



HAL
open science

Faut-il désobéir à la norme illégitime ?

Camille Drouiller

► **To cite this version:**

| Camille Drouiller. Faut-il désobéir à la norme illégitime ?. Revue Lexsociété, 2022. hal-03518357

HAL Id: hal-03518357

<https://hal.science/hal-03518357>

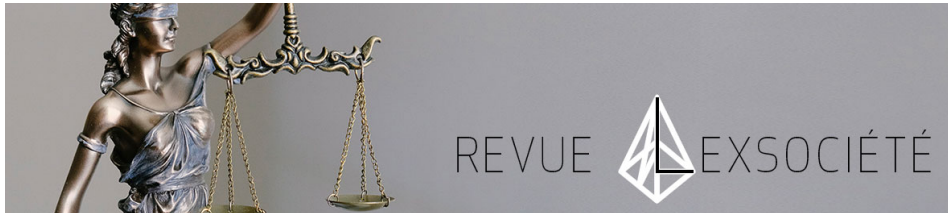
Submitted on 9 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



Faut-il désobéir à la norme illégitime¹ ?

in A. Cukier et H. Kassoul (dir.), *Normativité et légitimité*, Rencontres de Thémis et Sophia (1^{ère} éd.), Université de Poitiers, 2020

CAMILLE DROUILLER

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
UMR TRansitions Énergétiques et Environnementales (TREE)
CNRS – E2S UPPA
Université de Pau et des Pays de l'Adour

Résumé : Cette contribution s'intéresse à la manière dont le droit appréhende l'acte contrevenant lorsque son auteur revendique l'illégitimité de la norme qu'il transgresse. Animé par un idéal de justice et de morale, le désobéissant se place néanmoins dans l'illégalité. Toutefois, une application clémentine du droit peut être faite à l'endroit de ces comportements lorsque certaines conditions sont remplies, en particulier dans des situations de désobéissance civile ou d'alerte éthique. En effet, la désobéissance peut s'avérer être un ressort de la démocratie et avoir un rôle vertueux à jouer pour faire évoluer le droit.

Mots-clés : normativité ; illégitimité ; désobéissance civile ; alerte éthique ; lanceur d'alerte

¹ Qu'il me soit permis ici de remercier Madame Hania KASSOUL et Monsieur Alexis CUKIER, pour la confiance qu'ils m'ont accordée en me confiant ce beau sujet, et le plaisir que j'ai eu à le traiter. Cet article reprend une contribution préparée pour la première édition des rencontres Thémis et Sophia qui auraient dû se dérouler le 19 mars 2020 à l'Université de Poitiers.

1. Le 5 avril 1971 paraissait dans le magazine *Le Nouvel Observateur* le « Manifeste des 343 ». Cette pétition, signée par plus de 350 femmes bien que le périodique n'ait retenu la signature que de 343 d'entre elles, est un appel à la dépenalisation de l'avortement et à sa légalisation. Bien plus, dans ce document, les signataires déclarent y avoir eu recours et s'exposent par conséquent à des sanctions pénales. Ces femmes dénoncent la norme alors en vigueur, illégitime à leurs yeux, et reconnaissent y avoir désobéi. Pourtant, aucune ne sera poursuivie. Ce manifeste, qui peut être qualifié d'acte de désobéissance civile, a contribué au débat public sur la légalisation de l'avortement, qui interviendra finalement avec la loi Veil de 1975². Surtout, cet épisode démontre la capacité du droit à tolérer certains actes contrevenants, et le rôle qu'ils peuvent jouer dans l'évolution de la règle de droit.

2. Droit et légitimité entretiennent des rapports étroits. Le terme de légitimité puise ses racines dans le latin « *lex* » et se rapporte dans un sens strict à ce qui est conforme à la loi. En revanche, serait illégitime ce qui est contraire au droit. Envisager que la norme juridique puisse être illégitime est alors *a priori* un non-sens, car elle ne peut être que conforme au droit. Cette première acception renvoie en réalité aux modes d'élaboration de la règle de droit et à la validité d'un processus permettant de créer les lois. La norme est légitime dès lors qu'elle est édictée suivant des règles prédéfinies. Cela renvoie à un examen de la légalité. Néanmoins, sera retenue ici une définition plus large de la légitimité, s'exerçant dans le contexte d'un État de droit où le mode de production des normes est assuré et n'est globalement pas remis en cause. En effet, un deuxième sens de la légitimité comprend une dimension morale. Est légitime ce qui est équitable, explicable par le bon droit, le bon sens ou la raison. Le « légitime » renvoie alors au juste, et à une perception morale de la norme. Il s'agit non plus de procéder à l'examen de la légalité de la norme mais à celui de son efficacité, en tant qu'instrument de réalisation de la justice. Dans cette perspective, le sujet prend tout son sens, car la norme peut être illégitime non pas en ce qu'elle n'est pas valide, soit non conforme aux modes d'élaboration du droit, mais en ce qu'elle

² L. n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

ne paraît pas juste – légitime – aux yeux des sujets de droit. Dès lors, émerge l'idée que si la norme est illégitime, le sujet de droit peut envisager de s'y soustraire et d'y désobéir.

3. Pourtant, cela ne va pas de soi. En effet, admettre qu'il est possible de désobéir à une norme illégitime suppose que la raison humaine soit en mesure de détecter l'illégitimité. Cela repose ainsi sur un postulat, celui de la connaissance par l'individu de ce qui est juste, moralement admissible, et au contraire de ce qui ne l'est pas. L'homme doit, dans cette perspective, avoir accès non seulement au droit positif, mais à des principes supérieurs qui lui dictent les conduites moralement souhaitables. Ce qui ressemble alors au droit naturel constitue un étalon-valeur, seul à même de déceler le droit positif illégitime et de justifier la désobéissance. Penser la désobéissance à la norme illégitime implique alors de se placer dans une perspective jusnaturaliste, à rebours d'une conception strictement positiviste. Cela impose que soient remplies deux conditions : une condition ontologique selon laquelle il existerait un droit non posé supérieur au droit positif, et une condition épistémologique qui permettrait que ce droit non posé soit accessible à la raison humaine³.

4. Le droit de la désobéissance s'est donc construit à partir des théories du droit naturel, d'Aristote⁴ à Pufendorf⁵, en passant par Saint Thomas d'Aquin⁶ ou Grotius⁷, qui toutes admettent, sans toutefois nécessairement l'encourager, la possibilité d'une incompatibilité entre le droit naturel et le droit positif. Ce droit de résistance s'est par la suite émancipé des théories jusnaturalistes,

³ Sur la mise en exergue et l'examen de ces conditions, voir E. DESMONDS, *Droit et devoir de désobéissance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, préface S. RIALS, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1999 ; E. DESMONDS, « Droit de résistance et histoire des idées », *Pouvoirs*, 2015/4, n°155, p. 29.

⁴ ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*, Garnier Flammarion, 2004.

⁵ S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, (trad. J. BARBEYRAC), Londres, Nours, 1740.

⁶ Th. D'AQUIN, *Somme théologique*, (trad. Th. DEMAN), Revue des Jeunes, Paris, Tournai, Rome, 1925.

