

## LA LEGITIME DEFENSE

(*Accroche*) Lors des débats précédant l'élection présidentielle de 2012, plusieurs responsables politiques s'étaient emparés de la problématique de la défense légitimée. Et ce, sous le prisme particulier de l'action coercitive des forces de l'ordre confrontées à une agression. Ainsi, l'ancien président de la République s'était-il engagé dans l'hypothèse d'une réélection à la magistrature suprême à instaurer une présomption de légitime défense pour les policiers et les gendarmes dans l'exercice de leurs fonctions et missions. A la suite de cette proposition, les autres responsables politiques en lice avaient fait valoir leurs conceptions divergentes. Ainsi, l'actuel chef de l'Etat avait émis des réserves sur la création de cette présomption, préférant conserver le système actuel.

(*Situation du sujet*) La notion juridique de légitime défense s'inscrit au sein des causes objectives d'irresponsabilité pénale, ou faits justificatifs. Ces causes particulières se distinguent pleinement des causes subjectives d'irresponsabilité pénale car, à la différence de ces dernières, elles ne font pas obstacle à la constitution de l'infraction. En effet, l'infraction est dans des circonstances telles qu'elle se trouvera justifiée. Il sera, dès lors, fait obstacle à la décision de condamnation. Si les causes subjectives d'irresponsabilité pénale empêchent la constitution de l'infraction, les causes objectives viennent paralyser la répression d'une infraction, par ailleurs constituée.

Le Code pénal consacre quatre faits justificatifs : l'ordre ou l'autorisation de la loi ou du règlement, le commandement de l'autorité légitime, l'état de nécessité et enfin la légitime défense.

(*Définition des termes du sujet*) On entend par légitime défense un acte positif de défense répondant à une agression particulière. Plus prosaïquement, l'article 2 de la CESDH évoque « *le recours à la force rendu absolument nécessaire ... pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale* ». Il est question ici du cas traditionnel de légitime défense contre les personnes.

(*Mise en perspective historique*) Ce concept juridique était déjà présent en droit romain, considéré comme un droit naturel de l'homme. Il persista, malgré les influences modératrices de la culture chrétienne, au sein du droit canonique, au travers d'une nécessité excusable sous certaines conditions spécifiques.

Les ordonnances criminelles promulguées dans le Moyen Age, dont celle de Villers Cotterets en 1539, se fondèrent sur cette idée en positionnant la légitime défense non pas comme une cause légale d'absolution mais comme une circonstance susceptible de justifier la grâce du roi. Le Code pénal de 1791 fit, quant à lui, de cette notion juridique une cause de justification de l'infraction en cas d'homicide ou de blessures « *indispensablement commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui* » (art. 6).

Le Code pénal de 1810 prévoyait, quant à lui, dans son article 328 qu'il n'y avait ni crime ni délit lorsque l'homicide ou les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui.

Par la suite, la jurisprudence criminelle étendit le domaine de cette cause d'irresponsabilité aux agressions contre les biens ainsi qu'aux situations dans lesquelles l'acte de riposte consistait en d'autres infractions que l'homicide, les blessures ou les coups visés par le législateur.

Ces avancées et évolutions ont été consacrées par le NCP et son article 122-5 qui dispose dans son premier alinéa : « *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 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* ».

Dans son second alinéa, le texte pénal évoque : « *n'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi, dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction* ».

(*Discussion autour de la problématique*) La légitime défense apparaît ainsi comme une cause objective cardinale d'irresponsabilité pénale, fondée sur l'utilité sociale. Certes, si la protection des citoyens incombe à l'Etat et non aux personnes privées, depuis la consécration de la souveraineté de la justice publique, il est possible que cette protection, dans certains cas spécifiques, soit défaillante.

L'individu a le droit et même le devoir de se défendre, lui-même mais également autrui. La perception et la pratique de la légitime défense dans une société à un moment donné sont ainsi pleinement révélatrices de l'état d'une civilisation, au plan philosophique et politique. Car, dans une communauté nationale où la protection de tout un chacun est satisfaite, l'autodéfense n'a nullement sa place. A contrario, elle peut exister mais doit être rigoureusement encadrée par des conditions précises.

Il convient dans cette perspective de s'interroger sur les conditions juridiquement exigées pour reconnaître un acte de légitime défense, de mettre au jour les effets de ce fait justificatif, et de souligner les éventuelles difficultés que ce dernier peut impliquer dans certaines hypothèses.

