

DROIT PENAL GENERAL

Niveau : Semestre 3 de la Licence 2

Option : Tronc commun

Préparé et animé par : Monsieur Boukary WILLY

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

Loi n° 025-2018/AN du 31 mai 2018 portant code pénal, promulguée par le décret n°2018-0503/PRES du 22 juin 2018

BOULOC B., *Droit pénal général*, Dalloz, 24ème éd. 2015

DECOCQ A., *Droit pénal général*, Col. U. A. Colin 1972.

PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 21è éd., 2016 ;

RASSAT M.L., *Droit pénal*, Coll. Droit fondamental, P.U.F., 2ème éd. 1999 (

JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Montchrestien, 2ème éd. 1991.

CONTE Ph., MAISTRE du CHAMBON P., *Droit pénal général*, Colin., U Droit, 7ème éd. 2004 ;

ROBERT J.H., *Droit pénal général*, Coll. Thémis, P.U.F., 6ème éd. 2005.

RENOUT H.W., *Droit pénal général*, coll. Paradigme, Publications universitaires, 20ème éd., 2017

SORDINO M.C., *Droit pénal général*, Ellipses, 6ème éd., 2016

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, Droit fondamental, 5ème éd., 2015

PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 8ème éd., 2017

KOLB P. et LETURMY L., *Droit pénal général*, Gualino, coll. Manuels, 2ème éd., 2008

KAGAMBEGA E., *Droit Pénal Général*, collection précis de droit burkinabè, 2007

MATSOPOULOU H., BOULOC B., *Droit pénal général procédure pénale*, Paris, Sirey, 18e éd. 2011

PRADEL J., VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 7e éd. Dalloz, 2009

Introduction générale

A. Qu'est-ce que le droit pénal ?

Le droit pénal ou droit criminel s'entend de l'ensemble des règles juridiques assorties d'une peine. Dans son acception la plus large, « *le droit pénal désigne la branche du droit positif ayant pour objet l'étude et la répression par l'Etat des comportements de nature à créer un trouble intolérable pour l'ordre public*¹. » Ainsi, le droit pénal a vocation à incriminer et à sanctionner les comportements contraires aux valeurs cardinales et essentielles de la société. Sa raison d'être n'est donc plus à démontrer.

B. Pourquoi le droit pénal ?

Parce que tout simplement le phénomène criminel est une réalité sociale et individuelle. Les règles juridiques édictées par l'autorité en vue de préserver l'ordre public ne sont jamais intégralement respectées. Nombreux sont les individus qui, guidés par divers instincts, transgressent ces normes. Il apparaît donc nécessaire que la société édicte des normes dotées de sanctions particulièrement énergiques et destinées d'une part à recadrer tous ceux qui, de par leurs comportements antisociaux, troublent gravement l'ordre public, et d'autre part à dissuader ceux qui seraient tentés par l'aventure criminelle. A l'image de toutes les branches du droit, le droit pénal burkinabè tel que nous le connaissons aujourd'hui est le fruit d'une longue marche.

C. Evolution du droit pénal burkinabè

En prenant la colonisation comme repère, on peut dégager trois grandes étapes de l'évolution de notre droit pénal.

La période précoloniale. Avant la pénétration française, notre pays avait un droit pénal fondé sur la coutume. Les règles pénales coutumières étaient guidées par les croyances populaires et les réalités socioculturelles. C'est un système pénal où l'oralité était la règle et où le chef de famille, le chef de clan, le chef du village, le roi faisaient office de juge. Les sanctions pénales de l'époque allaient des corvées au châiment divin.

La période coloniale. Sous le système colonial, le droit pénal burkinabè a d'abord été dualiste avant de redevenir unitaire. Le droit pénal colonial s'est en effet superposé au droit pénal coutumier, créant ainsi une dualité juridique. D'une part il y avait le régime pénal des

¹Bernard BOULOC et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, 18^e éd., P 1.

indigènes et d'autre part le régime des citoyens français et assimilés. Un décret du 22 avril 1946 mettra fin à la dualité du régime pénal en prévoyant l'unification du droit pénal et des juridictions répressives en Afrique. Ce décret a rendu applicables aux colonies françaises le code pénal et le code d'instruction criminelle français.

La période postcoloniale. Après leur accession à l'indépendance, les pays d'Afrique francophone en général et le Burkina Faso en particulier n'ont pas fait de réels efforts d'adaptation de leur droit pénal qui est resté calqué sur le droit pénal français. Le Code pénal burkinabè de 2018 tout comme celui de 1996 qu'il remplace apparaît comme une copie presque conforme du Code pénal français. Il faut toutefois noter un effort d'adaptation de notre droit pénal à certaines réalités burkinabè. Il en est ainsi de la pénalisation du mariage forcé¹, des mutilations génitales féminines² et de l'accusation de sorcellerie³. Quoi qu'il en soit, un certain nombre de traits font du droit pénal un droit particulier.

D. Les caractéristiques du droit pénal

Le droit pénal est d'abord une **branche du droit positif**. Il n'est pas un droit idéal ou un droit naturel. C'est plutôt un ensemble de règles de droit positif, des règles écrites auxquelles l'autorité publique attache des sanctions particulièrement énergiques, les peines, d'où d'ailleurs l'appellation de « droit pénal ». Le droit criminel se distingue de la morale même si certaines règles pénales sont inspirées de normes morales.

Le droit pénal est ensuite un **droit « sanctionneur »**. Les autres branches du droit comme le droit civil, le droit disciplinaire, le droit administratif, le droit commercial ont, chacune pour ce qui la concerne, des « sanctions » propres. En principe le droit pénal intervient au second degré pour ériger en infraction les manquements particulièrement graves aux règles de chacune des nombreuses disciplines du droit.

Le droit pénal **organise enfin la répression par l'Etat des comportements pénalement répréhensibles**. C'est un trait qui le distingue d'autres branches du droit comme le droit disciplinaire⁴. L'Etat a le monopole de la répression⁵. De là, d'aucuns ont tiré la conclusion

¹ Article 531-4 du Code pénal

² Article 513-7 et suivants du Code pénal

³ Articles 514-1 et suivants du code pénal

⁴ Les règles disciplinaires sont édictées en vue d'assurer le bon fonctionnement et la déontologie dans une profession donnée. Exemple : la déontologie de l'avocat. En cas de violation des règles du corps professionnel, la répression est assurée par les membres de la profession à laquelle appartient le fautif.

⁵ Voir sur ce point les modalités de la mise en œuvre de l'action publique abordées dans le cours de procédure pénale.

selon laquelle le droit pénal serait une branche du droit public dans la mesure où il met en cause les rapports entre les individus et l'Etat. Mais il ne faut pas oublier que le droit pénal irrigue aussi abondamment le droit privé. En effet, si l'infraction commise porte atteinte à l'ordre social dans son ensemble, il n'en demeure pas moins vrai qu'elle cause aussi un préjudice individuel dont le délinquant est tenu de réparer. Au problème de droit public se superpose donc un règlement entre particuliers relevant du droit privé. En outre, le droit public a ceci de particulier en ce que son contentieux relève de la compétence des juridictions administratives. Or, ce sont les juridictions judiciaires qui ont reçu compétence pour appliquer les lois répressives. En vérité, le droit pénal est une branche du droit qui se moque de la « summa divisio¹ » et qui revendique une certaine autonomie.

Le droit pénal se caractérise aussi par sa pluridisciplinarité comme l'atteste son contenu.

E. Contenu du droit pénal

Latu sensu, le droit pénal comprend plusieurs branches : le droit pénal général, le droit pénal spécial et la procédure pénale.

Le droit pénal général a vocation à étudier l'infraction, les conditions générales de la responsabilité pénale de ceux qui la commettent et les peines qui leurs sont applicables.

Le droit pénal spécial quant à lui est un examen détaillé de chacune des infractions que connaît le système pénal. Il fait un inventaire, un catalogue descriptif de toutes les infractions et donne pour chacune d'elles les éléments constitutifs, les sanctions applicables et éventuellement les modalités particulières de la répression.

La procédure pénale, elle, est destinée à mettre en œuvre le droit pénal. Dans ce sens, elle définit les règles applicables à l'organisation et à la compétence des juridictions répressives, à la constatation des infractions commises, à l'exercice des poursuites et au déroulement du procès pénal.

Dans le prolongement du droit pénal il y a des sciences auxiliaires qui en constituent des compléments indispensables. Sans être exhaustif, on peut citer :

- **la pénologie** ou **science pénitentiaire** qui est l'étude de l'exécution des peines ;

¹ La summa divisio est la distinction classique entre le droit public et le droit privé. Dans un sens beaucoup plus large, on utilise cette expression pour désigner une distinction plus ou moins rigide entre deux choses.

- **la criminologie** qui vise à dégager les causes du phénomène criminel dans sa réalité sociale et dans sa dimension individuelle ;
- **la criminalistique** qui a pour objet la mise en œuvre des sciences et techniques susceptibles de concourir à la lutte contre la criminalité, en permettant ou en facilitant soit la découverte et la constatation des infractions, soit l'identification de leurs auteurs et l'administration de la preuve de leur culpabilité (police scientifique, médecine légale...)

Mais, on l'aura compris, le présent cours traitera uniquement du droit pénal général.

F. Objet du droit pénal général

Si on se réfère à la définition du droit pénal général, une double déclinaison s'impose :

Le droit pénal général est d'abord et avant tout une étude de l'infraction et des conditions générales de la responsabilité pénale. L'infraction est entendue comme une atteinte à la loi pénale. Elle suppose l'inobservation d'une prescription de la loi répressive. Une fois réalisée, la violation de la loi pénale engage en principe la responsabilité de son auteur (**Première Partie**).

Le droit pénal général appréhende ensuite le délinquant, c'est-à-dire l'auteur, le co-auteur ou le complice de l'infraction commise et s'intéresse à la réaction sociale suscitée par la commission de l'infraction. En effet quand une infraction est commise, la société réagit en infligeant à son auteur une peine ou une mesure pénale (**Deuxième Partie**).

PREMIERE PARTIE : LES PRINCIPES GENERAUX DE L'INFRACTION ET DE LA RESPONSABILITE PENALE

Nous aborderons ici les règles communes applicables à toutes les infractions et les principes communs qui gouvernent la mise en œuvre de la responsabilité pénale de leurs auteurs.

TITRE 1 : L'INFRACTION PENALE

L'infraction est le fait d'enfreindre la loi pénale. Elle renvoie à tout fait contraire à l'ordre social et qui de ce fait expose son auteur à une sanction ou à une mesure pénale.

L'infraction pénale se distingue très nettement du délit civil et du délit disciplinaire qui constituent aussi d'autres formes de violation de la loi. D'abord, le délit civil est, au sens de l'article 1382 du code civil, « *tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui*¹ » alors que l'infraction pénale est un acte défini par la loi avec une extrême précision. Les délits civils ne sont pas clairement et précisément définis car, « *tout fait quelconque* » est susceptible d'être un délit civil. Les infractions pénales sont, elles, limitativement et précisément prévues par les textes. Ensuite, c'est l'existence d'un dommage qui caractérise le délit civil. Quant à l'infraction pénale, elle peut exister sans qu'aucun préjudice ne soit constaté². Enfin, tandis que le délit civil est sanctionné par la réparation du préjudice subi au profit de la victime, la violation de la loi pénale est sanctionnée par la mise en œuvre d'une peine dans un but de protection de l'ordre social dans son ensemble.

Quant au délit disciplinaire, il est toujours spécifique à une profession donnée contrairement à la loi pénale qui s'applique à tous. La répression des délits disciplinaires relève des instances disciplinaires (par exemple, il appartient à l'ordre des avocats, à l'ordre des experts comptables de sanctionner l'avocat ou l'expert-comptable qui a manqué à sa déontologie professionnelle) tandis que, s'agissant des infractions pénales, c'est l'Etat qui a le monopole de la répression.

¹ L'article 1382 du code civil dispose : « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

² Exemple du délit de port illégal d'armes (article 316-1 du Code pénal), du crime d'association de malfaiteurs (article 362-1 du Code pénal), de la non-assistance à personne en danger (article 521-7 du Code pénal) et des tentatives d'infractions (article 122-1 du Code pénal), la mise en danger la vie d'autrui (article 521-5 et suivant du code pénal) ... qui sont pénalement répréhensibles alors même qu'aucun dommage n'est encore réalisé.

Après cette distinction qui rend compte de la particularité de l'infraction pénale, nous envisagerons les éléments constitutifs des infractions (**Sous-titre 2**). Mais avant il est nécessaire de les classer (**Sous-titre 1**).

SOUS TITRE 1 : LA CLASSIFICATION DES INFRACTIONS

On peut classer les infractions en partant de la loi pénale. On peut aussi les catégoriser en se fondant sur d'autres critères.

Chapitre 1 : La classification légale des infractions

La loi part de la **gravité de l'infraction** et la **nature de l'incrimination** pour opérer la classification.

Section 1 : La classification tripartite fondée sur la gravité de l'infraction

Cette classification est inscrite à l'article 121-1 de notre code pénal. C'est la gravité de l'infraction mesurée à l'aune du quantum de la peine applicable qui sert de critère de classification. Selon ce critère fondé sur la gravité de l'infraction (ou sur le quantum de la peine applicable) on distingue entre le **crime**, le **délit** et la **contravention**.

§1 : Le crime, le délit et la contravention

Les crimes. Aux termes de l'article 121-1 al. 1 du code pénal, « *sont qualifiées crimes, les infractions punies d'une peine d'emprisonnement à vie ou d'une peine d'emprisonnement supérieure à dix ans* ». Intègrent la catégorie des crimes, les infractions extrêmement graves auxquelles la loi attache les sanctions pénales les plus sévères. A titre d'exemple, le meurtre¹, l'assassinat², l'empoisonnement³...sont des crimes.

Les délits. L'article 121-1 al. 2 du code pénal dispose que les délits sont « *les infractions punies d'une peine d'emprisonnement de trente jours au moins et n'excédant pas dix ans et/ou punies d'une amende supérieure à deux cent mille (200 000) francs CFA* ». Ce sont donc des

¹ Article 512-11 al.1 et 512-16 du code pénal

² Articles 512-11 al.2 et 521-15 al.1 du code pénal

³ Article 512-14 et 512-15 al. 1 du code pénal

infractions de gravité intermédiaire. Le vol¹, les homicides involontaires², la diffamation³, l'injure⁴, l'adultère⁵, ... sont des exemples de délit.

Les contraventions : elles regroupent les infractions de moindre gravité, voire de gravité négligeable. Aux termes de l'article 121-1 al. 3 du code pénal, « *sont qualifiées contraventions, les infractions punies d'une amende d'un montant n'excédant pas deux cent mille (200 000) francs CFA.* ». Le Décret N°97-84/PRES/PM/MJ du 28 février 1997 portant définition et sanction des contraventions a reparti les contraventions en 4 classes en fonction de leur gravité. Les contraventions de la première classe sont punies d'une amende de 1.000 à 5.000 francs ; celles de la deuxième classe, une amende de 5.001 à 10.000 francs ; celles de la troisième classe, une amende de 10.001 à 15.000 francs ; celle de la quatrième classe, une amende de 15.001 à 50.000 francs.

Sont par exemple des contraventions de **première classe** : le fait de tirer, malgré la défense des autorités, des coups de feu ou des pièces d'artifices dans des endroits publics ou sur la voie publique ; le fait de laisser dans les rues et sur lieux publics des outils ou armes dont peuvent se servir les voleurs et autres malfaiteurs ; les injures non publiques contre autrui ; le fait de cueillir ou de manger sur le lieu même des fruits appartenant à autrui ; le fait de glaner dans les champs non encore entièrement vidés de leurs récoltes ; le fait de se retrouver en état d'ivresse manifeste dans un lieu public...

Commettent par exemple des contraventions de **deuxième classe** : ceux qui laissent divaguer des fous ou des furieux placés sous leur garde ; ceux qui ne retiennent pas leurs chiens lorsqu'ils attaquent ou poursuivent les passants ; ceux qui emploient dans un débit de boisson à consommer sur place, des mineurs de moins de seize ans ; ...

Sont par exemple des contraventions de **troisième classe** : le fait de refuser de recevoir les espèces et monnaies nationales non fausses ni altérées selon la valeur pour laquelle elles ont cours ; les tapages nocturnes troublant la tranquillité des habitants ; la destruction des lumières placées de façon à faciliter la circulation sur la voie publique ou à éviter les accidents...

¹ Article 611-1 et 611-2 du CP

² Article 522-1 du CP

³ Article 524-1 et 524-4 du CP

⁴ Article 524-2 et 524-6 du CP

⁵ Article 533-15 du CP

Enfin, sont par exemple des contraventions de **quatrième classe** : le fait, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, de causer involontairement maladie, coups et blessures n'entraînant pas une incapacité totale de travail personnel supérieure à trois mois ; le fait d'assister à un accouchement et de pas faire la déclaration de l'enfant à l'officier de l'état civil dans les délais fixés par le Code des Personnes et de la Famille ; l'exposition sur la voie publique ou dans les lieux publics des affiches, images, dessins ou photographies contraires à la décence.

La distinction entre les crimes, les délits et les contraventions procède d'une hiérarchisation des valeurs sociales. La société n'entend pas donner à ses valeurs la même importance. La sauvegarde de la vie est par exemple une valeur supérieure à la protection du droit de propriété. Ainsi, monsieur X qui ôte la vie à un tiers est sanctionné plus sévèrement que madame Y qui s'approprie frauduleusement le bien d'autrui ou mademoiselle Z qui refuse de respecter la signalisation routière. Distinguer le crime du délit et le délit de la contravention présente des intérêts juridiques évidents.

§ 2 : Les principaux intérêts juridiques liés à la distinction entre crime, délit et contravention

Ils concernent notamment les **sources juridiques des infractions**, la **compétence juridictionnelle** et la **procédure applicable** une fois l'infraction commise.

Concernant les **sources du droit**, l'article 101 de notre constitution dispose que « *la loi fixe les règles concernant...la détermination des crimes et des délits ainsi que les peines qui leur sont applicables*. En conséquence seule une loi au sens strict¹ peut instituer un crime ou un délit, une peine criminelle et une peine correctionnelle. En ce qui concerne les contraventions et les peines contraventionnelles, elles sont déterminées par le règlement entendu comme tout acte émanant du pouvoir exécutif. En général, ce sont les décrets et autres actes du gouvernement qui déterminent les contraventions et fixent, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants.

¹ La loi au sens strict s'entend des règles de droit adoptées par le pouvoir législatif, c'est-à-dire le parlement. La loi au sens strict reste donc la seule source des crimes et des délits. Il faut toutefois noter que le parlement peut habilitier le gouvernement à intervenir dans le domaine législatif et à instituer ainsi des crimes et des délits. L'article 107 de notre constitution dispose en effet que « *le gouvernement peut, dans l'exécution de ses programmes, demander à l'assemblée l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». Aussi, dans les contextes de crise, la constitution en son article 59, donne des pouvoirs exceptionnels au Président du Faso. Dans la mise en œuvre de ces pouvoirs exceptionnels, le Président du Faso peut éventuellement déterminer des crimes et des délits.

S'agissant de **l'intérêt de la distinction en matière de compétence et de procédure**, il faut noter que, sauf exceptions légalement admises¹, les crimes relèvent de la compétence de la chambre criminelle de la Cour d'appel ; les délits relèvent de la compétence du tribunal correctionnel² et les contraventions sont soumises à la connaissance du tribunal de police³. Sur le **plan de la procédure suivie**, l'instruction préparatoire menée par le juge d'instruction est obligatoire en matière de crime et sauf dispositions spéciales, elle est facultative en matière de délit⁴.

Concernant enfin **l'intérêt de distinction en matière de prescription**, en matière de crime et sauf dispositions particulières, l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis, si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite. En matière de délit, la prescription de l'action publique est de trois années révolues sauf dispositions particulières. En matière de contravention, la prescription de l'action publique est d'une année révolue sauf dispositions particulières.

Les peines criminelles se prescrivent par vingt années révolues, à compter de la date où cet arrêt est devenu définitif. Les peines correctionnelles se prescrivent par **trois années** révolues (5 ans art. 219-3), à compter de la date à laquelle la décision est devenue définitive. Les peines contraventionnelles se prescrivent **par deux années** révolues, (3 ans, art. 219-4) à compter de la date à laquelle la décision est devenue définitive.

La loi peut prévoit des infractions imprescriptibles comme les crimes contre l'humanité par exemple ou des délais plus longs comme les crimes en matière de faux monnayage par exemple (371-25 du CP).