⁷ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, (trad. P. PRADIER-FODERE), Paris, Guillaumin, 1867.

notamment à travers l'œuvre de Locke⁸, et a trouvé des relais en des figures bien connues de la désobéissance : Henry Thoreau⁹, Gandhi¹⁰ ou encore Martin Luther King¹¹. Tous s'inscrivent dans des mouvements de contestation, dans une lutte particulière, et chacun d'eux était animé par cette idée que la morale leur commandait de ne pas obéir aux lois injustes. Ainsi, Thoreau est le premier à théoriser la désobéissance civile, ainsi qu'a été rebaptisé son ouvrage publié en 1849¹² et qui, à l'origine, était intitulé « Résistance au gouvernement civil ». Enfin, la désobéissance a refait surface dans les écrits des philosophes libéraux de la seconde moitié du XX^e siècle, notamment ceux de John Rawls¹³ ou encore Jürgen Habermas¹⁴. Elle est alors envisagée dans un État de droit, dans un contexte démocratique, comme un moyen d'améliorer le droit par la dénonciation et la stigmatisation des lois iniques¹⁵. La désobéissance apparaît alors comme un ressort de la démocratie, efficace pour parfaire le droit d'une société « *presque juste* » selon John Rawls¹⁶. Dans cette perspective, le droit légitime la désobéissance dès lors qu'elle s'exerce dans un certain cadre, et la conçoit comme une opportunité. Par conséquent, aux deux conditions de la désobéissance formulées auparavant – les conditions ontologique et épistémologique – il faut en ajouter une troisième : une condition politique, car

⁸ J. LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, (trad. D. MAZEL), Garnier Flammarion, 1984.

⁹ H. D. THOREAU, *La désobéissance civile*, (trad. G. VILLENEUVE), Mille et une nuits, 2003.

¹⁰ GHANDI, *Tous les hommes sont frères*, (trad. G. VOGELWEITH), Gallimard, 1990 ; GHANDI, *Autobiographie ou mes expériences de vérité*, (trad. G. BELMONT), PUF, 1998 ; GHANDI, *Du devoir de désobéissance civile*, (trad. V. GARCIA), Rivages poche, 2019.

¹¹ M. L. KING, *Révolution non-violente*, (trad. O. PIDOUX), Payot, 1965 ; M. L. KING, *La seule révolution*, (trad. J. POTIN), Casterman, 1968 ; M. L. KING, *Combats pour la liberté*, (trad. L. JOSPIN et O. PIDOUX), Petite Bibliothèque Payot, 1968 ; M. L. KING, *Autobiographie, textes réunis par CLAYBORNE CARSON*, (trad. M. SAPORTA et M. TRUCHAN-SAPORTA), Bayard, 2000.

¹² H. D. THOREAU, *La désobéissance civile*, *op. cit.*

¹³ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 2002.

¹⁴ J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, Cerf, 1992 ; J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997.

¹⁵ S. CHASSAGNARD-PINET, « La désobéissance civile face à la normativité du droit » in David HIEZ et Bruno VILLALBA (dir.), *La Désobéissance civile. Approches interdisciplinaires*, Presses Universitaires du Septentrion, 2008, p. 55.

¹⁶ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Seuil, 2002, p. 403.

la désobéissance doit être autolimitée et seule une utilisation prudente peut en être faite. Elle ne peut être qu'exceptionnelle pour ne pas heurter le principe démocratique.

5. S'il est possible de transgresser la norme illégitime, cette désobéissance est susceptible de prendre plusieurs formes selon la finalité poursuivie et le contexte dans lequel elle intervient. En effet, les contrevenants à la norme peuvent faire acte de désobéissance civile, de résistance ou bien s'identifier comme des lanceurs d'alerte ou encore des objecteurs de conscience. Il faut ajouter à cet inventaire le sujet de droit qui n'applique pas un texte car il le considère désuet, et par là même fait acte de désobéissance. L'ordonnance du 7 novembre 1800, qui interdisait aux femmes le port du pantalon et qui ne sera abrogée qu'en 2013, en offre un exemple. Pour autant, les femmes n'ont pas attendu que ce texte disparaisse de l'ordonnancement juridique pour s'affranchir de la norme.

6. Néanmoins, toutes ces manifestations de la transgression ne doivent pas être traitées de la même façon. En effet, le citoyen qui décide de s'affranchir de la loi désuète, et considérée par tous comme telle, considère le texte illégitime et enfreint la règle de droit sans pour autant que ce geste ne s'accompagne d'une quelconque volonté de réforme ou d'un message politique. Il s'agit simplement de faire appel au bon sens. L'objecteur de conscience, quant à lui, refusera de se soumettre à une norme car elle est contraire à ses propres valeurs morales. Néanmoins, il s'agira pour lui de solliciter une exception à la règle de droit, sans pour autant vouloir la remettre en cause dans son principe. Le débat sur l'objection de conscience s'est récemment focalisé sur certains maires qui s'opposaient, en raison de convictions personnelles, à la célébration des mariages entre personnes de même sexe, ou encore relativement à des médecins qui refusaient de mettre en œuvre la législation sur l'avortement ou la fin de vie. Par leur geste, ils se placent en contradiction avec la loi. Néanmoins, ils ne contestent pas la légitimité de la norme en tant que telle, et ne rendent pas leur acte public. Ils demandent, ou s'octroient eux-mêmes, une dérogation à la loi. Si l'objection de conscience est empreinte de morale, elle ne saurait s'analyser comme un acte de désobéissance vertueux en démocratie. En outre, le résistant ou le révolutionnaire transgresse la loi, mais s'inscrit dans une démarche plus

globale. En effet, il se révolte contre l'organisation du pouvoir ou le gouvernement en place, et non contre la norme – et encore moins une norme en particulier – illégitime. Il agira en vue de renverser, voire détruire, le pouvoir actuel. Les actes de résistance ou de révolution ne peuvent être en eux-mêmes tolérés dans un régime démocratique.

7. À rebours, il faut distinguer les actes du désobéissant ou du lanceur d'alerte¹⁷. Dans les deux cas, l'individu agit et se positionne à l'encontre du droit qu'il dénonce. Il s'agit de révéler, d'alerter l'opinion publique sur un dysfonctionnement du droit en vue d'améliorer le système juridique.

8. Le désobéissant s'inscrit parfaitement dans cette perspective, en ce qu'il condamne une norme particulière qu'il considère illégitime car contraire à des principes supérieurs de morale. Il entend ne pas s'y conformer et enfreindre la loi, publiquement, afin que le texte inique apparaisse comme tel aux yeux de tous ses concitoyens. Il s'agit de mettre au grand jour une anomalie afin de faire émerger une contestation généralisée dans le corps social. Le désobéissant agit dans l'espérance que son acte puisse faire évoluer cette norme, et la rendre légitime. L'histoire en offre de multiples exemples, parmi lesquels celui de Rosa Parks qui, en 1955, refusa de céder sa place dans un bus à une personne blanche. Plus récemment, l'affaire des « Décrocheurs de Macron¹⁸ », ces militants écologistes qui se sont emparés des portraits du Président de la République dans certaines mairies en vue de réprover son manque d'implication dans la lutte

¹⁷ Le lanceur d'alerte puise ses origines dans l'histoire et la législation américaines. Si les premières lois protectrices des lanceurs d'alerte peuvent être trouvées dès la fin du XVIII^e siècle aux États-Unis d'Amérique nouvellement créés, le terme de *whistleblower* apparaîtra en 1970 à l'occasion de l'affaire des *Pentagon papers* (Sur ce point, voir S. SLAMA, « Le lanceur d'alerte, une nouvelle figure du droit public ? » *AJDA* 2014. 2229). En droit français, le lanceur d'alerte bénéficie aujourd'hui d'un statut protecteur introduit par la loi Sapin 2, n°2016-1691, du 9 décembre 2016 (cf. *infra* II. A).