(*Annonce du plan*) A la lumière de ces éléments de réflexion, il apparaît que la légitime défense, fait justificatif de premier plan, repose pour être caractérisé sur la satisfaction de conditions précises et évolutives (I), et génère des conséquences juridiques et judiciaires singulières, tout en se révélant parfois source d'une certaine complexité (II).

## **I – La légitime défense, un fait justificatif aux conditions précises et adaptées à la réalité sociale**

A l'origine, exclusivement vouée à justifier des actes de défense d'atteintes aux personnes dont les conditions sont classiques et gravées dans le marbre depuis des lustres au sein de notre arsenal répressif (B), elle fut également étendue, à l'initiative de la jurisprudence, aux cas de légitime défense d'atteintes aux biens dont l'origine remonte au début du siècle (A).

### **A° La légitime défense des biens, une création jurisprudentielle consacrée par le législateur**

L'article 328 du Code pénal de 1810 ne prévoyait nullement ce cas particulier de légitime défense.

Toutefois, un arrêt de la chambre des requêtes rendu le 25 mars 1902 avait clairement étendu l'application du fait justificatif aux infractions dirigées contre les biens, solutions maintes fois confirmée par la suite (Crim.21/12/1954 ou encore 28/11/1972).

Cette position a été consacrée par le législateur lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal.

Ainsi, l'article 122-5 alinéa 2 dispose : « *n'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction* ».

#### **Les conditions relatives à l'atteinte**

Elles sont simples : un crime ou un délit « commis » contre un bien. La loi limite ainsi la légitime défense des biens aux deux catégories d'infractions les plus graves. Elle est par conséquent exclue quand l'agression consiste en une contravention.

#### **Les conditions relatives à la riposte**

Une riposte concomitante à l'atteinte. L'acte de défense doit, selon le législateur, avoir pour finalité d'interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien. Il doit ainsi intervenir alors même qu'une telle infraction est en cours d'exécution. Cela exclut de ce fait l'acte de défense intervenant antérieurement au commencement de la commission de l'infraction et celui qui surviendrait alors que l'exécution de l'infraction est achevée.

Cependant, cette logique de principe ne semble pas interdire le principe d'une défense préméditée (exemple des pièges automatiques ou des chiens de garde).

Une riposte strictement nécessaire. A la différence de la légitime défense des personnes pour laquelle le législateur exige une simple nécessité, l'article 122-5 alinéa 2 CP impose, dans le cadre de la légitime défense des biens, que soit démontrée une stricte nécessité.

Cette expression « nouvelle » ou « contemporaine » est interprétée par certains auteurs, dont M. DESPORTES et le GUNEHHEC, comme la nécessité que la riposte choisie soit l'unique moyen d'interrompre l'exécution d'une infraction dirigée contre un bien. Dès lors, toute riposte violente qui ne serait précédée de sommations susceptibles de pouvoir éviter les violences semble étrangère au domaine de la légitime défense des biens. Dans ce cadre, la présence de pièges automatiques ou de chiens de garde dans une propriété doit être signalée par des pancartes avertissant du danger, afin que l'auteur de l'atteinte puisse être informé de ces dispositifs.

Une riposte proportionnée. Les moyens employés doivent *in fine* être proportionnés à la gravité de l'atteinte infractionnelle. La loi précise explicitement à cet égard que la défense d'un bien ne peut légitimer un homicide volontaire.

Il peut être loisible de considérer, par ailleurs, comme surprenant que le législateur n'ait pas exclu du domaine de la légitime défense des biens d'autres infractions telles que les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner ou encore les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente. Ces dernières peuvent, en effet, sembler incompatibles avec la simple défense d'une atteinte à un bien car disproportionnées au niveau de la valeur protégée (protection du bien) et de celle agressée (la santé, la plénitude de la vie...).

La légitime défense des biens est apparue bien après celle des personnes qui constitue l'expression première et principale de ce fait justificatif.

### **B° La légitime défense des personnes ou la dimension originelle du fait justificatif.**

Cette cause d'irresponsabilité pénale repose sur des conditions précises et rigoureuses qui ont évolué à la suite des propositions jurisprudentielles et des différents amendements opérés le législateur.

Deux séries de conditions doivent se trouver pleinement et cumulativement satisfaites afin que les juridictions répressives puissent conclure à la légitime défense : des éléments relatifs à l'atteinte et à la riposte.

