

## L'ÉQUITÉ DANS LE DROIT PÉNAL AU BURKINA FASO

**Laurent Saâtieme SOMDA**

Université catholique de l'Afrique de l'Ouest Unité

Universitaire à Bobo-Dioulasso (UCAO-UUB)

[Satieme2014@gmail.com](mailto:Satieme2014@gmail.com)

**Résumé :** Le légitimisme du positivisme juridique, la rigidité inspirée par le principe de la légalité criminelle, semblent ne pas laisser de place, du moins explicitement, à l'intervention de l'équité en droit pénal. Aussi, le sentiment populaire y insiste également : « *l'équité n'est pas le droit ; le droit est l'œuvre du législateur* » ( BENBOURICHE et al. : 2015, p.1.). Toutefois, l'équité s'exprime dans le cadre de la loi pénale. Au regard de sa flexibilité, l'équité permet de réaliser une égalité concrète et donne la vraie mesure de la justice. Elle se trouve en conséquence implicitement tolérée dans la matière pénale en tant qu'outil d'harmonisation du droit, mais aussi et surtout de cohésion sociale. L'équité joue alors un rôle de complément à la loi pénale, en assurant le passage du général - la loi - vers le cas particulier. Parfois mobilisée inconsciemment par le juge pénal, elle permet d'éviter des décisions iniques. Il va donc sans dire que complétant ou concurrençant la loi, l'équité constitue toujours un moyen d'interroger les objectifs de la politique pénale au Burkina Faso dans la mesure où elle est souvent à l'origine d'évolutions législatives. Et pour reprendre Amélie ANDRE (2015) « Elle se place alors en élément perturbateur venant concurrencer l'échelle des valeurs fixées par le législateur ». En définitive, l'équité se révèle être beaucoup plus au cœur du droit pénal que ne le laisse entrevoir la carapace légitimisme dont il se drape. Face à cette redécouverte de l'équité en droit et ses implications, il est légitime de s'interroger sur l'avenir du positivisme juridique.

**Mots-clés :** équité, droit pénal, justice, juge, intime conviction.

### EQUITY IN CRIMINAL LAW IN BURKINA FASO

**Abstract :** The legitism of legal positivism, the rigidity inspired by the principle of criminal legality, seems to leave no room, at least explicitly, for the intervention of equity in criminal law. Popular sentiment also insists that "equity is not law; law is the work of the legislator" ( BENBOURICHE et al.: 2015, p.1.). However, equity is expressed within the framework of criminal law. In terms of its flexibility, equity makes it possible to achieve concrete equality and gives the true measure of justice. As a result, it is implicitly tolerated in criminal law as a tool for harmonizing the law, but also and above all for social cohesion. Equity plays a complementary role to criminal law, ensuring the transition from the general - the law - to the particular case. Sometimes unconsciously mobilized by the criminal judge, it helps avoid iniquitous decisions. It goes without saying, then, that whether it complements or competes with the law, fairness is always a means of questioning the objectives of penal policy in Burkina Faso, insofar as it is often at the origin of legislative developments. And to quote Amélie ANDRE (2015), "It is then positioned as a disruptive element that competes with the scale of values set by the legislator", and is therefore implicitly tolerated in criminal law as a tool for harmonizing the law, but also and above all for social cohesion.

Equity thus plays a complementary role to criminal law, ensuring the transition from the general - the law - to the particular case. Sometimes unconsciously mobilized by the criminal judge, it helps avoid iniquitous decisions. It goes without saying, then, that whether it complements or competes with the law, fairness is always a means of questioning the objectives of penal policy in Burkina Faso, insofar as it is often at the origin of legislative developments. In the final analysis, fairness is much more central to criminal law than the legicentric carapace it wraps itself in might suggest. Faced with this rediscovery of equity in law and its implications, it is legitimate to wonder about the future of legal positivism.

