

Droit pénal général

Leçon 6 : La neutralisation du préalable légal : les fait justificatifs

Jérôme BOSSAN

Table des matières

Section 1. L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime.....	p. 4
§1. L'ordre ou l'autorisation de la loi.....	p. 4
A. L'exigence d'un ordre ou d'une prescription.....	p. 4
B. Un texte légal ou réglementaire.....	p. 5
C. L'exigence de proportionnalité.....	p. 6
§2. Le commandement de l'autorité légitime.....	p. 6
A. L'autorité doit être légitime.....	p. 6
B. L'acte ne doit pas être manifestement illégal.....	p. 7
Section 2. La légitime défense.....	p. 10
§1. Principe de la légitime défense.....	p. 10
§2. Les conditions de la légitime défense.....	p. 10
A. La légitime défense des personnes.....	p. 10
1. L'agression.....	p. 10
a) Une atteinte d'origine humaine.....	p. 11
b) Une atteinte injustifiée.....	p. 11
2. L'acte de légitime défense.....	p. 11
a) Une riposte concomitante à l'agression.....	p. 12
b) Une riposte proportionnée.....	p. 12
c) Une riposte volontaire ?.....	p. 13
B. La légitime défense des biens.....	p. 14
§3. La preuve de la légitime défense.....	p. 14
A. Principe.....	p. 14
B. Présomptions de légitime défense.....	p. 14
1. Domaine.....	p. 14
2. Force de la présomption.....	p. 15
Section 3. L'état de nécessité.....	p. 16
§1. Conditions.....	p. 16
A. Le danger.....	p. 16
B. L'acte justifié.....	p. 17
§2. Effets.....	p. 18
Section 4. La divulgation effectuée par le lanceur d'alerte.....	p. 19

Au titre de l'introduction de cette leçon, sera évoquée la notion de fait justificatif puis envisagée sa diversité.

> **Notion de fait justificatif.**

Une définition des faits justificatifs a pu être donnée par R. MERLE et A. VITU :

« circonstances objectives, indépendantes de la psychologie du délinquant, qui désarment la réaction sociale contre l'infraction pénale ».

Il est possible d'apporter deux précisions à la suite de cette définition :

- ces circonstances sont « objectives » : elles relèvent toutes des circonstances de l'espèce et doivent être ainsi distinguées des causes d'irresponsabilité pénale tendant à la psychologie de l'auteur et qui seront évoquées ultérieurement (leçons n° 7 et 8) ;
- ces circonstances ont pour point commun leur effet sur l'infraction. **Ces circonstances neutralisent le préalable légal** . Il y a comme une pesée des intérêts protégés (X. PIN, *Droit pénal général*, 2025, n° 272) : en présence d'un fait justificatif, réprimer encore, réprimer quand même serait plus nuisible qu'utile à l'intérêt social. Le contexte prévaut alors sur le texte.

Remarque

Légitimité, nécessité et proportionnalité.

Légitimité, nécessité et proportionnalité sont des mots « clés » que nous allons retrouver dans cette leçon consacrée aux faits justificatifs généraux prévus aux articles 122-4 à 122-7 et 122-9 du Code pénal. Les textes se suivent et se ressemblent. L'article 122-6 pour l'instant mis à part, les quatre autres commencent par la même expression : « n'est pas pénalement responsable la personne qui... ». L'article 122-4 est consacré à l'ordre de la loi et au commandement de l'autorité « légitime », l'article 122-5 à la « nécessité » de la « légitime défense » de soi-même ou d'autrui et l'article 122-7 aux actes « nécessaires » face à un danger. Les deux derniers textes précisent que la cause d'irresponsabilité intervient « sauf s'il y a disproportion... ». Le dernier texte, l'art. 122-9 du Code pénal confirme que la divulgation en cause doit être "nécessaire et proportionnée".

> **Diversité des faits justificatifs.**

Le nombre de faits justificatifs s'est accru au fil du temps. Deux faits justificatifs seulement étaient prévus dans l'ancien Code : l'ordre de la loi dans l'article 337 et la légitime défense dans l'article 328, textes dont l'application était limitée aux crimes et délits contre les personnes mais que la jurisprudence a étendu à l'ensemble des infractions. Quant à l'état de nécessité, c'est en jurisprudence qu'il est né au milieu du XX^{ème} siècle. Le dernier tend à protéger la divulgation effectuée par le lanceur d'alerte et résulte de la loi du 9 décembre 2016.

Désormais, ces quatre faits justificatifs sont codifiés et figurent en bonne place dans la partie générale du Code. Leur énumération dans le chapitre consacré aux causes d'irresponsabilité pénale paraît limitative. Est-ce à dire qu'il faut considérer qu'il n'y en a pas d'autre ?

Remarque

Faits justificatifs généraux – faits justificatifs spéciaux.

Plusieurs auteurs considèrent qu'à côté des faits justificatifs considérés comme généraux, existent des faits justificatifs spéciaux devant s'inscrire dans un contexte bien particulier et relèvent du droit pénal spécial (v. X. PIN, *Droit pénal général*, 2025, p. 306, note 1). Sans les détailler tous, nous en évoquerons deux.

Exemple

Par exemple l'article [R. 654-1](#) du Code pénal incrimine le fait, « sans nécessité », d'exercer volontairement des mauvais traitements ou de donner volontairement la mort à un animal. On peut également citer l'incrimination des discriminations (art. [225-1](#) et [225-2](#)) qui n'est pas applicable « aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée » (art. [225-3](#)).

On peut également citer l'article [L. 435-1](#) du Code de la sécurité intérieure qui encadre la réglementation de l'usage des armes des fonctionnaires de la police et de la gendarmerie nationales "en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée" dans des situations limitativement énumérées.

Remarque

Cas particulier : consentement de la victime.

Le consentement de la victime n'est jamais un fait justificatif. Cela signifie que l'accord donné par la victime ne neutralise pas, à lui seul, le préalable légal. Il en allait autrefois du meurtre accompli à l'issue d'un duel. Le fait que les deux protagonistes aient accepté le duel ne fait pas disparaître l'interdiction de tuer autrui. Aujourd'hui le meurtre sur demande (problème de l'euthanasie) peut être réprimé (mais des protocoles extrêmement précis accompagnent la fin de vie ce qui nous renvoie ici à l'un des faits justificatifs, l'autorisation de la loi). Il n'est pas non plus possible d'admettre que la répression du bizutage (art. [225-16-1](#) du CP) est paralysée parce que la victime de celui-ci avait consenti à l'acte.

En revanche, le consentement de la victime, parfois évoqué dans les arguments en défense, peut avoir une influence sur la qualification pénale. Nombreux sont les cas de figure où l'infraction suppose une absence de consentement. S'il n'y a pas viol, vol ou séquestration lorsque la victime était consentante, c'est tout simplement parce que l'absence de consentement est un des éléments constitutifs de ces infractions. Le consentement de la « victime » ne fait pas de ces infractions des infractions justifiées, mais non réalisées ; et il n'y a d'ailleurs pas de victime. Encore faut-il s'entendre sur ce qui a été consenti.

Remarque

La neutralisation de l'incrimination par des droits fondamentaux.

Depuis quelques années, la jurisprudence connaît un mouvement important conduisant à la neutralisation de la qualification juridique par certains droits fondamentaux.

