges :

« [...] à se prononcer sur de véritables "questions de société" et non des différends entre particuliers, ce qui accuse le caractère nécessairement "politique" de leur intervention. "Politique" entendu ici au sens de règlement des affaires de la cité et non au sens d'intervention partisane ; convenons cependant que la limite entre les deux sens est étroite et aisée, dans ces conditions, le reproche de faire œuvre politicienne. »²³⁷⁸

Or, agir de la sorte ne fait pas perdre aux juges leur indépendance, au contraire elle réaffirme leur autonomie.

839 En assumant cette tâche de contre-pouvoir, les autorités judiciaires attestent qu'elles n'ont pas de complaisance à l'égard des autres autorités et que leur

les juges se retrouvent à devoir plus activement jouer un rôle politique ou de contre-pouvoir. « L'exemple italien de la mise en cause de la corruption systématique des appareils d'État, ayant conduit à une recomposition fondamentale de la classe politique (opération "mains propres"), s'avère ici paradigmatique. Mais on pourrait évoquer aussi l'inculpation de dictateurs étrangers (la saga de l'ex-président Pinochet), le procès des génocidaires rwandais, la gestion de la faillite de très grandes entreprises, telles des compagnies aériennes nationales, l'(in)validation d'élections présidentielles aux États-Unis, l'injonction faite à un empire industriel (Microsoft) de se restructurer pour éviter l'abus de position dominante, la condamnation de fabricants de cigarettes à des dommages-intérêts d'un montant tel que leur survie est menacée... Sans parler de délicates questions éthiques relatives notamment à l'avortement, à l'euthanasie, à la situation de handicapé et, plus largement, au statut personnel et à la filiation. Dans ces différentes hypothèses, le recours à la justice (souvent, notons-le, à l'initiative de groupements diligentant des "actions d'intérêt collectif") vise moins à "dire le droit dans un cas particulier" qu'à contribuer à l'édification d'une société plus juste. », p. 63 et 64 et les réf. citées.

²³⁷⁶ ROVIELLO, p. 206.

²³⁷⁷ Pour un parallèle avec l'exercice de la juridiction constitutionnelle : cf. TORNAY, p. 371 ss.

²³⁷⁸ OST/VAN DE KERCHOVE, p. 64.

but principal est de garantir les conditions nécessaires à la réalisation de la démocratie. GRANDJEAN considère que c'est parfois en raison de l'inaction même de certaines autorités sur des questions particulières que les juges sont amenés à devoir se saisir de question de société²³⁷⁹. Il en a par exemple été ainsi en matière de droit de vote des femmes, non appliqué en Appenzell Rhodes-Intérieures jusqu'à l'intervention du TF, ou s'agissant de la naturalisation par les urnes au sujet desquelles la Haute Cour a dû se prononcer afin de protéger des minorités. Dans ces cas, les juges interviennent en dernier recours lorsque les autres voies d'actions ont été infructueuses pour protéger ou mettre en œuvre des droits²³⁸⁰. La saisie des juridictions s'inscrit alors dans le prolongement de la démocratie et l'État de droit, processus qui ne s'arrête pas une fois que le Parlement a voté²³⁸¹. L'intervention des juges n'est alors pas une mise en danger de la séparation de pouvoirs.

²³⁷⁹ GRANDJEAN (2016), p. 1023 ; position partagée par OST/VAN DE KERCHOVE, p. 64.

²³⁸⁰ GRANDJEAN (2016), p. 1033.

²³⁸¹ GRANDJEAN (2016), p. 1033. On retrouve également l'enjeu soulevé par la désobéissance civile et souligné par les philosophes de ne pas résumer la démocratie au vote majoritaire. En outre : « [L]e travail du juge en ce qu'il remet en question la volonté des élus, voire des électeurs, donne une valeur supplémentaire à la norme, dans la mesure où se poursuit la discussion autour de la norme. La logique judiciaire n'est ni meilleure ni moins bonne ; elle est différente. De cette différence naît une valeur ajoutée. Dans ce sens, la méfiance à l'égard des juges – elle est traditionnelle en Suisse – est elle-même suspecte à plusieurs égards. La défiance à l'égard du législateur est certes respectable. Mais, du point de vue démocratique, douter de la légitimité des juges est problématique. [...] Le juge est l'un des rouages de la démocratie. Après tout, le peuple a aussi approuvé (au moins tacitement) la constitution sur laquelle s'appuie le juge pour écarter l'application d'une loi. Dans ce sens, le juge préserve aussi la volonté du peuple et peut légitimement concourir à l'expression de la volonté générale. Le juge est une institution contre-majoritaire qui s'oppose parfois à la volonté politique du moment, mais il est aussi le défenseur de la démocratie directe ou du processus électoral. », GRANDJEAN (2016), p.1034 et les réf. citées. On peut également renvoyer aux considérations de la Cour canadienne dans l'arrêt rendu sur une action en responsabilité climatique dirigée contre l'État et qui peuvent être transposées au contexte suisse (sous réserve de l'art. 190 Cst. féd. cf. *supra* 4.III.) : « il faut souligner que ce ne sont pas les tribunaux qui imposent au gouvernement fédéral la suprématie de la Charte canadienne, mais bien le législateur canadien qui a donné priorité aux droits fondamentaux en légiférant la Charte comme faisant partie intégrante de la Constitution et décidé de la faire appliquer, entre autres, au Parlement et au gouvernement. », Cour supérieure des actions collectives du Canada, *Environnement jeunesse c. Canada* du 11 juillet 2019, n°500-06-000955-183, § 72.