¹⁸ TGI Lyon, 16 févr. 2019, n°1916800015, *D. actu.* 26 sept. 2019 obs. H. DIAZ ; *D.* 2019. 1973, obs. D. ROETS ; *AJ pénal* 2020. 21, obs. A. DEJEAN DE LA BATIE. Infirmé par CA Lyon, 14 janv. 2020.

contre le réchauffement climatique, en offre une autre illustration¹⁹. Ainsi, la désobéissance civile est définie par John Rawls « *comme un acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement*²⁰ ». Cette définition contient les conditions dans lesquelles la désobéissance pourra être admise. Elle sera acceptée dans un régime démocratique, dès lors que sa finalité est celle d'un progrès et qu'elle demeure marginale. En effet, un État de droit ne pourrait reconnaître des atteintes systématiques à toutes les normes par cette voie.

9. Mais la désobéissance peut prendre d'autres formes. En effet, ces dernières décennies s'est développée une nouvelle figure, celle du lanceur d'alerte. Or, l'alerte éthique s'analyse comme une forme de désobéissance. Celui qui révèle les informations commet un acte de dénonciation à l'égard d'une situation présentant un danger grave et collectif, destiné à informer les personnes habilitées à le prendre en charge ou, si ces dernières n'ont pas réagi, la collectivité dans son ensemble. Cette dénonciation doit ensuite permettre la sanction des personnes responsables et la correction de la situation dangereuse. L'alerte éthique revêt aujourd'hui une pluralité de situations. Doivent avant tout être distinguées l'alerte donnée dans le milieu professionnel de l'alerte éthique menée dans un cadre associatif ou par un collectif, cette dernière traduisant un certain militantisme.

10. D'une part, l'alerte peut intervenir dans un cadre professionnel. Le salarié pourra dénoncer les pratiques et les choix de son employeur au sein de l'entreprise ; un agent, les décisions prises par une collectivité territoriale ou l'administration centralisée. Dans ce contexte, la dénonciation s'apparente à la désobéissance à des ordres donnés par la hiérarchie quant à la non-divulgateion

¹⁹ Plus largement, la désobéissance civile est un mécanisme aujourd'hui largement mobilisé par les militants de la cause écologique face à ce qu'ils estiment être une inaction fautive des gouvernements. Ainsi, dans une tribune publiée dans les colonnes du journal *Le Monde* le 20 février 2020, pas moins de 1000 scientifiques appelaient à la rébellion et à des actes de désobéissance civile.

²⁰ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Seuil, 2002, p. 405.

d'informations, ou à tout le moins comme un manquement « à une obligation informelle de loyauté et de solidarité à l'égard de sa collectivité d'appartenance²¹ ». Dans la sphère professionnelle, le lanceur d'alerte bénéficie aujourd'hui d'un statut légal, qui le définit comme « toute personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste 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, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance²² ». La définition retenue fait tout à la fois référence à la révélation désintéressée du lanceur d'alerte, et à la source du dysfonctionnement qui peut être un agissement infractionnel mais également l'édition d'une règle de droit. Par conséquent, dans le contexte professionnel, la dénonciation pourra avoir vocation à stigmatiser une norme mais également une politique d'entreprise ou des agissements de nature privée.

11. D'autre part, la figure du lanceur d'alerte sera mobilisée en dehors du cadre professionnel. Dans cette perspective, l'alerte éthique est citoyenne, fondée sur des convictions personnelles et très souvent exercée dans un contexte militant²³. Il s'agit de dénoncer des actes dont ces individus – le plus souvent rassemblés en associations ou collectifs – ont connaissance afin de sensibiliser le grand public à leur cause. Rentrant ainsi dans cette définition les associations qui agissent en violation de la loi afin d'obtenir et de révéler des informations qu'elles estiment fondamentales pour le grand public. Par exemple, l'association L214, qui dénonce les maltraitances animales, a été condamnée pour complicité d'atteinte à la vie privée des salariés en raison des images tournées à l'abattoir de Mauléon

²¹ D. LOCHAK, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA* 2014. 2236, spéc. p. 2236.

²² L. n°2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 6.

²³ S. SLAMA, « Le lanceur d'alerte, une nouvelle figure du droit public ? », art. cité.

à leur insu²⁴. Il s'agissait d'enfreindre la loi pour capter ces images insoutenables et alimenter le débat public sur ces questions.

12. L'illégitimité de la norme est alors susceptible de provenir de la règle de droit qui sera dénoncée et non appliquée, mais également du contexte dans lequel s'exerce la contestation. En effet, les désobéissants pourront refuser d'appliquer un texte en particulier, parce qu'ils le jugent intrinsèquement inique. Mais, parfois, c'est la balance des intérêts entre une norme et un principe moral supérieur qui justifiera que le droit soit écarté, et bafoué, pour la défense des valeurs défendues. Ainsi, dans le dernier exemple pris, en se rendant complice d'atteinte de la vie privée, l'association L214 ne dénonce pas la protection de la vie privée en tant que telle. Elle estime que l'alerte sur les conditions animales justifie de transgresser la loi pénale qui devient, dans ces circonstances précises, illégitime.

13. La désobéissance apparaît comme un ressort de la démocratie, comme « *la contribution de la société civile pour parfaire un ordre constitutionnel par définition inachevé*²⁵ », selon les termes de Jürgen Habermas. Il est donc, dans une certaine mesure, nécessaire de désobéir à la norme illégitime. Bien que devant rester marginale et cantonnée, car elle ne peut systématiquement remettre en cause l'ordre établi, la désobéissance doit être encadrée par le droit. La position du juriste face à cette attitude est ambiguë, car il s'agit d'actes de transgression, illégaux, et pour lesquels leurs auteurs encourent des sanctions. Dans le même temps, le législateur doit composer avec ces actes qui concourent au progrès social, et qui se trouvent précisément à la frontière de ce que le pacte social peut concéder. Par conséquent, le droit arbore une position en demi-teinte, en ce qu'il tolère parfois les actes de désobéissance (I), tandis qu'il les encourage dans d'autres situations (II).

²⁴ Trib. corr. Pau, 18 nov. 2019. L'association L 214 a fait appel de cette décision.

²⁵ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, 1992, Gallimard, 1997, p. 410.

I. La désobéissance tolérée à l'égard de la norme illégitime

14. L'acte de désobéissance s'analyse très souvent comme un acte illégal. Ainsi, le désobéissant enfreint la loi, et le lanceur d'alerte pourra dans certaines circonstances se placer dans l'illégalité, lorsque les moyens légaux ne suffiront pas à ce qu'il se fasse entendre. Ainsi, la violation de la loi se traduit normalement par des sanctions, et notamment des sanctions pénales. Dans certains cas, des poursuites seront engagées et des peines prononcées. La clémence n'est pas toujours de mise. Quelques exemples internationaux en offrent des illustrations spectaculaires, à l'image de Chelsea Manning qui a transmis à WikiLeaks les documents confidentiels de l'armée américaine pour laquelle elle travaillait et a été condamnée, sous l'inculpation de chef d'espionnage et de vingt autres chefs d'accusation, à trente-cinq ans de prison. Elle sortira finalement après sept ans d'emprisonnement, le Président Obama décidant de commuer sa peine. Plus proches de nous, les actes de fauchage de parcelles de maïs transgénique – dont José Bové est l'une des figures de proue – ont pu aboutir à plusieurs condamnations²⁶.

15. Néanmoins, il existe dans ce domaine une certaine tolérance, qui résulte de deux phénomènes. D'une part, il n'existe pas de texte d'incrimination général permettant de sanctionner le désobéissant (A). D'autre part, lorsque c'est le cas, le droit fait parfois preuve d'une certaine mansuétude (B).