Ainsi, l'exercice des droits de la défense a été reconnu par la jurisprudence comme fait justificatif spécial en cas de vol de document au sein d'une entreprise ou abus de confiance commis par un salarié, pour se défendre devant le conseil des prud'hommes (Cass. crim., 11 mai 2004, *Bull.* n° 113 et 117). Cependant, aujourd'hui, l'extension du champ d'application de cette justification et permet de considérer que ce cas illustre l'émergence d'une justification des infractions par la protection de droits fondamentaux protégés par la CEDH (E. DREYER, *Droit pénal général*, 2024, n° 1479 et s.). La jurisprudence a également considéré la liberté d'expression comme justification neutralisant les incriminations. Il en va ainsi du délit d'exhibitionnisme par des militantes Femen, du décrochage de portraits du Président de la République... Cette restriction tient au fait que le fait d'entrer en voie de répression porte une atteinte excessive à la liberté d'expression telle que défendue par l'art. 10 de la CEDH. La Cour de cassation émet des conditions, que l'expression vise bien un sujet d'intérêt général, que la nature de la condamnation soit excessive au regard de la liberté d'expression. Ce mécanisme ne relève pas des faits justificatifs, notamment parce que le juge opère un examen de proportionnalité et s'intéresse autant à l'acte qu'à la sanction. Il ne s'agit pas de gommer le caractère illégal de l'acte mais d'observer en quoi le jugement de condamnation préserve la liberté d'expression (Cass. crim., 18 mai 2022, pourvoi n° [20-87.272](#)).

Remarque

Exclusion : l'absence de droit de correction parentale.

La question s'est longtemps posée de savoir s'il existait, en matière de violences effectuées par des parents sur leurs enfants, un droit de correction qui serait à l'origine d'un fait justificatif. Si la jurisprudence de la Cour de cassation s'est montrée incertaine, certains arrêts souvent anciens étant parfois invoqués, un arrêt récent de la chambre criminelle de la Cour de cassation vient clore le débat : il n'existe pas de droit de correction parentale (Cass. crim., 14 janvier 2026, pourvoi n° [24-83.360](#)).

Nous allons envisager ici les quatre cas évoqués dans le Code pénal :

- l'ordre de la loi auquel on ajoutera le commandement de l'autorité légitime,
- la légitime défense,
- l'état de nécessité,
- la divulgation effectuée par le lanceur d'alerte.

Section 1. L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime

Des comportements interdits à chacun peuvent être des obligations, le plus souvent professionnelles, pour d'autres. Il apparaît alors clairement que le droit ne peut tout à la fois interdire et imposer voire simplement autoriser. L'article [122-4](#) envisage l'exonération de responsabilité pénale à toutes les infractions et distingue en deux alinéas deux faits justificatifs opératoires l'un sans l'autre et explicite au texte des solutions dégagées en jurisprudence.

§1. L'ordre ou l'autorisation de la loi

Article 122-4 al. 1 :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. »

Ce fait justificatif implique de réunir plusieurs conditions.

A. L'exigence d'un ordre ou d'une prescription

L'art. 122-4 exige d'identifier « *un acte prescrit ou autorisé* ». On notera d'emblée que le texte assimile à l'ordre prescrit la simple autorisation de la loi.

Exemple

L'ordre de la loi : la déclaration de certaines maladies contagieuses.

L'article [L. 1313-1](#) du Code de la santé publique impose aux médecins de déclarer les maladies contagieuses les plus graves alors que l'article [226-13](#) du Code pénal punit la divulgation d'informations relevant du secret professionnel.

L'autorisation de la loi : le cas des conflits de devoirs.

Plusieurs situations se rencontrent dans lesquelles un médecin ou un autre professionnel de la santé ou de l'action sociale a le choix entre se taire - pour respecter le secret professionnel et, ainsi, la confiance

placée en lui - et signaler aux autorités judiciaires, sanitaires ou sociales selon les cas que des personnes, spécialement des mineurs, lui paraissent en danger. C'est ce qu'on appelle parfois un conflit de devoirs. Lorsqu'une telle obligation de signalement pèse sur tout un chacun sous la menace d'une peine (v. l'article [434-3](#) du CP), les personnes tenues au secret professionnel n'ont d'autre choix que de commettre l'une ou l'autre infraction. La loi leur laisse seulement la possibilité de choisir laquelle. Considérant que l'arbitrage entre les intérêts en présence ne peut se faire qu'au cas par cas, la loi les laisse faire le choix en conscience et, quoi qu'ils décident, les fait bénéficier d'une « justification croisée » (E. DREYER, *Droit pénal général*, 2024, n° 1339). L'art. 226-14 prévoit entre autres que le médecin ne commet pas le délit de violation de de secret professionnel de l'art. 226-13 du CP lorsqu'il porte à la connaissance du procureur de la République des violences conjugales mettant en danger immédiat la victime, laquelle ne peut se protéger en raison de la contrainte morale exercée par l'auteur des violences. Comme indiqué, le législateur laisse le choix, préserver le secret (le médecin ne sera pas sanctionné pour non-dénonciation de l'infraction) ou dénoncer (le médecin ne sera pas sanctionné pour violation du secret)

Il arrive même que l'autorisation donnée le soit implicitement : du fait qu'une activité dangereuse ou douloureuse est socialement reconnue et plus ou moins réglementée par le droit.

Exemple

C'est parce qu'il bénéficie d'une telle justification que le chirurgien, mais aussi le tatoueur et jusqu'au coiffeur ne sont pas poursuivis pour atteinte à l'intégrité corporelle, du moins tant qu'ils agissent avec le consentement de leur patient ou client et dans le respect des règles de leur art (pour les médecins, v. l'article [16-3](#) du Code civil indiquant qu'il peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain en cas de « nécessité » médicale). C'est pourquoi les sportifs non plus ne sont pas poursuivis, tant qu'ils respectent le règlement, alors que tant de gestes accomplis sur un ring ou un tatami et même sur un stade sont condamnables dans toute autre circonstance

B. Un texte légal ou réglementaire

Il faut ici entendre les mots « lois » et « règlement » au sens strict du terme. Il s'agit d'une norme écrite, pénale ou non, de valeur égale ou supérieure au texte d'incrimination pour lui apporter une dérogation. La circulaire ne dispose ne peut en conséquence prévoir un fait justificatif.

Remarque

Le rôle accordé à la coutume.

Si la coutume ne peut constituer en soit un fait justificatif, spécialement lorsqu'elle est contraire à un texte, elle peut le devenir si la loi s'y réfère ou encore dans l'appréciation des faits.

Exemple

Exemple : la tauromachie.

La loi peut introduire une autorisation résultant en réalité de la coutume. Il en est ainsi en matière de tauromachie et de combats de coqs dans l'art. [521-1](#) du CP (v. leçon n° 3).

Contre-exemple : le droit de correction parental. La coutume a également permis de justifier les violences légères commises sur les enfants prétendument liées à un droit de correction des parents. Outre le fait que ce lien a toujours paru discutable, la loi du 10 juillet 2019 est venue consacrer le fait que l'« *autorité parentale s'exerce sans violences physiques et psychologiques* » (art. [371-1](#) du Code civil). Cette disposition civile, dépourvue de sanction pénale propre ne fait que confirmer l'état du droit.

Contre-exemple : la tolérance administrative.