3. Quelle forme d'intervention ?

840 Une fois ces différents éléments à l'esprit, se pose la question de savoir quelle forme ce positionnement institutionnel ou cette prise en compte de la finalité longue de l'action de désobéissance civile pourrait prendre pour les juges.

841 En effet, le principe de séparation des pouvoirs en tant qu'il consacre également une garantie de contre-pouvoirs ne s'oppose pas sur le principe à ce que l'autorité judiciaire se fasse le relais auprès des autres organes ou à l'attention du public de certains dysfonctionnements mis en lumière ou portés à sa connaissance par les désobéissants civils. Par exemple en matière de mise en œuvre de la politique d'asile, les juges pourraient constater qu'en raison de la situation de « para-légalité »²³⁸² qui régit ce domaine, des carences de protection existent et un besoin d'intervention politique se justifierait²³⁸³. En ce sens, ce que nous souhaitons montrer est que rien n'empêcherait le ou la juge de constater par exemple que l'accord de Paris n'est pas mis en œuvre²³⁸⁴, que l'activité des gardes-frontières échappe en pratique à toute surveillance²³⁸⁵, que les personnes non-citoyennes suisses ne peuvent faire valoir certains droits²³⁸⁶ ou que la vente d'armes à feu et l'organisation de son commerce est soustraite à des possibilités de contrôle citoyen²³⁸⁷. En effet, lorsque les éléments révélés concernent l'exercice de fonctions étatiques, la réalisation de droits ou la protection de minorités, la fonction du juge n'est pas menacée s'il se positionne en tant que garant des équilibres entre différents pouvoirs et effectue ces constats²³⁸⁸. Un tel positionnement pourrait intervenir en parallèle et indépendamment de la question de l'infraction qui lui est soumise et sur laquelle il doit se déterminer.

842 À cette fin, les juges pourraient sous forme d'*obiter dictum*, de message au parlement ou à toute autre autorité étatique, avertir ou souligner ces préoccupations et ainsi amplifier les messages démocratiques et citoyens

²³⁸² OST (droit), p. 480, recourt à ce terme pour désigner les domaines qui sont principalement régis par l'administration et ses agents au travers de directives ou de pratiques qui mettent en œuvre le cadre légal avec une certaine marge de manœuvre. Ce que les politologues et sociologues nomment « l'action de guichet » ou étudient en lien avec la « Street-Level Organization », cf. MIAZ, p. 24 ss.

²³⁸³ En matière climatique, PETEL, p.1058. C'est aussi ce qui a été plaidé par la défense des activistes du « Lausanne Action Climat » en première instance, que le parlement et le gouvernement étaient partiaux en raison de l'activité intense de certains lobbys. Cf. BETTEX ET AL. p 110 ss.

²³⁸⁴ Affaires du « Lausanne Action Climat » et affaires des « Mains rouges ».

²³⁸⁵ ATF 146 IV 297.

²³⁸⁶ TF, 6B_1368/2019.

²³⁸⁷ ATF 108 IV 165 (JdT 1983 IV 142).

²³⁸⁸ SMITH, p. 130.

portés par les activistes quand leur mission de contre-pouvoir les y oblige. Les juges assumeraient alors une position proche de celle préconisée par HABERMAS qui soulignait la dimension de « test de maturité de l'État de droit » de la désobéissance civile²³⁸⁹. En agissant de la sorte, les autorités judiciaires reconnaîtraient en outre une place à la société civile dans la mise en œuvre de l'équilibre des pouvoirs²³⁹⁰.