²⁶Cass. crim., 18 févr. 2004, n°03-82.951, *Dr. pénal* 2004. 107 ; *Envir.* 2004, n° 78, obs. P. TROUILLY ; *RJenvir.* 2005. 502 ; Cass. crim., 28 avril 2004, n°03-83.783 ; Cass. crim. 7 févr. 2007, n° 06-80.108, *AJ pénal* 2007. 133, obs. Cl. SAAS ; *D.* 2007. 573, obs. A. DARSONVILLE ; *ibid.* 1310, note J. -Ph. FELDMAN ; *JCP G* 2007. 10059, note Fr.-G. TREBULLE ; *Envir.* 2007, n° 357 ; *LPA* 27 sept. 2007, n° 194, p. 3, note J. LASSERRE CAPDEVILLE et Y. STRICKER ; *RJenvir.* 2007. 549, obs. V. JAWORSKI.

A. L'absence d'incrimination générale sanctionnant la désobéissance

16. Certains actes de désobéissance entraînent directement la violation d'un texte de loi, et notamment d'une norme pénale. La répression est aisée, car les sanctions encourues figurent dans le texte d'incrimination. C'est par exemple le cas s'agissant des actes de l'association L214 consistant en des faits de complicité d'atteinte à la vie privée, ou bien encore des actes d'exhibition sexuelle qui ont pu être reprochés aux militantes appartenant aux Femen. Ces agissements sont constitutifs d'infractions pénales, et la responsabilité de leurs auteurs pourra être engagée. Néanmoins, dans un certain nombre de circonstances, les actes de désobéissance peuvent ne correspondre à aucune infraction, et la mise en œuvre de sanctions sera délicate, notamment sur le plan pénal. En effet, à la lecture des textes d'incrimination, des conditions particulières telles que la violence ou l'atteinte aux biens seront souvent nécessaires pour qu'une infraction soit constituée²⁷. En ce sens, l'article 433-6 du Code pénal réprimant la rébellion, qui nécessite une « *résistance violente* », et la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que la personne refusant de se soumettre aux ordres et de suivre les gendarmes en s'agrippant au volant de son véhicule, témoignant d'une résistance passive, ne pouvait être condamnée sur ce fondement²⁸. De même, le fait de s'opposer à des travaux publics ou d'utilité publique nécessite, pour être constitutif d'une infraction, que cela s'exerce par des voies de fait ou des violences²⁹.

17. Par ailleurs, si des incriminations existent spécialement quant au refus d'obéissance, c'est uniquement dans des domaines et des circonstances déterminés. En matière militaire, tout d'abord, les articles L. 323-6 et L. 323-7

²⁷ E. VERNY, « Résistance et désobéissance civile », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint, Mélanges en l'honneur d'Yves MAYAUD*, Dalloz, 2017, p. 279.

²⁸ Cass. crim, 1^{er} mars 2006, n°05-84.444, *Dr. pénal* 2006, n° 67, obs. M. VERON ; *AJ pénal* 2006. 218 obs. G. ROYER ; *Gaz. Pal.* 2006. 2. somm. 3481, note Y. MONNET ; *RSC* 2007. 85, obs. C. MASCALA.

²⁹ Art. 433-11 du Code pénal.

du Code de la justice militaire prévoient une sanction en cas de refus d'obéissance du militaire à l'ordre donné, tandis que d'autres dispositions envisagent ici ou là de punir des actes d'insubordination. De surcroît, le fait de provoquer des militaires à la désobéissance est sanctionné par l'article 413-3 du Code pénal. Ces dispositions s'expliquent par les fonctions particulières de ces personnels, et la discipline à laquelle ils doivent se soumettre. De la même manière, le refus d'obtempérer aux consignes données par les policiers chargés de la police de la route (art. L. 233-1 du Code de la route) ou aux ordres donnés par les commandants des navires de l'État (art. L. 1521-9 du Code de la défense) sont des comportements pénalement répréhensibles.

18. Ainsi, il n'existe pas d'incrimination générale concernant les actes de désobéissance en matière pénale³⁰. Celui qui refuse de se soumettre à un ordre d'un supérieur encourt des sanctions disciplinaires³¹ ; celui qui ne se conforme pas à une décision de justice rendue en matière civile, à l'application des voies d'exécution³².

19. Ce constat de l'absence d'incrimination particulière ne saurait totalement surprendre, et est plutôt bien accueilli dans un État de droit où la liberté doit demeurer le principe. Les dissidences ou la simple expression d'un désaccord ne sauraient faire l'objet d'une répression systématique. En réalité, cela témoigne plus largement d'une mansuétude à l'égard du désobéissant qui joue le jeu de la démocratie. Lorsque la désobéissance s'exerce de manière exceptionnelle et non violente, et dès lors que les principes supérieurs qui animent les auteurs de ces actes sont clairement identifiés, la désobéissance doit être tolérée. Ce n'est pas

³⁰ J.-H. ROBERT, « La désobéissance en droit pénal », *Pouvoirs*, 2015/4, n°155, p. 113.

³¹ En témoigne par exemple la mise à la retraite d'office et à titre de sanction de Philippe PICHON, ancien commandant de police ayant dénoncé les irrégularités dans le fonctionnement du STIC (système de traitement des infractions constatées), un fichier de police informatisé contenant des informations sur l'ensemble des personnes interpellées (CE, 31 mars 2017, n°392316, *D. actu.*, 7 avr. 2017, obs. M.-Ch. DE MONTECLER ; *RFDA* 2018. 706, chron. X. DUPRE DE BOULOIS ; *AJCT* 2017. 443, obs. S. DYENS ; *JCP A* 2017, 2142, comm. N. POLGE ; *ibid.* 2018, 2058, chron. D. JEAN-PIERRE).

³² Exception faite de l'article 227-3 du Code pénal, relatif à l'obligation alimentaire et l'abandon de famille.

autre chose qui est affirmé par John Rawls lorsqu'il indique que la désobéissance civile « est conçue seulement pour le cas particulier d'une société presque juste, bien ordonnée dans sa plus grande partie mais où néanmoins se produit un certain nombre de violations graves de la justice³³ ». Ainsi, le désobéissant appartient à une minorité éclairée, une « *minorité de sages* » selon l'expression de Thoreau³⁴, qui dénonce la loi inique en espérant réveiller la conscience endormie de ses concitoyens. Le désobéissant croit en les vertus de la démocratie, et en la possible réformation du droit. Ses moyens d'action sont non-violents car il place sa confiance dans le débat public. La tolérance que le droit accorde à la désobéissance permet en creux d'affirmer l'attachement à la liberté d'expression, et le désaveu des actions violentes ou qui ne s'inscrivent pas dans ce cadre. À cet égard, le Code pénal incrimine le délit d'atteinte arbitraire à la liberté individuelle par dépositaire de l'autorité publique³⁵, et doit être poursuivi l'officier de gendarmerie qui fait retenir pendant plusieurs heures un individu, en connaissance de l'absence de fondement légal, pour l'empêcher d'assister à une manifestation³⁶.

20. Ainsi, le droit d'exposer publiquement son mécontentement doit être toléré dans un État de droit. Lorsque cela s'accompagne d'actes de désobéissance, des poursuites seront possibles dans certaines circonstances. Néanmoins, John Rawls estime alors que les juges devraient tenir compte du motif qui anime l'auteur de l'acte, et modérer, voire suspendre, la sanction légale³⁷. C'est la question de la répression qu'il nous faut maintenant envisager.

³³ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Seuil, 2002, p. 403.

³⁴ H. D. THOREAU, *La désobéissance civile*, Paris, Éditions Mille et une nuits, 2003, p. 23.

³⁵ Art. 432-4 du Code pénal.