La tolérance relative à la vente de muguet le 1^{er} mai ne permet pas d'échapper aux dispositions réprimant la vente à la sauvette (Cass. crim., 30 oct. 1984, *Bull. crim.* n° 290)

Peut également poser un ordre ou une autorisation un texte de valeur supérieure à la loi ou le règlement. Cependant, il faut ici mettre de côté le cas de la paralysie du droit pénal provoquée par les droits fondamentaux comme c'est le cas en matière de liberté d'expression (cf. *supra*).

C. L'exigence de proportionnalité

Les effets du fait justificatif ne sont pas sans limite. Pour pouvoir s'en prévaloir, il faut encore qu'il n'y ait pas d'excès.

Exemple

L'arrestation de l'art. 73 du CPP.

L'art. 73 du CPP autorise chaque individu à arrêter l'auteur d'un crime ou un délit flagrant pour l'amener à la police mais évidemment pas pour le séquestrer.

L'usage des armes à feu.

L'art. L. 435-1 du Code de la sécurité intérieure envisage les conditions spécifiques d'usage des armes par les forces de l'ordre. Il prévoit notamment que celui-ci est autorisé « en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée ». On mesure ici les difficultés pratique d'un tel article, la Cour EDH contrôlant également le caractère « absolument nécessaire » du recours à la force (Cour EDH, 27 sept. 1995, Mac Cann et autres c/ Royaume-Uni, req. n° 18984/91).

§2. Le commandement de l'autorité légitime

Article 122-4 al. 2 :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal. »

Isolé dans l'alinéa 2 de l'article 121-4, le commandement de l'autorité est aujourd'hui autonome, du moins formellement car le lien entre les deux causes de justification reste étroit.

Exemple

Le Code de procédure pénale contient des articles consacrés aux mandats à la disposition du juge d'instruction ; un juge d'instruction délivre un mandat d'arrêt ; c'est un ordre pour les officiers de police judiciaire qui appréhendent la personne visée sans que l'on puisse leur reprocher une quelconque atteinte à la liberté.

Ce lien est tel que des auteurs présentent le commandement de l'autorité comme une « justification découlant indirectement d'un texte » (Michel DANTI-JUAN, *Ordre de la loi*, Répertoire pénal Dalloz, n° 28) ou une « autorisation indirecte d'un texte » (E. DREYER, *Droit pénal général*, 2024, n° 1346 allant jusqu'à douter de l'utilité de cet alinéa 2 rarement utilisé seul et qui, finalement, recouvre des cas d'autorisation de la loi ou d'erreur de droit invincible).

La raison d'être de ce fait justificatif est de consacrer la valeur obéissance - non seulement à la loi, mais aux « représentants de la loi » qui « donnent des ordres », bref : l'obéissance au chef - comme une exigence sociale essentielle et, donc, susceptible d'être mise en balance avec certaines incriminations. Mais le lien avec les prescriptions ou autorisations des normes de fonds reste bien inscrit : l'autorité doit être « légitime » et le commandement ne doit pas être « manifestement illégal ».

A. L'autorité doit être légitime

Il faut entendre par cet adjectif que l'autorité qui donne l'ordre doit être publique, légalement constituée et compétente.

- **Autorité publique** exclut les ordres donnés par les parents ou employeurs privés. Non seulement, alors, l'exécutant n'est pas justifié d'avoir commis une infraction, mais celui qui a donné l'ordre de la commettre peut être poursuivi au titre de la complicité.
- **Autorité légalement instituée** impose que l'autorité politique, administrative, civile ou militaire qui donne l'ordre ne doit pas être une autorité de fait comme le serait, par exemple, une personne autoproclamée ou dont les mandats sont expirés. Cette condition a surtout posé problème en France, et a posteriori, pour ceux qui, au cours de la Seconde guerre mondiale, avaient obéi au gouvernement de Vichy et, ainsi, collaboré avec l'ennemi. Dire que le gouvernement n'était pas légitime au regard des règles constitutionnelles de la IIIème République conduisait, en application de l'article 327 alors en vigueur, à condamner les fonctionnaires qui avaient simplement obéi. Une intervention législative (ordonnance du 28 novembre 1944) a été nécessaire aux termes de laquelle le fait justificatif devait en principe s'appliquer sauf à tous ceux qui avaient fait preuve d'excès de zèle.
- **Autorité compétente** implique que le donneur d'ordre ne sorte pas des pouvoirs qui sont les siens dans les formes qui lui sont imposées.

Exemple

Il a été jugé que même le Président de la République n'avait pas le pouvoir d'ordonner des écoutes téléphoniques dès lors qu'il ne s'agissait que de tenir secrets certains éléments de sa vie privée (Cass. crim., 30 septembre 2008, affaire dite des écoutes de l'Élysée).

B. L'acte ne doit pas être manifestement illégal

En théorie, il n'appartient à aucune autorité, aussi élevée soit-elle, de donner l'ordre de violer la loi. En pratique, il faut tenir compte des conditions de travail, des garanties existantes ou non dans le statut des exécutants, des nécessités de la discipline militaire... La doctrine distingue deux approches possibles et radicalement opposées du problème.

- D'un côté, la **théorie de l'obéissance passive** : le subordonné doit systématiquement obéir ; en échange, il ne sera jamais poursuivi, quoi qu'on lui ait imposé.
- De l'autre, omniprésence du vocabulaire militaire, la **théorie des baïonnettes intelligentes** : le subordonné doit vérifier que l'ordre est bien conforme à la loi, éventuellement le discuter et demander confirmation et finalement refuser d'exécuter tout ordre illégal.

Le Code pénal a choisi une position intermédiaire. Après le règlement de discipline des armées dans sa rédaction de 1975 (« *le subordonné ne doit pas exécuter un ordre prescrivant d'accomplir un acte manifestement illégal ou contraire aux coutumes de la guerre et aux conventions internationales* »), après le statut général des fonctionnaires dans une rédaction qui remonte à 1983 (pas d'obligation d'obéir lorsque l'ordre est « manifestement illégal et de nature à compromettre gravement l'ordre public »), l'article 122-4 introduit *in fine* la restriction suivante : « *sauf si cet acte est manifestement illégal* ».

La formule retenue est tout de même assez imprécise. Le juge appréciera au cas par cas. Plusieurs données paraissent devoir être prises en considération.

C'est d'abord la culture, notamment juridique, du subordonné.

Exemple

Nous avons cité l'affaire des écoutes de l'Élysée. Il y a également celle des paillotes corses : un colonel de gendarmerie ne peut ignorer l'illégalité de l'ordre, pourtant donné par un préfet, de détruire clandestinement des paillotes, sans précaution pour assurer la sécurité des personnes et en déposant sur les lieux des indices destinés à égarer les enquêteurs (Cass. crim., 13 octobre 2004).

C'est ensuite la position civile ou militaire de ce subordonné. La discipline, « force principale des armées » selon la formule, est extrêmement pesante en milieu militaire. En revanche, il est plus facile à un fonctionnaire civil de discuter, voire de résister.

Exemple

Responsable de détournement de correspondance postale, l'agent de cette administration (nous sommes en 1959) qui obéit à un ordre du préfet, en période électorale, de retenir des courriers postés trop tardivement ; responsable de faux, l'agent des services de l'équipement qui obéit à la demande d'un maire de modifier des documents annexes d'un plan d'occupation des sols.

C'est enfin la nature de l'infraction commise qui pourra entrer en ligne de compte, d'autant plus grave qu'il s'agira de porter atteinte à la vie ou à l'intégrité des personnes, à ses biens ou à sa vie privée.