La tentative des crimes est toujours punissable. Celle des délits ne l'est que si la loi le prévoit expressément. La tentative des contraventions n'est jamais punissable⁵. **L'extradition** est possible pour les crimes et certains délits. Elle est exclue pour les contraventions.

¹ Ainsi, aux termes de l'article 321-1 du code de procédure pénale, le tribunal correctionnel « est également compétent en matière de grand banditisme et en matière de corruption et d'infractions assimilées à la corruption, quand bien même les peines encourues sont criminelles. Enfin, il est compétent en matière d'actes de terrorisme et de financement du terrorisme quand bien même les peines encourues sont criminelles. »

² Article 321-1 et suivants du code de procédure pénale.

³ 322-1 et suivants du code de procédure pénale

⁴ Article 261-1 du code de procédure pénale

⁵ Article 122-2 du code pénal

Section 2 : L'infraction classée selon sa nature

Classée selon sa nature, l'infraction peut être **militaire, politique** ou **de droit commun**.

§1 : Les infractions de droit commun, les infractions politiques et les infractions militaires

L'infraction de droit commun est celle qui ne relève pas d'un régime pénal particulier ou dérogatoire ni au regard de son objet, ni au regard du statut de celui qui la commet, ni au regard de la particularité procédurale qui caractérise sa répression.

En ce qui concerne **les infractions politiques**, deux conceptions doctrinales s'opposent quand il s'agit de les distinguer. Selon la conception objective, l'infraction est politique dès lors que les agissements qui la caractérisent ont pour objet de porter directement atteinte à l'existence ou à l'organisation politique de l'Etat et au fonctionnement des pouvoirs publics. L'objet visé par l'auteur est politique. Exemple : le complot¹. Selon la conception subjective, toute infraction peut être qualifiée de politique toutes les fois que les mobiles qui inspirent son auteur sont d'ordre politique. Mais c'est la conception objective qui a eu la confiance du législateur et du juge. En effet, dans le droit français dont s'inspire très largement le droit burkinabè, l'objet de l'infraction l'emporte sur son mobile. Ainsi l'assassinat du président de la république a pu être considéré comme une infraction de droit commun malgré les motifs éminemment politiques de l'acte². Au plan international, INTERPOL considère les terroristes coupables de crimes de sang comme des criminels de droit commun. On sait pourtant que les mobiles qui poussent au terrorisme sont très souvent politiques.

S'agissant des **infractions militaires**, elles peuvent être distinguées par référence à l'objet de l'infraction ou en se fondant sur le sujet qui les commet. Si on se réfère à **l'objet de l'infraction**, sont militaires les actes qui constituent un manquement à la discipline et aux obligations militaires. Ces infractions sont dites **proprement militaires** parce qu'elles ne peuvent pas être commises en dehors du cadre militaire. Il s'agit par exemple de la désertion, de la capitulation ou de l'insoumission. En dehors de la vie militaire, ces infractions emprunteraient le caractère d'infractions impossibles. Si on se réfère au **sujet actif de**

¹ Article 313-1 du code pénal

² Les assassins des présidents Paul Doumer et Sadi Carnot et ont été traités comme des délinquants de droit commun. Ils ont été jugés aux assises, condamnés à mort et exécutés. Dans le même sens, les assassinats perpétrés par un séparatiste basque espagnol ont été considérés comme des infractions de droit commun en dépit des motivations politiques de l'auteur (CE 25 septembre 1984, *Rec. CE* 1984,307).

l'infraction, est militaire l'infraction de droit commun commise par un militaire dans l'exercice de ses fonctions (vol, viols, meurtre...)

La distinction entre infractions de droit commun, infractions politiques et infractions militaires présente des intérêts juridiques majeurs.

§2 : Les intérêts juridiques attachés à la distinction

A. Intérêts de la distinction entre les infractions de droit commun et les infractions politiques

L'intérêt de cette distinction est double :

- **Sur le plan procédural**, l'extradition n'est pas en principe possible en matière d'infractions politiques contrairement aux délinquants de droit commun qui peuvent être extradés.
- **Sur le plan de l'exécution des sanctions** prononcées, le régime pénitentiaire des délinquants politiques est habituellement moins rigoureux. Les infractions politiques sont en outre sanctionnées par des peines spécifiques.

B. Les intérêts de la distinction entre infractions de droit commun et infractions militaires

Ils résident dans :

- **La procédure pénale** : les infractions militaires sont soumises à une procédure spéciale déterminée par le code de justice militaire.
- **La compétence juridictionnelle** : en temps de paix, les juridictions militaires connaissent des infractions militaires. En temps de guerre, la compétence des juridictions militaires peut s'étendre aux infractions politiques.
- **La récidive** : la condamnation pour une infraction militaire ne compte pas dans la détermination de la récidive et n'alourdit donc pas la peine en cas de commission d'une nouvelle infraction.
- **L'extradition** qui est écartée en matière d'infraction militaire.

Les infractions peuvent aussi être classées selon d'autres critères.

Chapitre 2 : Les autres classifications des infractions

Cette classification est celle qui se fonde sur **l'élément matériel** et sur **l'élément moral** de l'infraction.

Section 1 : L'infraction classée selon son élément matériel

Classée selon son élément matériel, l'infraction peut être de commission ou d'omission, instantanée ou continue, matérielle ou formelle, flagrante ou non, isolée ou habituelle, simple ou complexe.

§1 : L'infraction de commission et l'infraction d'omission

La commission d'une infraction peut se matérialiser de deux façons :

- L'accomplissement d'un **acte positif**. On parle alors de commission. C'est l'exemple du vol, du meurtre ou de l'empoisonnement qui se traduisent par la soustraction frauduleuse du bien d'autrui, la mise à mort de son semblable ou de l'administration de substances mortifères à autrui. Dans toutes les hypothèses où l'acte incriminé est positif, l'infraction est une *infraction de commission*. Ici, le délinquant s'est laissé aller à une action alors que la loi la lui interdisait.
- Un **comportement négatif**. On parle dans ce cas d'abstention ou d'omission. Il en est ainsi de la non-assistance à personne en danger, de la non dénonciation de crime, de l'omission de témoigner en faveur d'une personne dont on sait qu'elle est innocente, du non obstacle à la commission d'un crime. Ici, le délinquant s'est abstenu de poser un acte alors que la loi l'y obligeait.

Dans l'infraction de commission, on réprime pour avoir fait ce qui interdit par la loi. Dans l'infraction d'omission on réprime pour n'avoir pas fait ce que la loi a rendu obligatoire.

L'intérêt de la distinction réside dans la répression de la tentative. Contrairement aux infractions de commission, la répression de la tentative n'est pas concevable dans les infractions d'omission.

§2 : L'infraction instantanée et l'infraction continue

L'infraction instantanée est celle qui se réalise en une période de temps pratiquement négligeable même si l'infraction a sans doute nécessité un long temps de préparation¹. Le meurtre, l'assassinat, le vol peuvent se réaliser et même se réalisent souvent dans un laps de temps très court.

A l'inverse, les **infractions continues ou successives** se prolongent dans le temps par la réitération constante de la volonté coupable de son auteur. Il en est ainsi du recel², de la séquestration arbitraire³. La distinction entre infraction instantanée et infraction continue présente des **intérêts** du point de vue de :

- **La prescription** : le point de départ de la prescription de l'infraction instantanée est fixé au jour de la commission de l'infraction alors que le point de départ de la prescription de l'infraction continue est fixé au jour où l'état délictueux a cessé.
- **L'application des lois dans le temps** : l'infraction continue est soumise à la loi en vigueur au moment où l'acte incriminé a cessé, même si cette loi est plus sévère que celle qui prévalait au début de l'acte délictueux.
- **La compétence territoriale** : s'agissant des infractions continues, il y a autant de juridictions compétentes que de lieux où l'infraction s'est perpétuée.

§3 : L'infraction matérielle et l'infraction formelle

L'infraction matérielle est celle dont le résultat dommageable fait partie intégrante des éléments constitutifs de l'infraction de sorte que celle-ci n'est consommée qu'autant un tel résultat a été obtenu. Ainsi, il n'y a pas meurtre ou d'assassinat sans décès de la victime. Si le décès de la victime ne survient pas, il y aura simplement tentative de meurtre ou tentative d'assassinat.

Par contre, **l'infraction est dite formelle** lorsqu'elle est considérée comme consommée indépendamment du résultat dommageable recherché par l'auteur de l'infraction. L'empoisonnement est une parfaite illustration de l'infraction formelle. Cette infraction est constituée dès l'administration de substances de nature à entraîner la mort, indépendamment

¹ En effet la préparation de l'infraction peut être très longue. Acheter une kalachnikov, s'exercer au tir à l'arme automatique, repérer les lieux habituellement fréquentés par la victime en vue de son assassinat, peuvent prendre un temps très long. Mais ces « actes préparatoires » ne rentrent pas, en principe, dans les éléments constitutifs de l'infraction et le temps mis pour la préparation n'est pas pris en compte pour la qualification de l'infraction.

² Article 614-1 et suivants du code pénal

³ Article 523-1 du code pénal

des suites de cet acte pour la victime. Il y a ainsi empoisonnement même si les substances nocives administrées à la victime n'ont pas pu ou n'ont pas encore pu entraîner sa mort.

§4 : L'infraction flagrante et l'infraction non flagrante

L'infraction est dite *flagrante* quand elle se commet actuellement, quand elle vient se commettre ou, si dans un temps très voisin de l'infraction, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique ou est trouvée en possession d'objets ou en présence d'indices laissant penser qu'elle a participé à la commission de l'infraction. Autrement, la personne soupçonnée est « prise la main dans le sac ».

Dans les autres hypothèses, *l'infraction n'est pas flagrante*.

L'intérêt de la distinction réside dans le fait que l'infraction flagrante appelle une simplification de la procédure de poursuites¹, compte tenu de la facilité d'administration des preuves.

§5 : L'infraction isolée et l'infraction d'habitude

L'infraction isolée se manifeste par l'accomplissement d'un seul acte répréhensible instantané ou continue. L'infraction est dite isolée dès lors qu'elle est punissable même au premier essai. Exemple : le vol, le meurtre, le viol... On n'attendra pas le second vol, le second meurtre ou le deuxième viol pour sanctionner son auteur. A l'inverse, *l'infraction d'habitude* suppose la réitération des agissements incriminés et l'infraction n'est constituée que s'il y a eu vraiment répétition des actes délictueux. L'acte n'est punissable que si son auteur a pris l'habitude de l'accomplir. Autrement dit, l'acte n'est pas punissable au premier essai. C'est l'exemple de l'exercice illégal de la médecine.

L'intérêt de la distinction réside au niveau de la prescription. La prescription des infractions d'habitude commence à courir à compter du jour où le dernier acte illégal a été accompli.

§6 : L'infraction simple et l'infraction complexe

L'infraction simple est celle qui est composée d'un seul élément matériel. Il en est ainsi du meurtre ou de l'empoisonnement etc. qui supposent respectivement la mise à mort volontaire de la victime ou l'administration de substances mortifères.

¹ Le cours de procédure pénale donne de plus amples détails sur la procédure de flagrance.

L'infraction est dite complexe lorsqu'elle n'est constituée que par l'accomplissement de plusieurs actes, de plusieurs éléments matériels. L'exemple type de l'infraction complexe est l'escroquerie¹ qui, pour être constituée, suppose l'usage d'un faux nom, d'une fausse qualité ou de manœuvres frauduleuses (1) destinés à déterminer la victime à remettre quelque chose au préjudice de son patrimoine ou d'un patrimoine d'autrui (2). Des manœuvres frauduleuses qui n'auraient pas eu pour effet d'entraîner la remise d'une chose ne constitueraient pas l'escroquerie.

Les **intérêts juridiques attachés à la distinction** se situent à deux niveaux : **la prescription** et **la compétence territoriale** des juridictions. La prescription des infractions complexes commence à courir à compter du dernier acte constitutif de l'infraction. Ainsi, en matière d'escroquerie par exemple, la prescription commence à courir à compter de la remise de la chose escroquée et non à compter des manœuvres frauduleuses ayant entraîné cette remise. L'infraction complexe peut entraîner **plusieurs compétences territoriales** si les actes constitutifs de l'infraction ont été commis dans des endroits différents. Ainsi, en matière d'escroquerie par exemple, des manœuvres frauduleuses entreprises à Ouagadougou et ayant entraîné la remise de la chose à Bobo Dioulasso rendent à la fois compétentes les juridictions répressives de Ouagadougou et celles de Bobo Dioulasso.

Outre l'élément matériel, l'élément moral de l'infraction permet de faire une autre classification des infractions.

Section 2 : L'infraction classée selon son élément moral

Le critère de l'élément moral de l'infraction permet de distinguer l'infraction intentionnelle de l'infraction non intentionnelle.

§1 : L'infraction intentionnelle

L'infraction est dite intentionnelle lorsque son auteur a entrepris de transgresser la loi pénale de façon volontaire et consciente. On parle de dol général. Pour être caractérisées, certaines infractions nécessitent une intention particulière qu'on appelle « dol » spécial c'est-à-dire qu'en plus de l'intention, l'auteur de l'infraction poursuit un but précis : exemples : la subornation de témoins (article 374-6 du CP), le délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle de l'entreprise (article 812-9 du CP) ...

¹ Article 613-1 du code pénal

§2 : L'infraction non intentionnelle

L'infraction non intentionnelle est celle qui n'implique pas une volonté de son auteur de commettre le fait prohibé. Mais elle est punie à raison de la seule violation de la loi, à condition qu'il y ait eu une faute dans le comportement de l'agent. Cette faute s'entend souvent d'une faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par un texte.

La distinction entre l'infraction intentionnelle et l'infraction non intentionnelle est **intéressante s'agissant principalement de la tentative**. Seules les infractions intentionnelles peuvent être tentées. La tentative dans l'infraction non intentionnelle est totalement inconcevable. On ne peut pas tenter l'involontaire.

Qu'elle soit une contravention, un délit ou un crime ; qu'elle soit politique, militaire ou de droit commun, qu'elle soit de commission ou d'omission, instantanée ou continue, matérielle ou formelle, flagrante ou non, isolée ou habituelle, simple ou complexe ; qu'elle soit intentionnelle ou non ; toute infraction repose sur toujours sur trois éléments cumulatifs.

SOUS TITRE 2 : LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

L'existence de toute infraction pénale suppose la réunion de trois éléments : un **élément légal**, un **élément matériel** et un **élément moral**. Si l'un de ces éléments fait défaut, l'infraction ne peut exister.

Chapitre 1 : L'élément légal : le principe de la légalité des infractions et des peines

Le principe de légalité des délits et des peines repose sur l'adage latin « *nullum crimen, nulla poena sine lege* » qui signifie littéralement qu'« *il n y a pas de crime, il n y a pas de peine sans loi* ». Ce principe interdit qu'une personne puisse être condamnée pour un fait qui ne constituait pas une infraction pénale au regard des règles de droit en vigueur au moment où il a été commis. Il signifie aussi que seule la peine légalement prévue peut être infligée au délinquant. Ainsi, aux termes de l'article 5 de notre constitution « *tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché* » et « *nul ne peut être contraint à faire ce que la loi*

n'ordonne pas ». L'article 111-1 du code pénal confirme ce principe constitutionnel en prévoyant que « *nulle infraction ne peut être punie et nulle peine prononcée si elles ne sont légalement prévues* ». Principe sacro-saint du droit pénal, la légalité des infractions et des peines trace la frontière entre le possible et l'interdit, et constitue de ce fait une garantie inébranlable contre l'arbitraire des pouvoirs publics et du juge. En effet, en vertu du principe de la légalité des délits et des peines, les pouvoirs publics ne peuvent considérer comme infraction un comportement auquel la loi elle-même ne prête pas cette nature et le juge ne peut infliger à son auteur que la peine expressément prévue par le texte d'incrimination. Il en résulte que le principe de légalité est un instrument de protection des libertés individuelles.

La légalité criminelle se résume aux sources juridiques du droit pénal qui impressionnent par leur diversité.

Section 1 : La multitude des sources textuelles du droit pénal

§1 : La constitution

Le principe de légalité des infractions et des peines a valeur constitutionnelle. Il intègre le bloc de constitutionalité. En effet, dès son préambule, la constitution renvoie notamment à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, laquelle institue le principe de légalité en son article 7 al. 2. La constitution contient également des dispositions concernant le droit pénal ; ainsi en est-il de l'article 54 sur le droit de grâce et l'amnistie, de l'article 95 sur les immunités parlementaires, du Titre IX¹ qui consacre une haute cour de justice. Norme suprême, la constitution prime sur toutes les autres règles de droit, à commencer par les traités et accords internationaux régulièrement approuvés par le Burkina Faso.

§2 : Les traités et accords internationaux

De l'article 151 de la constitution, on sait que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Le code pénal a repris cette disposition en son article 111-7 qui dispose « *les traités, accords ou conventions dûment ratifiés et publiés s'imposent aux dispositions pénales internes* ». Sur ce point il faut préciser

¹ Le Titre IX de notre constitution va de l'article 137 à l'article 140. Il institue la Haute cour de justice qui est compétence pour juger le Président du Faso et les membres du Gouvernement pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions.

que le Burkina Faso a ratifié plusieurs traités internationaux qui ont des incidences sur notre droit pénal. Il en est ainsi par exemple de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981, du Traité de Rome de 1998 instituant la Cour pénale internationale, des quatre conventions de Genève de 1949 sur le droit de la guerre, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984. Tous ces traités étoffent substantiellement notre architecture pénale aux côtés d'autres sources.

S3 : La loi au sens strict

La loi au sens strict ou au sens formel s'entend des règles de droit élaborées par le parlement. Elle exclut les autres règles de droit émanant d'autres autorités. La loi au sens strict constitue la source principale du droit pénal au Burkina Faso. Aux termes de l'article 101 de la constitution, la loi au sens strict « *fixe les règles concernant la détermination des crimes et des délits ainsi que les peines qui leur sont applicables, la procédure pénale, l'amnistie* ». Le code pénal burkinabè de 2018 qui remplace le code pénal de 1996 est par exemple le fruit d'une loi au sens formel, la loi n° 025-2018/AN du 31 mai 2018. A côté du pouvoir législatif, l'exécutif peut aussi définir certaines infractions par voie réglementaire.

S4 : Le règlement

La loi au sens strict n'a pas le monopole de la définition des infractions. Elle ne définit que les délits et les crimes et non les contraventions. Et puisque « *les matières autres que celles qui relèvent du domaine de loi ont un caractère réglementaire* »¹, la détermination des contraventions et des peines contraventionnelles se fait par voie réglementaire. Au Burkina Faso, les contraventions sont réglementées par le décret 97-84 du 28 février 1997 portant définition et sanction des contraventions et le décret 2004-418 du 12 août 2004 portant définition et répression de contraventions en matière de circulation routière.

La jurisprudence et la doctrine ne sont pas des sources du droit pénal compte tenu du principe de la légalité.

Constitution, traités internationaux, lois au sens strict et règlements forment donc ce qu'on peut appeler le « **bloc de légalité pénale** ». Le principe de légalité des infractions et des peines a comme corolaire l'obligation faite au juge d'interpréter la loi pénale de façon restrictive.

¹ Article 108 de la constitution burkinabè

Section 2 : L'interprétation stricte de la loi pénale

Aux termes de l'article 111-2 alinéa 1 du code pénal, «*la loi pénale est d'interprétation stricte.* » C'est une conséquence logique du principe de légalité des infractions et des peines. La loi pénale est déclarative et le juge doit se contenter d'en tirer toutes les conséquences sans rien y retrancher et sans rien y ajouter. L'interprétation stricte de la loi pénale interdit au juge répressif de donner libre cours à son imagination. Ce serait une violation du principe de la légalité si le juge pouvait, par son œuvre interprétative, étendre l'application de la loi à des situations non prévues par le législateur.

C'est parce que la loi pénale doit être interprétée de façon restrictive que la Cour de cassation française a par exemple, dans une affaire de violation de domicile, censuré une cour d'appel qui avait considéré que la voiture automobile était un prolongement du domicile.

§1 : Domaine d'application de la règle de l'interprétation stricte

L'interprétation stricte de la loi pénale est conçue dans un but de protection des intérêts de la personne mise en cause dans une poursuite et pour ce faire, elle ne s'applique pas à toutes dispositions pénales. Une distinction est faite entre les lois dispositions défavorables au prévenu qui doivent s'interpréter restrictivement et les dispositions favorables qui peuvent s'interpréter largement. Les lois pénales défavorables s'entendent de celles qui définissent les éléments constitutifs des infractions et qui fixent les peines. Sont favorables au prévenu les lois pénales édictées en vue d'assurer une meilleure justice répressive et qui instituent les garanties de la liberté individuelle et les droits de la défense.

