

Légitime défense au programme : que vaut la «défense excusable»?

Charles Rouvier

Charles Rouvier est avocat au barreau de Paris.

Résumé

Dans la perspective des élections présidentielles, le candidat Éric Zemmour propose une modification législative du droit à la légitime défense en introduisant la notion de « défense excusable » et en prévoyant une présomption de légitime défense pour les membres des forces de l'ordre.

En l'état du droit applicable, le problème de la légitime défense provient de ce que la jurisprudence se fait une idée désincarnée de l'agression. La cour de cassation a pour les victimes des exigences de sang froid et de calcul totalement irréalistes. Le plus grave est que ces exigences, parfois, ne peuvent s'appuyer sur aucune base textuelle et ont été forgées pour l'occasion.

La proposition d'Éric Zemmour, ou une qui lui ressemble, si elle devait aboutir, serait un pas dans la bonne direction, mais resterait concrètement un palliatif. Une réécriture complète du texte de loi est nécessaire, en attendant une évolution de la mentalité des juges.

L'Institut pour la Justice est une association de citoyens préoccupés par les dérives de la justice pénale, qui répercute et canalise les inquiétudes de chacun et propose des réformes pragmatiques. L'association s'appuie sur un réseau d'experts du champ pénal pour promouvoir une justice plus lisible pour le citoyen, plus efficace contre la criminalité et plus équitable vis-à-vis des victimes.

Édité par l'Institut Pour la Justice - Association loi 1901

Les opinions exprimés dans les publications n'engagent que leurs auteurs.

Contacts :
01 45 81 28 15
publications@institutpourlajustice.org

Comme il est fréquent en période électorale, la question de la légitime défense est évoquée par un ou plusieurs candidats, en général de droite, et cette élection présidentielle 2022 ne fait pas exception. Cette fois, donc, c'est Éric Zemmour qui a formulé ces derniers mois l'idée d'une réforme de la légitime défense en introduisant dans notre droit 1) une notion de « défense excusable » et 2) une présomption de légitime défense pour les forces de l'ordre.

Cette proposition programmatique reprend deux propositions de lois déposées au cours de la dernière législature.

Le 10 mai 2019, le Sénateur Stéphane Ravier avait proposé d'insérer dans le Code pénal la disposition suivante : « *Est présumé avoir agi en état de légitime défense tout agent de la police municipale, de la police nationale ou de la gendarmerie nationale qui fait usage de son arme dans l'exercice de ses fonctions en dehors des cas prévus à l'article L. 435-1 du code de la sécurité intérieure.* »¹.

Le 19 juin 2019, le député Joachim Son-Forget proposait que soit introduit dans le Code pénal la disposition suivante : « *En cas de disproportion entre l'acte de défense et l'agression elle-même, la personne qui se défend sous l'effet de panique ou de saisissement qui ont modifié sa perception de la réalité n'est pas pénalement responsable, si son état de panique ou de saisissement est directement causé par l'agression qu'elle a subie.* »².

Il est à noter que ces deux membres du parlement ont soutenu la candidature d'Éric Zemmour, si bien qu'il est logique qu'il reprenne à son compte leur combat.

La notion de défense excusable vient directement du droit suisse, l'article 16.3 du Code Pénal Suisse de 1937 disposant que « *Si l'auteur, en repoussant une attaque, a excédé les limites de la légitime défense (...), le juge atténue la peine* » et d'ajouter que « *si cet excès provient d'un état excusable d'excitation ou de saisissement causé par l'attaque, l'auteur n'agit pas de manière coupable.* ».

Il s'agit, pour Éric Zemmour, d'assouplir l'exigence de proportionnalité de la riposte légitime, laquelle permettrait selon lui aux criminels de s'en tirer à bon compte.

Quant à la présomption de légitime défense pour les membres des forces de l'ordre, il s'agit tout simplement pour le candidat d'alléger le poids de la charge de la preuve pesant sur les policiers et gendarmes lorsqu'il font usage de leur arme, l'idée étant que les voyous profitent de ce que la loi actuelle inhibe les représentants de la loi.

Savoir si cette réforme est souhaitable dépend de savoir si elle est de nature à régler, du moins en partie, les problèmes posés par le droit actuel de la légitime défense (II).

Pour cela, il convient d'abord de déterminer où se trouve le problème (I).

Nous nous risquons enfin à formuler une proposition de rédaction alternative (III).

I : Le droit actuel de la légitime défense est-il mal formé ?

Pour savoir si quelque chose est conforme ou difforme il faut comparer son état de fait à son état idéal. Aussi allons-nous brièvement examiner le droit de la légitime défense tel

1 Proposition de loi visant à instaurer la présomption de légitime défense pour les membres des forces de l'ordre faisant usage de leur arme dans l'exercice de leurs fonctions ; Enregistré à la Présidence du Sénat le 10 mai 2019.