Exemple

L'ordre de violenter, pire encore de torturer, la personne arrêtée ne peut être considéré comme légal par personne ; à plus forte raison, l'ordre donné à des légionnaires d'exécuter une personne blessée au cours d'une patrouille. Un haut fonctionnaire du gouvernement de Vichy, indépendamment du point de savoir si le gouvernement était légitime ou non, ne peut se retrancher derrière les ordres reçus dès lors qu'il est accusé de crime contre l'humanité (Cass. crim., 23 janvier 1997, affaire Papon).

L'article 213-4 du Code pénal applicable aux faits commis depuis le 1er mars 1994, l'affirme expressément :

Art. 213-4 :

« L'auteur ou le complice d'un crime visé par le présent sous-titre ne peut être exonéré de sa responsabilité du seul fait qu'il a accompli un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ou un acte commandé par l'autorité légitime. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le montant. »

On retrouve la même solution, ou des solutions comparables, dans le statut des juridictions pénales internationales.

Remarque

L'ordre de la loi, le commandement de l'autorité légitime et les infractions non intentionnelles.

La question se pose : rationnellement, peut-on soutenir avoir obéi à une injonction ou profité d'une autorisation alors que l'on n'a pas agi intentionnellement ? Le doute est permis. La jurisprudence y a clairement répondu par l'affirmative dans deux affaires (Cass. crim., 5 janvier 2000 et 18 février 2003) où des gendarmes, poursuivis pour homicide involontaire, avaient fait usage de leurs armes conformément à un décret de 1903 précité, ce qui, selon eux, devait justifier les actes commis. Ils ont eu gain de cause sur ce point : « *la justification de l'article 122-4 s'étend aux fautes involontaires commises au cours de l'exécution de l'acte prescrit ou autorisé par la loi ou le règlement* » (tel quel dans le premier arrêt, une discussion que nous reprendrons en étudiant la légitime défense). Dans la seconde affaire, si l'arrêt de relaxe a été cassé c'est pour une autre raison qui nous amène à la seconde observation.

Le juge doit vérifier la nécessité et la proportionnalité du comportement adopté par rapport à l'objectif poursuivi. Si ces autres conditions ne sont pas remplies, la justification n'opère pas.

C'est affirmé dans l'arrêt du 18 février 2003 et réaffirmé par la Cour de Cassation le 23 mars 2004 toujours à propos des interventions de la gendarmerie (cette fois-ci, c'est un gendarme qui avait été tué accidentellement, étant passager du véhicule conduit par un de ses collègues lancé dans une course poursuite « *en prenant un risque disproportionné à l'obligation de mettre un terme aux infractions constatées* »). Les mêmes exigences se trouvent dans un arrêt du 28 mars 2006 rendu dans une affaire où un simple citoyen avait poursuivi des voleurs en voiture. Les ayant rattrapés, il s'était approché de leur voiture, arme à la main. Un premier coup de feu ayant été tiré en l'air, un second était parti dans une bousculade tuant l'un des voleurs. Jugé pour homicide involontaire, l'utilisateur de l'arme invoque l'article 73 du code de procédure pénale précité. Il est relaxé par les juges du fond. Mais l'arrêt est cassé : « *si, selon l'article 73 du code de procédure pénale, toute personne a qualité pour appréhender l'auteur présumé d'une infraction flagrante et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche, l'usage de la force, à cette fin, doit être nécessaire et proportionné aux conditions de l'arrestation* ». « *Les juges du fond auraient dû rechercher si le fait d'approcher de la portière d'un véhicule occupé, un fusil armé, avec le doigt sur la queue de détente, était absolument nécessaire en l'état des circonstances de l'espèce* ».

Conditions de l'admission du fait justificatif de commandement de l'autorité légitime :

- un commandement donné par une autorité publique et légitime ;
- un commandement ne devant pas être manifestement illégal.

Section 2. La légitime défense

La légitime défense est présentée dans deux articles, le premier posant les contours du faits justificatifs, le second évoquant des règles de preuve.

Article 122-5 :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte. »

N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction. »

Article 122-6 :

« Est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l'acte :

1° Pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ;

2° Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence. »

Aux fins d'explication, nous évoquerons dans un premier temps le principe de la légitime défense avant d'envisager les conditions de celle-ci et la question de sa preuve.

§1. Principe de la légitime défense

La légitime de défense est un fait justificatif et fait disparaître, à ce titre le caractère répréhensible de l'acte.

Il convient de s'arrêter sur le fondement de la légitime défense . Il a pu être défendu que la légitime défense était une forme de contrainte : l'acte accompli par la personne placée en état de légitime défense serait réalisé sous contrainte. Ce faisant la légitime de défense devrait apparaître parmi les causes subjectives irresponsabilité, les causes de non-imputabilité. Tel n'est pas la solution retenue par le droit français. Ce dernier considère bien la légitime défense comme un fait justificatif, la manifestation du droit de se défendre contre une agression injuste. Certains auteurs soulignent qu'il s'agit de la manifestation du droit de se défendre, une exception au principe selon lequel il est interdit de se faire justice soi-même - dont le fondement est le contrat social - justifiée par l'incapacité de la société à protéger l'un de ses membres dans cette situation précise (Th. GARE et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale*, 2023, n° 169).

§2. Les conditions de la légitime défense

Ces conditions sont posées à l'art. [122-5](#) qui distingue clairement deux cas de légitime défense celle des personnes et celle des biens.

A. La légitime défense des personnes

Deux séries de conditions ressortent de l'art. 122-5 al. 1.

1. L'agression

« L'atteinte » visée au texte est ici une « attaque », une agression, en tout cas elle est d'origine humaine. Et elle doit être « injustifiée ».

a) Une atteinte d'origine humaine

Cette condition est essentielle et permet de distinguer la légitime défense de l'état de nécessité, dans le premier cas il existe bien une agression humaine alors que le danger à l'origine de l'état de nécessité n'a pas à présenter ce caractère. Lorsqu'on se situe bien dans une relation interpersonnelle, le champ de la légitime défense est très large

- soi-même ou autrui, comme indiqué au texte ;
- agression physique, morale ou verbale (par exemple l'agression verbale dirigée contre un enseignant ; Cass. crim., 18 juin 2002).
- plus ou moins grave, car le texte n'envisage pas de seuil de gravité

Toutes les hypothèses sont envisageables, la véritable limite réside dans la nécessité et la proportionnalité de la riposte.

Remarque

Croyance légitime de l'atteinte.

Une dernière difficulté tient au caractère réel ou non de l'atteinte humaine. Peut-il y avoir légitime défense si la personne se croit, à tort, menacée. On parle alors d' **atteinte putative**. C'est la situation où une personne, croyant qu'une autre va sortir une arme de sa poche, frappe en premier, et découvre ultérieurement que sa victime ne possédait pas d'arme. Dans ce cas, soit le prétendu agressé a pu légitimement croire à l'imminence de l'agression et l'atteinte, même dépourvue de réalité pourra fonder la légitime défense, soit le péril est considéré comme purement imaginaire et l'agression est alors considérée comme putative et la justification exclue.

b) Une atteinte injustifiée

L'art. 122-5 n'autorise pas à se défendre contre un acte conforme au droit. Si l'atteinte est justifiée, la défense n'est pas « légitime ». Il ne peut y avoir de riposte justifiée si le comportement perçu comme une agression est prescrit ou autorisé par la loi, le règlement et/ou une autorité légitime.