De plus, une telle manière de procéder ne reviendrait pas à affranchir les juges de toutes contraintes et leur octroyer un pouvoir discrétionnaire. En effet, comme nous l'avons vu, au sein même de son domaine de compétence, l'activité du juge est encadrée de garde-fous qui servent à prévenir les dérives d'arbitraire ou son autonomisation complète²³⁹¹. L'article 190 Cst. féd. par exemple limite ainsi la marge de manœuvre des juges, tout comme l'exigence de motivation du jugement, l'existence et le jeu des différents degrés de juridiction ou encore l'application de méthodes d'interprétations dans l'application de la loi. Le juge n'est donc pas totalement libre de trancher *ex nihilo*, seul, sans se soucier des autres pouvoirs et du reste du droit dans lequel il doit inscrire ses décisions. 843

En ce sens, la désobéissance civile pousse à développer une conception exigeante du rôle des juges qui doivent à la fois évaluer – et peut-être se positionner – dans l'équilibre des pouvoirs (en tenant compte de la finalité longue de l'action désobéissante) et, en même temps, se prononcer dans le cas d'espèce pour y offrir une solution en application du droit, dans le respect des limites qui sont imposées à son activité. La désobéissance civile n'est pas pour autant incompatible avec la séparation des pouvoirs. En effet, cette dernière n'a pas pour but un désengagement des juges face aux questions sociales ou aux dénonciations portées par des désobéissants civils. Au contraire, elle doit servir à garantir leur autonomie pour examiner les griefs de ces activistes et permettre l'exercice d'un rôle de contre-pouvoir. 844

4. Conclusion

En conclusion, l'argument d'anomie révèle l'existence de deux conceptions de la séparation des pouvoirs qui impliquent chacune un rapport différent à l'action des juges : l'une comme une séparation qui attribue aux autorités judiciaires l'unique faculté d'appliquer la loi et qui va de pair avec une vision légaliste et l'autre, plus dynamique, où leur rôle est de participer à 845

²³⁸⁹ Cf. *supra* 5.II.A.2.

²³⁹⁰ ROUSSEAU, p. 159 ss ; SMITH, p. 130 ; BOURDIEU (hypocrisie), p. 96.

²³⁹¹ Cf. *supra* IV.A.2.

l'équilibrage des différents pouvoirs et d'endosser une fonction de contre-pouvoir, y compris face à d'autres acteurs étatiques.

- 846 Ainsi, dans la vision légaliste, également celle du positivisme, le juge ne peut en aucun cas s'écarter de sa seule tâche, à savoir celle d'appliquer la loi dans le cas d'espèce. Son inscription dans un paysage institutionnel plus large est quasi-absente. Dans un tel système, le législateur produisant une loi bonne et rationnelle, toute action du juge qui se prononcerait comme contre-pouvoir ou userait d'un pouvoir propre est suspecte²³⁹².
- 847 Une lecture du rôle du ou de la juge comme acteur possédant une fonction de contre-pouvoir procède quant à elle d'un choix qui tranche avec cette vision légaliste. Elle implique la possibilité d'un examen dans les cas des dysfonctionnements dénoncés par le corps civique, ainsi qu'un rôle assumé de protection de la société civile face à d'autres pouvoirs. Elle procède d'une vision intégrée de l'autorité judiciaire au sein d'un paysage institutionnel et politique déterminé.
- 848 En résumé, ce survol des enjeux liés à la conception de la séparation des pouvoirs souligne que la désobéissance civile a cette qualité de plaider pour une redéfinition des équilibres entre pouvoirs, mais aussi de rappeler des principes fondamentaux qui sont loin d'être étrangers à l'État de droit. En ce sens, au contraire de produire du désordre et mettre en danger l'essence même du système juridique, on peut considérer que la désobéissance civile procède d'une démarche d'alerte et constitue un appel à une extension de protection juridictionnelle. Elle invite à la discussion au sujet de la place des différents pouvoirs, y compris de la société civile, dans l'élaboration du droit.

²³⁹² Cf. également *supra* 5.III.

V. Conclusion du chapitre 5

Grâce aux apports de la philosophie du droit, de la philosophie politique et de la théorie de l'État, les obstacles philosophico-politiques du traitement judiciaire observés dans le corpus d'actes de désobéissance civile (légalisme, rejet des éléments de nature sociopolitique de l'analyse juridique, incertitudes sur le pouvoir interprétatif du juge et caractère démocratique de la désobéissance civile) ont pu être mis en perspective. Ce dialogue entre disciplines a permis d'une part, d'élucider les rationalités sous-jacentes de ces obstacles, restées autrement obscures, et, d'autre part, de souligner le rôle de celles-ci dans le rejet actuel d'une catégorisation de la désobéissance civile en droit. Ainsi, nous avons mis en avant les trois types de critiques avancées en creux ou explicitement à l'encontre de la désobéissance civile (antidémocratie, illégalité et anomie) fonctionnant comme autant d'obstacles épistémiques à sa reconnaissance. Les différentes faiblesses de ces reproches ont été soulignées (réduction du droit à la loi, de la démocratie à la majorité et du rôle du juge à celui d'une « bouche ») et un registre alternatif permettant une défense de la désobéissance civile mis en avant.