2 Proposition de loi n°2044 visant à mieux définir le cadre de la légitime défense ; Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 juin 2019

Comme il est fréquent en période électorale, la question de la légitime défense est évoquée par un ou plusieurs candidats, en général de droite, et cette élection présidentielle 2022 ne fait pas exception.

qu'il est appliqué (A) avant de déterminer s'il est tel qu'il devrait être (B) et quels sont les problèmes globaux dont il souffre (C).

A : Le contenu de la loi sur la légitime défense

Rappelons très succinctement les conditions auxquelles doit répondre actuellement un acte de défense pour être considéré comme « légitime » aux termes de l'article 122-5 du Code pénal (1) en examinant d'abord celles que nous estimons émaner directement du texte (2) par opposition à celles que la jurisprudence a formé en l'interprétant (3), ou à tout simplement créé (4).

1) Les conditions de la légitime défense

L'acte de défense légitime doit répondre aux critères suivants : a) s'exercer contre une agression injuste, b) être concomitant de cette agression et c) faite avec des moyens proportionnés à l'attaque.

La jurisprudence est venue préciser ce texte, dont on peut tirer trois conditions supplémentaires :

d) l'acte de défense doit s'exercer contre une menace réelle et non seulement supposée – au minimum faut-il que la victime ait pu objectivement être persuadée du danger ; e) l'acte doit avoir été absolument nécessaire, la circonstance ne laissant pas d'autres choix et f) l'acte de défense doit avoir été volontaire et non le résultat d'une maladresse ou d'une erreur.

2) Les conditions directement tirées du texte

L'article 122-5 du Code pénal dispose ainsi :

« 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. ».

En premier lieu, il convient de saluer le bon sens inhérent au texte qui pose des conditions somme-toute raisonnables. Pour l'injustice de l'agression, on ne saurait excuser une défense exercée contre une arrestation par la police et encore moins... contre un acte de légitime défense, par exemple. Par ailleurs se défendre ne signifie pas se venger plusieurs heures ou jours après, ni entreprendre d' « attaque préventive » comme à la guerre ni même s'acharner pendant des très longues minutes sur un assaillant déjà hors de combat, il faut donc exiger une concomitance. Enfin, l'agressé doit garder un minimum ses nerfs et ne pas répondre à une gifle par un coup de couteau. Se défendre ne signifie pas laver son honneur à la mode florentine, d'où l'exigence de proportionnalité.

Ce n'est là en définitive que respect de ce qu'est un acte de défense au sens le plus pur du terme, défense qui n'aurait pas dégénéré en rétorsion.

3) L'interprétation jurisprudentielle des critères textuels

Malheureusement, si la première condition d'injustice de l'agression ne pose pas de difficulté, la jurisprudence a donné une lecture singulière des deux dernières, actualité (a) et proportionnalité (b).

a. Pour apprécier de la *concomitance* de la riposte, les juges ne vont pas seulement chercher si l'acte était tardif ou anticipé au sens ou l'entendrait une oreille profane, mais s'adonneront à une véritable chronométrie pour évaluer à *la seconde près* si la victime peut être considérée comme en état de légitime défense. Ainsi la chambre

Pour apprécier de la *concomitance* de la riposte, les juges ne vont pas seulement chercher si l'acte était tardif ou anticipé au sens ou l'entendrait une oreille profane, mais s'adonneront à une véritable chronométrie pour évaluer à la seconde près si la victime peut être considérée comme en état de légitime défense.

de l'instruction de la cour d'appel de Nancy a-t-elle pu estimer, dans une affaire où un pharmacien avait tiré cinq coups de feu contre des braqueurs, en tuant un et en blessant un autre, que seul « *le premier tir effectué à 20 heures 13 minutes 36 secondes* » avait été fait en état de légitime défense. Les autres tirs, dont ceux qui avaient touché, n'étaient pas légitimes car, comprenez-vous, « *à 20 heures, 13 minutes et 41 secondes* » soit cinq secondes plus tard, les agresseurs étaient en train de fuir par la porte et ne représentaient donc apparemment plus aucun danger³.

b. Quant à la *proportionnalité* les tribunaux ont une tendance nette à exiger une proportionnalité des moyens employés de part et d'autre, d'une égalité des armes comme entre deux duellistes. Nous ne citerons qu'une espèce qui illustre tristement ce phénomène⁴. Dans cette affaire, un militaire de profession s'était rendu dans une taverne avec sa femme et avait été agressé sans conséquences sur le parking alors qu'ils en sortaient, par ce qu'il est convenu d'appeler des « jeunes ». Quand, trois semaines plus tard, le couple retourne à ce même bar, il se fait agresser de nouveau par trois individus mais cette fois plus gravement puisque le mari reçoit des coups de poings au visage. Celui-ci exhibe alors une arme de poing et tire quelques coups en l'air, mais son agresseur, pas découragé pour si peu revient à la charge si bien qu'il finit par lui tirer deux balles dans la cuisse pour le stopper. Il sera condamné pour violences aggravées.