§2 : Portée de la règle de l'interprétation stricte

Devant un texte clair, le juge n'a pas à l'étendre à des hypothèses non comprises dans la loi. Le raisonnement par analogie est prohibé. Mais si le texte est obscur ou peu clair, le juge doit en rechercher le sens véritable. S'il ne parvient pas à saisir la pensée du législateur, il doit prononcer la relaxe. En cas de doute, il convient de ne pas réprimer un fait qui ne tombe pas de manière certaine sous le coup d'une disposition légale.

Le principe de légalité des délits et des peines a une incidence certaine sur le champ d'application de la loi pénale.

Section 3 : Le champ d'application de la loi pénale

La loi pénale s'applique dans le temps et dans l'espace.

§1 : L'application de la loi pénale dans le temps

Il faut distinguer ici les lois pénales de fond et les lois pénales de forme.

A. Les lois pénales de fond

Les lois pénales de fond sont celles qui définissent les infractions, les peines qui leur sont applicables, les mesures de sureté et les mesures éducatives. En principe les lois pénales de fond ne sont pas rétroactives. Mais exceptionnellement, elles peuvent rétroagir.

1. Le principe : la non-rétroactivité des lois pénales de fond

L'article 5 al.2 de notre constitution dispose : *« la loi pénale n'a pas d'effet rétroactif. Nul ne peut être jugé et puni qu'en vertu d'une loi promulguée et publiée antérieurement au fait punissable »*. **Le principe de non rétroactivité de la loi pénale intègre ainsi le bloc de constitutionnalité. Ce qui interdit même au législateur d'y déroger.** L'article 111-2 alinéa du code pénal ne pouvait donc que renforcer le dispositif. Ce texte prévoit que *« seuls sont punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis »*. L'article 112-1 al. 3 ajoute que *« la loi qui, rend un fait punissable ou qui aggrave une peine n'a point d'effet rétroactif »*. Par conséquent, il n'est pas possible de punir en se fondant sur un texte qui n'existait pas au moment des faits.

Exceptionnellement la loi pénale de fond peut avoir un effet rétroactif

2. L'exception : l'application immédiate de certaines lois pénales de fond

L'application immédiate concerne d'abord les **lois pénales de fond plus douces**. La non rétroactivité est dictée dans un but de protection des personnes mises en cause dans une instance pénale. Dans ce sens, il apparaît logique que la loi pénale, quand elle est plus douce s'applique aux personnes mises en cause dans une procédure pénale. La loi pénale est plus douce quand elle supprime une incrimination, allège les conditions d'une infraction, supprime ou allège la peine applicable au délinquant. L'article 112-1 al. 1 et 2 du code pénal prévoit que *« la loi qui efface la nature punissable d'un fait a un effet rétroactif. Elle arrête toute poursuite en cours ainsi que l'exécution de la peine prononcée. La loi qui allège une peine a*

un effet rétroactif. Elle s'applique aux infractions commises avant son entrée en vigueur et qui n'ont pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée.

L'application immédiate concerne ensuite **les lois pénales de fond prévoyant les mesures de sureté et les mesures éducatives**. « *Les mesures de sureté, selon l'article 221-1 al.1 du code pénal, sont des mesures individuelles coercitives imposées à des individus dangereux pour l'ordre social afin de prévenir les infractions que leur état rend probables* ». Sont des mesures de sureté l'internement des aliénés ou le traitement des personnes adonnées aux stupéfiants. Ces mesures répondent non pas à la commission d'une infraction déterminée mais sont destinées à faire face à un état dangereux exposant celui qui s'y trouve à la commission d'infractions. Les lois nouvelles prévoyant de telles mesures sont immédiatement applicables. Il en va de même pour les mesures éducatives nouvelles à l'égard des mineurs délinquants à condition que ces mesures soient destinées non pas à punir ces mineurs mais à les amender de leurs mauvaises tendances.

La rétroactivité concerne enfin les lois pénales de fond quand elles sont des **lois interprétatives**. Les lois interprétatives sont rétroactives. Par loi interprétative, il faut entendre la loi nouvelle qui intervient pour clarifier le sens d'une loi antérieure obscure. La loi interprétative fait alors corps avec la loi qu'elle interprète et le sens donné à la loi ancienne par la loi interprétative est censé être le sens initial de l'ancienne loi.

Si, s'agissant des lois pénales de fond, la non rétroactivité est le principe et la rétroactivité l'exception, c'est l'inverse s'agissant des lois pénales de forme.

B. Les lois pénales de forme

Par règles pénales de forme, il faut entendre les règles qui modifient la compétence des juridictions pénales, les lois de procédure au sens strict (celles qui gouvernent par exemple l'administration des preuves, la tenue des audiences, la composition des juridictions...), les lois portant sur la prescription ou la mise en œuvre des voies de recours. Toutes ces règles sont immédiatement applicables à la répression des infractions commises même avant leur entrée en vigueur.

Le principe de légalité emporte aussi la délimitation du champ d'application spatial de la loi pénale.

§2 : L'application de la loi pénale dans l'espace

En la matière, le principe est **la territorialité de la loi pénale**¹. C'est ce qui ressort de l'article 113-1 alinéa 1 du code pénal : « *la loi pénale s'applique à toute infraction commise sur le territoire national quel que soit la nationalité de son auteur* ». Les lois pénales burkinabè sont ainsi applicables aux nationaux et aux étrangers dans la limite des infractions commises sur le territoire burkinabè. On entend par territoire national les terres délimitées par les frontières, l'espace aérien, l'espace fluvial et l'espace aérien.

La loi pénale burkinabè est aussi applicable aux infractions commises à bord des aéronefs immatriculés au Burkina Faso, ou des aéronefs loués sans équipage et mis en service par des personnes remplissant les conditions pour être propriétaire d'un aéronef au Burkina Faso, ou à l'encontre des personnes se trouvant à bord. Elle est seule applicable aux infractions commises à bord des aéronefs militaires burkinabè, ou à l'encontre des personnes se trouvant à bord de tels aéronefs. Elle est également applicable aux infractions commises à bord d'un navire immatriculé suivant la loi burkinabè ou à l'égard duquel un permis ou un numéro d'identification a été délivré en conformité avec cette loi, ou à bord d'un navire immatriculé à l'étranger et appartenant à l'État burkinabè ou à l'encontre des personnes se trouvant à bord de tels navires.

Si l'infraction est commise hors du territoire burkinabè, le principe en la matière est donc l'incompétence de notre loi pénale.

L'alinéa 2 de l'article 113-1 du code pénal précise toutefois que **la loi pénale burkinabè est en outre applicable aux infractions commises par un Burkinabè** (on parle de personnalité active) **ou contre un Burkinabè** (on parle de personnalité passive) hors du territoire national lorsque les faits constituent une infraction dans le pays où ils ont été commis. Dans cette hypothèse, les poursuites sont conditionnées par une plainte de la victime ou une dénonciation officielle de l'autorité du pays où l'infraction a été perpétrée.

Une fois l'infraction légalement consacrée, elle a besoin d'un acte extérieur, l'élément matériel, pour exister.

¹ La territorialité de la loi pénale est un corolaire de la souveraineté en vertu duquel le souverain se réserve le droit de réprimer tous les faits délictueux commis sur le territoire national, peu importe la nationalité de leur auteur. La matière pénale reste d'ailleurs le terrain où la souveraineté des Etats s'exprime le mieux. Le principe de la territorialité est adopté par presque tous les Etats.

Chapitre 2 : L'élément matériel de l'infraction

Il n'y a pas d'infraction sans fait matériel et constatable. La simple résolution criminelle ne constitue pas un fait susceptible de faire l'objet de poursuites. La loi ne sanctionne pas les mauvaises pensées même si elles sont souvent le point de départ des grandes entreprises criminelles. Pour être sanctionné, l'individu doit donner à sa pensée une manifestation extérieure et passer donc de la résolution à l'acte. Le point délicat est de savoir le moment auquel la volonté coupable de l'agent est suffisamment manifeste pour justifier une intervention des pouvoirs publics.

Section 1 : Le contenu de l'élément matériel

Le contenu de l'élément matériel se résume aux actes d'exécution de l'infraction. Ces actes consistent en une commission ou en une omission.

§1 : La commission

La majeure partie des incriminations pénales résident dans un **acte positif** c'est-à-dire la commission d'un acte ou l'adoption d'un comportement interdit par la loi pénale. Ainsi est acte positif :

- Le fait de tuer qui aboutit à priver une personne de sa vie ;
- Le fait de voler qui aboutit à priver une personne de son bien ;
- Le fait de diffamer qui conduit à salir l'honneur d'autrui.

§2 : L'omission

Dans d'autres cas, l'élément qui matérialise l'incrimination va consister dans un **acte négatif** c'est-à-dire une abstention, une omission de faire quelque chose, de poser un acte rendu obligatoire par les lois et règlements. A titre d'exemples, commet un acte négatif l'exposant à une sanction pénale :

- La personne qui s'abstient volontairement de porter assistance à une personne en situation de péril (article 521-7 al.2 du code pénal) ;
- La personne qui, connaissant la preuve de l'innocence d'une personne incarcérée provisoirement ou condamnée pour délit ou crime, s'abstient volontairement d'en apporter aussitôt le témoignage aux autorités de justice ou de police (article 374-11 du code pénal) ;

- La personne qui, après divorce, séparation de corps ou annulation de mariage et alors que les enfants résident habituellement chez elle, transfère son domicile en un autre lieu et s'abstient de notifier ce changement à ceux qui peuvent exercer à leur égard un droit de visite ou d'hébergement en vertu d'un jugement ou d'une convention judiciairement homologuée (article 532-20 al. 2 du code pénal)
- Etc.

Section 2 : La problématique de la tentative punissable

La tentative selon l'article 122 alinéa 1 du code pénal « *consiste dans l'entreprise de commettre un crime ou un délit, manifestée par des actes non équivoques tendant à son exécution, si ceux-ci n'ont pas été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de leur auteur.*

La tentative est punissable alors même que le but recherché ne pouvait être atteint en raison de circonstances ignorées de l'auteur ».

§1 : Les variantes de la tentative

A. L'infraction inachevée

1. Les conditions de l'infraction inachevée

La tentative punissable requiert trois conditions cumulatives : un **commencement d'exécution** de l'infraction projetée, une **absence de désistement volontaire** et une **intention coupable** de celui qui veut la commettre.

a) L'intention coupable de l'auteur

La tentative punissable requiert d'abord de la part de son auteur une intention manifeste de commettre l'infraction tentée. C'est l'exigence de cette intention de commettre l'incrimination qui explique que la tentative soit inconcevable s'agissant des infractions non intentionnelles. L'auteur va matérialiser cette volonté coupable par des actes d'exécution.

b) Le commencement d'exécution de l'infraction

En général, l'infraction connaît trois (3) phases : la résolution criminelle, les actes préparatoires et le commencement d'exécution qu'il convient de bien distinguer. La **résolution criminelle** est la représentation psychologique de l'acte illicite, l'agent se contente de penser à l'acte incriminé, il le projette sans agir. Cette phase n'est pas punissable. Le droit

ne sanctionne pas les mauvaises pensées. Les **actes préparatoires** consistent dans la préparation de l'infraction. Ils ne constituent pas l'exécution du délit projeté, mais se rattachent à ce délit dans l'intention de l'agent et tendent ainsi à son exécution. Par ces actes, l'agent se met dans les conditions matérielles voulues pour que l'exécution de l'infraction devienne possible, et si ses préparatifs sont terminés, il se met en quelque sorte à pied d'œuvre, mais sans être encore entré dans la phase de l'exécution: c'est, par exemple, le fait de se procurer du poison, par rapport à l'empoisonnement; l'acquisition d'un instrument propre à commettre une effraction, dans le but de dévaliser un appartement, le fait d'acheter ou à détenir une arme, de s'exercer au tir en vue de commettre un meurtre.

L'acte préparatoire¹, selon l'article 122-3 du code pénal, n'est pas punissable. Cette immunité des actes préparatoires s'explique par le fait que l'infraction préparée est encore subjective, équivoque ; elle n'existe que dans l'intention de l'agent. Toutefois certains actes préparatoires constituent eux-mêmes des infractions à part entière. Ainsi en est-il de la détention illégale d'arme, le port d'armes prohibées, la contrefaçon ou l'altération de clefs.

Quant au **commencement d'exécution**, il dépasse le cadre d'une simple résolution ou d'un simple acte de préparation et tend directement à la réalisation de l'infraction projetée. Les actes de commencement d'exécution sont complexes et il est très souvent délicat de les distinguer des simples actes préparatoires. Le Code pénal est parfaitement muet sur la différence qu'il y a entre l'acte préparatoire et le commencement d'exécution. C'est la jurisprudence, aidée par la doctrine, qui a été obligée de cerner ces notions.

Deux conceptions doctrinales s'opposent sur la notion de commencement d'exécution. Selon une première conception dite objective, il y a commencement d'exécution lorsqu'un individu a commencé à accomplir l'acte incriminé. Par exemple il faut que la soustraction frauduleuse du bien d'autrui ait commencé pour qu'il y ait commencement d'exécution d'un vol. Une deuxième conception dite subjective se fonde sur l'intention de l'auteur de l'acte. Selon cette dernière conception, est un commencement d'exécution tout acte, même non incriminé, qui révèle l'intention de commettre l'infraction ; tout acte univoque. Par exemple, un individu entré dans une maison muni de fausses clés peut être arrêté pour cambriolage.

La jurisprudence a consacré une solution intermédiaire puisque la cour de cassation a défini le commencement d'exécution en affirmant « *que constitue un commencement d'exécution tout*

¹ Acheter une arme peut par exemple être un acte préparatoire. En principe et selon l'article 61 du code pénal, l'acte préparatoire ne constitue pas une infraction. On peut par exemple acheter une arme pour se défendre ou pour se suicider, ce qui n'est pas interdit par la loi burkinabè.

acte qui tend directement au délit, lorsqu'il a été accompli avec l'intention de le commettre ». Il y a ainsi commencement d'exécution lorsque « *les faits d'ores et déjà accomplis permettent de penser que l'agent serait allé jusqu'au bout de son entreprise criminelle* ».

Partant de cette définition, **le commencement d'exécution suppose d'abord un acte accompli avec l'intention de commettre l'infraction.** Ainsi, en matière de vol, en 1913, la cour de cassation a jugé qu'il y avait vol dans l'hypothèse où un individu avait suivi un encaisseur toute la journée et l'a attendu dans un couloir en étant muni d'un masque¹. La Cour de cassation a estimé que l'ensemble des actes révélaient l'intention de commettre le délit de vol. **Le commencement d'exécution suppose ensuite que l'acte accompli tende directement à la commission de l'infraction.** Cette exigence conduit parfois les juges à écarter la qualification de commencement d'exécution, bien que l'acte accompli manifeste l'intention de commettre une infraction. Selon l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1959, « *n'est pas un commencement du délit d'escroquerie le fait d'incendier son propre véhicule et de rédiger une déclaration* » parce que cette déclaration n'a pas été soumise à la compagnie d'assurance.

La jurisprudence a vu un commencement d'exécution du délit de vol² le fait de casser la porte d'une maison. Elle a également considéré comme commencement d'exécution le fait de faire le guet en attendant la victime d'un vol à accomplir.

Quoiqu'il soit, le commencement d'exécution ne suffit pas, à lui tout seul, à constituer la tentative punissable. Celle-ci ne sera constituée que si le coupable persiste dans son entreprise coupable. S'il se désiste volontairement et spontanément, la tentative ne sera pas punissable.

c) L'absence de désistement volontaire

En plus du commencement d'exécution, l'article 122-1 al.1 du code pénal requiert une absence de désistement volontaire pour que la tentative punissable soit constituée. Cela signifie que même s'il a commencé l'exécution de l'infraction, la loi donne encore au délinquant une chance d'impunité si celui-ci arrête volontairement son entreprise criminelle. La tentative suppose que le délinquant ne soit pas allé jusqu'au bout de son action. Cette interruption de l'activité criminelle peut intervenir de deux façons :

La commission de l'infraction peut être interrompue involontairement, par des circonstances extérieures à la volonté du délinquant et indépendamment de celle-ci. Le

¹ Crim. 29 décembre 1970, affaire dite du Palais royal

² Mais le fait de casser la porte d'une villa est trop lointain du meurtre pour qu'on puisse considérer qu'il y a commencement d'exécution de meurtre.

désistement de l'agent n'est pas volontaire. Il est dû à un évènement totalement étranger à la volonté de l'agent. Autrement dit, l'agent serait allé au bout de son action criminelle si cet évènement n'était pas intervenu. Ainsi caractérise le désistement involontaire :

- L'interruption de la commission de l'infraction due à l'arrivée sur les lieux des agents de police ;
- La fuite du cambrioleur d'une villa effrayé par le déclenchement d'une alarme ;
- L'échec du braquage d'une banque à cause d'un manque de coordination ;
- L'attitude de celui qui renonce au vol à cause à la résistance du coffre-fort qui contient le bien convoité ou à cause de l'arrivée d'une autre personne ;
- L'attitude d'un individu qui, ayant tenté un rapport sexuel avec sa victime, a été contraint de renoncer à son acte en raison d'une déficience physique momentanée¹.

Toutes les fois que le désistement de l'agent n'a pas été volontaire, sa tentative sera punissable.

La commission de l'infraction peut être interrompue volontairement, de façon spontanée par son auteur, peu importe le mobile qui a motivé l'interruption. Ici le désistement est le résultat d'une volonté libre de l'agent qui a renoncé volontairement et spontanément à commettre son forfait. Ainsi, réalise un désistement volontaire :

- Le voleur qui interrompt la soustraction de la chose par peur d'une arrestation ;
- Le tireur qui renonce à abattre sa victime par pitié ou par remord.

Toutes les fois que le désistement de l'agent est intervenu volontairement, sa tentative n'est pas punissable.

Le juge apprécie souverainement le caractère volontaire ou non du désistement. La jurisprudence a par exemple considéré qu'on est en présence d'un désistement libre et spontané lorsque la tierce personne, qui est intervenue, s'est seulement contentée de dissuader l'auteur de la tentative sans exercer sur lui aucune contrainte²

Il faut toutefois noter que le désistement intervienne avant la consommation de l'infraction. Après la commission de l'infraction, seul est possible le repentir. Ainsi celui qui administre des substances nocives à une personne est coupable d'empoisonnement même s'il

¹ Crim.10 janvier 1996. *Bull. crim.* N°164

² Crim. 20 mars 1974. *Gaz. Pal.* 1974.1.449

administre aussitôt à la victime l'antidote. Celui qui restitue la chose volée à son propriétaire reste coupable du délit de vol. Mais le juge peut considérer le repentir de l'auteur pour alléger sa peine.

B. L'infraction manquée

Selon l'article 122-1 du code pénal, la tentative consiste dans l'entreprise de commettre un crime ou un délit, manifestée par des actes non équivoques tendant à son exécution, si ceux-ci n'ont pas été suspendus ou « n'ont manqué leur effet » que par des circonstances indépendantes de la volonté de leur auteur ». Mais dans cette hypothèse, l'infraction n'a pas été interrompue. Son auteur n'a pas désisté. L'infraction s'est poursuivie et s'est développée dans sa totalité mais pour une raison ou pour autre, l'agent n'a pas atteint le résultat attendu. Il l'a manqué. La balle tirée en direction de la victime a raté sa cible par exemple.

C. L'infraction impossible

L'hypothèse de l'infraction impossible est plus complexe. « Tuer » un cadavre, « avorter » une femme non enceinte, utiliser des substances non toxiques pour empoisonner constituent entre autres des exemples d'infractions impossibles. L'infraction impossible est celle qui était par nature irréalisable soit par manque d'objet (tirer une balle sur une personne déjà morte ou vouloir avorter une femme alors qu'elle n'est pas enceinte), soit en raison de l'inefficacité des moyens employés pour réaliser l'infraction (utiliser un fusil non chargé pour commettre un meurtre ou employer des substances non mortifères pour empoisonner). Se pose alors la question suivante : l'impossible peut-il être tenté ? L'article 122-1 al. 2 y répond sans contours en prévoyant que « *la tentative est punissable alors même que le but recherché ne pouvait être atteint en raison de circonstances ignorées de l'auteur* ». De plus, la jurisprudence assimile l'infraction impossible à l'infraction tentée. Ainsi dans l'affaire Perdureau de 1986, a été reconnu comme coupable de tentative d'homicide volontaire celui qui, croyant une personne encore en vie, avait exercé sur elle des violences dans l'intention de lui donner la mort. Le juge a estimé dans le cas d'espèce que le décès de la victime, antérieur aux violences, constituait une circonstance indépendante de la volonté de l'auteur.