³⁶ Cass. crim., 24 mai 2016, n°15-80.848, *D. actu.* 8 juin 2016, obs. S. FUCINI ; *AJ pénal* 2016. 383, obs. J. -B. PERRIER ; *Dr. pénal* 2016, n° 115, obs. A. MARON et M. HAAS ; *JCP G* 2016, 652, obs. J.-B. THIERRY ; *Gaz. Pal.* 21 juin 2016, n° 269, p. 23, obs. R. MESA.

³⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 2002, p. 426.

B. La modération de la répression à l'égard du désobéissant

21. Certains actes de désobéissance sont passibles de sanctions. À titre liminaire, il sera précisé que le militantisme est à cet égard un élément indifférent dans le traitement pénal de l'infraction³⁸. En effet, les mobiles ayant poussé à la commission de l'infraction ne sont pas pris en considération en tant que tels, et le fait que l'auteur de l'infraction ait agi en raison de convictions personnelles, aussi louables soient-elles, est sans incidence. De surcroît, certaines circonstances, qualifiées d'aggravantes, peuvent venir alourdir la répression du désobéissant, notamment lorsque l'acte est commis en réunion, voire en bande organisée. Toutefois, le droit peut modérer la répression des actes de désobéissance.

22. En premier lieu, cette tempérance permettra d'entraver l'acte de désobéissance. En effet, la désobéissance implique la recherche de la mise en action de la répression, envisagée comme une réaction de la puissance publique. L'auteur voit dans les poursuites judiciaires l'opportunité d'être confronté à un juge et de pouvoir débattre de ses arguments. Neutraliser la répression revient alors à ignorer le désobéissant, et à anéantir l'efficacité de son action.

23. Cette modération s'exprime de diverses manières. Tout d'abord, le législateur peut avoir lui-même neutralisé l'infraction. Ainsi, l'article L. 823-9 3° du CESEDA prévoit que ne peut être pénalement poursuivie la personne physique ou morale qui fournit des conseils ou un accompagnement juridique, linguistique ou social, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire aux personnes en situation irrégulière sur le territoire national. De la même manière, le dispositif visant à protéger les lanceurs d'alerte, résultant de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016, pose le principe selon lequel n'est pas

³⁸ A. DEJEAN DE LA BATIE, « Droit pénal et mobiles militants : de l'indifférence à la déférence », *AJ pénal* 2020. 21.

pénalement responsable la personne qui dévoile un secret protégé par la loi dès lors qu'elle intervient dans le cadre du dispositif légal³⁹.

24. Ensuite, le principe de l'opportunité des poursuites autorise le Procureur de la République à ne pas poursuivre une infraction dont il aurait connaissance. Il désamorce alors toute répression, et entrave l'action du désobéissant qui voit dans l'action judiciaire une publicité de son acte et un moyen d'expression de ses convictions. Le désobéissant met en quelque sorte le juge au défi d'appliquer la loi à son encontre. Dans le même temps, les actions menées en masse permettent d'obtenir une médiatisation, tout en gênant les poursuites. Dans la majeure partie des cas, cela ne se traduira pas par une absence pure et simple de poursuites, mais par l'exercice de celles-ci uniquement à l'encontre de quelques-uns des protagonistes. Un exemple peut en être donné avec les faucheurs volontaires. Une action de fauchage de parcelles de maïs OGM avait été menée par quelques centaines d'individus le 25 juillet 2004, et le Parquet n'en poursuivra finalement que neuf, s'opposant même à ce que quelques 230 autres faucheurs comparaissent volontairement⁴⁰.

25. Enfin, et ces situations sont plus difficiles à identifier, le juge peut être clément dans les sanctions prononcées. Il condamnera le désobéissant à une peine symbolique, voire prononcera la relaxe. Ainsi, dans un jugement du Tribunal correctionnel de Boulogne-sur-Mer du 20 août 2004⁴¹, et alors que des militants associatifs étaient poursuivis pour aide directe et indirecte à l'entrée et au séjour d'étrangers en situation irrégulière après avoir aidé des migrants en les hébergeant et en leur servant d'intermédiaire financier, les prévenus furent déclarés coupables mais dispensés de peine.

26. En second lieu, la modération de la répression tient parfois au contexte dans lequel intervient la violation de la loi. C'est notamment le cas lorsque les auteurs

³⁹ Article 122-9 du Code pénal.

⁴⁰ Cass. crim., 7 févr. 2007, n°06-80.108, précit.

⁴¹ T. corr. Boulogne-sur-Mer, 20 août 2004, cité par R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « La désobéissance civile : une source du droit ? », *RTD civ.* 2005. 73.

invoquent des droits fondamentaux ou des principes supérieurs pour justifier leurs actes, qui permettent de neutraliser la répression.

27. De ce fait, le désobéissant pourra être tenté de faire appel à la théorie des faits justificatifs. La légitime défense tout comme l'état de nécessité n'auront qu'un rôle résiduel à jouer en matière de désobéissance en raison des conditions de leur mise en œuvre. Ainsi, il a été jugé que la destruction de plants de riz génétiquement modifié ne peut être justifiée par un acte de nécessité, les auteurs de l'infraction disposant d'autres moyens d'expression pour faire entendre leur voix dans une société démocratique, et le risque portant sur la santé et l'environnement ne peut être compris comme le danger actuel et imminent de l'état de nécessité⁴². *A contrario*, les juges du fond sont parfois enclins à faire preuve de clémence, et partant à vouloir justifier les actes de désobéissance. C'est ainsi que par un jugement du Tribunal correctionnel de Lyon en date du 16 février 2019, deux militants écologistes ont été relaxés alors qu'ils étaient poursuivis du chef de vol en réunion après avoir décroché en mairie un portrait présidentiel. La motivation est audacieuse, et sans jamais se référer à l'état de nécessité, le juge estime que le non-respect des engagements de la France en matière climatique peut susciter des réactions qui ne peuvent plus seulement prendre la forme de voix dans des urnes lors des échéances électorales mais impose aux citoyens de renouveler leurs moyens d'action. Mettant en avant la limitation du trouble à l'ordre public causé par l'organisation de cet événement, et son caractère pacifique, la soustraction du portrait du Président Macron doit alors s'entendre « *comme le substitut nécessaire du dialogue impraticable entre le Président de la République et le peuple*⁴³ ». Cette solution, bien qu'isolée, conforte l'idée selon laquelle des agissements pacifiques et justifiés par une cause légitime pourront faire l'objet d'une sanction atténuée, et ici d'une

⁴² Cass. crim., 19 nov. 2002, n° 02-80.788, D. 2002. IR 3309 ; *ibid.* 2003. 1315, obs. D. MAYER ; *ibid.* 2006. Pan. 1652, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE.

⁴³ TGI Lyon, 16 févr. 2019, n° 19168000015, précit.

absence de sanction. Cette solution a depuis été infirmée en appel⁴⁴, les militants écologistes ayant écopé de peines d'amende.