849

Ces différentes considérations nous ont permis de porter un regard critique sur la catégorisation et le traitement judiciaire actuel de la désobéissance civile. À cet égard, le positivisme comme conception philosophique dominante vient faire obstacle à l'évolution dynamique de notions telles que l'état de nécessité. En conséquence, le recours à cette voie de catégorisation, bien que théoriquement imaginable, est rendu peu encourageant et fonctionnel. Par un jeu analogue, les marques de légalisme expliquent la réticence forte des acteurs juridiques pour la voie de catégorisation de la désobéissance civile par le biais de la figure des motifs justificatifs extra-légaux. De manière plus générale également, les différentes tendances à la dépolitisation du droit et à son individualisation motivent l'attitude de rejet de la désobéissance civile comme pratique politique collective. En définitive, on comprend mieux les matrices conceptuelles du malaise des juges face à la désobéissance civile. Néanmoins, les apports des disciplines étudiées soutiennent que des changements de position paradigmatique sont possibles et que des voies comme celles de l'interprétation dynamique des catégories existantes, d'une définition moins rigide de la séparation des pouvoirs et une affirmation du caractère démocratique de la désobéissance civile constituent autant de pistes qui permettraient de soutenir et penser une catégorisation de la désobéissance civile au sein d'un système de droit constitutionnel.

850

En ce sens, la désobéissance civile nous permet d'interroger les processus de formation du droit et ne saurait se réduire à l'étude d'un phénomène

851

pathologique pour celui-ci²³⁹³. Ce chapitre aura été l'occasion d'entamer une réflexion plus globale sur les principes sous-jacents aux discours juridiques confrontés au phénomène de désobéissance civile et de souligner en conséquence la fragilité de la position juridique et politique des juristes à son encontre.

²³⁹³ OST (droit), p. 85.

Propositions pour une catégorisation de l'« objet juridique non identifié » désobéissance civile

Les pages qui suivent nous permettent de conclure notre étude. Chaque chapitre ayant fait l'objet d'une synthèse intermédiaire, nous n'en reprenons que les points saillants. Puis, nous présenterons les perspectives ouvertes par notre étude et formulerons une série de propositions en vue de faire de la désobéissance civile un « objet juridique identifié ».

Synthèse générale des chapitres. S'agissant de la définition de l'objet désobéissance civile, notre premier chapitre a été l'occasion de constater que le recours aux sources juridiques suisses ne permet pas d'esquisser les contours du concept. L'appui de la philosophie politique nous a permis de pallier cette carence et de qualifier la désobéissance civile comme un acte non violent et collectif, commis en violation d'une norme et entrepris dans le but d'obtenir des changements politiques ou sociaux. À ce stade, cette définition n'établit pas de critères moraux, politiques ou juridiques de justification.

Avec l'appui de cette définition, un corpus d'actes relevant matériellement de la désobéissance civile a été identifié, malgré l'absence de l'usage de cette étiquette au sein de la jurisprudence. Cette casuistique et son traitement ont permis de constater un besoin de distinction entre ce que nous avons qualifié de désobéissance civile politique (« au nom du droit »), soit la composante visant la finalité longue de l'acte en termes de justice, et la désobéissance civile constitutionnelle (« en application d'un droit »), soit la possibilité de justifier l'acte dans le cas d'espèce en application du droit existant. Concernant cette seconde catégorie, il s'avère que la désobéissance civile est principalement appréhendée par les juridictions pénales sous l'angle des motifs justificatifs pénaux, en particulier de l'état de nécessité. Néanmoins, les autorités judiciaires ont majoritairement rejeté son application en faisant intervenir des arguments qui relèvent autant du droit positif (inapplicabilité en matière de biens juridiques collectifs, non-justiciabilité d'un droit à un environnement sain de portée générale, conception étroite de la subsidiarité et du danger et rapport essentialiste aux moyens de participation politique), que de craintes d'ordre philosophico-politique (caractère supposément antidémocratique, anomie et légalisme), sans que les unes et les autres ne soient réellement distinguées ou

explicitées. La part de ces différents arguments dans la décision est en conséquence difficilement identifiable et, en ce sens, les jugements perdent en lisibilité et prêtent le flanc à la critique. Les enjeux liés à l'appel au droit ont, quant à eux, été largement évincés par les autorités judiciaires. En outre, de nombreux hiatus interprétatifs entre les juges et les activistes ont été rendus tangibles par l'analyse, situant la problématique de la désobéissance civile au cœur des discussions relatives à l'herméneutique juridique, mais également du contentieux stratégique, constat en appelant à une discussion d'ordre macroscopique sur le sujet.