L'hypothèse courante est celle des interventions contraignantes de la force publique, contre lesquelles il n'est pas légitime de se défendre ni de défendre autrui. Et le nœud du problème est le cas dans lequel le représentant des forces de l'ordre outrepassse ses droits :

Peut-on répondre à un menottage inutile, et encore plus s'il est illicite, par la résistance ; à une fouille à corps un peu trop insistante par une injure ou une gifle ; à des coups par des coups ?

La réponse de la jurisprudence, soucieuse d'efficacité lors d'interpellations qui peuvent être délicates à opérer et sont toujours psychologiquement difficiles à vivre, est constamment négative. On s'agit donc d'obéir d'abord et de protester ensuite ; ce qui est toujours possible, sur le plan pénal ou disciplinaire, à condition de pouvoir apporter la preuve, charge délicate lorsque l'on est « parole contre parole ». Toutefois, dans l'hypothèse d'un véritable « passage à tabac », la doctrine considère qu'il y a légitime défense (Th. GARE et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale*, 2023, n° 173).

2. L'acte de légitime défense

C'est un droit – l'acte sera justifié – lorsque certaines conditions sont remplies, conditions qui doivent prendre en compte que c'est également en partie un réflexe accompli « dans le même temps » que la riposte et « commandé par la nécessité » de se défendre. Il y a tension entre la spontanéité du réflexe et la rationalité du

droit. Au cas par cas, question de fait dit la Cour de cassation, c'est au juge du fond de dire ce qui est acceptable ou pas. Un mot résume ce que le texte impose : la riposte doit être nécessaire. Mais doit-elle être volontaire ?

a) Une riposte concomitante à l'agression

La riposte doit intervenir dans le même temps que l'agression. Cela sous-entend que la peur soit étayée par des actes, que ces actes soient actuellement menaçants.

La défense ne devient légitime que si l'actualité de l'agression ne permet pas d'appeler la police, il est trop tard pour le faire. C'est seulement à ce stade que l'on est autorisé à « se faire police à soi-même » selon l'heureuse expression du Doyen DECOCQ.

Mais cela ne signifie pas qu'est exclu la légitime défense si l'agent avait encore le temps de fuir. Émile GARÇON l'avait noté dans son code pénal (1810) annoté : fuir peut être honteux et le droit ne peut l'imposer, qui « *n'est pas tenu de céder devant l'injustice* ». Il n'y a pas d'obligation légale de fuir. Cela ne signifie pas non plus que l'on va vérifier a posteriori que l'agressé avait très exactement apprécié le danger réel qu'il encourrait. Les juges lui reconnaissent une certaine marge d'appréciation pouvant aller jusqu'à l'erreur (v. la croyance légitime de l'atteinte).

Cette condition est particulièrement exigeant et suppose de rejeter la légitime défense si la riposte intervenant trop tôt ou trop tard.

- **Exclusion de la riposte prématurée** : cela signifie qu'il faut plus que de vagues menaces et même plus que des menaces verbales ou écrites, plus que la peur si elle n'est pas accréditée par des actes. **Il faut des actes qui soient actuellement menaçants.**
- **Exclusion de la riposte tardive.** Cela signifie qu'il n'y a plus légitime défense après que l'agression ait eu lieu. Ce serait de la vengeance. Il faut alors saisir la justice et non se faire justice à soi-même. Tout au plus est-il autorisé de faire le nécessaire pour remettre l'agresseur aux mains de l'officier de police le plus proche (v. l'article 73 du CPP et les conditions de son application mentionnées à la fin de la précédente section).

Exemple

Il n'y a pas légitime défense si l'agresseur est en fuite, s'il a déjà repris sa voiture, ni même - et les expertises balistiques sont étudiées de très près par les juges - s'il apparaît qu'il a été blessé alors qu'il était de dos ou à terre. Ce n'est pas le cas non plus si l'agressé s'éloigne un moment puis revient sur les lieux de l'agression dont il a été victime.

b) Une riposte proportionnée

C'est tout particulièrement par cette condition que s'opère la pesée des intérêts évoquée dans l'introduction de la leçon. Et c'est également une de ces conditions fondamentales du droit dont on constate qu'elle ne se résout que dans la casuistique. Elle n'est pas remplie par un coup de feu contre l'auteur d'une gifle ou un coup de batte de baseball à la suite d'une insulte. En revanche, elle est satisfaite par un coup de pied dans la jambe fait à un homme commettant un outrage sexuel ou sexiste, également par l'usage d'une bombe lacrymogène contre l'auteur d'une violation de domicile. Tel est le cas aussi par des coups de feu tirés en l'air puis dans les jambes d'un agresseur qui s'approchait.

La condition est appréciée souverainement par les juges du fond. Mais il reste que, intervenant après coup, ils sont en mesure de constater des conséquences que l'agressé, dans le feu de l'action, n'avait pas nécessairement pu mesurer.

Exemple

Voici un exemple. Agressé par deux personnes usant de bombes lacrymogènes, le prévenu s'était défendu à coups de bâtons (en l'occurrence un pied de table). Il est condamné : « *Considérant que les coups portés par MH s'inscrivent ainsi dans le cadre d'une action concertée et violente des parties civiles ; que toutefois,*

compte tenu des blessures infligées aux victimes, qui sont décrites avec précision dans le jugement, la riposte du prévenu était manifestement disproportionnée. » (Cour d'appel Paris, 12 octobre 1999).

Exemple

La riposte mortelle.

La légitime défense peut justifier un acte mortel dès lors que l'auteur de l'infraction se défend ou défend une personne en danger de mort. La solution a été admise à de nombreuses reprises en droit interne à propos de coups de feu tirés par un policier ou un gendarme, elle l'a également été par la CEDH. Cette dernière a estimé que la reconnaissance de la légitime défense en pareille hypothèse n'était incompatible avec le droit au respect de la vie de l'art. 2 de la CEDH (v. not. Cour EDH, 19 mai 2022, *Bourras c. France*, n° [31754/18](#)). La Cour pose cependant des limites très strictes tant au fond qu'en procédure.

c) Une riposte volontaire ?

La réponse est à nuancer et conduit à distinguer analyse comportementale et qualification juridique.

D'une part, il est certain qu'un « acte » de défense est un acte volontaire : « accompli » « devant une atteinte », « commandé par la nécessité » et contrôlé dans les « moyens employés ». Le droit n'a pas entendu justifier par avance toute sorte de réflexe. Il attend des citoyens, même lorsqu'ils se sentent agressés, un certain contrôle de soi.

Mais, d'autre part, il est critiquable que la jurisprudence écarte toute légitime défense si l'agressé a été poursuivi pour homicide ou coups et blessures « involontaires ».

Selon la Cour de Cassation, en effet, « le fait justificatif de la légitime défense est inconciliable avec le caractère involontaire de l'infraction » (Cass. crim., 16 février 1967, jurisprudence dite COUZINET). À y regarder de près, la rationalité de la proposition n'est qu'apparente. Elle confond volonté de l'acte et volonté du résultat. Une défense volontaire conduisant à un résultat qui ne l'est pas est tout à fait concevable. Le texte d'ailleurs, mentionne bien la proportionnalité des « moyens » (et non de leur résultat) avec l'atteinte.