**Key words:** equity, criminal law, justice, judge, conviction.

## Introduction

Saint Thomas d'Aquin, l'un des principaux maîtres de la philosophie scolastique et de la théologie catholique du Moyen Âge, affirme que « *l'équité ne s'écarte pas de ce qui est juste en soi mais uniquement de ce que la loi déclare telle* » (Thomas, II-II, q. 120, art. 1.). À partir du XII<sup>ème</sup> siècle, les canonistes s'inspirent de ses écrits, l'équité étant entendue comme source de charité ou de miséricorde (HOSTIENSIS, *Summa aurea*, 1, V, *De Dispensationibus*). HOSTIENSIS la définira comme « *la justice tempérée par la douceur de la miséricorde* » (HOSTIENSIS, *Summa aurea*, 1, V, *De Dispensationibus*). Jean BODIN, juriste du XVI<sup>ème</sup> siècle et contemporain de Michel De MONTAIGNE, affirmait que « *la loi sans l'équité est un corps sans âme* ». A sa suite Jean DOMAT, juriste du siècle suivant et auteur des *Lois Civiles*, renchérit que « *c'est la connaissance de l'équité et la vue générale de cet esprit des lois, qui est le premier fondement de l'usage et de l'interprétation particulière de toutes les règles* » (Domat, 1828. XVI, p. 86.). Malgré ces arguments d'autorité de ces célèbres juristes, sous l'ancien régime, la question de l'équité soulèvera de nombreuses controverses et de nombreuses dispositions exprimant leur défiance à l'égard de cette manière de juger. C'est ainsi que l'ordonnance de Blois de mai 1579, interdit alors aux juges toute référence à l'équité dans leur décision. Toutefois, les parlements maintiennent cette faculté d'invoquer l'équité, ce qui justifie l'adage « Dieu nous garde de l'équité des parlements ». En effet, la justice doit être prononcée en application des règles de droit et non de l'équité. Privilégier l'équité engendrerait à leur sens, un risque de rendre une décision injuste, car l'équité est une notion purement subjective. Henri François D'AGUESSEAU, l'assimilait d'ailleurs à un « *dangereux instrument de la puissance du juge* » (SAINT-PAU : 2015, Vol. 2, n°2, p. 274). Lors de la rédaction du Code civil napoléonien de 1804, c'est ce courant réfractaire à l'équité qui l'emportera ; d'où la place réduite à la notion d'équité. Cette méfiance à l'égard de l'équité se retrouve très logiquement dans le droit burkinabé essentiellement tiré du droit français par le truchement de la colonisation. Il convient toutefois de relever que depuis la fin du XX<sup>ème</sup> siècle on assiste à un regain d'intérêt de la recherche aussi bien au niveau institutionnel que doctrinal sur la question de l'équité (KAYSER, 2001, Vol. 1, n°2, p. 111.). Il suffit pour s'en convaincre de considérer la *Théorie de la justice* de John RAWLS devenue une référence incontournable dans les débats sur l'équité, l'égalité et la justice (PAVIA : 2001, p. 114). C'est très probablement dans cette dynamique de regain d'intérêt que le Doyen Carbonnier affirmait que « *le jugement en équité est un jugement à l'état pur* » ( CARBONNIER :

1996, p. 32.). Malgré cette agitation institutionnelle et doctrinale pour reprendre en substance Marie-Luce PAVIA, il reste néanmoins que « *le soupçon du "gouvernement des juges" semble encore pesé lourdement et l'équité peut être considérée comme le signe de l'arbitraire de ce gouvernement* » (PAVIA : 2001, p. 114.)

Pour peu qu'on s'intéresse aux législations modernes et particulièrement en France et au Burkina Faso, cette méfiance vis-à-vis de l'équité est toujours bien présente dans les textes de loi. L'équité a parfois été opposée au droit, dont elle viendrait atténuer les rigueurs, lorsqu'elle ne conduit pas, purement et simplement, à sa mise à l'écart, en vertu de l'adage « *summum jus, summa injuria* ». Cette opposition n'a peut-être nulle part été marquée avec plus d'insistance qu'en droit international, du fait de la règle traditionnelle en matière d'arbitrage, reprise dans le Statut de la Cour internationale de Justice, selon laquelle l'arbitre ou le juge international ne peut statuer « *ex aequo et bono* » qu'en vertu d'une autorisation spéciale des parties, mais peut alors, en pareille hypothèse, écarter l'application du droit (VIRALLY : 1990.).

Le législateur français et à sa suite celui burkinabé ont cependant toujours été très méfiants à l'égard de l'équité, considérée comme un facteur d'insécurité se heurtant à l'exigence de prévisibilité inhérente à la matière juridique. Et conformément aux articles 12 et 29 respectivement des procédures civiles française et burkinabé, le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il rend la justice en droit, au moyen d'une décision soutenue par des motifs de droit. On lui demande d'appliquer la loi à la cause, peu importe les blessures et les conséquences dommageables, souvent perçues comme injustes, qui peuvent résulter de cette application inflexible des textes : « *Dura lex, sed lex* ». La Cour de Cassation sanctionne de façon systématique en cassant et en annulant tout jugement établi par des moyens s'appuyant sur le principe d'équité. De façon encore plus restrictive, en droit pénal, le juge ne sanctionne que les fautes prévues par la loi, en application stricte de la loi. Il ne lui est pas laissé de latitude dans l'interprétation de la loi au regard de la situation. Il n'est en rien question de juger en équité.