Selon la cour d'appel de Bordeaux, il y avait un seul individu qui attaquait à main nues contre un autre qui s'est défendu avec une arme, et c'est tout. Or, s'il est vrai que la disproportion des armes est flagrante, elle est compensée par le nombre des individus, la présence de la femme de la victime pour qui il pouvait craindre le pire et, surtout, le fait que la victime avait déjà enduré injures et coups au visage avant d'utiliser son arme. Il convient ici de préciser : nous ne critiquons pas l'appréciation des faits faite par la cour d'appel, mais la manière dont elle applique la loi en l'occurrence compte tenu des faits qu'elle a elle-même constatés. Une chose est de dire qu'il y a disproportion des armes, une autre est de ne pas prendre en compte le reste des circonstances pour apprécier globalement le danger que la victime pouvait légitimement craindre pour elle-même et son épouse.

Pour se convaincre de l'orientation dangereuse de cette jurisprudence, voyons cet autre motif de la cour selon lequel : « *en s'étant rendu cette nuit-là sur le parking de la Taverne Bavaroise au Parc des expositions à Bordeaux où son épouse et lui-même avaient été agressés quelques semaines auparavant dans les mêmes conditions, M. X... avait délibérément pris le risque d'exposer son épouse et lui-même à une nouvelle agression* ». Le fait d'avoir été agressé deux fois en trois semaines, non seulement n'est pas une excuse mais vient comme élément à charge, la victime ayant été bien insolente d'oser revenir là où elle n'était visiblement pas la bienvenue.

Les tribunaux font ici une mauvaise lecture de la loi. Celle-ci prévoit, en effet, une proportion des moyens employés par la victime à la *gravité de la menace* et non aux moyens employés de *part et d'autre*.

Surtout, les cours se font manifestement une idée précise de ce que devrait être une victime idéale et s'y tiennent jusqu'à l'absurde, une victime dont la première pensée serait moins de sauver sa vie que de rester dans les limites juridiques de la légitime défense.

4) Les critères purement jurisprudentiels :

a. *La réalité de l'infraction* ne pose aucune difficulté, elle correspond elle aussi à une exigence tout à fait normale. La jurisprudence fait même parfois preuve de compréhension comme dans ce jugement de la Cour d'Assise de Meurthe et Moselle, dont le talent littéraire est à saluer, ayant acquitté le prévenu au motif qu'il « *a tiré après*

Les cours se font manifestement une idée précise de ce que devrait être une victime idéale et s'y tiennent jusqu'à l'absurde, une victime dont la première pensée serait moins de sauver sa vie que de rester dans les limites juridiques de la légitime défense.

3 Cass. Crim. 28 février 2006 – n° 05-87.400

4 Cass. Crim. 26 juin 2012n n° 11-86.809

s'être trouvé soudainement face à un malfaiteur dans l'obscurité de la nuit et dont le brusque retournement était lourd de menace »⁵.

b. La nécessité de l'acte de légitime défense, déduite du passage « acte commandé par la nécessité de la légitime défense », est d'avantage sujet à caution. Ces mots, à notre sens, peuvent être compris de deux manières.

La première est descriptive : le législateur a simplement voulu englober tout acte peu importe sa nature, dès lors que la situation de légitime défense constatée *par ailleurs*, l'a rendu nécessaire. C'est la situation de légitime défense résultant de la réunion de ces éléments constitutifs, qui rend l'acte nécessaire, et donc légitime. La nécessité née de la légitime défense commande l'acte, lequel est donc excusé.

Or les juges ont adopté une lecture exclusive : l'acte de défense doit être nécessaire en ce qu'il est seul de nature à constituer une défense légitime, c'est-à-dire à permettre de se soustraire à l'agression. La légitime défense n'est constituée que par un acte absolument nécessaire.

Cette dernière lecture est certes valable sur le plan grammatical et syntaxique, mais souffre d'importants défauts logiques et juridiques.

Cette vision de la nécessité de l'acte de défense contraint la victime d'une agression à ne se défendre qu'en dernier recours. C'est ce que nous avons eu l'occasion de surnommer dans un précédent article l'« obligation de fuir »,

Sur le plan logique, si c'est « la nécessité de la légitime défense » qui a « commandé » l'« acte », comme le dit le texte, alors comment cet « acte » peut-il dans le même temps produire la légitimité de la défense par son caractère nécessaire ? Comment apprécier de la nécessité d'un acte au regard d'une défense légitime si cette légitimité découle de la nécessité ?

Pire que ces questionnements exégétiques, une conséquence sociale bien concrète : cette vision de la nécessité de l'acte de défense contraint la victime d'une agression à ne se défendre qu'en dernier recours. C'est ce que nous avons eu l'occasion de surnommer dans un précédent article l'« obligation de fuir », puisque c'est *grosso modo* à cela que peuvent se résumer les possibilités de quelqu'un qui renonce à se battre (*Revue Française de Criminologie et de Droit Pénal*, avril 2017, « Faut-il défendre la légitime défense ? », Charles Rouvier). Ce n'est donc plus la violence qui est réprimée, à moins qu'elle n'ait été faite en défense contre une agression, mais la défense elle-même qui est réprimée puisqu'il faut absolument lui préférer tout autre moyen de se soustraire à l'agression, y compris lorsque la victime se trouve chez elle. On a par exemple reproché à un individu de ne pas avoir fui en se réfugiant dans sa propriété au seuil de laquelle il se trouvait, et d'avoir préféré se retourner armé de son fusil de chasse et de faire feu, même sans épauler ni viser⁶.