28. Surtout, les désobéissants pourront en justice mettre en avant la défense de principes supérieurs, qui prendront l'apparence de droits fondamentaux, parmi lesquels la dignité humaine, le droit à la vie, le principe de précaution ou le droit à un environnement sain. Nombre de ces droits fondamentaux trouvent un fondement textuel dans des conventions internationales, telles que la Convention européenne des droits de l'Homme, ou dans le bloc de constitutionnalité. Les désobéissants mettent alors en lumière un conflit de normes entre la loi et le droit fondamental en cause. Appliquer le droit équivaldrait à bafouer la valeur supérieure, ce qui revient à démontrer le caractère illégitime de la norme. Par conséquent, le recours aux droits fondamentaux, devant les juges du fond ou les juridictions supérieures, permet aux désobéissants d'arborer un argumentaire juridique pour la défense de leurs convictions, et de bénéficier de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Sur ce point, la jurisprudence élaborée par la CEDH, et relayée par le juge interne, sur le fondement de son article 10 protégeant le droit à la liberté d'expression est éclairante⁴⁵. Dans un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 26 février 2020, la Cour de cassation avait à connaître, pour la deuxième fois, d'une affaire médiatisée puisqu'elle concernait une militante appartenant au collectif des Femen. Cette femme avait, en juin 2014, participé à une action au Musée Grévin, au cours de laquelle elle s'était dénudée la poitrine et sur laquelle était inscrit un message de nature politique, avant de renverser la statue de cire du président russe et de lui enfoncer un pieu recouvert de peinture rouge dans la tête. Dans cet arrêt était en cause l'infraction d'exhibition sexuelle. Les juges de la Cour de cassation raisonnent en deux temps. Ils estiment tout d'abord que les faits relèvent bien du délit d'exhibition sexuelle, quand bien même l'intention de son auteur était dénuée de toute connotation sexuelle. Puis, dans un second temps, et au visa de

⁴⁴ CA Lyon, 14 janvier 2020.

⁴⁵ A. CAPPELLO, « La liberté d'expression : un nouveau fait justificatif ? », *AJ pénal* 2020. 339.

l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, ils poursuivent en ces termes : « *la relaxe de la prévenue n'encourt pas la censure dès lors que ce comportement s'inscrit dans une démarche de protestation politique et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression*⁴⁶ ». Ce faisant, au nom de la liberté d'expression, le droit tolère l'acte de désobéissance de cette militante à la loi pénale. L'infraction est constituée, mais est justifiée par la liberté d'expression. Les « Décrocheurs de Macron » ont d'ailleurs pu trouver ici un argument juridique efficace. Alors qu'une partie de la doctrine estimait que cela aurait pu fonder les premières décisions rendues à leur égard⁴⁷, sans que cet argument ne soit mobilisé, le Tribunal correctionnel d'Auch a relaxé cinq prévenus le 27 octobre 2020 en estimant que l'exercice de la liberté d'expression neutralise l'infraction de vol pourtant constituée⁴⁸. Toujours relativement aux militants en faveur de la cause climatique, la Cour de cassation a cassé le 22 septembre 2021 un arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux qui n'avait pas recherché si la condamnation pénale n'était pas de nature à porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression⁴⁹. Sur ce fondement, un certain nombre de comportements désobéissants pourraient être absous. En effet, et de jurisprudence constante, la mise en œuvre de cet article repose sur l'existence d'un débat d'intérêt général. Or, précisément, les revendications des désobéissants peuvent s'inscrire dans un tel débat.

⁴⁶ Cass. crim., 26 févr. 2020, n°19-81.827, *D. actu.* 6 mars 2020, obs. A. BLOCMAN ; *AJ pénal* 2020. 247, étude J.-B. THIERRY ; *ibid.* 233, étude L. FRANÇOIS ; *JCP G* 2020. 699, obs. J.-Ch. SAINT-PAU ; *Dr. Pénal* 2020, comm. 69, obs. Ph. CONTE ; *CCC* 2020. comm. 34, obs. A. LEPAGE ; *Gaz. Pal.* 17 mars 2020, n° 376, p. 16, obs. D. ROETS ; *ibid.* 12 mai 2020, n° 378, p. 44, obs. St. DETRAZ ; *ibid.* 19 mai 2020, n° 378, p. 33, obs. F. FOURMENT.

⁴⁷ Voir notamment D. ROETS, « Du vol d'un portrait officiel du Président de la République comme moyen de lutter contre le réchauffement climatique : quelle "justification" ? », *D.* 2019. 1973.

⁴⁸ Tr. corr. Auch, 27 oct. 2020.

⁴⁹ Cass. crim., 22 sept. 2021, n°20-85.434, *D. actu.* 8 oct. 2021, obs. M. RÉCOTILLET ; *AJ pénal* 2021. 532, obs. A. TALEB-KARLSSON ; *JCP A* 2021, 2327, obs. R. MÉSA ; *CCE* 2021, comm. 82, obs. A. LEPAGE ; *Gaz. Pal.* 2021, n°41, p. 15, obs. E. LE MOULEC.

29. En somme, le droit organise une certaine tolérance à l'égard des comportements désobéissants en ne les sanctionnant pas toujours. Les arguments juridiques permettant d'entraver la répression sont nombreux, et utilisés régulièrement par les protagonistes. Il s'agit en quelque sorte de justifier les actes qui s'inscrivent dans un véritable débat d'idées. Plus encore, le droit encourage parfois la désobéissance.

II. La désobéissance encouragée à l'égard de la norme illégitime

30. Cet encouragement à désobéir à une norme illégitime revêt deux aspects : tout d'abord, le droit protège parfois les désobéissants, notamment lorsqu'ils s'exposent à des représailles en révélant des informations compromettantes. C'est le cas des lanceurs d'alerte (A). Ensuite, dans certaines situations, le droit impose la désobéissance (B).

A. La protection des désobéissants

31. En révélant des faits constitutifs d'un danger ou d'une situation anormale, et nécessaire à l'intérêt général, le lanceur d'alerte agissant dans la sphère professionnelle désobéit à l'obligation de loyauté qu'impose l'appartenance au groupe. La peur du licenciement, ou plus largement des représailles, peut être un élément dissuasif. Or, dans le même temps, la révélation de ces informations peut relever de l'intérêt général, en témoigne par exemple le scandale sanitaire du Médiateur dévoilé par le Docteur Irène Frachon. Ainsi, le juge et le législateur sont intervenus pour protéger le désobéissant qu'est le lanceur d'alerte. Il ne s'agit là finalement que d'un moyen permettant d'encourager les révélations.

32. La protection a d'abord été jurisprudentielle, émanant de la Cour européenne des droits de l'homme, avant d'être relayée par les juges internes. Sur le fondement de l'article 10 de la Convention, la CEDH a affirmé la protection que devaient recevoir les lanceurs d'alerte, qu'ils soient

fonctionnaires⁵⁰ ou salariés du secteur privé⁵¹. Cette position a par la suite été relayée par la Cour de cassation dans le cadre de son contrôle de conventionnalité, qui a estimé que les salariés avaient un droit au signalement des conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, lorsqu'ils étaient de bonne foi et que ces faits pouvaient être de nature à entraîner des sanctions pénales, sans qu'ils ne puissent faire l'objet d'un licenciement⁵². Au-delà du milieu professionnel, la liberté d'expression a pu justifier la révélation d'informations venant alimenter un débat d'intérêt général, alors même que les lanceurs d'alerte étaient poursuivis pour diffamation⁵³ ou escroquerie⁵⁴.

33. De surcroît, la protection trouve aujourd'hui des ancrages législatifs. Bien avant la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016, qui a instauré un véritable statut du lanceur d'alerte, plusieurs lois étaient déjà intervenues entre 2007 et 2016. Par exemple, peuvent être citées une loi contre la corruption de 2007⁵⁵, ou encore un texte de 2011 suite à l'affaire du Médiateur et relatif au renforcement de la

⁵⁰ CEDH, 12 févr. 2008, n° 14277/04, *Guja c/ Moldavie*, *AJDA* 2008. 978, chron. J.-F. FLAUSSE ; *JCP G* 2008. I. 167, n° 18, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 2009. 227, obs. V. JUNOD, spéc. Plus récemment, CEDH, 7 sept. 2017, n° 41519/12, *Lacroix c/ France*, *AJDA* 2017. 1693 ; *D.* 2017. 1763, obs. E. AUTIER ; *AJCT* 2018. 42, obs. Y. MAYAUD ; *JCP G* 2017, 1170, note H. SURREL ; *Gaz. Pal.* 13 févr. 2018, n° 312, p. 24, obs. Ph. PIOT.