855 Puis, les deux derniers chapitres de cette recherche ont prolongé l'étude du corpus au travers de l'examen des limites de son traitement positif et du constat des carences de son analyse s'agissant des arguments d'ordre philosophico-politique ou d'appel au droit (ce que nous avons désigné comme des obstacles épistémiques). Une mise en perspective sous l'angle de la philosophie du droit, de la philosophie politique et de la théorie de l'État a été proposée. Les craintes liées aux risques soulevés en doctrine ou dans la jurisprudence quant à l'usage de la désobéissance civile ont pu être levées. Ce détour par ces disciplines a permis d'affirmer le caractère éminemment démocratique de la désobéissance civile, de relever que la plupart des critiques qui lui sont opposées sont ancrées dans le légalisme et de souligner le rôle de ce mode d'action comme contre-pouvoir au sein d'un État de droit.

856 **Propositions.** En conséquence de ces développements, quelles réponses pouvons-nous apporter à notre interrogation de départ ? En définitive, peut-on retenir des catégories ou éléments permettant une qualification de la désobéissance civile en droit suisse ? À notre sens, un certain nombre de pistes s'offrent aux juristes pour y parvenir. Elles sont différentes selon que l'on considère la dimension d'application du droit (1) ou d'appel au droit (2) de la désobéissance civile.

857 1) Dans la première catégorie d'analyse, s'agissant de la désobéissance civile constitutionnelle, trois alternatives s'avèrent envisageables pour tenir compte de la désobéissance et la qualifier en droit : au sein des motifs justificatifs extra-légaux *via* le recours aux droits fondamentaux d'expression et de réunion (a.), par le biais du motif justificatif légal d'état de nécessité ou de la sauvegarde d'intérêts légitimes, dont une interprétation évolutive serait nécessaire (b.) et par la création d'un motif justificatif extra-légal *ad hoc* (c.).

858 a.) Par certains aspects, la désobéissance civile peut être rattachée à l'exercice des libertés fondamentales d'expression et de réunion (notamment : caractère collectif et acte expressif de nature politique) et est couverte par le champ de protection de ces libertés. En conséquence, une meilleure articulation du droit pénal et des droits fondamentaux permettrait, dans certains cas, de justifier un

acte de désobéissance civile en application de l'une ou l'autre de ces deux libertés. Pour qu'une telle justification soit reconnue, l'acte de désobéissance civile considéré devrait néanmoins satisfaire à une série de critères : être pacifique au sens de l'art. 11 § 1 CEDH – c'est-à-dire non violent dans le sens où il n'impliquerait pas de violence physique contre des personnes –, motivé par des revendications d'ordre politique cherchant à alimenter le débat public d'intérêt général et respecter les exigences de proportionnalité. Une telle solution permettrait également une mise en conformité de certaines pratiques des autorités judiciaires aux exigences du droit supérieur. En dépit de ces principes, il va sans dire que ces dernières devraient encore affiner ou préciser les critères proposés au travers de la jurisprudence en fonction des spécificités des cas qui leur seront soumis.

De plus, afin d'assurer la protection de ces aspects relevant des libertés fondamentales d'expression et de réunion, on constate qu'il s'avérerait dans tous les cas nécessaire que les autorités judiciaires assouplissent leur conception de la protection des droits d'autrui (liberté personnelle et garantie de la propriété), surévaluée dans les affaires de désobéissance civile au détriment des droits fondamentaux des activistes et qu'elles cessent de qualifier de violence toute atteinte, même abstraite ou hypothétique, aux droits de ces tiers. Plus de tolérance envers les actions se déroulant durant plusieurs heures ou n'impliquant aucun dommage matériel significatif s'imposerait pour donner toute sa valeur à l'expression politique protégée par la CEDH et par la Cst. féd. Elle serait également une reconnaissance de la dimension démocratique de la désobéissance civile. Ainsi, les actions de désobéissance civile qui provoquent une gêne temporaire ou de faible ampleur à autrui mériteraient d'être considérées comme part entière de l'exercice commun des libertés au sein d'un système de droit constitutionnel se voulant favorable à la réalisation d'une démocratie vivante, plutôt que comme un danger.