Juger le contraire est contre-productif et génère des pratiques incertaines.

- Contre-productif : tirer un coup de feu à terre et, par ricochet, blesser involontairement l'agresseur interdira d'invoquer la légitime défense.
- Pratiques incertaines, car, ne retenir qu'une infraction non intentionnelle conduit en réalité à une pratique répressive dont, en s'assurant ainsi que la personne poursuivie ne pourra pas invoquer la légitime défense ; ou inversement. Lorsqu'il y a homicide, l'enjeu est accru d'un glissement de compétence juridictionnelle : qualifié involontaire, l'homicide sera jugé devant un tribunal correctionnel empêché d'aborder la question de la légitime défense ; volontaire, il le sera devant la cour d'assises où l'on peut craindre que les jurés soient favorables à la légitime défense. Toutefois, ce que le parquet peut craindre, la personne poursuivie peut au contraire le rechercher.

Exemple

Dans une célèbre affaire LEGRAS, était reproché à un garagiste le fonctionnement d'un piège installé pour protéger son local professionnel d'intrusions répétées. Un voleur avait été sérieusement blessé. En appel, l'avocat avait convaincu son client de revendiquer une intention de tuer. La cour (Reims, 9 novembre 1978) a dû se déclarer incompétente et saisir la cour d'assises, devant laquelle l'accusé a été acquitté (Cour d'assises de l'Aube, 22 novembre 1982). La même stratégie de défense a été adoptée dans une affaire plus récente ayant donné lieu à un autre arrêt (Cass. crim., 24 mars 2009, pourvoi n° [08-84.849](#)). Pour des raisons procédurales que nous n'avons pas à étudier ici (elles concernent les conditions et limites de ce que l'on appelle, en procédure pénale, la correctionnalisation judiciaire), la cour d'appel avait refusé de se déclarer incompétente. Mais son arrêt a été cassé.

De telles difficultés disparaîtraient si la Cour de cassation abandonnait la jurisprudence COUZINET. Les arrêts déjà signalés et d'autres rendus à propos du fait justificatif précédemment étudié : l'ordre de la loi, amorcent semble-t-il une évolution.

B. La légitime défense des biens

La légitime défense a d'abord été consacrée par la jurisprudence avant d'être consacrée par l'art. 122-5 al. 2 du CP. Son champ paraît bien plus resserré que la légitime défense des personnes. Ce caractère s'apprécie à la lecture des conditions de l'admission de cette légitime défense

- l'agression doit être un « *crime ou délit* » contre un bien, ce qui n'est pas spécifié dans le premier alinéa et, surtout, exclut les contraventions, comme par exemple un coup de pied donné dans une portière de voiture. Contre les personnes, n'importe quelle agression est grave en soi et peut justifier une défense légitime ; la seule limite est dans la proportionnalité. Contre les biens, une première limite concerne la gravité de l'agression ;
- l'acte en défense doit être « *strictement nécessaire au but poursuivi* », le mot strictement appelant le juge à un contrôle plus appuyé que dans l'alinéa premier ;
- la riposte doit interrompre l'exécution de l'infraction contre le bien ce qui suppose que cette exécution soit commencée. À nouveau, cela paraît un peu plus exigeant que pour la légitime défense des personnes où il suffit, du moins en jurisprudence, que l'agression soit imminente ;
- quant à l'exigence de proportionnalité, deux différences apparaissent. La plus importante est que l'homicide volontaire est d'emblée considéré comme excessif. Notons d'ailleurs, si l'on en croit la jurisprudence COUZINET, qu'il en est actuellement de même de l'homicide involontaire. La seconde différence ne peut être vue que par un œil exercé : « *sauf s'il y a disproportion* », dans l'alinéa 1, paraît mobiliser l'attention du parquet sur ce point ; « *dès lors que les moyens employés* », dans l'alinéa 2, paraît au contraire indiquer que la charge de la preuve pèse davantage sur celui qui invoque la légitime défense. Imperceptibles nuances, mais qui, cumulées, influent sur la pratique.

Conditions du fait justificatif de la légitime défense.

Pour la légitime défense des personnes :

- une agression humaine, injuste et actuelle ;
- une riposte nécessaire, immédiate, proportionnelle et volontaire.

Pour la légitime défense des biens :

- la riposte est nécessairement postérieure à l'agression ;
- la riposte est strictement nécessaire ;
- la riposte est strictement proportionnée (absence de justification de l'acte homicide).

§3. La preuve de la légitime défense

À qui incombe la charge de la preuve de la légitime défense ? Il faut ici identifier un principe, relevant du droit de la preuve et des dérogations énoncées à l'art. 122-6 du CP.

A. Principe

Le principe général est que la preuve de la légitime défense pèse sur celui qui l'invoque, le prévenu ou l'accusé. Dans les faits, le ministère public peut également participer à une telle démonstration. Ce principe dépasse en réalité la légitime défense et prévaut pour l'ensemble des faits justificatifs.

B. Présomptions de légitime défense

1. Domaine

L'article 122-6 envisage des cas de présomptions de légitime défense

Il y en a deux.

- Le premier : de nuit, entrée par effraction, violence ou ruse, dans un lieu d'habitation, protège plutôt les personnes dans des situations où elles sont particulièrement vulnérables.
- Le second : vol, pillages exécutés avec violence, protège plutôt les biens, mais dans des situations extrêmes.

Dans l'une ou l'autre situation, la légitime défense n'a pas besoin d'être prouvée, la charge de la preuve est renversée.

2. Force de la présomption

Si elle est absolue, irréfutable, le juge doit acquitter toute personne qui justifie s'être trouvée dans la situation décrite au texte, quoi qu'elle ait fait.

Exemple

Ce fut longtemps ainsi et la comtesse De Jeufosse a pu donner l'ordre à son garde-chasse d'abattre un ami de sa fille cherchant à remettre un billet doux (affaire jugée à Évreux en 1857) ; et des maris trompés ont pu « venger leur honneur » en prétendant n'avoir cherché qu'à se protéger.

Si c'est une présomption simple, la charge de la preuve n'est que renversée et le parquet est autorisé à rapporter la preuve contraire :

Exemple

Par exemple que l'ancien amant de la domestique qui, revenu un soir d'ivresse, avait escaladé la toiture d'un garage et cassé des carreaux, ne présentait en réalité aucun danger au moment et à l'endroit où il fut abattu : sous un arbre et en train de fumer une cigarette. C'est ce qui a été jugé par la chambre criminelle le 19 février 1959 dans une affaire Réminiac et plusieurs fois confirmé depuis.

La solution n'a pas été expressément confirmée - ni infirmée - par le Code pénal. Mais elle paraît bien définitivement acquise. Il n'y a d'ailleurs plus guère de jurisprudence sur cette question précise.

Remarque

Charge de la preuve - relativisation.

Pour conclure sur la preuve, il importe de relativiser quelque peu ce qui a été dit ici. Comme dans beaucoup d'ouvrages, nous avons axé le propos sur la « charge » de cette preuve avec le risque - inhérent selon cette problématique - d'être condamné si on ne réussit pas à administrer la preuve attendue. La nuance, de nature procédurale, tient à la répartition des rôles des acteurs dans le procès pénal. Comme le souligne un auteur (Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, 2024, n° 1426) : « la personne poursuivie est moins tenue d'administrer la preuve des faits invoqués par elle qu'alléguer leur existence en précisant les circonstances qui peuvent lui donner crédit. Il suffit que cette personne "propose" le fait justificatif de légitime défense aux juges du fond pour qu'ils soient tenus d'examiner ce moyen et d'ordonner, éventuellement, de nouvelles mesures d'instruction. L'équité du procès ne semble donc pas menacée ». La remarque est applicable à l'ensemble des faits justificatifs et, au-delà, à l'ensemble des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité.