Si la défense en soi est réprimée, alors il n'y a plus de réelle légitime défense puisque celle-ci n'existera plus que dans le cas où la victime n'a d'autre choix. Or, en droit, ne pas avoir le choix ne s'appelle pas un droit mais une obligation.

c. Il faut aborder, pour finir, le problème du caractère volontaire de l'acte de défense. Sans aucune base textuelle, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt de principe du 16 février 1967, que « le fait justificatif de légitime défense est inconciliable avec le caractère involontaire de l'infraction ». Dans cette affaire, la victime d'une agression avait involontairement tué son agresseur ivre en le repoussant, provoquant sa chute mortelle. C'est le premier cas de figure : l'acte de défense a eu des conséquences excédant l'intention. Le second cas de figure est celui, par exemple, d'un coup de feu qui, manquant sa cible, frapperait une personne qui n'était pas l'agresseur. De toutes les autres conditions, celle-ci est la seule qui soit intrinsèquement et totalement injuste.

5 Cour d'Appel de Nancy, 9 mars 1979

6 Crim. 3 juill. 1989, n° 88-80.948

Le raisonnement est logique en apparence, nous disons bien *en apparence* : on ne peut se défendre sans le vouloir ; si l'homicide (par hypothèse) n'a pas été accompli pour la défense il n'y a alors aucune relation de cause à effet avec l'attaque et nous avons donc affaire à deux évènements décorrélés l'un de l'autre. Logique *uniquement* en apparence : c'est un sophisme.

Premièrement, il y a bien une relation de cause à effet car la personne ayant subi l'acte de défense non-intentionnel n'aurait pas été frappée si l'attaque n'avait pas eu lieu. Cette causalité pour n'être pas subjective n'en est pas moins objective. Mais la causalité n'est en réalité pas la question : il est tout bonnement absurde de punir quelqu'un pour un acte qu'il avait de toutes les façons le droit et tout intérêt à accomplir au seul prétexte qu'il l'a fait sans le vouloir.

La jurisprudence, de plus, fait ici une distinction que la loi ne fait pas. Rien dans les textes ne permet d'exclure la légitime défense pour des actes non-intentionnels puisque ceux-ci visent au contraire « tout acte ». Quand bien même, l'intention en droit pénal s'apprécie non pas dans les conséquences de l'acte mais dans l'acte lui-même. Or les actes de défense sont ici volontaires, seules leurs conséquences ne le sont pas. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale est ici totalement ignoré... alors même qu'il ne doit de toute manière jouer qu'au bénéfice de l'accusé.

Dans le cas où la victime, dans une séquence digne du Grand Guignol, aurait par pur hasard accompli un acte de défense sans même se rendre compte qu'elle allait être agressée, il manquerait ici tout bonnement l'élément intentionnel de l'infraction pénale !

Cette règle est donc totalement injustifiable que ce soit sur le plan moral, logique ou purement juridique. Son adoption et son maintien au stade de la cassation est un mystère, pour ne pas dire un scandale.

C : le problème global du droit de la légitime défense

Nous voyons ici que, si le texte de loi relatif à la légitime défense elle-même ne fait en somme qu'exprimer le bon sens, la jurisprudence a interprété ses dispositions d'une manière très défavorable à l'accusé, jusqu'à y ajouter, ce qui est critiquable à plusieurs points de vue.

1. *Sur le plan purement juridique*, les lois pénales sont censées être interprétées en faveur de l'accusé et non à son détriment. Les adages selon lesquels « *le doute profite à l'accusé* » ou encore « *dubia in meliorem partem interpretari debent* » (les clauses douteuses s'entendent au bénéfice de ceux qu'elles obligent), devraient s'appliquer ici. Le fait que le principe, par ailleurs respecté, ne souffre d'exception notable que lorsqu'il s'agit d'une victime d'agression est troublant.

2. *La conséquence politique* de cette jurisprudence justifie à elle seule qu'elle soit amendée : dans l'esprit des honnêtes gens comme des malfaiteurs, la loi protège les criminels et persécute leurs victimes. En effet, le risque de finir en prison, de subir la ruine et l'opprobre qui s'y attache est tel pour une victime d'agression, qu'elle se trouve au moment des faits avoir deux ennemis : l'agresseur proprement dit et la justice, celle-là même qui était faite pour la protéger.