§2 : La répression de la tentative

Il faut d'abord préciser les catégories d'infractions dont la tentative est punissable. L'article 122-1 al.1 du code pénal définit la tentative comme « *l'entreprise de commettre un crime ou un délit...* ». Ce texte ne cite pas la contravention. L'article 122-2 est sans équivoque : « **La**

tentative de crime est toujours punissable. La tentative de délit n'est punissable que dans les cas prévus par la loi. La tentative de contravention n'est jamais punissable ». C'est donc la nature criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle de l'infraction qui permet de savoir si sa tentative est punissable ou non.

Quant aux peines encourues par l'auteur de la tentative, il y a une **parfaite identité entre la répression de l'infraction tentée et celle de l'infraction consommée**. En effet, aux termes de l'article 122-4 du code pénal « *la peine applicable à la tentative est celle de l'infraction elle-même* ». L'auteur d'une tentative est donc passible de la même peine que celle qu'il eût encourue si le crime ou le délit avait été consommé. En des termes beaucoup plus pratiques, l'auteur d'une tentative de meurtre écoperait des mêmes peines qu'un meurtrier. De la même façon, l'auteur d'une tentative de fraude aux examens et concours sera sanctionné comme s'il avait pu frauder.

Bien entendu il faut distinguer l'infraction inachevée, l'infraction manquée et l'infraction impossible même si la peine encourue est identique. L'infraction inachevée suppose une interruption de l'acte délictueux. L'infraction manquée suppose que le délinquant est allé au bout de son action mais n'a pas atteint le résultat attendu. L'infraction impossible est celle qui, même conduite jusqu'au terme, ne pouvait se réaliser compte tenu de l'absence de l'objet de l'infraction ou de l'inefficacité des moyens utilisés pour la commettre.

Chapitre 3 : L'élément moral ou psychologique de l'infraction

Pour que l'infraction existe juridiquement, il ne suffit pas qu'un acte matériel ait été commis. Il faut en outre que cet acte ait été l'œuvre de la volonté libre et éclairée de celui qui l'a commis. Ce lien entre l'acte et son géniteur constitue l'élément moral de l'infraction. Le code pénal fait la part entre l'infraction intentionnelle et l'infraction non intentionnelle.

Section 1 : Les formes de l'élément moral : la faute en droit pénal

§1 : La faute intentionnelle

On l'appelle aussi l'intention criminelle ou le « dol ¹ ». Selon l'article 111-4 al. 1 du code pénal, en principe, « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Le

¹ Ne pas confondre le dol du droit civil et le droit du droit pénal. En droit civil, le dol est une manœuvre frauduleuse, un mensonge ou une réticence illicite destinée à tromper une partie à un acte juridique et la

caractère intentionnel de l'infraction implique chez son auteur la volonté, la conscience de violer la loi pénale. L'agent a agi sciemment en vue de la réalisation de l'acte illicite. Il a voulu pleinement tout à la fois son acte et le résultat obtenu. Assez souvent dans les termes même du texte d'incrimination, l'exigence de l'intention ou du dol criminel ressort expressément. Ainsi dans la définition de certaines infractions, le législateur emploie les mots « *volontairement* », « *sciemment* », « *à dessin* », « *avec connaissance* », « *frauduleusement* ». **Tous les crimes sont intentionnels.** Les délits sont majoritairement intentionnels. L'intention est souvent exigée pour certaines contraventions.

L'intention n'est pas à confondre avec le mobile de l'infraction. Le mobile est la raison qui a poussé l'agent à commettre l'infraction. On peut par exemple tuer par haine, par jalousie, par vengeance ou par pitié mais le fait de tuer reste un meurtre et le mobile est en principe indifférent à la qualification et à la répression de l'infraction. Mais pour caractériser certaines infractions, le législateur prend en considération le but poursuivi par l'agent soit dans les éléments constitutifs de l'infraction (on parle alors de dol spécial) ou dans la détermination de la peine (circonstances atténuantes ou aggravantes).

§2 : La faute non intentionnelle

Selon l'article 111-4 al. 2 du code pénal « *lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui et en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* ». La faute non intentionnelle caractérise la commission de certains délits et de certaines contraventions. Ici, une faute d'imprudence, de négligence ou un manquement à une obligation de sécurité ou à une obligation de prudence prévue par les dispositions législatives et réglementaires est requise. Par contre la loi n'exige pas que l'auteur de l'infraction ait expressément voulu le résultat de son imprudence, de sa négligence ou du manquement à l'obligation de sécurité ou de prudence.

L'infraction résulte ici du fait que son auteur n'a pas accompli les diligences normales, il a manqué de prudence ou s'est montré négligent. Il faut donc que l'imprudence, la négligence ou le manquement à l'obligation légale ou réglementaire de sécurité ou de prudence soit prouvée pour caractériser l'infraction. Le conducteur automobile qui blesse mortellement un piéton par inattention commet une infraction non intentionnelle.

déterminer ainsi à donner son consentement à l'acte. En droit pénal, le dol renvoie à la volonté de l'agent de commettre l'infraction.

§3 : La faute contraventionnelle

On parle de faute contraventionnelle au sujet des infractions que la seule inobservation de la loi suffit à caractériser. La faute contraventionnelle résulte du seul fait de la violation d'une disposition légale ou réglementaire. Cette violation de la loi fait présumer la faute et de ce fait l'accusation (le ministère public) est dispensée d'en rapporter la preuve. Seuls les cas de force majeure et les causes de non imputabilité (que nous examinerons dans les lignes qui suivent) peuvent conduire à l'irresponsabilité pénale. La majeure partie des contraventions résultent d'une faute contraventionnelle.

Section 2 : Les degrés de l'élément moral

§1 : La préméditation ou dol aggravé

L'article 216-5 du code pénal dispose que « *la préméditation consiste dans le dessein formé avant l'action d'attenter à la personne d'un individu déterminé ou même de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand bien même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition* ». La préméditation va consister dans la préparation de l'acte, la planification de l'infraction avant de la commettre. Elle constitue une circonstance entraînant une aggravation de la peine ou une requalification de l'infraction. Ainsi, par exemple selon l'article 512-11 al. 2 du code pénal, « *tout meurtre commis avec préméditation ou guet-apens est qualifié assassinat* ».

§2 : Le dol déterminé et le dol indéterminé

Il y a dol déterminé lorsque le plan criminel du délinquant a été exécuté avec précision, sans dépassement et sans insuffisance ; l'infraction réalisée est telle qu'elle devait l'être et le résultat obtenu est ce qui était exactement voulu par l'auteur de l'infraction.

A l'inverse, le dol est dit indéterminé lorsque, l'agent, tout en recherchant un résultat, n'a pas voulu de façon précise le résultat dommageable obtenu. Dans cette hypothèse, la peine est très souvent proportionnelle à la gravité du dommage réalisé. Le dol est aussi indéterminé lorsque l'indétermination porte sur l'identité de la victime et dans cette hypothèse, la répression s'exerce pleinement sans égard à cette circonstance purement factuelle.

Une fois commise l'infraction engage en principe la responsabilité pénale de son auteur.

TITRE 2 : LES REGLES GENERALES DE LA RESPONSABILITE PENALE

La responsabilité pénale est l'obligation pour l'auteur de l'infraction de répondre de son acte et de subir en conséquence la peine prévue par la loi qu'il a transgressée. La responsabilité pénale suppose la culpabilité et l'imputabilité.

La culpabilité suppose la commission d'une faute intentionnelle, d'imprudence ou de négligence prévue et punie par la loi. L'imputabilité implique que la faute puisse être mise sur le compte de la personne qui l'a commise. Ainsi, l'imputabilité exige chez l'auteur de la faute la conscience et le libre arbitre. En un mot **la responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction sera toujours engagée toutes les fois qu'il aura commis la faute pénale librement et en toute conscience.** L'auteur d'une infraction est donc **en principe responsable sauf s'il peut invoquer une cause de non responsabilité pénale.** Ces causes d'irresponsabilité pénale sont de deux sortes : les causes objectives qui neutralisent l'élément légal de l'infraction (**chapitre 1**) et les causes subjectives qui anéantissent l'élément moral de l'incrimination (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les causes objectives d'exonération de la responsabilité pénale : les faits justificatifs

Le fait justificatif ou cause objective d'irresponsabilité est une conjoncture extérieure à l'auteur de l'infraction qui légitime l'acte répréhensible commis en effaçant son caractère délictueux et, par suite, exclue la responsabilité pénale de son auteur. Ces causes d'irresponsabilité pénale renvoient aux circonstances matérielles qui ont présidé à la commission de l'infraction. Elles s'attachent aux faits et non à la personne qui les commet. C'est dans ce sens qu'on dit de ces causes d'exonération qu'elles sont objectives. Les faits justificatifs profitent à tous ceux qui ont participé à l'infraction (auteurs, co-auteurs, complices) parce qu'ils effacent le caractère infractionnel de l'acte en anéantissant l'élément légal de l'infraction. Ici les agissements commis auraient été une infraction s'ils n'avaient pas été réalisés dans ces circonstances.

Le code pénal énumère quatre faits justificatifs : **l'ordre de la loi**, le **commandement de l'autorité légitime**, la **légitime défense** et **l'état de nécessité**.

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

§1 : L'autorisation ou la prescription de la loi

Aux termes de l'article 132-1 al.1 du code pénal « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires.* » Il est en effet inconcevable que la loi accorde un droit sans légitimer les actes résultant de l'exercice normal de ce droit. Ainsi, la police qui interpelle un délinquant en flagrant délit et le place en garde à vue ne commet pas de séquestration arbitraire. Dans le même sens, une perquisition policière n'est pas une violation de domicile. Les fouilles corporelles avant l'accès à un avion ne constituent pas une violence ou une atteinte à l'intégrité physique. Dans l'un ou l'autre cas, la loi autorise et même prescrit¹ ces actes à ceux qui les commettent.

Au sens de l'article 132-1 al.1, la loi englobe **la loi au sens strict** et les **dispositions réglementaires**. Il est permis d'y ajouter **la coutume**. En effet, c'est en vertu des règles coutumières du sport que le boxeur peut démonter la mâchoire de son adversaire sans courir le risque d'être poursuivi pour coups et blessures volontaires dès lors que le coup fatal a été administré dans le respect des règles de la boxe.

§2 : Le commandement de l'autorité légitime

Le siège de ce fait justificatif se trouve à l'article 132-1 al. 2 du code pénal qui énonce que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime sauf si cet acte est manifestement illégal* ». On parle de « commandement de l'autorité légitime » lorsqu'une personne accomplit un acte tombant sous le coup de la loi, non de son propre mouvement, mais parce qu'elle en a reçu l'ordre de la part d'un supérieur auquel elle doit obéissance. Le préalable c'est que l'autorité qui donne l'ordre doit être légitime.

A. La légitimité de l'autorité qui commande

L'autorité légitime s'entend de **l'autorité publique civile ou militaire**. Elle exclut donc l'autorité privée comme l'autorité parentale sur les enfants ou l'autorité de l'employeur sur ses salariés. L'autorité légitime est une **autorité compétente**. L'ordre donné par l'autorité

¹ La loi oblige par exemple la police à appréhender, à arrêter les délinquants.

doit l'être dans le cadre de l'exercice de des fonctions. Le donneur de l'ordre doit avoir l'autorité légale sur le receveur de l'ordre. Autrement l'autorité n'est pas légitime.

La légitimité de l'autorité **peut être seulement apparente** (le fonctionnaire de fait par exemple). Les agissements du subordonné doivent s'inscrire dans la stricte exécution des ordres et instructions du supérieur à l'exclusion de toute initiative personnelle. Autrement dit, le subordonné qui a abusé de son pouvoir dans l'exécution des ordres et instructions qui lui ont été donnés ne peut pas se prévaloir du commandement de l'autorité légitime. Ainsi le policier qui porte sans raison valable des coups et blessures sur la personne qu'il vient d'interpeller sur ordre de son commissaire ne peut pas alléguer en défense le commandement de l'autorité légitime.

Si la légitimité de l'autorité est avérée, son commandement doit avoir un certain caractère pour exonérer l'exécutant de toute responsabilité.

B. La qualité de l'acte commandé

De l'article 132-1 al. 2 on déduit que si l'acte commandé est « *manifestement illégal* », il ne produit pas son effet exonératoire de responsabilité à l'égard de celui qui l'a exécuté. Le subordonné ne peut donc pas se réfugier derrière le commandement de l'autorité légitime si l'ordre qu'il a exécuté était d'une illicéité manifeste. Sont par exemple manifestement illégaux les ordres de nature à compromettre gravement l'ordre public, l'intérêt public ou la déontologie de certains corps comme la police nationale, l'armée nationale. Il est évident que les ordres donnés à un subalterne de commettre des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, des crimes de génocide ou des actes de tortures sont manifestement illicites.

La légitime défense est l'autre fait justificatif majeur prévu par le code pénal.

Section 2 : La légitime défense

Selon l'article 132-2 al. 1 du code pénal « *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'attaque* ». L'agent a été obligé de commettre une « infraction » en vue d'assurer la défense de sa personne, d'un tiers

ou d'un bien sous la menace d'un péril actuel ou imminent. Certaines conditions sont exigées :

§1 : Conditions de la légitime défense

A. L'attaque doit être injuste/ la défense doit être légitime

L'attaque dirigée contre la victime ne doit pas être l'exercice d'un droit. Elle doit être non justifiée et sans fondement juridique. C'est le caractère injuste de l'attaque qui rend la défense ou la riposte légitime. Si l'attaque est ordonnée ou autorisée par la loi, la riposte sera injuste. Ainsi, celui qui résiste à son interpellation par la police commet un délit de rébellion et non une légitime défense.

B. L'attaque doit être actuelle ou imminente

La riposte doit être une réplique à une agression actuelle ou imminente. L'agression doit être réelle. Il n'y a pas de légitime défense préventive. La riposte sera prématurée et la légitime défense sera en conséquence écartée si l'attaque est seulement éventuelle ou future.

C. La riposte doit être contemporaine à l'attaque

Cela implique la concomitance entre l'agression et la riposte. Si le mal redouté a déjà été réalité ou si le danger a cessé, il n'y a plus lieu de riposter. Si un temps plus ou long sépare l'attaque de la riposte, ce serait une vengeance répréhensible et non une défense légitime. La loi exige en effet que la riposte soit diligentée « *dans le même temps* » que l'attaque.

D. La riposte doit être proportionnée à la gravité de l'attaque

Ainsi celui qui abat d'une balle dans la tête la personne qui lui a donné un coup de pied n'est pas en situation légitime défense. Il s'agit là d'un meurtre. La proportionnalité de la riposte se mesure à la vraisemblance du danger. L'invraisemblance matérielle du péril rend la défense disproportionnée. La riposte sera toujours disproportionnée toutes les fois que le résultat atteint a dépassé de beaucoup par sa gravité le risque qu'on avait conscience de courir. La proportionnalité entre la riposte et l'attaque relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

E. La riposte doit être nécessaire

Il faut que la victime de l'attaque ait été menacée d'un péril imminent ou actuel au point de ne pouvoir réagir autrement qu'en commettant l'infraction. Le seul moyen s'offrant à la victime est la défense. La riposte est considérée comme une nécessité même dans l'hypothèse où la personne agressée avait d'autres moyens alternatifs à la commission de l'infraction (elle pouvait fuir par exemple).

F. Cas particuliers de la légitime défense des biens

Elle est prévue à l'article 132-2 al. 2 du code pénal. En ses termes « *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.* »

G. Hypothèses présumées de légitime défense

En principe il appartient à celui qui invoque la légitime défense d'apporter la preuve que son action s'est inscrite dans ce cadre. Cependant, il y a deux cas dans lesquels, la loi présume que l'acte de l'agent s'inscrit dans le cadre d'une légitime défense. Ainsi, selon l'article 132-2 al.3 du code pénal, « *sont notamment commandés par la nécessité immédiate de la légitime défense les actes commis en repoussant de nuit l'escalade ou l'effraction d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances ou dans tout autre lieu habité ou en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violences* ». Ainsi, est présumée avoir agi dans le cadre d'une légitime défense, la personne qui accomplit un acte :

- Destiné à **repousser de nuit l'entrée par effraction ou violence dans un lieu habité** ;
- En vue de **se défendre** « *contre les auteurs de vols ou pillages exécutés avec violence* ».

Mais il s'agit de présomptions simples, c'est-à-dire que si la preuve est apportée que ces actes sont fautifs, la responsabilité pénale de celui qui les a posés pourra être recherchée.

§2 : Effets de légitime défense

La personne qui agit en légitime défense n'est responsable ni pénalement, ni civilement.

Selon l'article 132-1 al. 1 du code pénal, la personne qui met en œuvre la légitime défense « *n'est pas pénalement responsable* ». Ainsi toute poursuite diligentée aux fins de rechercher la responsabilité pénale d'une telle personne se soldera par un non-lieu, un acquittement ou une relaxe. Aucune mesure de sûreté ne peut intervenir.

Sur le plan de la responsabilité civile, aucune réparation ne peut être allouée quel qu'en soit le quantum du dommage causé à l'agresseur ; ce dommage est en réalité dû à l'injuste agression dont il s'est rendu coupable.

La loi n'accorde pas seulement sa grâce à celui qui a agi pour se protéger. Elle l'accorde également à la personne qui commet une infraction par nécessité.

Section 3 : L'état de nécessité

Ce fait justificatif particulier trouve son fondement historique dans la très célèbre affaire Ménard¹. Demoiselle Ménard est prévenue de vol pour avoir pris un pain dans la boutique d'un boulanger afin de subvenir aux besoins d'elle-même et de son enfant menacés de faim après plusieurs heures sans manger. Dans sa décision, le juge va la relaxer et consacrer l'état de nécessité comme un fait justificatif. En effet, le tribunal, « *attendu qu'au moment où la prévenue a pris un pain chez le boulanger P..., elle n'avait pas d'argent, et que les denrées qu'elle avait reçues étaient épuisées depuis trente-six heures; que ni elle ni sa mère n'avaient mangé pendant ce laps de temps, laissant pour l'enfant les quelques gouttes de lait qui étaient dans la maison; qu'il est regrettable que, dans une société bien organisée, un membre de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute; que lorsqu'une pareille situation se présente, et qu'elle est, comme pour la fille Ménard, très nettement établie, le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi;*

Attendu que la misère et la faim sont susceptibles d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre, et d'amoindrir en lui, dans une certaine mesure, la notion du bien et du mal; qu'un acte ordinairement répréhensible perd beaucoup de son caractère frauduleux, lorsque

¹ Tribunal correctionnel de Château-Thierry, 4 mars 1898 et Amiens 22 avril 1898, D. 1899 II 329

celui qui le commet n'agit que par l'impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité sans lequel la nature se refuse à mettre en œuvre notre constitution physique; que l'intention frauduleuse est encore atténuée, lorsqu'aux tortures aiguës de la faim vient se joindre, comme dans l'espèce, le désir, si naturel chez une mère, de les éviter au jeune enfant dont elle a la charge; qu'il en résulte que tous les caractères de l'appréhension frauduleuse librement et volontairement perpétrée ne se retrouvent pas dans le fait accompli par la fille Ménard, qui s'offre à désintéresser le boulanger P... sur le premier travail qu'elle pourra se procurer; qu'en conséquence, il y a lieu de la renvoyer des fins des poursuites...

Dans le prolongement de cette jurisprudence, l'article 132-3 du code pénal dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui se trouve dans la nécessité de commettre une infraction en vue d'éviter un péril plus grave et imminent pour elle-même ou pour autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ». Ici, l'agent est en face d'un danger actuel et imminent et deux alternatives s'offrent à lui : soit subir le dommage, soit commettre l'infraction. Entre ces deux maux, l'article 132-3 du code pénal permet de choisir le moindre. Ainsi le pompier qui casse la porte d'une maison prise par le feu pour y extraire une personne menacée par les flammes ne commet pas le délit de violation de domicile ou de destruction volontaire de biens ; le pompier transportant un malade grave et qui roule à 100 km/h dans l'agglomération où la vitesse est limitée à 50 km/h ne commet pas l'excès de vitesse.

L'état de nécessité implique que certaines conditions soient remplies.