Section 3. L'état de nécessité

Art. 122-7 du CP :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace. »

Historique.

Préalablement, voici quelques informations sur l'historique de l'article 122-7 du Code pénal. L'état de nécessité relève d'une problématique assez universelle et probablement aussi ancienne que l'instinct de survie. L'état de nécessité n'est pas inscrit de manière générale dans le Code pénal. Généralisant, les juges ont très tôt pressenti la nécessité d'une construction qui eut parfois des connotations sociales voire politiques.

Ainsi, en 1898, le devenu célèbre « juge Magnaud » avait-il relaxé une femme qui avait volé un pain pour nourrir son enfant. Mais il l'avait fait en se fondant sur la contrainte morale. La « femme Ménard » fut également relaxée en appel, mais pour défaut d'intention.

Ces notions étaient alors utilisées faute de mieux. Il fallut attendre le milieu du XX^{ème} siècle pour qu'une notion autonome soit consacrée par un arrêt LESAGE de la Cour de cassation, nouveau concept fondé sur la situation objective de conflits de valeurs plutôt que sur l'état d'esprit du délinquant.

Remarque

État de nécessité et contrainte.

L'état de nécessité est un fait justificatif devant être distingué de la contrainte (v. leçon n° 9) qui est une cause subjective d'irresponsabilité. Dans le second cas, la liberté d'agir n'existe pas, l'agent étant contraint par une force irrésistible. Au contraire, l'état de nécessité fait apparaître un choix entre deux possibilités : subir un dommage provoqué par le danger ou commettre une infraction. Cette distinction n'est toutefois pas si évidente en pratique.

§1. Conditions

Il convient de distinguer le danger et l'acte justifié.

A. Le danger

La notion de danger doit être considérée largement, celui-ci menaçant un bien ou une personne, cette dernière pouvant être l'agent lui-même ou un tiers. Le texte n'envisage pas non plus de seuil de gravité.

Remarque

État de nécessité et légitime défense.

La légitime défense n'est somme toute qu'un « avatar » de l'état de nécessité (X. PIN, *Droit pénal général*, 2025, n° 288). Une seule différence est vraiment fondamentale. Elle réside dans la situation prise en compte par le texte : non plus une « atteinte » d'origine humaine, que nous avons qualifiée d'agression, mais un simple « danger » survenant du fait d'un animal, d'éléments naturels ou de circonstances particulières, danger représentant une « menace » pour soi-même, autrui ou un bien ; non plus une riposte mais un « acte nécessaire à la sauvegarde » d'un intérêt supérieur. Il est ainsi justifié d'enfoncer une porte pour répondre à des appels au secours, de franchir une ligne blanche pour éviter d'écraser un piéton, de voler un extincteur pour éteindre un incendie...

Le danger doit présenter certains caractères :

- un **danger actuel et imminent** ;
- un **danger réel et non simplement hypothétique** ;
- un **danger ne résultant pas d'une faute antérieure de la victime** . Cette condition a été fortement discutée en doctrine, notamment parce que le texte ne prévoit pas une telle restriction et que l'appréciation de l'état de nécessité s'effectue au moment où l'infraction est matériellement commise. La chambre criminelle de la Cour de cassation persiste pourtant à exiger cette condition.

Exemple

La faute du chasseur ayant tué l'ourse Cannelle.

Des chasseurs organisent une battue dans les Pyrénées et, plus précisément dans un secteur étaient signalés l'ourse Cannelle et ses oursons, animaux protégés. L'un des chasseurs eux se trouve face à l'ourse et la tue. La chambre criminelle de la Cour de cassation considère que le chasseur ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'irresponsabilité pénale le chasseur qui tue un animal protégé dès lors qu'il s'est placé lui-même dans une situation de danger par son comportement fautif antérieur. (Cass. crim., 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-87.159).

B. L'acte justifié

Cet acte doit également présenter plusieurs caractères :

- **un acte nécessaire** : cet acte doit permettre d'échapper au péril. La condition paraît plus souple qu'en matière de légitime défense. La condition est toutefois appréciée très strictement. Dans les faits, les juges ont plutôt tendance à vérifier qu'il n'y avait pas d'autres moyens de parer au danger. Il est même assez fréquent qu'un attendu mentionne que d'autres moyens ont été vainement utilisés. En principe l'état de nécessité ne devrait opérer que si, en urgence, il n'y avait pas d'autres moyens à utiliser que la commission d'une infraction. L'agent dispose d'un choix limité. Il ne doit pas refuser un moyen approprié pour retenir un autre bien plus discutable.

Exemple

L'absence de nécessité et l'évasion de X.

Alors que X est emmené dans un fourgon de police de son lieu de garde à vue à l'hôpital, un groupe armé attaque le convoi. X refuse de soumettre à l'injonction du policier de se coucher au sol dans le fourgon et saute du véhicule pour s'évader. Poursuivi pour évasion commise en bande organisée, il arguait de ce que son acte avait été commis sous l'empire de l'état de nécessité, considérant qu'il s'agissait pour lui de se protéger des tirs des policiers et des assaillants. La chambre criminelle de la Cour de cassation refuse d'admettre un tel raisonnement considérant que le fait de se coucher était le « *moyen de protection le plus approprié en l'espèce* » (Cass. crim., 11 janv. 2017, pourvoi n° 16-80.610).

- **un acte proportionnel au péril** : Rédigée dans les mêmes termes que pour la légitime défense, cette dernière condition est celle qui distingue le plus la contrainte des faits justificatifs. La contrainte (cf. leçon n° 9), est irrésistible. Ce n'est pas le cas ni en légitime défense ni en état de nécessité, justifications qui doivent, au contraire, donner lieu à une réaction contrôlée. Il ne faut pas qu'il y ait de disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace. Il y a là une pesée des intérêts.
 - En premier lieu, il est intéressant de souligner, à nouveau, que la proportionnalité de la réaction se mesure par rapport aux « moyens » employés et non, textuellement du moins, par rapport aux résultats obtenus. On peut y voir une certaine « *tendance à la subjectivisation* » (Michel DANTI-JUAN, « État de nécessité », *Répertoire de droit pénal*, n° 49) qui explique, peut-être, des décisions comme celle rendue les 27 juin 2002 par la cour d'appel de Papeete (CA Papeete, 27 juin 2002, D. 2003, p. 584, note GOURDON). Dans cette affaire, la culture de trois centaines de pieds de cannabis a été justifiée parce que nulle autre substance ne pouvait soulager les souffrances du cultivateur paraplégique sans lui abîmer les reins.
 - En second lieu, il est certain que, moins le danger est individualisé, référence à des situations dans lesquelles toute personne est potentiellement menacée, plus la proportionnalité est acceptable. En légitime défense, la police est d'autant plus justifiée de tuer un terroriste, par exemple, si des

dizaines de personnes sont en danger de mort. Le même raisonnement devrait prévaloir en état de nécessité : que pèse la destruction d'une parcelle de maïs transgénique face au danger d'une dissémination à l'infini ? Que pèsent les mauvais traitements infligés aux animaux de laboratoire, y en aurait-il des milliers, face au danger que représente la maladie pour des millions de personnes ? Mais, à supposer même que l'on puisse dans ces cas établir l'existence d'un danger certain et imminent, on sait que la jurisprudence refuse que l'état de nécessité couvre des infractions commises à l'occasion d'engagements militants ou politiques. Selon Yves MAYAUD, dans son manuel publié aux PUF, si la défense d'autrui « *ne peut être invoquée utilement pour couvrir les actions qui, tout en étant moralement justes, n'en sont pas moins juridiquement injustifiées* », c'est que « *la proportionnalité n'est compatible qu'avec des situations individuelles et (...) inadaptée à toute intervention collective ou de principe* ».