Certes, et il est très important de le préciser, beaucoup de décisions de justices sont à saluer pour leur équilibre et il y a même des conditions qui ne posent pas de problème, telles l'injustice de l'agression ou sa réalité. Mais l'existence même de ces arrêts et de ces règles dans la jurisprudence, quelle que soit leur application concrète dans les tribunaux, scandalise le citoyen et il est normal qu'il soit révolté à chaque fois qu'elles se trouvent appliquées, fut-ce rarement. Ce n'est pas seulement des vies brisées par des juges trop zélés, c'est aussi un message envoyé à la société de ne pas interférer dans les actions

La conséquence politique de cette jurisprudence justifie à elle seule qu'elle soit amendée : dans l'esprit des honnêtes gens comme des malfaiteurs, la loi protège les criminels et persécute leurs victimes.

du criminel.

En lançant ce message à la société civile, la justice conforte l'assaillant dans sa position de prédateur dominant et la victime dans sa position de proie soumise. À l'honnêteté est attachée la honte de la servilité ; au crime est associé la fierté de la conquête. Ce n'est pas un modèle sain à imposer à une société, quelles qu'aient pu être les bonnes intentions qui en pavent la voie.

C'est enfin la sécurité juridique qui est atteinte. L'adoption de solutions prises aux termes de raisonnements juridiques aussi subtils est d'autant plus dangereuse que les justiciables de bonne foi sont souvent surpris par le nombre et la nature des obligations mis à leur charge dans un moment particulièrement peu propice à la pondération. Ils constatent, et l'opinion avec eux, à quel point la définition légale de la légitime défense diffère de l'idée qu'ils pouvaient s'en faire. Si un tel décalage est supportable concernant quelqu'un qui avait choisi d'accomplir un acte qu'il savait condamnable, il en va autrement quand le prévenu, non seulement était persuadé d'être innocent mais en outre a subi dans sa chair une attaque qu'il n'avait en rien demandée !

Le droit édicte des règles abstraites, la justice est censée amener ces raisonnements éthérés vers les situations charnelles et physiques auxquelles elles vont s'appliquer ; or les juges font ici preuve d'un juridisme extrême qui ignore totalement la réalité d'une agression.

Que la jurisprudence ait choisi d'ignorer cet aspect physique et humain de l'agression au point d'exiger des victimes qu'elles agissent avec le même calme que si elles se trouvaient sur un ring de boxe est, pour tout dire, consternant.

II : La réforme proposée par Éric Zemmour serait-elle utile ?

Nous répondrons à cette question successivement pour la défense excusable (A) et la présomption de légitime défense des forces de l'ordre (B).

A : Sur la défense excusable

Une proposition qui reprendrait par exemple la rédaction de celle déposée par Joachim Son Forget introduirait la notion de « défense excusable », c'est-à-dire l'idée qu'une défense dont les moyens excéderaient la gravité de l'atteinte serait néanmoins considérée comme légitime en raison du trouble psychique dans lequel se trouverait la victime du fait de l'infraction.

Au risque de manquer d'originalité, nous ferons voir que, si cette solution comporte plusieurs avantages théoriques (1), elle n'est pas sans faiblesses pratiques (2).

1. *Sur le plan théorique*, ce serait favoriser le réalisme du droit. Une agression n'est pas qu'un fait juridique, c'est la réalité on ne peut plus charnelle d'une personne innocente qui se trouve soudainement sous la « menace d'un mal considérable », pour reprendre les termes applicables à la contrainte en droit civil, un danger pour sa vie, à tout le moins pour sa santé et d'une manière que la société est censée prévenir.

Que la jurisprudence ait choisi d'ignorer cet aspect physique et humain de l'agression au point d'exiger des victimes qu'elles agissent avec le même calme que si elles se trouvaient sur un ring de boxe est, pour tout dire, consternant. Et les conséquences dramatiques que cela a pu avoir pour des honnêtes gens jetés en prison pour meurtres ou autres violences rend la chose absolument scandaleuse. S'il faut user de la loi pour affirmer ce qui devrait être l'évidence alors c'est la chose à faire.

À l'heure où la responsabilité pénale est si facilement exclue, notamment, dans une affaire très médiatisée⁷, lorsque l'état de démence passager était dû à la consommation de drogue par le mis en cause, il serait temps d'examiner les conséquences psychologiques

d'une agression sur une personne normale qui n'a rien fait pour que cela lui arrive.

Admettre, donc, l'état de saisissement consécutif à une agression, permettrait de rétablir un équilibre qui, à notre avis, aurait déjà dû résulter d'une lecture plus réaliste du texte originel dans tous les domaines que nous avons évoqué.

Plutôt que de décompter minutieusement les secondes pour déterminer l'actualité de l'atteinte, il s'agira de s'avoir si la victime se trouvait encore dans une sorte de « temps de l'agression », selon l'expression de Maître Thibault de Montbrial⁸.

De même pour la proportionnalité, le juge pourra prendre en compte l'excès inhérent à un acte de violence, celui-ci dût-il dépasser, à considérer froidement la chose, une stricte proportion des moyens employés.

La mention de cet état de saisissement aurait de plus l'avantage de tempérer ces deux critères d'actualité et de proportionnalité sans les remettre foncièrement en cause. Ils sont, à notre avis, absolument nécessaires au maintien d'un bon équilibre entre le droit à se défendre et l'interdiction de la vengeance. Il s'agit simplement de graver dans le marbre une lecture plus favorable à l'accusé.