§1 : Conditions de l'état de nécessité

A. L'infraction doit être nécessaire

L'état de nécessité suppose un péril actuel ou imminent et non évitable que par la commission d'une infraction. Dès lors la simple crainte d'éventuelles menaces ne suffit pas à caractériser l'état de nécessité. Il faut que l'infraction commise soit nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien protégé. Autrement dit, la commission de l'infraction doit apparaître comme le moyen indispensable ou l'unique moyen de conjurer le danger ou le péril qui menaçait de survenir dans le chef de l'agent ou du tiers.

B. L'infraction doit être proportionnelle au danger encouru

Cela implique une proportionnalité entre la gravité du péril qui menace l'auteur de l'infraction et les moyens employés par lui pour commettre l'infraction. L'appréciation de la proportionnalité est faite par le juge. Elle est souvent délicate.

C. L'intérêt protégé doit être supérieur à l'intérêt sacrifié

Ainsi, il n'est pas nécessaire de tuer le chasseur qui s'apprêtait à abattre un animal protégé. A l'inverse, il y avait nécessité à abattre l'animal protégé qui menaçait la vie d'un enfant. L'intérêt protégé (la vie d'un être humain) est nécessairement supérieur à la valeur sacrifiée (la sauvegarde d'espèces animales en voie de disparition). Mais lorsque les intérêts en conflit sont de valeur égale, une partie de la doctrine fonde l'impunité sur la contrainte morale et non sur l'état de nécessité. Entre le mal de la commission de l'infraction et le péril qui menaçait l'agent, l'article 132-3 oblige à faire le choix le moins grave.

D. La nécessité ne doit pas avoir été créée par celui qui commet l'infraction

Il faut que le mal écarté n'ait pas été créé par celui qui invoque l'état de nécessité. Autrement dit, la nécessité de commettre l'infraction ne doit pas être la conséquence d'une faute antérieure de l'agent. On peut faire le parallèle avec l'adage du droit civil selon lequel « *Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude*¹ ».

§2 : Effets de l'infraction nécessaire

L'état de nécessité fait disparaître l'élément légal de l'infraction commise. Celle-ci ne constitue plus une infraction. Mais l'état de nécessité en tant que fait justificatif présente une originalité en ce sens que l'acte qui se trouve justifié a causé un préjudice à un innocent. En conséquence, certains auteurs estiment que l'auteur de l'infraction qui bénéficie d'une immunité pénale doit toutefois être tenu sur le plan civil de réparer le dommage que son acte a pu causer.

Notre code pénal n'a pas expressément traité la problématique du consentement de la victime à l'infraction qui se pose pourtant en pratique.

¹ « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* »

Section 4 : La problématique du consentement de la victime

Le consentement donné par la victime à la commission de l'infraction est-elle de nature à exonérer l'auteur de toute responsabilité ? Le code pénal ne le prévoit pas expressément. Ainsi celui qui tue à sa demande une personne fatiguée de la souffrance de la vie se rend-il coupable d'un meurtre ? Il faut rappeler que la protection assurée aux personnes par la loi pénale constitue une garantie publique. Ainsi l'interdiction du meurtre n'est pas établie que dans l'unique intérêt des personnes qu'elle concerne et l'Etat a aussi un intérêt direct et immédiat à la sauvegarde de la vie de ses citoyens. La victime ne peut pas méconnaître valablement cet intérêt en donnant son consentement à l'infraction.

En règle générale, le consentement de la victime n'exonère pas l'auteur de l'infraction de sa responsabilité pénale. Cela s'explique par le fait que les règles pénales sont d'ordre public et les particuliers ne peuvent pas s'entendre pour y déroger¹.

Cependant le consentement de la victime peut exceptionnellement supprimer les éléments constitutifs de l'infraction et assurer ainsi l'impunité de son auteur. Ainsi, il n'y a pas de viol si mademoiselle X consent des rapports sexuels avec monsieur Y ; il n'y a pas de séquestration si A consent à être interné chez B ; il n'y a pas de violation de domicile si le propriétaire consent au prévenu l'accès à sa demeure.

Mais, même dans les hypothèses où le consentement de la victime est exonératoire de responsabilité, une triple condition est exigée :

- Le consentement doit être antérieur, contemporain ou concomitant à l'infraction. Le consentement donné après la consommation de l'infraction est un simple pardon qui n'arrête pas les poursuites ;
- Le consentement doit être donné par une personne capable de comprendre la portée de son accord ;
- Le consentement doit avoir été donné librement. S'il est acquis par violence ou manœuvres frauduleuses, il n'est pas valable et n'efface pas l'infraction.

Les autres causes susceptibles d'exonérer l'auteur de toute responsabilité pénale sont subjectives ou personnelles.

¹ Aux termes de l'article 6 du code civil « *on ne peut déroger par des conventions particulières aux règles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »

Chapitre 2 : Les causes subjectives d'exonération de la responsabilité pénale : les causes de non imputabilité

Contrairement aux causes objectives de non responsabilité, la cause subjective, comme l'indique son nom, renvoie aux qualités personnelles de l'agent. Les causes de non imputabilité s'attachent à la personne de l'agent et non aux faits accomplis par lui. C'est dans ce sens qu'on dit de ces causes d'exonération qu'elles sont subjectives ou personnelles. Par opposition aux faits justificatifs, les causes de non imputabilité existent toujours avant la commission de l'acte et compte tenu de leur caractère personnel, elles ne profitent pas à tous ceux qui ont participé à l'infraction mais seulement à la personne ou aux personnes concernées ; les coauteurs et complices éventuels restent punissables. Ici l'agent aurait été punissable s'il n'avait pas été dans cet état. La cause de non imputabilité n'efface pas l'infraction, elle rend seulement irresponsable la personne qui l'a commise. C'est parce que l'infraction demeure que les coauteurs et complices éventuels restent punissables.

Notre code pénal énumère la **démence**, la **contrainte** et l'**erreur** comme causes de non imputabilité.

Section 1 : Le trouble psychique ou neuropsychique

A la lecture de l'article 132-4 du code pénal, *« il n'y a ni crime, ni délit, ni contravention, lorsque l'auteur était en état de démence au temps de l'action »*.

Au sens large, la démence s'entend de l'insuffisance ou de l'altération des facultés intellectuelles ou mentales. Elle peut tenir à l'âge, à la maladie ou à un accident. Elle peut même être due à une raison congénitale. La démence prévue à l'article 132-4 du code vise les diverses formes de désordres mentaux qui sont de nature à abolir le discernement de celui qui en souffre. Certains sont graves et d'autres légers. Le code vise les cas les plus sérieux et à ce sujet des conditions sont exigées pour faire de la démence une cause de non responsabilité :

- **Le désordre mental doit être suffisamment grave** pour anéantir le discernement ou faire perdre à l'agent le contrôle de ses actes. S'il altère seulement le discernement, la responsabilité pénale de l'agent peut être engagée mais le juge peut considérer cette circonstance quand il déterminera la peine. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'article 132-5 du code pénal qui dispose que *« la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la*

juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime » ;

- **La démence doit exister au moment de l'infraction.** Il y a en effet des démences périodiques et si l'auteur a agi dans un moment de lucidité, sa responsabilité n'est pas exclue.

La détermination de l'état de démence est une question de fait soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans la pratique, le juge recourt à des expertises même si - celles-ci ne le lient pas.

Au plan pénal, la démence entraîne l'irresponsabilité du dément. Si la démence est postérieure à la commission de l'infraction, ou si l'agent se trouvait dans une période de lucidité au moment de l'acte, sa responsabilité pénale sera engagée. Si la démence **est découverte** pendant l'instruction, le juge d'instruction rend une ordonnance de non-lieu ; si la démence est découverte pendant le jugement, la juridiction de jugement prononce l'acquittement ou la relaxe. Mais si la démence intervient avant le jugement, il y a suspension des poursuites et si elle intervient après le jugement, elle fait obstacle à l'exécution des peines privatives de liberté. En toute hypothèse l'article 132-4 du code précise que *« lorsque la juridiction considère que l'état mental du dément pourrait compromettre l'ordre public ou la sécurité des personnes, elle peut ordonner son internement et ses soins dans un centre spécialisé. Les frais de soins sont supportés conformément à la législation sanitaire en vigueur. »*

Au plan civil, la responsabilité du dément reste entière.

Mais l'alcoolisme et l'ivresse, le somnambulisme et l'hypnose, l'influence de substances ou de produits stupéfiants et les états passionnels, lesquels sont des états voisins de la démence constituent-ils des causes d'irresponsabilité pénale ?

Il faut d'abord distinguer l'alcoolisme, état chronique et pathologique, de l'ivresse qui est un état passager. L'alcoolique est un malade mentalement attardé mais il n'est pas dément et de ce fait il est pénalement responsable¹. L'ivresse, loin de constituer une cause d'irresponsabilité² peut même être une circonstance aggravante de la peine. Par contre le somnambule n'est pas pénalement responsable pour les actes accomplis dans ses crises de somnambulisme. L'hypnotisé qui agit sous l'emprise de l'hypnotiseur n'est pas non plus

¹ L'article 221-1 du code pénal prévoit toutefois *« le traitement des alcooliques »* dangereux dans son paquet de mesures de sureté.

² Mais si l'agent a été enivré malgré lui, il ne sera pas pénalement responsable.

pénalement responsable. Quant à la consommation des stupéfiants, elle peut être une circonstance aggravante mais jamais une cause d'irresponsabilité (l'article 221-1 al. 2 prévoit des mesures de sûreté au profit des personnes adonnées aux stupéfiants). L'état passionnel ne supprime pas la responsabilité mais le juge peut en tenir compte pour assouplir la peine.

La personne qui a agi sous la contrainte peut également être exonérée de toute responsabilité pénale.

Section 2 : La contrainte

L'article 132-4 al. 2 du code pénal énonce qu'*« il n'y a ni crime, ni délit, ni contravention lorsque l'auteur a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle il n'a pu résister. »* Il y a là un événement qui supprime la liberté de l'agent, anéantissant ainsi l'élément moral de l'infraction et cause de ce fait l'irresponsabilité pénale de l'agent.

La contrainte peut être **physique** et suppose dans ce cas une force qui s'exerce sur le corps même de l'agent. Et cette force peut **interne** ou **externe**. Elle est d'origine interne quand elle provient d'une cause inhérente à l'auteur de l'acte. Il en est ainsi du conducteur qui a percuté mortellement des piétons à cause d'une crise brutale d'épilepsie survenue pendant la conduite. La contrainte est d'origine **externe** quand elle provient par exemple d'une force naturelle comme une tempête de sable qui réduit la visibilité et provoque un accident de la circulation.

La contrainte peut aussi être **morale** et dans cette hypothèse, elle émane d'une pression exercée sur la volonté de l'agent ayant eu pour effet d'abolir son libre arbitre. Cette forme de contrainte peut aussi être **interne** à l'agent ou **externe** à sa personne. Elle est interne lorsqu'elle est causée par la passion, les convictions ou l'émotion de l'agent. Cette forme de contrainte n'exonère pas l'agent de sa responsabilité pénale. La contrainte morale **externe** résulte souvent de menaces ou de provocations émanant d'un tiers, si ces menaces ou ces provocations sont de nature à anéantir le libre arbitre. Il a été jugé que la menace de l'employeur ou la crainte des parents ne sont pas de nature à neutraliser le libre arbitre de l'employé ou de l'enfant. Par contre, la provocation dont a fait preuve la victime est de nature à excuser le délit d'injure dont elle a fait l'objet.

Qu'elle soit morale ou physique, interne ou externe, la contrainte ne produit son effet exonératoire de responsabilité que si elle a été **irrésistible**. La contrainte du droit pénal est en quelque sorte l'homonyme de la force majeure du droit civil. En conséquence, la contrainte doit revêtir les mêmes caractéristiques d'irrésistibilité, d'insurmontabilité et d'imprévisibilité

que la force majeure. Ainsi un marin, accusé de désertion pour n'avoir pas pu regagner son navire parce qu'il a été placé en garde à vue pour ivresse publique, ne peut pas se protéger en évoquant la contrainte¹. La contrainte précédée d'une faute de l'agent n'est donc pas exonératoire de responsabilité.

A côté de la personne contrainte de commettre l'infraction, il y a l'agent qui tombe sous le coup de la loi pénale à la suite d'une erreur. Cette erreur excuse-t-elle l'infraction commise ?

Section 3 : L'erreur

Représentation inexacte de la réalité, l'erreur peut être **de fait ou de droit**. Si l'erreur de fait peut intervenir comme excuse d'une infraction, admettre l'erreur de droit comme cause de non responsabilité peut paraître étonnant dans la mesure où **notre système juridique est fondé sur la connaissance présumée de la loi**.

A. L'erreur de fait

L'erreur de fait entraîne l'irresponsabilité pénale si elle porte sur les éléments constitutifs de l'infraction. Ainsi l'étudiant qui s'empare par erreur du stylo de son voisin absolument identique au sien ne commet pas le délit de vol.

Quand elle ne supprime pas la responsabilité pénale, l'erreur de fait peut entraîner une requalification de l'infraction. Ainsi celui qui, par erreur, fait absorber un poison à autrui ne commet pas un crime d'empoisonnement puni de l'emprisonnement à vie (articles 512-14 et 512-15 du code pénal) mais le délit d'homicide par imprudence seulement passible de trois ans de prison et de 2.500 000 F d'amende au maximum (article 522-1 du code pénal).

Bien entendu l'erreur de fait n'a de sens que si l'infraction est par nature intentionnelle. Dans les infractions non intentionnelles où l'élément moral consiste en une négligence ou imprudence, l'erreur de fait n'a aucune incidence sur la responsabilité pénale.

Il faut enfin préciser que l'erreur sur l'identité n'exonère pas l'agent de sa responsabilité.

B. L'erreur de droit

L'erreur de droit est celle qui **porte soit sur l'existence de la loi pénale** (l'agent ne savait pas que son acte est pénalement interdit) **soit sur son interprétation** (l'agent connaît l'existence de la loi pénale mais n'a pas la vraie mesure de sa portée). Excuser l'infraction de l'agent qui

¹ Crim.29 janvier 1921, S.1922.I.185 ; Crim.30 juin 1981, *Bull. crim.* N°223

avance une ignorance de la loi paraît étonnant dans la mesure où « **nul n'est censé ignorer la loi** ».

Mais l'erreur de droit est admise comme cause d'irresponsabilité par l'article 132-6 du code pénal. Aux termes de cet article « *lorsqu'un service public de l'État ou d'une collectivité publique est à l'origine d'une erreur de droit, n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par cette erreur qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte.* » Ce qui est ici visée c'est l'erreur commise par une personne consécutivement à **l'information erronée donnée par l'Administration préalablement à l'accomplissement de l'acte répréhensible**. En effet, en cas de doute sur la portée d'un texte, le destinataire de ce texte peut s'adresser à l'administration compétente. L'agent qui se conformerait à l'interprétation erronée que l'administration aura donnée au texte ne commet pas d'infraction. Ainsi, ne commet pas le délit de fraude fiscale le contribuable qui, se conformant à un rescrit fiscal¹, ne déclare pas certains de ses revenus. A signaler que les **tolérances administratives** n'ont pas valeur d'information et ne sauraient être invoquées pour justifier une infraction. En toute hypothèse, l'erreur doit avoir été **invincible** pour être admise comme cause d'irresponsabilité. Elle doit avoir eu pour effet de faire croire à l'agent que son acte était légal.

Le législateur prend enfin en compte l'âge du délinquant pour déterminer sa responsabilité pénale.

Section 3 : La prise en compte de l'âge du délinquant : la question de la minorité pénale

La question de la minorité pénale a fait l'objet d'une importante réforme depuis la loi n° 015 / AN du 13 mai 2014 portant protection de l'enfance délinquante ou en danger, loi promulguée par décret n° 2014-026 du 02 juin 2014 et publiée au journal officiel le 28 août 2014. Cette loi vient remplacer la loi 19-61 AN du 09 mai 1961 relative à l'enfance délinquante ou en danger qui constituait jusqu'ici la charte en la matière. Le régime prévu par la loi de 2014 est repris à l'article 132-7 du code pénale.

L'âge de la responsabilité pénale est fixé à treize ans et l'âge de la majorité pénale à 18 ans. Le mineur de moins de 13 ans bénéficie donc d'une présomption irréfragable

¹ La procédure du rescrit fiscal permet à un contribuable de demander au fisc i.e. à l'administration fiscale de lui expliquer comment sa situation doit être traitée au regard des règles du droit fiscal. La réponse de l'administration au contribuable qui l'a sollicitée dans ce cadre est appelée rescrit fiscal.

d'irresponsabilité et ne peut donc être déclaré pénalement responsable. Seules des mesures éducatives et de sureté peuvent être ordonnées à l'encontre des mineurs de cet âge.

Pour les mineurs de 13 ans à 18 ans, la loi consacre à leur sujet une priorité éducative mais ils peuvent voir leur responsabilité pénale engagée et subir ainsi de véritables sanctions pénales mais ces sanctions doivent être nécessairement atténuées par le juge compte tenu de l'excuse de minorité dont ils bénéficient de droit.

La vieillesse n'est pas cause d'irresponsabilité pénale sauf si elle a provoqué une altération des facultés mentales de la personne concernée.

Jusque-là nous avons examiné les règles communes applicables aux infractions. Nous avons également examiné le régime juridique général applicable à la responsabilité pénale. Qui dit commission d'infraction ou mise en œuvre de la responsabilité pénale dit aussi délinquant. La mise en œuvre de la responsabilité pénale conduit le plus souvent à une peine infligée au délinquant. Dans les lignes qui suivent, nous analyserons les règles générales applicables au délinquant et à la peine.

DEUXIEME PARTIE : L'AGENT PENAL ET LA PEINE

L'étude de l'agent pénal ou du délinquant se résume à l'étude des personnes pénalement punissables. Il s'agit des personnes qui ont participé à l'infraction, qu'elles aient agi en tant qu'auteurs, coauteurs ou complices. Même si cela paraît évident, il n'est pas inutile de rappeler que seuls les êtres humains peuvent être pénalement responsables ; seuls eux sont à même d'être considérés comme participants à l'infraction. L'exigence d'un élément moral ou psychologique dans l'infraction exclut les animaux et les choses des sujets actifs du fait délictueux.¹ Nous envisagerons l'étude de l'agent pénal ou des personnes punissables en examinant d'une part l'auteur et le coauteur qui réalisent une participation directe à l'infraction et d'autre part le complice qui se contente d'une participation indirecte (**TITRE 1**). Quant à l'étude de la peine, elle renvoie à la nécessaire réaction sociale suscitée par la commission de l'infraction. En tant que trouble intolérable à l'ordre social, la société réagit contre l'infraction en infligeant à son auteur une peine (**TITRE 2**).

TITRE 1 : L'AGENT PENAL : LE DELINQUANT

La différence du régime juridique applicable impose de distinguer entre les **personnes physiques** et les **personnes morales**.

Chapitre 1 : Les personnes physiques

Nous étudierons successivement le régime général applicable à la personne physique et le régime particulier propre à la personne du chef d'entreprise.

Section 1 : La personne physique en général

Aux termes de l'article 131-2 du code pénal « *est auteur ou coauteur toute personne physique qui, personnellement et de façon principale, accomplit les éléments constitutifs d'une infraction par commission ou omission ou qui est à l'origine de tels faits.* » La personne physique peut donc **participer à l'infraction en tant qu'auteur**. Ainsi, engage sa responsabilité, la personne physique qui réalise matériellement tous les faits prohibés par la loi. Cette personne s'appelle l'auteur matériel. C'est par exemple la personne qui ouvre le feu

¹ Mais les animaux ou les choses sont peuvent être utilisés comme moyens de commission des infractions. On peut par exemple utiliser un animal pour tuer une personne.

sur la victime ou la personne qui dérobe des bijoux sur une station balnéaire ou encore la demoiselle qui s'abstient de façon coupable de porter secours à sa camarade qui se noie. La personne physique peut aussi **intervenir dans l'infraction en qualité de coauteur**. La coaction renvoie à **l'hypothèse ou plusieurs personnes accomplissent une infraction, chacun accomplissant soit exactement les mêmes actes, soit des actes déterminants dans la réalisation de l'infraction**. C'est par exemple le cas du viol collectif. Le coauteur d'une infraction est l'auteur avec d'autres appelés coauteurs. Chacun des coauteurs participe à l'infraction au même degré et par conséquent chacun d'eux réalise tous les éléments constitutifs de l'infraction. La coaction se distingue de la complicité en ce que le complice joue un rôle secondaire dans l'infraction.