⁵¹ CEDH, 21 juill. 2010, n° 28174/08, *Heinisch c/ Allemagne*.

⁵² Cass. soc., 30 juin 2016, n°15-10.557, *D.* 2016. 1740, concl. J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY ; *RDT* 2016. 566, note P. ADAM ; *JCP S* 2016. 989, obs. Fr. DUQUESNE ; *ibid.* 1381, obs. G. DUCHANGE ; *CCC* 2016 comm. 71, obs. A. LEPAGE ; *RJS* 2016/10, n° 612 ; *SSL* 2016, n° 1730, p. 11, obs. Fr. CHAMPEAUX, interview J.-G. HUGLO ; *JSL* 2016, n° 415-5, obs. H. TISSANDIER.

⁵³ Cass. crim. 29 mars 2011, n°10-85.887, *AJDA* 2011. 1701 ; *D.* 2011. 1419, obs. S. LAVRIC ; *ibid.* Pan. 2833, obs. Th. GARÉ ; *AJ pénal* 2011. 304, obs. G. ROYER ; *CCE* 2011, comm. 79, obs. A. LEPAGE ; *JCP A* 2012, chron. 2001, obs. D. SEBAN et M. HÉNON.

⁵⁴ Cass. crim. 26 oct. 2016, n°15-83.774, *D. actu.* 16 nov. 2016, obs. J. GALLOIS ; *AJ pénal* 2017. 38, obs. N. VERLY ; *Légipresse* 2017. 67 ; *ibid.* 92, étude H. LECLERC ; *RSC* 2016. 767, obs. H. MATSOPOULOU ; *Dr. Pénal.* 2017, comm. 2, obs. Ph. CONTE ; *JCP G* 2016. 1314, note G. BEAUSSONIE et B. DE LAMY ; *CCC* 2013 comm. 103, obs. A. LEPAGE ; *RJPF* 2017, n° 3, p. 14, obs. R. MESA ; *Gaz. Pal.* 14 févr. 2017, n° 286, p. 31, obs. F. FOURMENT.

⁵⁵ L. n° 2007-1598, 13 nov. 2007, relative à la lutte contre la corruption : *JO*, 14 nov. 2007, p. 18648.

sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé⁵⁶. Dans ces deux exemples, le législateur insère une disposition au Code du travail dans laquelle il interdit toute sanction à l'égard de la personne révélant des faits – ici soit de corruption, soit relatifs à la sécurité sanitaire des produits – connus de bonne foi et dans un cadre professionnel.

34. Finalement, le législateur est intervenu plus largement avec la loi Sapin 2, intitulée « Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ». Cette loi généralise l'alerte éthique dans le milieu professionnel, tout en posant les critères et les conditions permettant d'identifier le lanceur d'alerte. Celui-ci doit être une personne physique, ce qui exclut les associations ou syndicats par exemple. Il doit agir de bonne foi, condition qui avait déjà été mise en lumière à travers la jurisprudence, et de manière désintéressée. Sur ce dernier point, la loi prévoyait initialement la possibilité pour le Défenseur des droits d'octroyer une aide financière au lanceur d'alerte. Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel⁵⁷. La loi précise également que sont exclus du dispositif les faits couverts par le secret défense, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client. Sous cette réserve, tous les faits découverts dans le domaine professionnel pourront être révélés dans le cadre de la procédure instituée par cette loi, prévue en trois temps⁵⁸. Le lanceur d'alerte devra tout d'abord prévenir son supérieur hiérarchique. En l'absence de diligence dans un délai raisonnable, il pourra ensuite saisir l'autorité judiciaire, l'autorité administrative ou les ordres professionnels. Enfin, et à défaut de réponse de ces organes dans un délai de

⁵⁶ L. n° 2011-2012, 29 déc. 2011, relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, JO, 30 déc. 2011, p. 22667.

⁵⁷ Cons. const., 8 décembre 2016, n°2016-741 DC, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (non-conformité partielle – réserve), JO 10 déc ; *AJDA* 2016. 2404, obs. M.-Ch. DE MONTECLER ; *D.* 2017. 881, obs. D. FERRIER ; *Constitutions* 2017. 52, chron. Ph. BACHSCHMIDT ; *ibid.* 75, chron. J.-Fr. GIACUZZO ; *Rev. sociétés* 2017. 121, obs. B. LECOURT ; *RTD civ.* 2017. 593, obs. P. DEUMIER ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 12, p. 71, note B. DONDERO ; *NCCC* 2017, n°s 55-56, p. 151, chron. V. PELTIER et E. BONIS ; *ibid.*, p. 198, chron. Th. PIAZZON ; *ibid.*, p. 247, chron. St. AUSTRY ; *LPA* 2017, n° 234, p. 13, chron. M. VERPEAUX ; *JCP G* 2018, n° 11, p. 506, chron. M. VERPEAUX et A. MACAYA.

⁵⁸ M. DISANT, « Les lanceurs d'alerte saisis par le droit », *LPA* 7 juin 2018, n°136, p. 16.

trois mois, les révélations pourront être rendues publiques. Aux côtés de cette procédure de droit commun existe une procédure dérogatoire consistant à prévenir le Ministère public ou le Défenseur des droits.

35. Le dispositif est, à plusieurs égards, protecteur du salarié. Tout d'abord, la loi facilite la révélation des faits qui entrent dans ce champ en imposant aux entreprises et aux administrations de plus de 50 salariés, ainsi qu'aux collectivités territoriales regroupant plus de 10 000 habitants, de mettre en place des dispositifs spéciaux d'alerte éthique. Ensuite, cette protection se manifeste par la confidentialité qui est assurée au lanceur d'alerte et permet de pallier la difficulté liée à la peur des représailles. Protection encore, car le lanceur d'alerte qui entre dans la définition légale bénéficiera d'une immunité pénale inscrite à l'article 122-9 du Code pénal en cas de secret protégé par la loi, sous la condition que les divulgations soient nécessaires et proportionnées à la sauvegarde des intérêts en cause. En outre, et de manière classique, le dispositif prévoit la réintégration du salarié en cas de licenciement abusif. Enfin, un délit d'entrave à l'alerte est créé par cette loi, complétant le dispositif afin qu'il ne puisse y être porté atteinte.

36. La loi protège donc le lanceur d'alerte qui s'inscrit dans le cadre légal issu de la loi de 2016⁵⁹. Il s'agit de lui offrir des garanties alors qu'il pourrait se trouver dans une situation difficile après la dénonciation d'agissements dont la révélation est pourtant conforme à l'intérêt général. Le droit préserve ainsi un équilibre entre les actes de dénonciation, qui sont susceptibles d'être entendus comme une désobéissance à la norme, et la légitimité de la révélation. Au contraire, l'alerte lancée dans un cadre militant, par un collectif ou un mouvement citoyen ne rentrera pas dans ce cadre législatif. Dans ce cas, la

⁵⁹ Il sera précisé que la directive (UE) n°2019-1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 oct. 2019 sur la protection des personnes qui signalent une violation du droit de l'Union conduira prochainement à une modification du droit interne, à tout le moins pour les dénonciations d'une violation du droit de l'Union européenne. À cet égard, deux propositions de loi visant à la transposition de cette directive ont été adoptées par l'assemblée nationale le 17 novembre 2021. Pour une présentation de la directive, voir : Cl. BALLOT-SQUIRAWSKI, « L'immunité des lanceurs d'alerte », *Gaz. Pal.* 2021, n°18.

légitimité de la désobéissance devra être prouvée par les mécanismes de droit commun.