Il en va de même pour le caractère volontaire de la légitime défense et du devoir de fuite. Ces exigences reposent sur l'idée que la victime doit conserver une parfaite maîtrise d'elle-même quelle que soit la situation. En introduisant dans le texte de loi lui-même l'idée que la victime peut perdre son sang-froid et en être néanmoins excusable, une vision plus réaliste du droit s'en trouvera renforcée. Symétriquement, s'en trouvera affaiblie l'idée saugrenue que seule l'intention justifie de se défendre ; quoique la seule véritable avancée serait de tout bonnement l'abolir.

En somme, le législateur permettrait que le droit de la légitime défense se fonde moins sur le raisonnement juridique pur et simple et plus sur une vision incarnée de l'évènement. Ce serait la prise en compte de ce qu'on pourrait appeler, de manière moins juridique que psychologique *l'inertie de l'acte de défense*. En science physique l'inertie peut se définir, contrairement à ce que l'on pourrait croire, comme la tendance d'un objet à conserver son mouvement selon une vitesse et une direction constante tant qu'il n'est pas influencé par une force nouvelle. C'est la raison pour laquelle une voiture lancée à pleine vitesse ne s'arrête pas immédiatement une fois l'accélérateur lâché, ni même une fois le frein serré.

Nous ne nous aventurerons pas plus avant dans un domaine qui n'est pas le nôtre mais soulignerons simplement que les actions humaines présentent des traits similaires. Nous fonctionnons par processus et non par commande simple. Un acte de défense face à une agression, surtout si elle est violente, convoque des émotions très fortes et l'afflux massif d'adrénaline dans le corps n'y est pas étranger. Il s'agira forcément de la peur mais aussi parfois de la colère, surtout lorsque l'« atteinte » s'accompagne d'humiliations comme c'est souvent le cas, l'agression elle-même en étant déjà une. Et ce ne sont pas là des peurs ou des colères ordinaires mais de celles qui naissent dans des situations vitales et animales de nature à abolir totalement le jugement pour laisser place à l'instinct.

C'est cette composante qui a été heureusement prise en compte dans le droit pénal suisse et que les différentes propositions ayant visé au même résultat en France voudraient voir considérer par notre droit.

Par ailleurs, une telle formulation permettrait de faire intellectuellement la jonction avec une autre cause d'irresponsabilité déjà prévue à l'article 122-1 du Code Pénal, à savoir le « *trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle [des] actes* ».

En somme, le législateur permettrait que le droit de la légitime défense se fonde moins sur le raisonnement juridique pur et simple et plus sur une vision incarnée de l'évènement. Ce serait la prise en compte de ce qu'on pourrait appeler, de manière moins juridique que psychologique, l'inertie de l'acte de défense.

Les preuves scientifiques ne manquent pas pour démontrer l'impact énorme qu'a sur une personne normale une situation d'urgence comme celle que nous évoquons au long de cet article. Quand le cours d'une vie se trouve à ce point modifié et d'une manière aussi brusque, il est possible de parler, au moins par hypothèse, d'une abolition du discernement.

Il est en effet paradoxal, là encore, que l'auteur d'un crime ou délit puisse se voir déchargé de toute responsabilité en raison d'un trouble psychique, y compris lorsqu'il est responsable de ce trouble même, et de ne pas tenir compte du trouble affectant la victime⁹.

Par le vocabulaire choisi, la loi rendrait manifeste l'aberration logique que cela représente de ne pas même envisager l'état psychique d'une personne se trouvant sous le coup d'une attaque.

2. *Sur le plan pratique*, il convient de nuancer : son effet serait davantage moral ou conceptuel que concret. Le fait de savoir s'il y a eu « état excusable d'excitation ou de saisissement » dépendra de l'appréciation du juge, tout comme le fait de savoir si cet « état excusable » a été la cause d'un acte de défense excessif ou tardif. Il semble qu'en Suisse même, l'admission de ces conditions soit loin d'être fréquente.

Une vraie solution passera par une évolution de la mentalité dominante chez les juges. Il est à peu près évident que ce droit jurisprudentiel de la légitime défense est né d'une hostilité idéologique à l'exercice de ce droit.

Une vraie solution passera par une évolution de la mentalité dominante chez les juges. Il est à peu près évident que ce droit jurisprudentiel de la légitime défense est né d'une hostilité idéologique à l'exercice de ce droit. L'école de la *défense sociale nouvelle*, si elle ne peut être assimilée, comme cela est parfois fait, au marxisme judiciaire auquel elle s'est malheureusement ajoutée, a imprégné la magistrature de l'idée que la répression pénale devait avant tout viser à la « *récupération morale et sociale du délinquant* » en rejetant sa dimension rétributive. Il est évident que la légitime défense pouvant aller jusqu'à l'homicide, elle laisse peu de place à la réinsertion de ceux contre qui elle s'exerce ; sauf à considérer, en cas de blessure simple, ce châtement immédiat comme éminemment didactique, ce que les tenants de ces théories refuseront sûrement de considérer.