La répression de l'infraction commise en coaction ne diffère pas de la répression de l'infraction commise par un seul agent. Chaque coauteur est poursuivi comme s'il avait été l'unique auteur de l'infraction. Chaque auteur est passible des mêmes sanctions que les autres mais il sera poursuivi individuellement de sorte que les causes personnelles d'atténuation ou d'aggravation de la peine seront individuelles.

Outre ce régime général applicable aux personnes physiques, des règles particulières sont applicables à une personne physique tout aussi particulière : le chef d'entreprise.

Section 2 : La particularité de la personne du chef d'entreprise

Si on peut être civilement responsable du fait d'autres personnes, la responsabilité pénale est en principe personnelle. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que la responsabilité pénale du fait d'autrui peut être envisagée. Le chef d'entreprise fait partie des personnes qui peuvent voir leur responsabilité pénale engagée du fait d'autrui. Le chef d'entreprise est en effet pénalement responsable des infractions commises au sein de son entreprise, en sa qualité de dirigeant. Ainsi le non-respect des dispositifs concernant la protection des salariés, les infractions en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs peuvent se traduire par un accident de travail ou un homicide involontaire, engageant la responsabilité pénale du chef d'entreprise, même si la responsabilité de veiller à la sécurité est une tâche pourvue à un salarié. Ce qui est reproché au chef d'entreprise, c'est une imprudence, une négligence dans l'organisation de l'activité. La jurisprudence est allée jusqu'à considérer que le chef d'entreprise était responsable de certaines infractions intentionnelles comme la pollution d'eau commises par ses préposés.

Pour s'exonérer de toute responsabilité pénale, le chef d'entreprise, souvent dans l'impossibilité de tout contrôler et surveiller, peut déléguer à un ou à plusieurs de ses subordonnés tout ou partie de ses pouvoirs en vue de faire respecter la réglementation. Cette délégation de pouvoirs peut se faire verbalement ou par écrit mais elle doit être acceptée par le subordonné qui doit avoir compris la portée réelle de la délégation. Cette personne qui a reçu la délégation doit être **compétente et disposer de l'autorité et des moyens nécessaires** pour veiller efficacement au respect de la réglementation. Lorsque la délégation de pouvoirs est régulièrement faite, elle dégage le chef d'entreprise de toute responsabilité pénale sur les aspects délégués au subordonné. Ce dernier devient pénalement responsable de tout ce qui a fait l'objet de la délégation de pouvoirs.

Bien évidemment, **le chef d'entreprise est et reste pénalement responsable des actes ou omissions qu'il a personnellement accomplis en violation de la loi pénale.**

Les personnes morales peuvent également être auteurs ou coauteurs d'une infraction.

Chapitre 2 : Les personnes morales

L'article 131-2 alinéa 2 du code pénal énonce qu'*« est aussi auteur ou coauteur toute personne morale à objet civil, commercial, industriel ou financier au nom et dans l'intérêt de laquelle des faits d'exécution ou d'abstention constitutifs d'une infraction ont été accomplis par la volonté délibérée de ses organes ou de son représentant, dans l'exercice de leur fonction. »* L'article 131-3 conclut que *« l'Etat et ses démembrements sont également responsables pénalement des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants, dans l'exercice de leur fonction. Les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. »*

La personne morale est donc **pénalement responsable des infractions commises pour son compte et par ses organes ou ses représentants.**

Section 1 : Les personnes morales concernées

Toutes les personnes morales, y compris l'Etat et ses démembrements, sont concernées. Mais la responsabilité pénale de ces personnes publiques ne peut être engagée que pour **les infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public**¹. La responsabilité pénale des collectivités territoriales ne peut pas être engagée quand elles exercent des activités régaliennes², ces activités ne pouvant pas faire l'objet de délégation de service public.

Toutes les autres personnes morales de droit privé comme de droit public ayant de but lucratif ou non (sociétés commerciales, sociétés civiles, syndicats, associations) sont pénalement responsables mais **à la condition d'avoir une personnalité morale**³. Ainsi, les groupes de sociétés et les sociétés en formation ne disposent pas de personnalité juridique et ne peuvent donc pas être pénalement responsables.

La responsabilité pénale des personnes morales peut être engagée à deux conditions.

Section 2 : Les conditions de la responsabilité des personnes morales

Pour engager la responsabilité pénale de la personne morale il faut d'**abord** que l'infraction ait été **commise « au nom et dans l'intérêt » de la personne morale concernée. Cela implique que l'infraction ait été commise pour le compte de la personne morale.** Cette exigence empêche que les personnes morales soient poursuivies pour des infractions commises par les représentants de la personne morale dans leur propre intérêt. L'organe ou le représentant de la personne morale doit avoir agi dans le cadre des missions ou des fonctions qui lui sont confiées en tant que représentant de la personne morale pour que l'infraction soit considérée comme ayant été commise pour le compte de celle-ci. L'infraction commise dans l'intérêt personnel du dirigeant n'engage pas la responsabilité pénale de la personne morale. Il faut **ensuite** que l'infraction ait été **commise par un organe ou par un représentant de la personne morale.** On parle d'organe à propos des personnes morales dont le cadre d'organisation est fixé à l'avance par la loi (cas des Sociétés anonymes ou des SARL). On

¹ La gestion de l'eau, des ordures ménagères, des pompes funèbres, les transports publics sont par exemple des activités municipales pouvant faire l'objet de conventions de délégation de services publics. Des infractions commises dans l'exercice de ces activités engagent la responsabilité pénale des collectivités territoriales. Les activités susceptibles de faire l'objet de délégation de service public concernent les services publics industriels et commerciaux. Les services administratifs en sont exclus.

² Sont des activités régaliennes ne pouvant pas faire l'objet de délégation de service public, la police et l'état civil par exemple.

³ La peine étant personnelle (principe de la personnalité de la peine), seules les personnes qui ont une existence juridique (personnalité juridique) peuvent être poursuivies pénalement.

parle de représentant au sujet des personnes morales dont l'organisation est laissée à la discrétion des fondateurs (associations, sociétés civiles par exemple) ; pour ces personnes il faut se référer aux statuts pour savoir qui peut engager la personne morale.

La jurisprudence a pu considérer qu'une **personne bénéficiaire d'une délégation de pouvoirs** et même un **dirigeant de fait** pouvaient être considérés comme représentants ou organes de la personne morale. De ce fait, la personne qui agit par délégation de pouvoirs et le dirigeant de fait peuvent engager la responsabilité pénale de la personne morale.

Les deux conditions (« infraction commise au nom et dans l'intérêt de la personne morale » et « infraction commise par un organe ou un représentant de la personne morale ») sont cumulatives. Ainsi la responsabilité pénale de la personne morale est exclue pour une infraction commise pour le compte de la personne morale par une personne qui n'a pas le pouvoir de l'engager.

Mais il peut arriver que la personne physique ou morale ne prenne qu'un rôle secondaire dans l'infraction en y participant pas directement. Elle se contente dans cette hypothèse d'apporter son aide ou son assistance à l'auteur principal. Dans ce cas on l'appelle complice.

Chapitre 3 : Le complice/ La complicité

Comme dans les autres activités humaines, la criminalité s'accompagne souvent d'une répartition du « travail ». Dans cette répartition du travail criminel, certains agents ne participent pas de façon directe à l'accomplissement des éléments constitutifs de l'infraction. Ils s'associent à l'action de façon indirecte, accessoire. Tel est le cas de celui qui fournit sa voiture pour effectuer un braquage ou la personne qui prête son fusil pour un assassinat. Dans ces hypothèses, on parle de complicité. C'est l'article 1301-4 de notre code pénal qui décrypte les règles relatives au complice et à la complicité. **Le complice est la personne qui, sciemment, par aide ou assistance, a facilité la préparation ou la consommation de l'acte incriminé.** La complicité est une aide apportée volontairement par une tierce personne à l'auteur de l'infraction aux fins de l'aider à accomplir l'acte répréhensible. Elle n'est punissable qu'à certaines conditions.

Section 1 : Les conditions de la complicité pénalement répréhensible

Trois conditions sont nécessaires pour que la complicité soit punissable : un **fait principal punissable**, un **acte matériel de complicité** et une **intention coupable**.

§ 1 : Un fait principal pénalement punissable

L'acte de complicité emprunte sa criminalité à l'acte de l'auteur principal. Ainsi l'acte de complicité ne saurait être pénalement répréhensible si l'acte de l'auteur principal n'est pas lui-même pénalement réprimé. C'est une parfaite mise en œuvre du sacro-saint principe de la légalité des infractions. S'il n'y a pas d'infraction sans loi, **il n'y a pas de complicité sans infraction. Le fait principal punissable peut être une infraction consommée ou une tentative**. Il en résulte les conséquences suivantes :

- On ne peut pas sanctionner celui qui s'est rendu « complice » d'un acte ne tombant pas sous le coup de loi pénale. Ainsi, on ne saurait rechercher la responsabilité pénale d'une personne complice d'un acte de sorcellerie, la sorcellerie n'étant pas incriminée dans la loi pénale burkinabè.
- On ne peut pas réprimer un acte de complicité si l'auteur principal du crime ou du délit projeté n'a pas franchi le seuil du commencement d'exécution qui caractérise la tentative punissable. On dit que **la complicité d'une tentative est punissable mais la tentative de complicité n'est pas punissable**.

Il faut souligner que selon les termes même de l'article 131-4 du code pénal, **seule la tentative de crime ou de délit est toujours punissable ; celle de la contravention ne l'est pas**.

La complicité se traduit concrètement par un acte matériel.

§2: Un acte matériel de complicité

Les actes matériels caractéristiques de la complicité punissable sont souvent des actes positifs antérieurs ou concomitants à l'infraction principale. Mais, la complicité peut résulter d'actes postérieurs à la réalisation de l'infraction.

A. Des actes positifs antérieurs ou concomitants à l'infraction principale

Les actes positifs de complicité antérieurs ou contemporains à la commission de l'infraction principale peuvent consister dans :

- Le fait de procurer des armes, des instruments ou tous autres moyens qui ont servi à l'action tout en sachant qu'ils devaient y servir ;
- Le fait de préparer ou faciliter sciemment la consommation de l'action, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs des faits ;
- Le fait par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir de provoquer la commission d'une infraction ou donné des instructions pour la commettre.

B. Les actes de complicité postérieurs à l'infraction principale

Cette catégorie d'actes est prévue aux derniers alinéas de l'article 131-4 du code. Tombe sous le coup de la complicité *« quiconque, connaissant la conduite criminelle de malfaiteurs exerçant les actes de brigandage ou des violences contre la sûreté de l'État, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournit habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion »* ou *« quiconque, ayant connaissance d'un crime ou d'un délit déjà tenté ou consommé n'a pas, alors qu'il était encore possible d'en prévenir ou limiter les effets ou qu'on pouvait penser que les coupables ou l'un d'eux commettraient de nouveaux crimes qu'une dénonciation peut prévenir, averti aussitôt les autorités administratives ou judiciaires. »* Ces actes de complicité ont en commun le fait d'intervenir après l'infraction tentée ou consommée. Toutefois, lorsque ces actes de complicité postérieurs à l'infraction sont commis par le conjoint, les parents ou alliés de l'auteur du crime ou du délit jusqu'au quatrième degré inclus, ils n'encourent aucune responsabilité.

La commission des actes de complicité implique nécessairement une intention coupable.

§3 : Une intention coupable

De l'article 131-4 du code pénal et de jurisprudence constante, il ressort sans équivoque que le complice doit avoir conscience que l'aide ou l'assistance apportée à l'auteur principal tendent à la commission d'une infraction. L'article 131-4 liste les faits de complicité avec un vocabulaire qui ne laisse aucun doute sur l'exigence de l'intention coupable chez le complice. Une faute intentionnelle est donc exigée. En conséquence, le complice ne peut pas être sanctionné s'il a seulement commis une faute d'imprudence ou de négligence.

Section 2 : Les sanctions pénales attachées à la complicité

La loi assimile le complice à l'auteur et les circonstances réelles de la commission de l'infraction impactent sur la répression du complice.

§ 1 : Une fixation de la peine par assimilation du complice à l'auteur de l'infraction

Le complice écoperà de la même peine que l'auteur de l'infraction. C'est ce qui ressort de l'article 66 131-5 du code pénal qui dispose que « *les complices d'un crime ou d'un délit sont punis comme les auteurs même de ce crime ou de ce délit sauf si la loi en dispose autrement* ». De ce texte, on déduit qu'il n'y a pas de complicité pour les contraventions et sauf dispositions contraires de la loi, le complice sera puni comme s'il avait été auteur direct de l'infraction. Du point de vue de la répression, le complice est assimilé à l'auteur direct de l'infraction.

Toutefois, cette assimilation du complice à l'auteur ne signifie pas que le juge est tenu dans une situation donnée d'infliger au complice la même peine que la peine prononcée contre l'auteur direct de l'infraction. Le juge peut toujours individualiser la peine.

Les circonstances de l'infraction rejaillissent sur la répression de la complicité.

§2 : L'Incidence des circonstances de l'infraction sur la répression de la complicité

Les circonstances qui entourent la commission de l'infraction peuvent être objectives ou réelles. Elles peuvent également être subjectives ou personnelles.

Aux termes de l'article 216-1 al.2 du code pénal, « *les circonstances personnelles d'où résultent exonération de responsabilité, atténuation ou aggravation de peine n'ont d'effet qu'à l'égard de la personne qui en fait l'objet* ». Autrement dit, de telles circonstances, compte tenu de leur caractère personnel, n'affectent pas la peine qui lui est applicable. Ainsi, l'aggravation de la peine de l'auteur principal de l'infraction pour récidive n'atteint pas le complice. Dans le même sens, l'exonération ou l'atténuation de la peine au profit de l'auteur principal pour cause de trouble psychique ou de minorité n'affecte pas la situation du complice. C'est parce que les circonstances personnelles qui touchent l'auteur principal ne concernent pas le complice que ce dernier peut toujours être poursuivi même si l'auteur principal est mort ou bénéficie d'une cause de non imputabilité.

La complicité n'est pas punissable lorsque l'auteur principal commet une infraction totalement différente, quant à ses éléments constitutifs, de celle à laquelle le complice avait voulu apporter son concours. C'est que qu'a décidé le juge¹.

En revanche, lorsque les circonstances réelles ou objectives de l'infraction impactent sur la peine applicable au complice. Ainsi, en cas de prescription de l'infraction, le complice échappe à la poursuite au même titre que l'auteur principal. Dans le même sens, le complice peut faire valoir le fait justificatif (légitime défense par exemple) qui bénéficie à l'auteur principal de l'infraction.

TITRE 2 : LA REACTION SOCIALE CONTRE LE DELINQUANT : LA PEINE ET LES MESURES DE SURETE

La réaction sociale contre l'auteur de l'infraction se traduit par une peine ou une mesure de sureté. Mais la peine est la plus courante. La peine est une arme ultime à laquelle recourent les pouvoirs publics pour faire respecter les interdits sociaux. Les peines jouent plusieurs fonctions. Elles peuvent être classées en plusieurs groupes. Et pour l'appliquer, il faut que la peine soit déterminée.

Chapitre 1: Les fonctions de la peine et les types de peines

La peine prévue par la loi et prononcée par le juge assure quelques fonctions et présente des caractéristiques propres qu'il convient d'examiner.

Section 1 : Fonctions et caractères de la peine

§ 1 : Les fonctions de la peine

La peine a une fonction de rétribution, d'intimidation, d'élimination et d'insertion.

A. L'expiation ou la rétribution

Selon la conception traditionnelle, la peine apparaît comme un **châtiment**, une souffrance dont le but est de **punir l'individu pour la faute qu'il a commise**. Le mot « peine » lui-

¹ Crim.13 janv.1955, *D.1955*, 291.

même renvoie à la pénibilité, à la souffrance. En commettant l'infraction, l'individu cause un tort à la société dans son ensemble et la société lui inflige la sanction en retour de la souffrance qu'il a fait subir à la collectivité. Vu sous cet angle, la sanction pénale prend les allures du prix à payer par le délinquant pour l'acte illicite qu'il a commis. Le prix d'une chose étant toujours proportionnel à sa valeur, le quantum de la peine est généralement proportionnel à la gravité des faits accomplis par la personne mise en cause. Cette fonction de la peine est ressentie comme la plus naturelle par la victime et par l'opinion publique.

B. L'intimidation et la prévention

La peine est destinée à dissuader les individus de commettre une infraction. Elle est destinée à susciter la crainte. Plus la peine encourue est sévère, plus elle sera dissuasive. Cette dissuasion est à la fois **collective et individuelle**. Elle est **collective** dans la mesure où elle dissuade l'ensemble des citoyens, qu'ils aient ou non commis une infraction. C'est ainsi qu'en France, l'exécution de la peine était publique jusqu'en 1939¹. **Individuelle** dans la mesure où elle se veut dissuasive à l'endroit du délinquant condamné pour l'empêcher de commettre une nouvelle infraction. C'est parce que la peine se veut dissuasive que la loi pénale la proportionne assez souvent à la gravité des faits incriminés ou au dommage subi. Mais cette fonction dissuasive de la peine est mise en doute par les statistiques. Ainsi dans les pays comme les Etats Unis où la peine de mort est quotidiennement appliquée, les meurtres ne cessent de se multiplier.

C. L'élimination

Le délinquant est retiré temporairement (cas du délinquant emprisonné à temps par exemple) **ou définitivement** (cas du délinquant puni de mort qui disparaît à jamais) **du circuit social**. La peine neutralise le danger que représentait le délinquant pour la société. En quelque sorte, la peine assainit la société en la nettoyant de ses éléments dangereux.

D. L'insertion

Cette fonction dite aussi de **resocialisation**, de **réadaptation** ou d'**amendement du délinquant** est beaucoup plus moderne et est défendue par les doctrines contemporaines. C'est sans doute la fonction la moins comprise de l'opinion. Selon les pays, la politique criminelle est faite de sorte à ce que l'exécution de la peine puisse améliorer le délinquant en

¹ On considère que celui qui assiste par exemple à l'exécution d'un condamné à mort craindra de subir le sort du condamné et ce fait s'abstiendra de commettre le forfait qui a donné lieu à la sentence capitale.

vue de favoriser sa réinsertion sociale. Les peines les plus fréquemment appliquées sont appelées « **peines correctionnelles** » et visent justement à « corriger » et améliorer le délinquant. C'est dans ce sens que les établissements dans lesquels la peine est exécutée sont souvent appelés « **Maison d'arrêt et de correction** ». Certaines doctrines estiment d'ailleurs que la délinquance est la manifestation d'un échec de la société et la sanction pénale doit être destinée non à punir mais à amender l'individu en vue de sa réadaptation au sein de la société.

Quoi qu'il en soit, notre système pénal prévoit certains mécanismes ou institutions qui favorisent justement la réinsertion sociale du condamné. Il en est ainsi de la remise de peine, de la libération conditionnelle, de la permission de sortie. Ces faveurs sont généralement accordées au condamné après preuve de sa bonne conduite. La condamnation avec sursis s'inscrit aussi dans le cadre de la réinsertion sociale du délinquant.

§ 2 : Les caractères de la peine

A. La peine est infamante

La peine est infamante en ce qu'elle **désigne le condamné à la réprobation publique**. Elle est **déshonorante**. Ainsi, à sa sortie de prison, l'individu a du mal à retrouver sa considération d'antan. Sa nouvelle vie hors du milieu carcéral porte les stigmates de sa condamnation d'hier. C'est pourquoi la réadaptation est nécessaire pour une meilleure réinsertion sociale du délinquant.

B. La peine est afflictive

Le caractère afflictif de la peine signifie que **celle-ci est un châtiment, une souffrance**. Elle est douloureusement et péniblement ressentie par la personne qui la subit. Le délinquant peut ressentir ce châtiment dans son corps, dans sa liberté d'aller et de venir, dans sa réputation. Il peut le ressentir aussi dans son patrimoine et dans bien d'autres de ses droits. **Le caractère afflictif découle de la fonction de rétribution de la peine.**

C. La peine est définitive

La peine, une fois prononcée par la juridiction répressive, devient définitive **dès lors qu'elle acquiert l'autorité de la chose jugée**. Sauf dans les cas très exceptionnels, il est impossible au juge de modifier la peine¹, étant donné que les voies de recours ne sont plus ouvertes.