#### **1) Les conditions relatives à l'agression**

L'existence de l'atteinte. L'article 122-5 CP subordonne la légitime défense à l'existence d'une atteinte sans en préciser la nature. La jurisprudence entend largement cette notion en y incluant les atteintes à la vie, à l'intégrité corporelle, à l'honneur, ou encore aux mœurs. Peu importe, en outre, que l'atteinte vise l'auteur de la riposte ou un tiers, puisque le législateur évoque clairement l'atteinte injustifiée envers soi-même ou autrui.

La réalité de l'atteinte. Se pose ici la question de l'agression putative, c'est-à-dire celle qui n'a existé que dans l'esprit de l'agent.

En règle générale, les tribunaux conçoivent que certaines atteintes putatives puissent fonder l'état de légitime défense, à condition toutefois qu'elles paraissent vraisemblables. Les juges analyseront alors les circonstances de fait afin de trouver des indices faisant « raisonnablement croire à l'imminence du péril » (Crim. 7 août 1873).

L'appréciation se veut objective, il convient ainsi de caractériser clairement le fait que toute personne placée dans les mêmes circonstances se serait crue en danger.

Les juridictions répressives rejettent, en revanche, la légitime défense lorsque la vraisemblance de l'agression n'est pas objectivement établie. Dans cette perspective, une simple crainte, non fondée sur des indices caractérisant la vraisemblance d'une agression, ne peut suffire à fonder ce fait justificatif (Crim. 21/12/1954).

L'injustice de l'atteinte. Le Code pénal évoque la notion d'atteinte injustifiée. Ainsi, une personne ne saurait se défendre légitimement face à un acte autorisé ou ordonné par la loi. Dès lors, l'auteur d'une infraction flagrante qui résiste violemment à un particulier qui l'appréhende sur le fondement de l'article 73 CPP, ne peut être reconnu comme agissant vertu de la légitime défense (Crim. 1/10/1979).

Cependant, il peut en être différemment si l'auteur de l'atteinte excède ce qui est conforme au droit. Dans cette hypothèse, la riposte intervient en réponse à des actes illégalement accomplis. La problématique de l'action coercitive des membres des forces de l'ordre se trouve d'emblée concernée. A cet égard, la jurisprudence reconnaît depuis des lustres, plus ou moins tacitement, une présomption simple de régularité aux actes réalisés par les agents de l'autorité publique (Crim. 5/01/1821). Toutefois, quand l'acte est manifestement illégal, l'injustice de l'atteinte peut être établie et la légitime défense reconnue juridiquement.

La Cour de cassation a ainsi jugé qu'une commerçante ayant utilisé une bombe lacrymogène contre un huissier de justice pouvait bénéficier de l'état de légitime défense. Et ce, dans la mesure où l'huissier était en l'espèce, « entré dans son magasin, accompagné et à son insu, par une porte non accessible au public et opérait des pressions indiscutables sur elle, l'empêchant de sortir des lieux après lui avoir subtilisé ses clés ». (Crim. 20/10/1993).

## 2) Les conditions relatives à la riposte

Une riposte concomitante à l'atteinte. L'article 122-5 CP impose que la riposte intervienne dans le même temps que l'agression.

Ainsi, l'acte de défense survenu avant l'atteinte ne peut caractériser un état de légitime défense. En outre, le fait que des menaces aient été proférées ne justifie pas la commission de violences préventives (Crim. 3/11/2004).

Seule l'agression imminente, sur le point de se produire, est de nature à légitimer une défense.

La riposte tardive alors que l'atteinte a cessé ne peut, quant à elle, être reçue favorablement par les tribunaux répressifs. La personne qui tire un coup de feu sur un agresseur en fuite n'est en effet pas justifiée par la légitime défense (Crim.7/02/1999).

La difficulté est donc bel et bien de déterminer avec rigueur le moment exact où l'atteinte s'est achevée.

Deux hypothèses se présentent alors à nous :

En premier lieu, si l'agresseur a déjà été mis hors d'état de nuire ou qu'il s'est déjà enfui, la défense ne pourra se trouver légitimée.

En second lieu, et en revanche, si l'agresseur se trouve encore à proximité immédiate de la victime, alors qu'il a bien mis un terme à l'atteinte, le danger peut être considéré comme actuel et la légitime défense reconnue. Et ce, car la victime ne peut être certaine que l'agresseur ne va pas réitérer son atteinte.