Remarque

L'absence de proportionnalité, un argument parmi d'autres.

Terminons en remarquant que l'absence de proportionnalité est rarement invoquée seule mais qu'elle figure bien en évidence dans les attendus de l'arrêt de la cour d'appel de Poitiers (précité) qui a condamné une mère de famille poursuivie pour avoir volé des quantités de viande assez importantes dans plusieurs grandes surfaces. La femme Ménard, relaxée par le bon juge Magnaud, n'avait volé qu'un pain... Au-delà de cet exemple, il apparaît que la nécessité de protéger des personnes justifie des contraventions ou des délits du code de la route ainsi que des atteintes aux biens, y compris les animaux.

§2. Effets

Comme tout fait justificatif, **la responsabilité pénale est exclue**. Il devrait en être de même pour la responsabilité civile. **Le bénéficiaire d'un fait justificatif, pénalement irresponsable, n'a pas non plus commis de faute civile.** Il n'a fait qu'obéir ou exercer un droit.

Mais **la jurisprudence écarte, ou paraît écarter cette solution en matière d'état de nécessité**. La situation de la victime est en effet différente. En cas de légitime défense, la victime de l'infraction justifiée est l'agresseur ; il ne peut s'en prendre qu'à lui-même. Dans l'état de nécessité, la victime est un tiers qui « *s'est trouvé au mauvais endroit au mauvais moment* » selon l'expression utilisée par Thierry GARE et Catherine GINESTET ; elle n'est en rien responsable de ce qui lui est arrivé et peut demander réparation de son préjudice à celui qui en est la cause. Le fondement de la solution est à discuter : peut-on vraiment dire que l'auteur de l'infraction a commis une faute ? Mais l'indemnisation paraît bien, elle aussi, justifiée.

Section 4. La divulgation effectuée par le lanceur d'alerte

La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite Loi Sapin II a créé une dernière cause d'irresponsabilité à l'art. 122-9 du Code pénal, lequel a été modifié par la loi du 21 mars 2022. L'article dispose :

Art. 122-9 :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. »

N'est pas non plus pénalement responsable le lanceur d'alerte qui soustrait, détourne ou recèle les documents ou tout autre support contenant les informations dont il a eu connaissance de manière licite et qu'il signale ou divulgue dans les conditions mentionnées au premier alinéa du présent article.

Le présent article est également applicable au complice de ces infractions. »

Ce texte entoure ce fait justificatif de plusieurs conditions :

Ce texte vise les lanceurs d'alerte.

Comme l'indique l'art. 6 de la loi du 9 décembre 2016 modifié par la loi du 21 mars 2022,

« Un lanceur d'alerte est une personne physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, du droit de l'Union européenne, de la loi ou du règlement. »

Quelques remarques peuvent être faites :

- Le lanceur d'alerte est une personne physique, il ne peut donc s'agir d'une ONG par ex.
- Si le lanceur d'alerte est le plus souvent un salarié dénonçant son propre employeur, cette condition n'est pas requise de sorte que la protection est accordée bien plus largement.
- Le lanceur d'alerte, indique le texte, est désintéressé et ne peut donc faire de la divulgation son métier ce qui est le cas du journaliste.
- Le lanceur d'alerte doit être de bonne foi. Cette condition est décrite en doctrine (N. DEVOUEZE, « De l'importance de la bonne foi du lanceur d'alerte », *D. Actualité*, 5 juillet 2016).

Les infractions visées.

Trois cas de figure se dégagent de l'art. 122-9 du CP.

- Premier cas : dès l'origine, le texte prévoyait une protection spécifique relative au lanceur d'alerte qui se trouvait amené à violer un secret prévu par la loi. On pouvait dès lors s'étonner que ce cas figure parmi les faits justificatifs généraux et non spéciaux comme indiqué plus haut. Cependant, comme le note un auteur (X. PIN, *Droit pénal général*, 2024, n° 286), la diversité des situations pouvant conduire à la révélation est telle que la disposition trouve parfaitement sa place parmi les faits justificatifs généraux. Il convient de noter que l'art. 6 al. 2 de la loi du 9 décembre 2016 exclut du champ de la protection le secret de la défense nationale, le secret médical, le secret des délibérations judiciaires, le secret de l'enquête ou de l'instruction et le secret des relations entre un avocat et son client.
- Second cas : la protection a été étendue par la loi du 21 mars 2022 aux qualifications protégeant moins l'information que la documentation (vol, recel...) à cette réserve près que le lanceur d'alerte ait eu accès à ces éléments de manière licite.
- Troisième cas : le complice du lanceur d'alerte dispose de manière expresse depuis la loi du 21 mars 2022, de la même protection.

Ce texte délimite l'exonération de responsabilité. Pour que le fait justificatif s'applique à la divulgation, cette dernière doit répondre à deux conditions :

- Condition de fond, « *être nécessaire et proportionnée au regard de la sauvegarde des intérêts en cause* ». On retrouve ici des éléments déjà évoqués dans le cas de l'état de nécessité et la même difficulté à peser les intérêts présents dans chaque hypothèse.

Remarque

Le fonctionnaire doit confronter la violation du secret auquel il est tenu et la nécessité porter au grand jour des actes illégaux effectués sur son lieu de travail.

- Condition de forme, le signalement est organisé. Sans entrer dans les détails, la divulgation doit être faite selon des procédures internes prévues par la loi du 6 décembre 2019 (art. 8 et 9), lesquelles tendent à préserver le secret sur l'identité du lanceur d'alerte mais aussi en divulguant l'information à des autorités externes définies par le législateur (par ex. autorité judiciaire, Défenseur des droits, autorités administratives indépendantes).

Remarque

Cas particulier de la diffamation.

Le droit pénal de la presse demeure tout à fait spécifique. La difficulté s'est posée d'articuler le fait justificatif général tenant à la situation du lanceur d'alerte en cas de poursuites à raison d'une diffamation. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation considère que le fait justificatif de l'art. 122-9 n'est pas applicable en cas de poursuites du chef de diffamation. En pareil cas, il revient à la juridiction d'intégrer à l'occasion de la recherche de la bonne foi qui pourrait venir justifier le propos, le contexte de ce que la personne argue se trouver dans la situation d'un lanceur d'alerte (Cass. crim., 13 janvier 2026, pourvoi n° [24-86.344](#)).

En savoir plus : Sur l'évolution du statut de lanceur d'alerte à la suite de la loi du 21 mars 2021

Ch.-H. Boeringer et K. Chaïb, « Renforcement du statut du lanceur d'alerte. Commentaire des principales dispositions de la loi du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte », *Dr. pénal* 2022, ét. 12.