D. La peine est déterminée

La peine est nécessairement déterminée. S'il s'agit d'une peine privative de liberté, sa limite temporelle i.e. sa **durée exacte doit être précisée**. S'il s'agit d'une amende, **son montant doit être fixé**. Cette détermination de la peine est à la fois l'œuvre de l'auteur du texte qui consacre l'incrimination et du juge qui doit prononcer la sanction. Alors que le législateur fixe à l'avance et de façon abstraite la sanction encourue pour chaque infraction, le juge fixe concrètement la peine applicable dans chaque cas d'espèce. Assez souvent, la loi pénale se contente de donner une fourchette, une échelle de peine, laissant ainsi la latitude au juge de déterminer la peine exacte applicable en fonction des circonstances de chaque affaire portée devant lui. Bien entendu, le principe de légalité des infractions et des peines interdit au juge de prendre une sanction qui n'est pas légalement consacrée ou d'aller au-delà des fourchettes prévues par la loi.

E. La peine est personnelle

Le principe de la personnalité des peines est un principe cardinal en droit pénal. En vertu de ce principe, **la peine a vocation à frapper la personne qui a commis le fait répréhensible**. La peine ne doit toucher qu'elle et elle seule. Sauf cas exceptionnel, il n'y a pas de responsabilité pénale du fait d'autrui. C'est parce que la peine est personnelle que :

- Seuls les êtres humains sont pénalement responsables, les animaux et les choses n'ayant pas de personnalité juridique ;
- Les groupements et les collectivités dépourvus de personnalité juridique ne peuvent pas être pénalement responsables. Seuls les membres de ces groupements ou de ces collectivités pris individuellement peuvent être pénalement sanctionnés ;

¹ Attention toutefois à certains événements comme la grâce ou l'amnistie qui peuvent remettre en cause le caractère définitif de la peine. Mais la grâce n'est pas accordée par l'autorité judiciaire mais par l'autorité politique. En effet aux termes de l'article 54 de la constitution burkinabè, c'est le président du Faso qui dispose du droit de grâce. L'amnistie relève de la compétence exclusive du législateur stricto sensu (article 101 de la constitution).

- Dans les crimes de foule et dans les infractions collectives, la responsabilité est toujours individuelle. Les poursuites dans ces cas ne sont pas collectives mais diligentées contre chacun des participants à ces actes commis en masse ;
- Le décès du délinquant arrête les poursuites ou interrompt l'exécution entamée de la peine ;
- Le délinquant qui n'a pu être identifié ou retrouvé¹ ne peut être jugé.

Il y a plusieurs classes de peines.

Section 2 : La classification des peines

Les peines peuvent être classées suivant leur **échelle**, en se fondant sur les **rapports qu'elles entretiennent entre elles** ou en partant du **domaine de leur effet afflictif**.

§ 1 : La classification fondée sur l'échelle des peines

Ce critère permet de distinguer entre les **peines criminelles**, les **peines correctionnelles** et les **peines contraventionnelles**.

A. Les peines criminelles

Les crimes sont les infractions les plus graves et les peines encourues en matière criminelle sont logiquement les plus sévères. Les peines criminelles en vigueur au Burkina Faso sont différentes selon que le délinquant est un majeur ou un mineur.

Les peines criminelles pour les majeurs sont prévues à l'article 212-1. Il s'agit de :

- L'emprisonnement à vie ;
- L'emprisonnement à temps de plus de 10 ans ;
- L'amende pour les personnes morales ;
- La dissolution pour les personnes morales ;
- La dégradation civique qui peut être une peine accessoire ;
- La confiscation

Les peines criminelles pour les mineurs sont prévues à l'article 212-9. Il s'agit de :

¹ Toutefois, le délinquant qui a été identifié mais qui n'a pas pu être arrêté compte tenu de son absence du territoire national pourra être jugé par contumace si le fait qui lui est reproché est un crime ou par défaut s'il est poursuivi pour un délit.

- L'emprisonnement à temps. La peine prononcée ne peut excéder la moitié de la peine prévue pour les majeurs. En tout état de cause, elle ne peut dépasser quinze ans ;
- La confiscation.

B. Les peines correctionnelles

Elles varient également selon que le délinquant est majeur ou mineur.

Pour les majeurs, l'article 213-1 du code pénal prévoit :

- L'emprisonnement à temps ;
- L'amende ;
- Le travail d'intérêt général ;
- L'interdiction à temps ;
- L'interdiction définitive ;
- La dissolution des personnes morales.

Pour les mineurs, l'article 213-8 du code pénal prévoit :

- L'admonestation ;
- La réprimande ;
- La remise à ses parents, à sa famille élargie, à ses représentants légaux, à une personne digne de confiance ;
- Le placement dans une institution, un établissement public ou privé habilité à l'éducation ou la formation professionnelle ;
- Le placement dans une institution ou un établissement public ou privé spécialisé dans la réinsertion des enfants en conflit avec la loi par l'éducation ou la formation professionnelle ;
- Le placement dans un établissement médical ou médicoéducatif, en cas de nécessité ;
- L'amende et l'emprisonnement à temps pour le mineur âgé de plus de treize ans ;
- Le travail d'intérêt général pour le mineur de plus de 16 ans

C. Les peines contraventionnelles

Les contraventions et les peines applicables aux contrevenants sont réglementées par le décret 97-84 du 28 février 1997 portant définition et sanction des contraventions et le décret 2004-418 du 12/08/2004 portant définition et répression de contraventions en

matière de circulation routière. La contravention se caractérise par sa moindre gravité. C'est sans aucun doute pour cette raison que *la* peine en matière contraventionnelle est l'amende. L'amende contraventionnelle ne doit pas excéder 200 000 FCFA sauf en cas de récidive où elle peut aller jusqu'à 400 000 FCFA.

Le Décret N°97-84/PRES/PM/MJ du 28 février 1997 portant définition et sanction des contraventions a reparti les contraventions en 4 classes en fonction de leur gravité. Les contraventions de la première classe sont punies d'une amende de 1.000 à 5.000 francs ; celles de la deuxième classe, une amende de 5.001 à 10.000 francs ; celles de la troisième classe, une amende de 10.001 à 15.000 francs ; celle de la quatrième classe, une amende de 15.001 à 50.000 francs.

§ 2 : La classification des peines en fonction de leurs rapports entre elles

Sur ce fondement, on distingue entre les **peines principales**, les **peines complémentaires** et les **peines accessoires**.

A. Les peines principales

Ce sont les peines qui doivent être nécessairement prononcées par le juge pour une infraction déterminée. La peine principale constitue le socle de la sanction et est de ce fait l'instrument fondamental de la répression. C'est la peine principale qui permet de déterminer la nature criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle de l'infraction en cause.

B. Les peines complémentaires

Comme l'indique son nom, la peine complémentaire vient compléter la peine principale en vue d'assurer une meilleure répression. Dans la mesure où la peine complémentaire vient en soutien à la peine principale, il n'est normalement pas possible de prononcer une peine complémentaire sans au préalable une peine principale. Les peines complémentaires sont soit obligatoires, soient facultatives. Elles sont obligatoires lorsque le juge est tenu de les prononcer. Ainsi et à titre d'exemple, l'article 214-23 al. 7 du code pénal prévoit que « *la confiscation est obligatoire pour les objets dangereux et nuisibles* » et l'article 316-3 al.1 du code pénal pour sa part prévoit la confiscation obligatoire des armes et des munitions illégalement fabriquées, exportées, importées, détenues, cédées, vendues ou achetées. Les peines complémentaires sont facultatives lorsque le juge n'est pas tenu de les prononcer. Il en est ainsi des déchéances des droits civiques, civils et de famille, de l'interdiction de séjour, de

l'interdiction du territoire burkinabè, de l'interdiction d'exercer certaines fonctions, des fermetures d'établissement, de l'interdiction d'émettre un chèque...

La loi autorise souvent le juge à prononcer une peine complémentaire à titre de peine principale. La majeure partie des peines complémentaires ont pour but fondamental de compléter la sanction principale souvent dans le souci d'éviter des infractions futures. Ainsi elles s'apparentent davantage aux mesures de sûreté qu'aux peines.

C. Les peines accessoires

Comme les peines complémentaires, les peines accessoires viennent en soutien à une peine principale. Mais contrairement à la peine complémentaire, la peine accessoire **s'attache à la sanction principale et s'applique automatiquement sans que le juge ait besoin de les prononcer.** Ainsi, par exemple, toute personne condamnée à une peine d'emprisonnement à vie est automatiquement frappée d'incapacité de donner et de recevoir (article 212-5 du code pénal).

D. Les peines alternatives

Les peines alternatives ne sont pas toujours contenues par le texte d'incrimination lui-même. Elles existent dans des dispositions générales. Elles **peuvent se substituer aux peines principales**, d'où l'appellation de « peines alternatives ». Il faut tout de suite signaler qu'en matière criminelle, il n'y a pas de peines alternatives. Mais en matière correctionnelle, le travail d'intérêt général peut être une peine alternative à l'emprisonnement. En matière contraventionnelle, l'amende peut être une peine alternative à la suspension du permis de conduire.

§ 3 : La classification fondée sur le domaine d'effet de la peine

Nous avons tantôt vu que la peine était afflictive en ce qu'elle cherche à atteindre le délinquant en un point sensible. Le domaine où s'exerce cet effet afflictif est varié. Ainsi la peine peut atteindre le délinquant dans son **corps**, sans sa **liberté**, dans son **patrimoine** ou dans sa **profession**.

A. Les peines corporelles

Elles renvoient à tous les types de peines qui atteignent le délinquant dans sa vie (peine de mort) ou dans son intégrité physique (lapidation, amputations...). Depuis l'abolition de la

peine de mort par la loi 025-2018, il n'y a plus aucune peine corporelle en droit burkinabè. Les peines corporelles portant atteinte à l'intégrité physique du délinquant telles que la lapidation ou les amputations sont souvent prévues dans les systèmes de droit arabo musulman⁰

B. Les peines privatives ou restrictives de liberté

Les peines privatives de liberté entraînent l'incarcération de l'individu pour un temps plus ou moins long. Tels est le cas de l'emprisonnement mais aussi de la réclusion criminelle et de la détention criminelle.

D'autres peines sont seulement restrictives de liberté. Tel est le cas de l'interdiction de séjour qui empêche le condamné de paraître dans certains lieux ; de l'interdiction du territoire burkinabè.

C. Les peines patrimoniales

Comme l'indique son nom, ces peines atteignent le délinquant dans son patrimoine. Elles sont des peines pécuniaires et ce de fait, elles appauvrissent le condamné. Les peines pécuniaires sont principalement :

- **L'amende** : elle peut être de criminelle, correctionnelle ou de simple police.
- **La confiscation**. Elle est en principe une peine complémentaire qui peut être obligatoire ou facultative, générale ou spéciale. Elle est générale lorsqu'elle porte sur tous les biens du condamné à l'image de l'article 212-6 du code pénal qui prévoit que, *« dans tous les cas où une condamnation sera prononcée pour un crime contre la sûreté extérieure de l'Etat, commis en temps de guerre, les juridictions compétentes prononceront la confiscation, au profit de la nation, de tous les biens présents du condamné de quelque nature qu'ils soient, meubles, immeubles, divis ou indivis... »*. La confiscation est spéciale lorsqu'elle porte sur l'objet même du délit. La confiscation est facultative lorsque le juge n'est pas tenu de la prononcer mais obligatoire dans le cas contraire.

D. Les peines professionnelles

Ces peines qui frappent le condamné dans son activité professionnelle sont assez fréquentes. Ce sont habituellement des peines complémentaires ou accessoires : interdiction ou incapacité

d'exercer une profession donnée. Ainsi en son article 214-6, le code pénal prévoit « *l'interdiction d'exercer une fonction publique ou une activité professionnelle ou sociale* » temporaire ou définitive dans les « autres peines encourues pour crimes ou délit ». L'exclusion des marchés publics ou la fermeture d'un ou de plusieurs établissements peuvent aussi être ordonnées par les juridictions répressives.

E. Les peines affectant l'exercice de certains droits

En fonction de l'infraction sanctionnée, le délinquant peut se voir infliger une interdiction d'exercer des fonctions publiques, la privation de tout ou partie de ses droits civiques, civils ou de famille. Le délinquant peut aussi être interdit de porter une arme ou d'émettre un chèque par exemple.

Mais il arrive que la mise en œuvre d'une mesure de sureté soit préférée à la peine.

Section 3 : Les mesures de sureté

Les mesures de sureté se distinguent des peines. Il y'a plusieurs catégories de mesures de sureté.

§1 : Mesure de sureté et peine

Aux termes de l'article 221-1 du code pénal, « *les mesures de sureté sont des mesures individuelles coercitives imposées à des individus dangereux pour l'ordre social afin de prévenir les infractions que leur état rend probable* ». Ainsi définie, la mesure de sureté se rapproche de la peine en raison du **caractère individuel et coercitive de l'une et de l'autre**. Mais **contrairement à la peine, les mesures de sureté ne visent pas à punir** le délinquant pour ce qu'il a fait ; elles n'ont pas un but de rétribution mais visent seulement à remédier à l'état dangereux d'une personne qui rend très probable la commission d'infractions. **Contrairement à la peine, les mesures de sureté ne supposent pas forcément une faute préalable du délinquant ; c'est pourquoi elles peuvent être appliquées à un irresponsable pénal comme le mineur ou l'aliéné mental. Les mesures de sureté n'ont pas de limites temporelles contrairement aux peines**. Elles durent autant que dure l'état dangereux de la personne qui les subit. Sont des mesures de sureté :

- L'internement des aliénés ;
- Le traitement des personnes adonnées aux stupéfiants ;
- Le traitement des alcooliques dangereux ;

- La liberté surveillée des mineurs.

A côté des mesures de sureté, il y a les mesures éducatives qui sont des mesures individuelles tendant à l'éducation, la rééducation, à une tutelle ou à une assistance en faveur du condamné (article 222-1 du code pénal). Ces mesures sont applicables au mineur de moins de 18 ans reconnu coupable de crimes ou de délits et peuvent consister dans la remise du mineur à sa famille, le placement du mineur dans un établissement public spécialisé. Mais les mesures éducatives sont aussi perçues comme une forme de mesures de sureté.

§ 2 : Classification des mesures de sureté

A défaut d'une classification légalement consacrée, c'est la doctrine qui a classifié les mesures de sureté en distinguant principalement :

A. Les mesures de sureté officiellement reconnues et appliquées comme telles

On peut citer ici les mesures d'éducation et de rééducation prévues à l'article 222-1 du code pénal destinées aux auteurs d'infractions ayant le statut de mineur. Le traitement des alcooliques dangereux et des personnes adonnées aux stupéfiants par la cure de désintoxication fait également partie de cette catégorie de mesures de sureté.

B. Les mesures de sureté fonctionnant sous la dénomination de peines

Ces mesures de sureté regroupent les mesures qualifiées par la loi de peines (principalement des peines complémentaires) mais qui par nature, ont l'apparence de mesures de sureté. Ces peines qui ont l'apparence de mesure de sureté sont très nombreuses. Ainsi la doctrine reconnaît le caractère de mesure de sureté à l'interdiction de séjour, au retrait du permis de conduire. Ont aussi le caractère de mesure de sureté : l'interdiction d'émettre les chèques, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle particulière, la confiscation spéciale lorsqu'elle porte sur des choses illicites....

C. Les mesures de sureté fonctionnant sous un régime administratif

Dans un but de police administrative, l'autorité administrative prend parfois des mesures pour prévenir la commission des infractions. Elle peut le faire d'office ou sur interpellation de l'autorité judiciaire. Parmi ces mesures on peut citer :

- L'internement des aliénés ;
- L'expulsion et la reconduite à la frontière ;

- L'assignation à résidence ;
- La fermeture administrative d'établissements comme les débits de boissons....
- Etc....

Pour être exécutée, la peine doit être préalablement fixée.

Chapitre 2 : Fixation, suspension et extinction de la peine

La fixation de la peine est à la fois législative et judiciaire. Certains événements peuvent entraîner la suspension, voire l'extinction de la peine prononcée.

Section 1 : La fixation de la peine

Le principe de la légalité des infractions et des peines impose au législateur de prévoir à l'avance les peines encourues pour chaque infraction. A chaque infraction commise, il existe donc une peine prévue par le texte d'incrimination. Pour fixer la peine, le juge se réfère à ce texte d'incrimination et prend pour base la peine prévue. Mais la loi autorise le juge à considérer les circonstances de l'infraction pour doser la peine dans le sens de l'aggravation ou de l'atténuation.

§1 : Les causes d'aggravation de la peine

A. Les circonstances aggravantes

Dans les cas limitativement énumérés par la loi, les crimes et les délits peuvent être aggravés. Ainsi, le législateur qui prévoit la peine normalement applicable à l'infraction, peut décider que si cette infraction a été commise dans certaines circonstances particulières, la peine encourue sera plus sévère. **La circonstance aggravante n'est pas un élément constitutif de l'infraction mais plutôt une particularité qui entoure sa commission, qui aggrave son caractère et de ce fait augmente la culpabilité de l'auteur et la peine qu'il encourt.** Mais la circonstance aggravante **doit être nécessairement prévue par la loi.**

On peut partir du vol pour illustrer l'opérationnalisation des circonstances aggravantes : selon les articles 611-1 et 611-2 du code pénal, le vol, soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui, est puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 500 000 à 1 000 000 francs ou l'une de ces deux peines seulement. Mais aux termes des articles 611-7 et suivants, le vol est puni plus sévèrement si l'un des voleurs était détenteur

d'une arme apparente ou cachée ; si le vol a été commis avec violences ou menaces de violences ou port illégal d'uniforme ou usurpation d'une fonction d'autorité ; des mêmes peines si le vol a été commis avec escalade ou effraction ...

Aussi, le fait que les mutilations génitales aient été commises par des personnes appartenant au corps médical ou paramédical constitue une circonstance aggravante. La préméditation constitue également une circonstance aggravante.

La circonstance aggravante est **objective ou réelle** quand elle s'attache aux circonstances matérielles de l'infraction (le vol a été commis avec effraction par exemple). La circonstance aggravante est **subjective ou personnelle** lorsqu'elle s'attache à la personne de l'auteur des faits (c'est par exemple le cas lorsque l'auteur des mutilations génitales est une infirmière). La circonstance aggravante est **générale** lorsqu'elle vaut pour toutes les infractions. La circonstance aggravante est enfin **spéciale** lorsqu'elle est propre à telle ou telle infraction. Les circonstances aggravantes sont en principe spéciales.

B. Le passé pénal du délinquant : la récidive

La récidive est une circonstance aggravante. Elle **renvoie à la situation du délinquant qui après avoir été définitivement condamné pour une première infraction commet une seconde infraction indépendante de la première**. La récidive suppose donc la réalisation de certaines conditions. Notre droit pénal distingue la récidive en matière criminelle et délictuelle et la récidive en matière contraventionnelle. On peut ainsi poser des hypothèses de la récidive.

1. Les conditions de la récidive

Elles sont posées aux articles 218-3 et suivants du code pénal.

La récidive suppose d'abord une première condamnation pénale. Pour qu'il y ait récidive, il faut que le délinquant ait fait l'objet, à l'occasion d'une infraction précédente, d'une condamnation définitive i.e. passée en force de chose jugée. Cette première condamnation constitue le **premier terme de la récidive**. Cette condamnation peut avoir été prononcée par une juridiction étrangère sous la réserve que l'infraction ayant servi de base à la condamnation à l'étranger soit également une infraction au regard de la loi burkinabè.

La récidive suppose ensuite la commission d'une nouvelle infraction. Cette nouvelle infraction commise constitue le **second terme de la récidive**.

La récidive suppose enfin une correspondance entre les deux termes. Un individu qui commet une nouvelle infraction après avoir été définitivement condamné pour une première infraction n'est pas automatiquement en état de récidive. Tout dépendra du type de récidive que le législateur a voulu instaurer. En effet, la récidive peut être générale ou spéciale. Elle peut aussi être perpétuelle ou temporaire. **La récidive est générale** lorsque la commission de n'importe quelle infraction nouvelle suffit à caractériser l'état de récidive. A l'inverse, **la récidive est spéciale** si la récidive n'est constituée que par la commission d'une nouvelle infraction identique à celle ayant donné lieu à la condamnation passée en force de chose jugée. **La récidive est perpétuelle** lorsqu'il n'est pas tenu compte du temps écoulé entre la fin de l'exécution de la première peine et la commission de la nouvelle infraction. Il ya au contraire **récidive temporaire** lorsqu'il est exigé un délai plus ou moins long entre la première condamnation et la nouvelle infraction commise.