En attendant une telle évolution, le législateur ne peut agir que sur le droit et force est de constater que, malgré une valeur pédagogique certaine, la réforme proposée par Éric Zemmour ne suffira pas si on ne l'accompagne pas d'une abolition pure et simple du caractère volontaire de la défense et du devoir de fuir.

B : Sur la présomption de légitime défense des policiers en gendarmes :

Depuis la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique, l'article L. 435-1 du code de la sécurité intérieure a unifié le régime des policiers et gendarmes. En effet il est prévu que :

Dans l'exercice de leurs fonctions et revêtus de leur uniforme ou des insignes extérieurs et apparents de leur qualité, les agents de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale peuvent, outre les cas mentionnés à l'article L. 211-9, faire usage de leurs armes en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée :

1° Lorsque des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique sont portées contre eux ou contre autrui ou lorsque des personnes armées menacent leur vie ou leur intégrité physique ou celles d'autrui ;

2° Lorsque, après deux sommations faites à haute voix, ils ne peuvent défendre autrement les lieux qu'ils occupent ou les personnes qui leur sont confiées ;

3° Lorsque, immédiatement après deux sommations adressées à haute voix, ils ne peuvent contraindre à s'arrêter, autrement que par l'usage des armes, des personnes qui cherchent à échapper à leur garde ou à leurs investigations et qui sont susceptibles de perpétrer, dans leur fuite, des atteintes à leur vie ou à leur intégrité physique ou à celles d'autrui ;

4° Lorsqu'ils ne peuvent immobiliser, autrement que par l'usage des armes, des véhicules, embarcations ou autres moyens de transport, dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt et dont les occupants sont susceptibles de perpétrer, dans leur fuite, des atteintes à leur vie ou à leur intégrité physique ou à celles d'autrui ;

5° Dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou de plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, lorsqu'ils ont des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont ils disposent au moment où ils font usage de leurs armes.

Éric Zemmour souhaite donc aller plus loin en conférant aux forces de l'ordre une présomption de légitime défense.

Quant à l'instauration d'une présomption de légitime défense pour les policiers, si l'intérêt concret d'une telle réforme serait là encore limité (1), il serait néanmoins possible d'en recueillir les fruits attendus en s'en inspirant pour les conditions de la mise en examen (2).

1. *En théorie*, là encore et pour les mêmes raisons que celles énumérées *supra* une telle réforme serait sans doute bénéfique pour des raisons pédagogiques, doctrinales et morales.

Sur le plan de la répression pénale concrète en revanche, il y a là encore à craindre que la situation n'évolue pas beaucoup puisqu'il suffira au juge de considérer que la preuve d'un état de non légitime défense est rapportée.

La présomption réfragable trouve son intérêt dans deux situations :

La première est de pallier à la difficulté de produire des preuves alors que les circonstances permettent d'incliner dans un certain sens, comme pour les cas prévus par les articles 122-6 du code pénal. De fait, lorsqu'une personne est entrée par effraction dans une habitation, il est naturel ne pas exiger de la victime la preuve de sa légitime défense étant donnée la menace que représente cette présence étrangère en elle-même par son caractère occulte et la difficulté qu'il y a à obtenir des preuves de ce qui s'est passé.

La seconde est lorsqu'on se trouve sous le régime de la preuve légale comme en droit civil, où il s'agit de protéger une situation de droit. Pour la présomption de paternité du mari par exemple, la preuve n'a plus rien de difficile à apporter, mais la paix des ménages exige que la preuve incombe à celui qui veut remettre en cause la paternité et non au mari présumé.

Mais sous le régime de l'intime conviction qui a cours en droit pénal et lorsque les circonstances entourant l'agression et la réplique sont déjà connues, une présomption réfragable n'a pas d'intérêt pratique puisqu'il ne s'agit plus là de constater un fait, déjà connu mais de le qualifier. D'autant plus que le policier est assermenté et que ses déclarations sont déjà présumées comme véridiques jusqu'à preuve contraire. Le tribunal, fort de son intime conviction pourra, au vu des faits de l'espèce, non pas constater que les éléments de la légitime défense ne sont pas réunis mais que la preuve est faite qu'un ou plusieurs éléments font défaut, ce qui revient au même.

La jurisprudence relative à l'article 122-6 du code pénal l'illustre bien : un arrêt a pu estimer par exemple que « M. Y..., qu'il ait été ou pas influencé par M. Z... s'est introduit, de nuit, par escalade, dans le jardin de la propriété de M. X... ; que, toutefois, en l'espèce, les circonstances conduisent à écarter l'application de la légitime défense invoquée

Sur le plan de la répression pénale concrète en revanche, il y a là encore à craindre que la situation n'évolue pas beaucoup puisqu'il suffira au juge de considérer que la preuve d'un état de non légitime défense est rapportée.

par le prévenu » puisqu'« aucun indice ne permet de retenir qu'il pouvait objectivement craindre un danger pour ses filles », motif qui, à l'évidence, diminue fortement l'utilité de la présomption¹⁰.