Enfin, l'application des libertés fondamentales comme motifs justificatifs permettrait de développer une solution analogue à celle apportée au cas de « whistleblowing » en concrétisant une mise en œuvre des libertés fondamentales en droit pénal. Se faisant, les juges pénaux renoueraient également avec la mission de justice constitutionnelle qui leur incombe, en particulier au travers de l'interprétation conforme à la Constitution et au droit conventionnel.

b.) Une autre piste qui serait envisageable, afin de tenir compte des actes de désobéissance civile en droit, serait celle de l'acceptation de circonstances nouvelles qui justifieraient l'évolution prétorienne de l'interprétation de certaines caractéristiques de l'état de nécessité. Se faisant, en présence de situations dans lesquelles des déficits démocratiques sont constatés ou dans

lesquelles les enjeux politiques soulevés sont suffisamment préoccupants et originaux face au contexte historique d'adoption de ce motif justificatif, la qualification de danger au sens de cette disposition pourrait être étendue. Ainsi, le dérèglement climatique, bien qu'historiquement non inclus par le législateur dans la casuistique de cette disposition, pourrait y être intégré, sans que la continuité des réseaux de sens octroyés au texte de la loi ne soit menacée. Une telle manière de procéder ne traduirait qu'un besoin d'interprétation dynamique, motivé par une évolution des circonstances justifiant ce positionnement des juges. De même, il conviendrait d'admettre que lorsqu'une pluralité de biens individuels sont concernés (par exemple en matière climatique : la protection du droit à la vie) l'applicabilité de ce motif justificatif reste possible, quand bien même l'acte entrepris constitue *a fortiori* une défense de biens collectifs en raison de la portée généralisable du cas concerné et du large cercle de victimes potentielles. Enfin, il serait nécessaire que l'autorité se départisse d'une conception essentialisante des moyens de participation légaux, afin de lui substituer une approche de complémentarité des moyens d'action politique. De manière générale, une démarche d'adaptation similaire pourrait être effectuée s'agissant des critères d'application du motif justificatif extra-légal de la sauvegarde d'intérêts légitimes.

- 862 Il est évident que pour retenir une telle option consistant à faire évoluer l'interprétation des conditions de l'état de nécessité ou de la sauvegarde des intérêts légitimes, les autorités judiciaires devraient se soumettre à un processus de motivation transparent et complet de leurs décisions. En ce sens, pour une telle adaptation de la jurisprudence, la motivation devrait être plus documentée et systématique, notamment en s'appuyant sur des travaux d'autres disciplines scientifiques et la doctrine récente. Un tel procédé renforcerait de surcroît l'acceptabilité des décisions.
- 863 À cet égard, les considérations liées à la marge d'interprétation des juges et à leur rôle juridictionnel, à la séparation des pouvoirs et au caractère démocratique de la désobéissance civile permettraient de relativiser l'interprétation classique actuellement donnée au motif justificatif légal de l'état de nécessité ou au motif justificatif extra-légal de la sauvegarde d'intérêts légitimes. Ceux-ci pourraient être mobilisés pour justifier certains actes de désobéissance civile particuliers. Néanmoins, les décisions récentes à ce sujet laissent présager que cette voie est semée d'embûches, les obstacles épistémiques relevés étant encore largement présents au sein des autorités. Il serait donc souhaitable pour suivre cette alternative qu'elle s'accompagne d'une prise de conscience et d'un changement de position à leur égard.

c.) Enfin, le ou la juge pourrait, au vu des particularités du phénomène de désobéissance civile vis-à-vis des actes de délinquance de droit commun, créer un nouveau moyen justificatif extra-légal *ad hoc*. Par ce biais, la jurisprudence accepterait de manière prétorienne, à l'instar de ce qui a été fait avec la catégorie de la sauvegarde des intérêts légitimes, d'admettre dans certains cas de lever l'illicéité d'un acte de désobéissance civile. 864

Les critères permettant de reconnaître qu'il s'agit d'un cas de désobéissance civile justifiable seraient, à notre sens : que l'acte réponde à la définition proposée de la désobéissance civile, qu'il soit pacifique, qu'il s'inscrive dans un faisceau de mobilisations citoyennes et que son usage soit proportionné. Le critère de subsidiarité absolue ne devrait pas être repris et l'analogie avec ce qui prévaut en matière de sauvegarde d'intérêts légitimes ou d'état de nécessité évitée, dès lors que le raisonnement de « causalité-effet » qu'il induit n'est pas adapté pour penser l'action politique dont relève la désobéissance civile. Il conviendrait en outre de déterminer qu'en l'absence de dommage matériel dépassant un certain seuil de gravité ou d'atteintes physiques, le rapport de proportionnalité entre le désagrément provoqué par les désobéissants et désobéissantes civils et la dimension expressive de leur acte plaide en faveur d'une protection prépondérante de l'acte de désobéissance civile. Comme dans les autres hypothèses, les développements de la CourEDH liés aux débats d'intérêt général auraient également toute leur place pour aider à élaborer les contours de cette nouvelle catégorie. 865