2. Les hypothèses et les effets de la récidive

C'est l'article 218-3 qui pose les hypothèses de la récidive.

- **Le premier terme est une condamnation pour crime et le second terme est un crime (article 218-3 1^{er} tiret).** *La récidive est ici générale et perpétuelle.* Elle s'applique quel que soit le crime commis et sans considération du temps écoulé entre la première condamnation et la nouvelle infraction commise. La peine encourue est le double de la peine applicable à la seconde infraction commise.
- **Le premier terme est une condamnation pour crime et le second terme est un délit intentionnel (article 218-3 2^e tiret).** *La récidive est générale et temporaire.* Elle s'applique quel que soit le type de délit intentionnel commis. Mais la nouvelle infraction doit avoir été commise dans les 5 ans après expiration ou prescription de la peine. Commise au-delà des 5 ans, il n'y a pas de récidive. La peine encourue est le double de la peine applicable à la seconde infraction commise.
- **Le premier terme est une condamnation pour délit intentionnel et la seconde infraction commise est un crime (article 218-3 3^e tiret).** Dans cette hypothèse *la récidive est générale mais temporaire.* Elle s'applique quel que soit le type de crime nouvellement commis mais il est exigé que cette nouvelle infraction ait été commise dans les 5 ans après l'expiration ou la prescription de la première condamnation. La peine encourue est le double de la peine applicable à la seconde infraction commise.

- **Le premier terme est un délit et le second terme est un délit identique ou assimilé (article 218-3 4^e tiret).** Dans cette hypothèse, *la récidive est spéciale* (puisqu'il doit s'agir d'un délit identique ou assimilé) *et temporaire* (car la nouvelle infraction doit avoir été commise dans les 5 années suivant l'expiration ou la prescription de la première condamnation). Aux termes de l'article 218-4 du code pénal, « *les délits de vol, escroquerie, abus de confiance, abus de blanc-seing, recel de choses, détournement de deniers publics ou d'objets saisis, extorsion de fonds, filouteries, corruption, concussion, délits relatifs au chèque et infractions en matière de société sont considérés comme un même délit au point de vue de la récidive* ». La peine encourue ici est le double de la peine applicable à la seconde infraction commise.
- **En matière contraventionnelle,** il y'a récidive lorsqu'il a été rendu contre le contrevenant, dans les 12 mois précédents, un premier jugement devenu définitif (article 218-5 du code pénal). *La récidive est ici générale et temporaire.* La peine encourue est le double de l'amende prévue pour la deuxième contravention commise.

§2 : Les causes d'atténuation et d'exemption de la peine

A. Les circonstances atténuantes

Elles sont évoquées à l'article 81 de notre code pénal. Il s'agit de causes d'atténuation de la peine qui sont laissées à l'appréciation souveraines du juge. C'est pourquoi on les appelle également des **causes judiciaires d'atténuation** de la peine. Le juge apprécie les circonstances matérielles et personnelles qui entourent la commission de l'infraction et il lui appartient de dire si le coupable est digne de bénéficier d'une atténuation de sa peine. Les circonstances atténuantes sont des procédés d'individualisation de la peine par lesquels le juge prononce une peine inférieure à celle qui est prévue pour la répression normale de l'infraction. Les circonstances atténuantes peuvent renvoyer à des faits extérieurs ayant accompagné la commission de l'infraction. Elles peuvent aussi renvoyer aux antécédents du prévenu, à l'insignifiance du dommage que l'infraction a causé à la victime, au repentir dont a fait preuve l'accusé, aux chances d'amendements que le prévenu paraît offrir... Les faits qui déterminent le juge à concéder des circonstances atténuantes sont d'une infinie variété.

B. Les excuses absolutoires et atténuantes

Un crime ou un délit peut être excusé c'est-à-dire que la peine encourue peut être anéantie ou seulement atténuée. **Il n'y a pas d'excuses sans texte de loi.** On parle d'excuses légales et

elles sont de deux ordres : les excuses absolutoires et les excuses simplement atténuantes. « *Les excuses absolutoires assurent l'impunité de l'auteur de l'infraction* » alors que « *les excuses atténuantes assurent au coupable une modération de la peine* ¹ ».

1. Les excuses absolutoires

Constitue une excuse absolutoire **toute circonstance limitativement prévue et définie par la loi et dont l'admission, sans faire disparaître l'infraction, entraîne une dispense de la peine encourue**. L'excuse absolutoire a pour effet d'entraîner une suppression complète de la peine encourue quoique la culpabilité de l'intéressé ait été établie. Ainsi, le fait pour une personne, ayant connaissance d'un crime ou d'un délit déjà tenté ou consommé n'a pas, alors qu'il était encore possible d'en prévenir ou limiter les effets ou qu'on pouvait penser que les coupables ou l'un d'eux commettraient de nouveaux crimes qu'une dénonciation peut prévenir, averti aussitôt les autorités administratives ou judiciaires, constitue un fait de complicité punissable au sens de l'article 131-4 du code pénal. Mais ce fait n'est pas punissable lorsqu'il est l'œuvre du conjoint, des parents ou alliés du criminel jusqu'au quatrième degré inclus (article 131-4 du code pénal). Aussi, « *bénéficient d'une excuse absolutoire ceux des coupables [du crime d'association de malfaiteurs] qui, avant toute tentative de crime et avant toute poursuite, ont les premiers, révélé aux autorités l'entente établie ou l'existence de l'association* » (article 362-3 du code pénal). Dans le même sens et selon l'article 311-8 du code pénal, « *sont exemptés des peines prévues contre les auteurs des complots et autres crimes attentatoires à la sûreté de l'Etat, ceux des coupables qui, avant toute exécution ou tentative d'exécution de ces complots ou de ces crimes et avant toutes poursuites commencées, en donnent les premiers, connaissance au Gouvernement, aux autorités administratives ou de police judiciaire ou qui, même depuis le commencement des poursuites, facilitent l'arrestation desdits auteurs et complices* ». L'excuse absolutoire est un instrument de politique criminelle qui vise à obtenir que des participants à certaines infractions graves ne les conduisent pas jusqu'à termes et se rendent aux pouvoirs publics. **L'excuse absolutoire s'impose au juge**. Elle n'exonère pas le coupable de sa responsabilité civile. Elle n'est pas non plus exclusive d'une mesure de sûreté ou d'une mesure éducative.

¹ Article 217-2 du code pénal

2. Les excuses simplement atténuantes

L'excuse atténuante est une **circonstance déterminée par la loi, qui, tout en laissant subsister un certain fond de culpabilité, a pour conséquence d'entraîner une diminution de la peine**. Le délinquant n'est pas totalement pardonné mais le juge ne lui appliquera pas la peine normalement encourue pour l'infraction qu'il a commise. Il lui appliquera une peine inférieure, réduite. Il existe un cas d'excuse atténuante de portée générale sans qu'on ait à s'occuper de la nature de l'infraction commise : l'excuse de minorité. L'excuse de minorité bénéficie au mineur de 13 à 18 ans. Il existe des excuses atténuantes qui concernent beaucoup d'infractions sans être de portée générale. C'est le cas de l'excuse atténuante de provocation. Ainsi les coups et blessures et même la mort infligée par un conjoint sur l'autre ou sur son complice sont excusables à l'instant où l'auteur des faits les a surpris en flagrant délit d'adultère au domicile conjugal¹.

Les autres cas d'excuses atténuantes sont au contraire prévus dans des hypothèses limitativement énumérées par la loi.

NB : Les excuses atténuantes diffèrent des circonstances atténuantes. Les premières découlent d'un texte de loi précis. Les secondes sont laissées à la seule appréciation du juge.

C. Le concours réel d'infractions

Il y a cumul réel ou concours réel d'infractions lorsqu'un même individu se rend coupable de plusieurs infractions qui ne sont pas séparées par une condamnation devenue définitive. En cas de cumul réel, la peine la plus faible est en principe absorbée par la peine la plus forte. Il n'y a donc pas de cumul de peines en cas de concours réel d'infractions. C'est la peine la plus forte qui s'applique. Cependant le cumul des peines est possible entre contraventions, entre délits et contraventions non connexes ou entre crimes et contraventions non connexes (article 111-8). **Il ne faut pas confondre la récidive et le cumul ou concours réel d'infractions.**

Que la peine soit aggravée ou atténuée, son exécution peut être suspendue.

¹ Voir articles 512-38 et suivants du code pénal

Section 2 : La suspension de la peine

Pour être efficace, la sanction prononcée par le juge doit être intégralement exécutée. Mais certains mécanismes conduisent à suspendre l'exécution des peines. Ces mécanismes regroupent principalement le sursis et la libération conditionnelle.

§1 : Le sursis

Le juge qui fixe la peine peut décider que celle-ci ne sera pas immédiatement exécutée. Il peut décider qu'il sera sursis à cette exécution. Le sursis *consiste à suspendre l'exécution de la peine prononcée*. C'est une mesure de faveur accordée à certains délinquants (les délinquants primaires) qui peuvent en profiter pour se reclasser dans la société. Le sursis peut être total (il s'applique à toute la peine prononcée) ou partielle (il s'applique à une partie de la peine prononcée). Il n'y a pas de sursis possible pour les mesures de sûreté compte tenu de la fonction préventive de ces mesures. L'opportunité de prononcer un sursis est laissée à la discrétion du juge.

Le sursis s'obtient à certaines conditions :

- **Le délinquant ne doit pas avoir fait l'objet d'une condamnation antérieure** (article 615-1 du code de procédure pénale). Il n'y a donc pas de sursis pour le délinquant récidiviste. Toutefois, les condamnations pour les infractions politiques et les infractions militaires ne sont pas prises en compte pour l'octroi du sursis. Elles ne sont pas non plus prises en compte pour la détermination de la récidive.
- **Le délinquant a l'obligation de ne pas commettre une nouvelle infraction** d'une certaine gravité dans un délai de 5 ans (article 615-2 du code de procédure pénale). Si pendant ce délai de 5 ans, le délinquant ne commet pas d'infraction l'exposant à un emprisonnement ou à une peine plus grave, le sursis se transforme en dispense définitive de peine. A contrario, si le sursis est révoqué, la peine pour laquelle le sursis avait été accordé s'applique de même que la nouvelle sanction encourue. Autrement dit, le délinquant va exécuter à la fois la peine qui était en sursis et la peine attachée à la nouvelle infraction.

Le sursis s'applique aux peines d'amendes et aux peines d'emprisonnement. Elle ne fait pas obstacle aux dommages-intérêts dus à la victime de l'infraction. Pendant la durée de l'épreuve, le sursis ne fait pas obstacle à l'application des peines complémentaires

d'incapacité, d'interdictions ou de déchéances mais après le délai d'épreuve, celles-ci cessent d'être appliquées si l'épreuve est passée avec succès.

§2 : La libération conditionnelle (article 614-1 et suivants du code de procédure pénale)

La libération conditionnelle est un **mécanisme qui permet de libérer le condamné avant la fin de l'exécution de la peine prononcée contre lui**. La libération conditionnelle ne s'applique qu'aux peines privatives de liberté. Pour bénéficier de cette libération anticipée, le condamné doit remplir certaines conditions : le condamné doit avoir exécuté une partie de sa peine (la moitié ou les 2/3 selon le cas), il doit avoir une bonne conduite et offrir des gages sérieux de réadaptation sociale, il doit accepter les conditions éventuellement mises à sa libération.

Si le condamné remplit toutes les conditions requises par la loi, la liberté conditionnelle peut lui être octroyée. Le condamné est alors dispensé provisoirement de subir le restant de sa peine. Cette libération provisoire a vocation à devenir définitive à condition que le libéré réussisse la période d'épreuve à laquelle il est soumis. Le condamné bénéficiaire de la libération conditionnelle doit, pendant un certain temps, confirmer la bonne conduite qui a conduit à sa libération anticipée. La durée de cette période d'épreuve est fixée par la décision portant libération conditionnelle.

Si la période d'épreuve se termine sans incident, la libération du condamné devient définitive et la peine est réputée intégralement exécutée depuis le jour de la libération conditionnelle. Mais la condamnation ne s'efface pas, elle subsiste. Ainsi, elle est prise en compte pour la récidive et fait obstacle au sursis.

Mais si des incidents surviennent pendant la période d'épreuve, la libération conditionnelle peut être révoquée. Ainsi la libération conditionnelle est révocable en cas d'inconduite notoire, d'inobservation des conditions et obligations contenues dans la décision de libération ou de commission d'infraction nouvelle. **En cas de révocation de la libération conditionnelle, le condamné est réincarcéré pour subir le reliquat de la peine qui lui restait à subir.**

En dehors du sursis et de la libération conditionnelle, d'autres causes entraînent une suspension de la peine.

§3 : Les autres causes suspensives de la peine

On peut lister ici les mécanismes de **semi-liberté**, du **placement à l'extérieur** et de la **démence survenue en cours d'exécution de la peine**.

- **La semi-liberté** C'est un régime d'exécution des peines privatives de liberté qui permet au condamné qui en bénéficie de se déplacer, sous surveillance, hors de son établissement de détention. Habituellement, les condamnés qui en bénéficient se déplacent hors du cadre carcéral pour suivre une formation professionnelle, pour accomplir un stage, pour exercer une activité professionnelle, pour suivre des enseignements ou pour un traitement médical. La semi-liberté permet une suspension de l'exécution de la peine pendant la sortie temporaire de l'établissement de détention. La semi-liberté est révocable à tout moment.
- **Le placement à l'extérieur.** C'est une mesure suspensive de la peine dans la mesure où elle permet au condamné d'exercer une activité et de résider à l'extérieur de l'établissement d'incarcération.
- **La suspension en cas de survenance de démence.** L'exécution de la peine d'emprisonnement du condamné atteint de démence est suspendue. Le condamné devenu dément est toutefois interné dans un établissement psychiatrique.

Plus que la suspension, la peine prononcée peut purement et simplement s'éteindre.

Section 3 : L'extinction des sanctions pénales

Les éléments extincteurs de la sanction pénale peuvent être répartis en deux grandes catégories : d'une part, il y a les facteurs qui éteignent la peine sans effacer la condamnation et d'autre part, il y a les facteurs qui éteignent la sanction tout en effaçant la condamnation.

§1 : L'extinction avec effacement de la condamnation

L'**amnistie** et la **réhabilitation** entraînent une extinction de la peine avec effacement de la condamnation.

A. L'amnistie

C'est une **institution par laquelle le pouvoir législatif¹ fait disparaître rétroactivement le caractère infractionnel d'un fait**. Historiquement, l'amnistie a pour but de réaliser l'apaisement national à la suite des périodes de troubles que la société a traversés. L'amnistie est dite personnelle quand elle concerne une catégorie de personnes. Elle est dite réelle lorsqu'elle vise une catégorie de faits. L'amnistie est conditionnelle lorsqu'elle exige des conditions pour son obtention.

Sur le plan des effets, **en dépouillant les agissements amnistiés de leur caractère illicite, la condamnation intervenue à la suite de ceux-ci manque désormais de fondement et doit disparaître**. L'amnistie ne porte pas préjudice aux droits des parties civiles qui peuvent toujours prétendre à leurs réparations. Lorsque l'amnistie est personnelle, les coauteurs et complices n'en profitent pas. Mais lorsqu'elle est réelle tous les participants à l'infraction en bénéficient. La condamnation amnistiée s'effaçant définitivement, elle ne fait pas obstacle au sursis et ne saurait compter pour la récidive.

B. La réhabilitation²

Lorsqu'une personne a fait l'objet d'une condamnation et qu'elle a purgé sa peine ou que celle-ci ne peut plus être mise en exécution³, elle demeure souvent frappée de diverses incapacités qui peuvent compliquer son reclassement. La réhabilitation permet à cette personne de retrouver des droits perdus en effaçant la condamnation et à faire cesser les incapacités et les déchéances qui en résultaient. La réhabilitation est soit **judiciaire**, soit **légale**.

La **réhabilitation judiciaire** est celle qui est prononcée par une juridiction et dans le cas du Burkina Faso, elle est prononcée par un arrêt de la chambre de l'instruction. Pour ce faire, l'intéressé adresse une demande au Procureur du Faso qui diligente une enquête pour vérifier si le requérant remplit les conditions requises. Ces conditions sont les suivantes : le condamné doit avoir subi sa peine ou avoir bénéficié d'une grâce. Il doit avoir eu une conduite irréprochable pendant 5 ans s'il a été condamné pour crime, 3 ans s'il a été condamné pour délit et pendant 1 an si la condamnation concernait une contravention. Ces délais sont doublés

¹ Aux termes de l'article 101 de la constitution, seule la loi au sens strict peut instituer une amnistie tout comme elle est la seule à pouvoir instituer les crimes, les délits et les peines qui leurs sont applicables.

² Voir les articles 623-1 et suivants du code de procédure pénale

³ A cause d'une prescription par exemple.

pour le récidiviste. Ceux qui ont rendu d'éminents services à la nation ne sont pas soumis aux conditions de délais pour leur demande de réhabilitation.

La **réhabilitation légale** s'acquiert automatiquement, de plein droit après un certain délai (article 623-3 du code de procédure pénale).

La réhabilitation efface la condamnation. Celle-ci disparaît du casier judiciaire et ne compte pas pour la récidive. Elle autorise le sursis. Le réhabilité est intégré dans tous ses droits et lavé de toutes ses déchéances.

§2 : L'extinction sans effacement de la condamnation

Les facteurs qui entraînent l'extinction de la peine sans effacement de la sanction sont au nombre de deux : la **grâce** et la **prescription**.

A. La grâce

La grâce est un **acte de clémence du pouvoir exécutif qui permet à un individu définitivement condamné d'obtenir une remise totale ou partielle de peine prononcée contre lui**. La grâce est une institution politique et selon l'article 54 de la constitution c'est le Président du Faso qui dispose du droit de grâce. La grâce totale entraîne une remise complète de la peine, elle met immédiatement fin à l'exécution de la peine en cours. La grâce partielle réduit la durée ou le montant de la peine infligée au condamné. La grâce peut entraîner une commutation de peine c'est-à-dire le remplacement de la peine prononcée par une peine moins sévère et cette dernière qui se substitue à l'ancienne peine doit être exécutée. La grâce ne fait pas obstacle au droit pour la victime d'obtenir la réparation du dommage causé par l'infraction. La grâce empêche l'exécution de la peine mais elle n'efface pas la condamnation, celle-ci reste inscrite au casier judiciaire, compte pour la récidive et n'autorise pas le sursis.

B. La prescription de la peine¹

A l'expiration d'un certain délai, les pouvoirs publics ne peuvent plus faire subir la peine au condamné. **L'écoulement du temps permet donc au condamné de se soustraire à l'exécution de la sanction prononcée contre lui**. La prescription est acquise au bout de :

- 20 ans en matière criminelle ;
- 03 ans en matière correctionnelle ;

¹ Pour la prescription des peines, voir les articles 616-1 du code de procédure pénale.

- 02 ans en matière contraventionnelle.

Il faut toutefois noter que les peines prononcées pour crimes contre l'humanité ne se prescrivent jamais.

Mais les délais légaux de prescription peuvent être rallongés pour cause de suspension¹ et d'interruption² de la prescription. Une fois la prescription acquise, la peine est réputée exécutée mais la condamnation subsiste avec toutes ses conséquences accessoires. Ainsi si des peines complémentaires de déchéance de droits avaient été prononcées par exemple, celles-ci subsistent. Aussi, la peine prescrite compte pour la récidive et n'autorise pas le sursis. La prescription courte à compter du jour ou l'arrêt ou le jugement de condamnation est devenu définitif.

§3 : La mort du délinquant

Bien entendu, la mort du délinquant met naturellement fin à toutes les peines privatives de liberté. La prison n'est pas un cimetière. En principe, le décès met aussi fin aux peines pécuniaires, aux amendes et aux confiscations. En raison du principe de la personnalité de la peine, ces peines pécuniaires n'ont pas à être exécutées par les héritiers du condamné décédé. Toutefois, lorsque les condamnations pécuniaires sont devenues définitives avant la mort du condamné, elles constituent dans son patrimoine des éléments de passif qui se transmettent aux héritiers au même titre que les autres dettes du condamné. Les héritiers sont donc tenus au paiement de ces peines pécuniaires.

La dissolution de la personne morale met aussi fin aux peines qui la frappaient.

¹ Un obstacle de droit ou de fait peut intervenir et suspendre la prescription. Quand cessera cet obstacle, le déjà écoulé jusqu'à l'avènement de l'obstacle suspensif s'ajoute au temps écoulé après l'obstacle.

² En cas d'interruption de prescription, un nouveau délai recommence à zéro.