Une riposte nécessaire. La loi exige que l'acte de défense se soit avéré nécessaire. Il doit donc être apparu comme le meilleur moyen de faire cesser l'agression. L'appréciation de ce point de droit est laissée aux bons soins des juges du fond.

Une riposte consistant en une infraction. Sous l'ancien Code pénal, les infractions susceptibles de caractériser la riposte idoine de légitime défense étaient spécialement et limitativement énumérées : homicide, blessures, coups.

Toutefois, la jurisprudence s'est rapidement détachée du cadre de ces dispositions en se fondant sur le mécanisme de l'analogie *in favorem*. Elle a ainsi étendu le domaine de la légitime défense à toutes les infractions. Le nouveau Code pénal a abandonné également cette énumération légale et consacré l'évolution imprimée par la jurisprudence. En conséquence, l'acte de défense peut désormais consister en n'importe quelle infraction.

Une riposte intentionnelle. L'arrêt *Cousinet* du 16 février 1967 a permis à la Cour de cassation de dégager un principe selon lequel « la légitime défense est inconciliable avec le caractère involontaire de l'infraction ». Cette conception architectonique de la juridiction suprême a été confirmée à plusieurs reprises (Crim. 9/07/84 ; 28/11/91).

Dès lors, n'est pas justifié par l'état de légitime défense l'individu qui, importuné par un ivrogne, le pousse légèrement en provoquant finalement sa mort. La victime ayant perdu l'équilibre et chuté violemment. Ce principe fut très critiqué par la doctrine qui estimait que la jurisprudence avait, en l'espèce, travesti la loi en lui ajoutant une condition *extra legem*. Elle considérait, en outre, que cette position aboutissait à des solutions juridiques absurdes consistant à refuser le bénéfice de la légitime défense aux victimes qui avaient été animées de « défense-réflexe ».

Néanmoins, il faut souligner que depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, de tels faits doivent être qualifiés de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner (*dol praeterintentionnel*) et non d'homicide involontaire.

Or, de telles violences se doivent d'être classées parmi les infractions intentionnelles et donc susceptibles d'entrer pleinement dans le champ de la légitime défense. A contrario, les infractions totalement involontaires restent inconciliables avec cette notion.

Une riposte proportionnée. L'ancien Code pénal ne faisait aucunement état de cette condition. Cependant, la jurisprudence rendue sous son empire exigeait, de manière constante, que soit rapportée la preuve de la proportion de la riposte afin de pouvoir conclure à l'état de légitime défense.

Le nouveau Code pénal a consacré cette vision des choses en posant dans son article 122-5 la règle suivant laquelle la légitime défense est caractérisée « *sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte* ».

L'appréciation de cette proportion par les juges implique plusieurs précisions. La jurisprudence antérieure au NCP comparait le résultat de l'atteinte avec le résultat potentiel de l'agression. Les rédacteurs du nouveau Code pénal ont souhaité amender ce mécanisme d'appréciation en faisant référence non au résultat de la riposte mais aux moyens employés pour se défendre.

En conséquence, l'acte consistant à repousser légèrement un ivrogne importun qui tombe et se tue, devrait plus sûrement être considéré de nos jours comme satisfaisant à l'exigence de proportionnalité. Quoi qu'il en soit, cette analyse est bien évidemment toujours du ressort de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Après avoir mis en lumière les conditions rigoureuses présidant à la reconnaissance de la légitime défense, il est opportun d'étudier les conséquences juridiques relatives à ce fait justificatif ainsi que les difficultés qui peuvent émerger, dans ce cadre.

## **II – Les conséquences de la légitime défense et sa complexification contemporaine**

La légitime défense nécessite d'être prouvée avant de pouvoir être source de droit et s'ériger en cause objective d'irresponsabilité pénale pour celui qui entend la faire jouer (A). Toutefois, il appert que la réalité de ce fait justificatif n'est pas si homogène quand on se penche notamment sur la pratique de la défense légitimée par les personnels militaires membres des forces de l'ordre en France (B).

### **A° La charge probatoire exigée en matière de légitime défense et ses effets juridiques.**

A l'instar de tous les faits justificatifs, la charge de la preuve de la légitime défense pèse sur la personne poursuivie susceptible de l'alléguer.