37. Au-delà de cette protection, le droit impose parfois la désobéissance.

B. Le devoir de désobéissance

38. La désobéissance peut être exigée par le droit. L'affirmation peut surprendre, tant elle paraît en contradiction avec le caractère obligatoire de la règle de droit et l'idée que la norme soit nécessairement légitime, mais le droit admet la possibilité de sa propre illégitimité. Les hypothèses sont peu nombreuses, mais elles existent. Elles concernent les fonctionnaires, civils et militaires.

39. Le devoir de désobéissance le plus notoire est exprimé à l'encontre des militaires. Il s'est accru ses dernières années, passant d'un droit à la désobéissance à un devoir de désobéissance. En effet, la loi de 1972 portant statut général des militaires affirmait un droit à la désobéissance en ces termes : *« les militaires doivent obéissance aux ordres de leurs supérieurs et sont responsables de l'exécution des missions qui leur sont confiées. Toutefois, il ne peut leur être ordonné et ils ne peuvent accomplir des actes qui sont contraires aux lois, aux coutumes de la guerre et aux conventions internationales ou qui constituent des crimes ou des délits notamment contre la sûreté et l'intégrité de l'État⁶⁰ »*. Cette formule sera reprise dans la loi de 2005⁶¹. Néanmoins, une instruction de 2005 fixant les modalités pratiques de mise en œuvre du décret d'application de cette loi précise que *« le subordonné doit refuser un ordre prescrivant d'accomplir un acte manifestement illégal »*. Cette exigence est aujourd'hui codifiée à l'article D. 4122-3 3° du Code de la défense⁶². Le changement de terminologie ne laisse plus de place au doute, et admet un devoir de

⁶⁰ L. n°72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires.

⁶¹ L. n°2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, art. 8.

⁶² Selon ce texte, le militaire *« ne doit pas exécuter un ordre prescrivant d'accomplir un acte manifestement illégal ou contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés et aux conventions internationales en vigueur »*.

désobéissance du militaire en cas d'ordre manifestement illégal. L'adverbe témoigne du fait que l'ordre ne saurait être simplement illégal, mais doit revêtir une certaine gravité. Il s'agit ici d'une première consécration d'un devoir de désobéissance.

40. Le statut de la fonction publique en offre un second exemple. D'origine jurisprudentielle, la théorie dite des « Baïonnettes intelligentes » prévoit que le fonctionnaire doit refuser de s'exécuter en certaines circonstances. Cette obligation puise ses origines dans la jurisprudence Langneur du Conseil d'État de 1944⁶³, avant d'être précisée par quelques décisions et d'être consacrée par la loi en 1983⁶⁴. Elle figure aujourd'hui à l'article 28 du Titre Ier du statut général des fonctionnaires, rappelant le devoir d'obéissance avant d'en dégager l'exception : « *[tout fonctionnaire] doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public*⁶⁵ ». Ce droit repose sur deux conditions cumulatives⁶⁶ : les ordres reçus doivent être manifestement illégaux et de nature à compromettre gravement un intérêt public. Toutefois, elles sont entendues très restrictivement par la jurisprudence⁶⁷, de sorte que très peu de situations permettront au fonctionnaire de faire jouer ce devoir de désobéissance⁶⁸.

⁶³ CE, 10 nov. 1944, Langneur, Lebon 288 ; S. 1945, III. p.18 ; D. 1945, jur., p. 89, concl. B. CHENOT ; JCP 1945, II, 2852, note Ch. CHAVANON.

⁶⁴ L. n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

⁶⁵ L'ordonnance n°2021-1574 du 24 nov. 2021 portant partie législative du code de la fonction publique prévoit que cette disposition soit codifiée à l'article L. 121-10 du Code de la fonction publique dont la partie législative entrera en vigueur le 1^{er} mars 2022.

⁶⁶ Le caractère cumulatif a été dégagé dans CE, 27 mai 1949, ARASSE, Lebon 249.

⁶⁷ L. SOURZAT, « Les évolutions de la désobéissance légale du fonctionnaire. De la jurisprudence Langneur au lanceur d'alerte ? » *AJFP* 2018. 134.

⁶⁸ Pour un exemple où l'intérêt public n'était pas gravement compromis : CE sect., 4 janv. 1964, CHARLET et LIMONIER, Lebon 1 ; *AJDA* 1964. 447 ; *RDP* 1964, p. 439, note M. WALINE. Pour un exemple où l'ordre n'était manifestement pas illégal : CE, 28 juill. 1993, Lucien ORSANE, n°84535. Au contraire, lorsque les deux conditions sont remplies et que l'agent n'a pas désobéi, une faute pourra lui être reprochée : CE, 3 mai 1961, POUZELGUES, Lebon 280 ; *AJDA* 1961, I, 333 et II, 356, Ch. GALABERT et B. GENTOT.

41. L'idée qui anime ces deux dispositions se retrouve également à l'article 122-4 du Code pénal, qui a un domaine d'application bien plus large puisqu'il s'agit d'un mécanisme de droit commun, qui prévoit le fait justificatif du commandement de l'autorité légitime. Un individu ne pourra être poursuivi pour une infraction alors qu'il n'a fait qu'appliquer un ordre émanant d'une telle autorité. Néanmoins, cette disposition précise *in fine* que ce fait justificatif ne pourra trouver à s'appliquer dès lors que l'acte réalisé était manifestement illégal. Une lecture *a contrario* de cette disposition offre alors une hypothèse dans laquelle la loi commande de refuser de s'exécuter, sous peine d'engager sa responsabilité pénale. Plus encore, il est possible de trouver en jurisprudence des exemples dans lesquels un fonctionnaire a pu être sanctionné pour ne pas avoir désobéi alors que les deux conditions étaient remplies, et qu'il n'a fait l'objet d'aucune contrainte physique ou morale justifiant le respect des ordres donnés⁶⁹.

42. En conclusion, le droit admet de manière marginale et circonstanciée la désobéissance, dès lors qu'elle participe du débat social et permet de dénoncer les normes illégitimes qui pourraient exister ou les situations présentant un danger pour l'intérêt commun. La désobéissance permet ainsi de faire progresser la démocratie, et s'analyse dans une certaine mesure comme une source matérielle du droit⁷⁰, l'une de ces « *forces créatrices* » que décrivait le Doyen Ripert.

43. Certains ont ainsi pu émettre l'idée d'une reconnaissance d'un droit à la désobéissance, qui pourrait notamment se fonder sur l'article 2 de la Déclaration de 1789 relatif au devoir de résistance à l'oppression⁷¹. Cela n'est pas souhaitable car toutes les revendications soulevées dans le cadre de la désobéissance ne méritent pas la tolérance du droit, toutes ne révèlent pas une illégitimité de la norme. Par ailleurs, une telle généralisation d'un droit à la

⁶⁹ CE, 11 février 1949, Sieur HUBERT, Lebon 73.

⁷⁰ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « La désobéissance civile : une source du droit ? », précit.

⁷¹ A. OGIEN, « La désobéissance civile peut-elle être un droit ? », *Droit et société*, 2015/3, n°91, p. 579.

désobéissance contreviendrait à l'intérêt même des désobéissants. L'illégalité de leur action leur assure une médiatisation nécessaire à la progression de la cause défendue. Couvrir de tels actes par la légalité reviendrait à neutraliser en partie leur efficacité. Ainsi, le droit positif respecte aujourd'hui un délicat équilibre entre les intérêts à l'œuvre, bien que celui-ci soit encore perfectible.