2) S'agissant de la dimension d'appel au droit de la désobéissance civile et comme indiqué dans le cadre de notre étude du principe de séparation des pouvoirs, les juges ont notamment la prérogative de remplir un rôle de contre-pouvoir démocratique et celle de participer à un équilibre de « checks and balances » vis-à-vis du pouvoir exécutif et législatif. Or, un investissement de cette prérogative permettrait aux autorités judiciaires d'endosser, dans certains cas de figure et sans que cela soit antinomique de l'État de droit, une position de relais face à l'appel au droit des désobéissants civils. 866

Les juges, en vertu de leur mission de contre-pouvoir, pourraient lorsque les activistes leur soumettent des problèmes institutionnels, juridiques ou démocratiques (soit la finalité longue de leurs actes de désobéissance civile), assortir d'une portée politique institutionnelle assumée les décisions adoptées en se prononçant à l'attention du législateur ou du gouvernement au sujet des déficits démocratiques signalés ou du besoin d'évolution de la loi. En d'autres termes, lorsque le juge ou la juge constate, par exemple, avec les désobéissants civils l'absence de mesure de contrôle de l'influence des lobbys financiers sur le processus démocratique, une impossibilité juridique de faire respecter certains droits fondamentaux en matière d'asile ou encore un rapport de 867

discrimination structurel et systémique en défaveur des personnes migrantes, rien ne l'empêche d'interpeller les autorités législatives et exécutives pour qu'elles y pallient dans sa décision. En agissant de la sorte, les autorités judiciaires pourraient, à l'instar de ce qui se fait dans d'autres États (par exemple en Allemagne), formuler des propositions à l'attention des autres organes étatiques et alimenter une forme de dialogue entre pouvoirs.

- 868 Si la portée contraignante de tels *obiter dictum* serait bien entendu faible pour les autres autorités, sa portée symbolique et politique serait décisive pour les désobéissants et désobéissantes civils, mais aussi pour la société civile au sens large. Qui mieux que les autorités judiciaires pourraient sermonner le gouvernement pour sa complaisance face à des acteurs non démocratiques et privilégiés ou le Parlement pour ses logiques partisans stériles s'exerçant parfois au détriment du corps civique ? La désobéissance civile paradoxalement ne permettrait-elle pas au troisième pouvoir de renouer avec le rôle de garant des droits politiques et démocratiques qui lui incombe ? Ainsi qu'avec la finalité longue de son activité liée au maintien de la cohésion sociale et à la justice ?
- 869 De tels avertissement pourraient éventuellement également prendre la forme d'une procédure institutionnelle additionnelle d'interpellation de la part de tribunaux à l'attention des autres autorités. On peut imaginer que ces dernières devraient alors se soumettre à un exercice de positionnement formel et fournir une réponse écrite et publique au sujet des carences, des déficits démocratiques ou des besoins d'évolution du cadre normatif soulevés. Ainsi, leur réponse contribuerait au débat démocratique et renforcerait la transparence institutionnelle.
- 870 En outre, le constat de l'existence d'une finalité longue de l'action de désobéissance civile soutiendrait dans tous les cas et de manière plus générale le besoin de renforcer et faciliter l'accès au droit et aux espaces démocratiques pour les acteurs non institutionnels. En ce sens, il plaiderait pour un renforcement des conditions matérielles d'accès aux tribunaux et pour une extension des droits démocratiques et *a fortiori* politiques.
- 871 En définitive, le troisième pouvoir, tout en respectant la retenue qui le caractérise, aurait alors, lorsque les crispations sont telles et les déficits démocratiques manifestes, différentes possibilités d'envoyer un signal au travers de ses décisions. Ce faisant, il affirmerait l'existence d'un besoin de réactualisation démocratique et politique de certaines questions ou de relance de processus institutionnels ou législatifs. Une telle « alarme » serait à la fois un rappel qu'il n'est pas un pouvoir hors sol, qui s'exercerait en dehors de la société, et une mise en lumière des conditions nécessaires à son exercice indépendant, à savoir la présence d'un équilibre démocratique des forces en présence. Cette forme d'engagement, symbolique et institutionnel, permettrait

également de reconnaître aux désobéissants et désobéissantes le caractère citoyen de leur démarche. De plus, cette solution remédierait peut-être aux craintes des activistes quant à l'absence de remède démocratique pour faire valoir leurs revendications, plutôt que de les pousser dans des démarches de rupture. Une telle solution serait enfin une piste pour rendre visible le caractère agonistique, souvent oublié par rapport à d'autres propriétés, de la création du droit et des mécanismes institutionnels.