Cela est d'autant plus vrai lorsque, comme c'est le cas pour les forces de l'ordre, leurs interventions sont faites à plusieurs, en liaison constante et en temps réel avec leurs supérieurs hiérarchiques etc. tout élément propre à qualifier la légitime défense ou à faire échec sera déjà constitué.

2. *Mise en examen*. Il convient à ce stade de souligner une chose importante : le problème du droit à la légitime défense ne se manifeste pas uniquement dans la condamnation ou non du prévenu mais aussi dans sa mise en examen.

Pour un juriste, la mise en examen est bien distincte de la phase de procès mais, pour l'homme de la rue, le résultat est le même : un honnête citoyen est en prison.

Il convient à ce stade de souligner une chose importante : le problème du droit à la légitime défense ne se manifeste pas uniquement dans la condamnation ou non du prévenu mais aussi dans sa mise en examen. Pour un juriste, la mise en examen est bien distincte de la phase de procès mais, pour l'homme de la rue, le résultat est le même : un honnête citoyen est en prison.

En termes de réputation, la mise en examen, même si elle maintient en principe la présomption d'innocence, traduit l'idée qu'« il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable que [les personnes] aient pu participer, comme auteur ou comme complice » aux faits reprochés ce qui est déjà un opprobre pour un honnête citoyen et donc déjà une peine (C. Proc. Pén. Art. 80-1). Surtout que, comme pour la peine frappant un coupable, le mis en examen passera souvent au moins quelques semaines voire des mois en détention préventive ce qui achève bien souvent de ruiner ses affaires. Rappelons-le une millièème fois : c'est de la vie d'un citoyen honnête dont il s'agit.

Tout cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit d'un membre des forces de l'ordre. Et dans ce cas, tous les problèmes évoqués plus haut sont démultipliés car le scandale se fait dans les deux sens : pour une partie de l'opinion, c'est sa sécurité qui est mise en danger par un acharnement contre la police dont on craint (et constate) qu'elle est devenue très timorée face « aux racailles ». Une autre partie de la population, elle, y voit la confirmation judiciaire qu'un de ses membres et donc la « communauté » a subi une brimade, une voie de fait, une injustice intolérable dont la vengeance devient une cause en soi... surtout quand finalement il n'y a pas de condamnation, l'image d'une justice complice venant alors s'ajouter à celle d'une police violente dans un tableau bien ordonnancé.

Une plus grande prudence dans la mise en examen d'un membre des forces de l'ordre serait donc de mise.

Par exemple en supprimant les termes d'« absolue nécessité » et « de manière strictement proportionnée » de l'article L. 435-1 du code de la sécurité intérieure qui n'ont aucun sens puisqu'ils renvoient en fait aux conditions de la légitime défense de droit commun et sont très superflus compte tenu des conditions posées aux cinq cas prévus où l'usage d'une arme est possible.

III : Une réécriture souhaitable de l'article 122-5 du Code pénal

Compte tenu de ce qui a été dit plus haut, il apparaît nécessaire de réécrire en profondeur la loi afin, autant que possible, que le droit de la légitime défense redevienne une protection du citoyen, du « boni » de Cicéron, et non plus une menace supplémentaire pesant sur sa tête.

Nous pouvons proposer une rédaction ainsi formulée :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour défendre elle-même

ou autrui contre une atteinte injustifiée, accomplit tout acte, volontaire ou non, propre à l'interrompre définitivement, dans un temps voisin et par des moyens proportionnés tant au danger qu'elle peut raisonnablement en redouter qu'à l'altération du jugement qui en résulte ».

Quant à l'article L. 435-1 du code de la sécurité intérieure il pourrait être ainsi rédigé :

Dans l'exercice de leurs fonctions et revêtus de leur uniforme ou des insignes extérieurs et apparents de leur qualité, les agents de la police nationale et les militaires de la gendarmerie nationale peuvent, outre les cas mentionnés à l'article [L. 211-9](#), faire usage de leurs armes en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée :

1° Lorsque des atteintes à la vie (...)

Les accusations de « permis de tuer » ne manqueront pas de surgir si une telle proposition venait à être déposée, comme pour toutes les autres qui pourtant étaient bien moins avancées.

Répondons dès à présent : d'abord, il y aura toujours un juge chargé d'estimer en son intime conviction, si les conditions énumérées sont réunies. Il s'agit simplement de circonscrire les abus nés d'une vision déformée de ce qu'est une agression.

Par ailleurs, remettons les valeurs à leur juste place : le seul permis de tuer qui existe est lorsqu'un criminel n'a pas à craindre sa victime.

Il apparaît nécessaire de réécrire en profondeur la loi afin, autant que possible, que le droit de la légitime défense redevienne une protection du citoyen, du « boni » de Cicéron, et non plus une menace supplémentaire pesant sur sa tête.