Des exceptions existent cependant.

En effet, l'article 122-6 CP évoque deux présomptions de légitime défense : « *Est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l'acte : 1) pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ; 2) pour se défendre contre les auteurs de vols ou pillages exécutés avec violence* ».

Ces dispositions consistent finalement à isoler les hypothèses visées, pour en faire des cas privilégiés de légitime défense. Ainsi, il suffit pour échapper à la mise en œuvre du caractère personnel de la responsabilité, de se positionner dans les figures correspondant aux situations prévues par la loi.

Mais quelle est la nature de ces présomptions légales ?

La jurisprudence ancienne de la chambre criminelle de la Cour de cassation consacrait le caractère irréfragable de ces présomptions.

Deux affaires ont permis toutefois de faire évoluer la conception prétorienne.

Les arrêts *Dames Jeufosse* (Cour d'assises Evreux 18/12/1857, cas d'une dame ayant fait tuer par son garde chasse un homme qui s'était introduit dans son domicile pour y déposer des lettres d'amour à l'attention de sa fille) et *Pochon* (Cour d'assises de la Moselle, 27/02/1858, cas du propriétaire ayant fait tuer par son fils, placé en embuscade, l'amant de sa fille au moment où ce dernier s'introduisait dans la chambre de la courtisée par escalade) en sont des illustrations célèbres. Les accusés furent, en effet, acquittés par les juridictions de jugement et le caractère inique de ces décisions encouragea la jurisprudence à faire évoluer de manière substantielle sa position.

Ainsi, les juridictions répressives qualifient depuis, ces présomptions spécifiques de réfragables ou simples, c'est-à-dire pouvant supporter la preuve contraire. Cela est destiné à détruire la part de fiction ou d'irréalité que cette présomption à l'origine irréfragable était susceptible de contenir.

Cette conception juridique et judiciaire fut consacrée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 19 février 1959 et depuis, non remis en cause.

Dans cette décision de justice *Réminiac*, le « sieur éponyme » avait refusé l'entrée à son domicile à un individu ivre qui voulait rendre visite à une domestique dont il avait été autrefois l'amant et qu'il continuait de fréquenter. La personne s'était alors introduite par escalade dans la propriété. Alors qu'il fumait une cigarette derrière un buisson *Réminiac* fit feu sur lui à deux reprises depuis le premier étage de son habitation. La Cour de cassation a conclu à l'absence de dangers graves et imminents dont auraient pu se croire menacés les habitants de la maison et refusa donc la mise en œuvre de cette présomption.

En synthèse, cette position permet à la partie poursuivante de démontrer que les conditions de la légitime défense ne sont pas réunies dans les faits et que, malgré la présomption, l'auteur de l'acte n'était pas dans la nécessité actuelle de se protéger, ou encore qu'il a usé de moyens disproportionnés par rapport à l'agression. En fait, on en revient aux exigences du droit commun, sous la seule réserve que le débat judiciaire devra être initié par le ministère public ou la partie civile.

La légitime défense, une fois caractérisée, est, en tant que cause objective d'irresponsabilité pénale, une justification de la commission d'une infraction. Elle fait ainsi obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'auteur, mais également de celle de tous les participants à l'infraction. L'infraction n'est alors plus objectivement punissable alors que pleinement constituée.

Cette notion a, en outre, pour effet de faire échec à la mise en œuvre de la responsabilité civile. Ainsi, la Cour de cassation décide de manière constante et depuis de nombreuses décennies qu'aucune action en dommages-intérêts ne peut être valablement accordée à celui qui a rendu nécessaire la défense par son agression (Crim. 24/02/1886 ; 22/04/1992...).

Il convient de mettre au jour désormais des éléments qui viennent illustrer une dimension complexe et floue de ce fait justificatif : le cas de la légitime défense pratiquée par les membres militaires des forces de l'ordre de nos jours.

## B° Une manifestation spécifique et complexe de la légitime défense : le cas actuel de la légitime défense des gendarmes.

Dans un arrêt en date du 5 janvier 2000, largement couvert par les médias (Le Monde, 14 mars 2000), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a mis un terme à une affaire qui a divisé la justice.