Un signal de ce type pourrait tout à fait être indépendant de l'autre question 872 soumise aux juges, à savoir celle de la justification dans le cas d'espèce de l'acte de désobéissance civile. Les deux pouvant concorder ou non. Le procès des « Mains rouges » à Genève en est en ce sens un exemple. On peut imaginer que l'appel au droit des désobéissants et désobéissantes civils mérite une prise de position des autorités judiciaires dans un sens politico-institutionnel, mais que l'acte ne puisse être justifié en application du droit (par exemple par manque de proportionnalité). À l'inverse, il se pourrait que les revendications portées par l'acte de désobéissance civile ne concernent pas des déficits démocratiques, mais que, dans le cas d'espèce, cet acte constitue un exercice légitime de la liberté d'expression ou de réunion qui justifie que son illicéité soit levée, sans prise de position du tribunal.

Précisions. Plus modestement, nous défendons au terme de cette étude 873 l'importance de distinguer entre la désobéissance civile, le droit de résistance (qui vise à obtenir un changement de gouvernement et n'est pas nécessairement non violent) et l'objection de conscience (pratique individuelle, ancrée dans un référentiel moral et qui n'implique pas forcément l'adoption d'un comportement actif et politique). La confusion de ces différentes figures est stratégiquement nocive pour les activistes, car elle brouille le débat et détourne l'attention de la finalité longue de leur acte. En effet, ces amalgames invisibilisent le caractère démocratique de ce mode d'action et ne permettent pas de rendre compte de sa dimension de pratique politique, réduisant l'acte à un sursaut de conscience individuelle.

Il nous semble en outre nécessaire de dénoncer les tendances légalistes 874 constatées à différents niveaux de notre analyse, qui ont notamment pour conséquence de justifier sans examen approfondi des restrictions aux libertés fondamentales²³⁹⁴. Il convient encore une fois de le rappeler, l'étude du droit ne se limite pas à l'examen de la loi. En ce sens, nous espérons que cette étude aura permis de souligner le besoin d'amorcer une réflexion plus globale et d'ouvrir des pistes pour d'autres recherches sur l'articulation des droits fondamentaux

²³⁹⁴ Éléments au sujet desquels la Suisse a déjà été rappelée à l'ordre par la CourEDH. Voir : GENTON/FAVROD-COUNE, p. 634 et les réf. citées.

en droit pénal. Ce constat appelle également à renforcer la formation des magistrates et magistrats en matière de droits humains, tous domaines confondus, afin de contrecarrer le cloisonnement induit par une surspécialisation disciplinaire qui renforce la tendance à ne s'intéresser qu'à un seul sous-champ juridique et, qui plus est, à un seul corpus de sources.

- 875 Enfin, s'agissant de la notion de violence et des infractions de contrainte et d'empêchement d'accomplir un acte officiel, nous avons également démontré que leur interprétation extensive comporte des risques sous l'angle du principe de la légalité. De plus, la pratique en la matière s'avère douteuse sous l'angle de sa compatibilité avec le droit supérieur, notamment de la CEDH. En outre, afin d'affirmer un soutien résolu et concret aux libertés d'association et de réunion pacifique, les autorités judiciaires devraient faire preuve de prudence avant de qualifier un acte de violent ou d'incompatible avec l'exercice d'une liberté, afin de ne pas vider le terme ou ces garanties de toute portée et traiter sur le même plan des comportements pourtant différents les uns des autres.
- 876 **Prospective.** Cette étude aura été l'occasion d'explorer les liens entre des disciplines restant encore trop souvent hermétiques les unes aux autres. On ne peut qu'appeler à ce qu'elles soient bien plus souvent mises en relation tant elles ont à s'apporter. La désobéissance civile aura en ce sens permis de raviver et susciter, nous l'espérons, un regain d'intérêt chez les juristes pour cet « en-dehors » du droit, et souligné la porosité des frontières avec cet extérieur. Elle soutient le besoin pour ces derniers et dernières de ne pas limiter leur étude à celle de la loi s'ils et elles souhaitent pratiquer le droit et rendre honneur à ses finalités. La présente recherche ouvre en ce sens de nombreuses portes et pistes qui restent inexplorées, notamment en termes de conséquences sur l'enseignement du droit et sur la conception du rôle des juges, que nous souhaiterions voir ultérieurement alimentées, affinées et complexifiées.
- 877 Dans un environnement philosophico-juridique encore largement positiviste, qui s'articule autour d'un mode de pensée binaire (permis/interdit, légal/illégal, ...), nous espérons que la désobéissance civile et son étude auront accentué l'importance d'introduire un peu de fluidité, de créativité et d'ouverture à la complexité dans le rapport de l'ensemble des juristes au droit. En s'attaquant aux limites légales, la désobéissance civile rappelle toute une série de frontières, celles d'une pensée idéaliste de la démocratie irénique, du droit comme système fini et de la loi comme irréprochable et cohérente, pour rappeler la nature humaine de ces créations.