Un jeune homme conduisait, de nuit, en état alcoolique et sans avoir attaché sa ceinture de sécurité. A la vue d'une patrouille de gendarmerie, il fit demi-tour. Il distança d'abord ses poursuivants, mais fut rejoint après avoir fait caler son moteur. Repartant brusquement, il heurta, renversa et blessa aux jambes un gendarme, qui s'était placé devant son véhicule, l'arme à la main. Alors, tout en se relevant, ce dernier tira plusieurs coups de feu en direction de la voiture, dont l'un blessa mortellement le conducteur.

Cette issue fut dénoncée par la famille de la victime comme le résultat d'un acte incontrôlé de la part du gendarme, et des poursuites furent exercées contre lui du chef d'homicide involontaire. D'abord relaxé par le Tribunal correctionnel, le prévenu fut condamné par la Cour d'appel de Grenoble. Puis, à son tour saisie, la Chambre criminelle, dans l'arrêt qui nous retient, cassa et annula sans renvoi cette décision.

Les dispositions de l'article 174 du décret du 20 mai 1903, portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie, étaient une nouvelle fois mis au devant de la scène judiciaire et médiatique. Ce texte, on le sait, autorise les officiers, gradés et gendarmes, en l'absence de l'autorité judiciaire ou administrative, à déployer la force armée dans les cas qu'il précise, notamment lorsque des violences ou voies de fait sont exercées contre eux, ou lorsqu'ils ne peuvent immobiliser autrement les véhicules dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt.

Deux cas de figure qui correspondent exactement à la situation dans laquelle avait été placé le prévenu. D'une part, il avait lui-même été victime de violences par les blessures qu'il avait subies et d'autre part, il avait dû répondre à la nécessité d'immobiliser le véhicule du fuyard.

Mais au-delà des situations visées, c'est la portée du pouvoir ainsi reconnu aux gendarmes qui était contestée. La justice avait à trancher la difficile question des limites inhérentes à ces prérogatives, de leur caractère absolu ou relatif, et donc de l'appréciation possible de ses manifestations par les juges afin de sanctionner les éventuels débordements.

Pour la Cour d'appel de Grenoble, le décret de 1903 n'est pas un texte de portée absolue. Elle estime aussi que cette autorisation n'est pas sans limite, et qu'elle ne peut aller jusqu'à dispenser les gendarmes de mener leur action avec prudence et un minimum d'adresse, considérant en conséquence que « dans l'exercice volontaire d'un droit ou d'un acte autorisé peut naître une infraction involontaire en cas de maladresse, imprudence ou inattention caractérisée de l'auteur ». Là est le fondement de la responsabilité du prévenu, dont le tir instinctif, bien qu'il visât à immobiliser le véhicule, a été jugé comme ayant été porté « de manière particulièrement imprudente et maladroitement de par sa direction et sa hauteur ». (Caractère involontaire de l'acte de défense). Mais la Cour de cassation a rejeté cette analyse.

Cette dernière décide, en effet, qu'en statuant ainsi, après avoir retenu que les conditions d'application de l'article 174 du décret du 20 mai 1903 étaient réunies, les juges du fond n'ont pas tiré les conséquences légales de leurs propres constatations, alors que la cause d'irresponsabilité prévue, tant par ce texte que par l'article 122-4 du Code pénal, « s'étend aux fautes involontaires commises au cours de l'exécution de l'acte prescrit ou autorisé par la loi ou le règlement ».

Autrement dit, sur le fondement des dispositions propres à la gendarmerie, comme du droit pénal général, « l'ordre de la loi » a une portée justificative étendue, qui interdit de la limiter aux seules violences volontaires.

Il est vrai que cela revient à consacrer une solution très favorable aux forces militaires, pour leur garantir une impunité appréciable, même dans les hypothèses extrêmes de particulière maladresse. On peut douter de l'opportunité d'un tel privilège, tant l'usage d'une arme se doit d'être mesuré en toutes circonstances, aujourd'hui plus que jamais eu égard à l'état du droit dans notre civilisation occidentale.

A l'instar des exigences requises pour les forces civiles (police nationale notamment), le droit gagnerait certainement à amender la portée des dispositions du décret de 1903, qui pourrait seulement renvoyer à une présomption relative d'irresponsabilité, par hypothèse soumise à débat, rejoignant ainsi les impératifs de mesure et de proportionnalité des autres faits justificatifs.

Et ce, également afin de respecter l'égalité qui semble aujourd'hui « légitime » entre le statut de la police nationale à titre principal et de la gendarmerie, toutes deux, plus que jamais, appelées à exécuter des missions analogues.