Cependant, force est de relever que malgré toutes ces précautions prises par le législateur, les juges dans l'exercice de leur office et à quelque ordre qu'ils appartiennent, n'ont jamais nié prendre en considération l'équité dans le but de préserver les intérêts de chacun, à la recherche du fameux équilibre de la balance de la justice. Cette prise en compte de l'équité, si elle est très perceptible dans le code civil français, le code de procédure civile français, en matière fiscale, en matière d'arbitrage, en procédure administrative, reste en revanche apparemment absent du droit pénal. Mais la pratique laisse planer un doute. Et nous en voulons ici pour preuve l'expérience des assises criminelles qui se sont tenues à Bobo en Juillet 2022. Nous avons eu à faire un constat qui a beaucoup influencé le choix de notre thème « L'équité en droit pénal ». En effet au cours d'un de ces procès, il y a eu deux décisions de justice qui ont suscité un questionnement en moi. Les deux jugements portaient sur des cas d'homicide. Dans les deux affaires, après le résumé des faits par le greffier, il s'en est suivi une qualification d'assassinat. Cependant à notre grande surprise les peines qui ont été prononcées n'étaient pas les mêmes : l'un des accusés en a pris pour vingt ans

d'emprisonnement ferme et l'autre quinze ans fermes et cinq ans avec sursis. Nous avons été très surpris voir indignés de ces différentes décisions et ce, d'autant plus que les deux accusés étaient condamnés pour assassinat, mais aussi et surtout parce que celui qui a pris la peine d'emprisonnement avec sursis paraissait le plus coupable car il avait violé sa victime avant de l'assassiner. Comment expliquer cette différence des décisions et de l'application des peines puisqu'en matière pénale, le juge doit procéder à une interprétation stricte de la loi. Une équité rampante semble sommeillée dans la matière pénale et dont il convient de mettre en évidence. L'absence de référence explicite à la notion et l'anathème dont elle fait l'objet, ne semblent pas avoir totalement évincée l'équité du droit pénal. Il nous revient donc, pour une meilleure intelligence du rapport de l'équité avec le droit pénal burkinabè, d'analyser l'équité au prisme de la légalité criminelle ( I) afin d'en dégager sa présence rampante dans tout le processus décisionnel ( II).

### 1. L'équité au prisme de la légalité criminelle

*Poenalia sunt restringenda* ( LEVASSEUR, G. STEFANI et Bernard BOULOC, 1995, p. 95.) cette maxime latin exprime le principe juridique selon lequel la loi pénale doit être interprétée restrictivement. En d'autres termes, le juge pénal est tenu par l'obligation de rendre ses décisions en se basant uniquement sur ce que la loi pénale prévoit. Il ne peut juger en équité posant ainsi l'épineuse question de la conscience du juge dans l'acte de judicature. Scruter cette question de l'équité et de son exclusion en matière pénale (B) nécessite avant tout un détour historique et définitionnel de cette notion (A).

A-: Approches historique et définitionnelle de l'équité en droit pénal

*Epieikeia* chez Aristote, ensuite *aequitas* chez les Romains et chez les docteurs de l'Église, la notion d'équité a eu plusieurs acceptions au cours de l'histoire. Il est donc nécessaire, pour une appréhension de ce concept, d'en retracer l'origine (1) avant d'envisager une approche étymologique et définitionnelle de cette notion (2).

#### 1.1. Origines conceptuelles de la notion d'équité

La notion d'équité a toujours été depuis l'antiquité greco-romaine au cœur des réflexions philosophiques, juridiques morales et théologiques. Mais c'est surtout dans la philosophie grecque notamment chez Aristote que ce concept plonge ces racines (a) avant d'avoir été appréhendé au Moyen âge par les théologiens, et théorisé par les auteurs des droits savants canonique et romain (b).

##### 1.1.1. L'équité chez les philosophes grecs

La conception actuelle de l'équité est héritière d'un long passé qui manifeste les préoccupations qu'ont toujours eues les hommes de rechercher la justice et la vérité (LEFEBVRE : 1953, p. 394.), et de s'y conformer ; d'où l'attention que lui accordaient les philosophes grecs. Il est important de préciser que dans la Grèce d'Aristote, il était plus question d'*epikie* (. SOMDA : 2018, p. 4.) que d'équité. C'est au cours de son évolution historique que ce concept a été remplacé par l'équité car sa perception avait également évolué. Cyrille MICHON (2011, p. 37) dans son article sur l'*epikie* précise que le mot *epieikeia* qui fut traduit

par *aequitas* au Moyen-Age, vient du verbe grec *eoika* et renvoie à une forme de regard ou de surveillance de la loi plutôt qu'à l'idée d'égalité. Il avait pris dans le grec populaire un sens que l'on pourrait rendre par « indulgence » opposé à la dureté et à la rigidité de la loi (MICHON : 2011, p. 40. Mais il est vraisemblable que le sens ait évolué à l'époque d'Aristote vers celui de renoncement à faire valoir ses droits. C'est ainsi que le dernier passage du chapitre d'Aristote sur l'équitable montre l'homme équitable comme ne tenant pas rigidelement à ses droits, mais comme celui qui est prêt à renoncer à son dû. Il n'est pas *akribodikaios* comme le précise Cyrille MICHON mais plutôt *elattiko* [De là résulte nettement aussi la nature de l'homme équitable : celui qui a tendance à choisir et à accomplir les actions équitables et ne s'en tient pas rigoureusement à ses droits dans le sens du pire, mais qui a tendance à prendre moins que son dû, bien qu'il ait la loi de son côté, celui-là est un homme équitable, et cette disposition est l'équité, qui est une forme spéciale de la justice et non pas une disposition entièrement distincte. (1137b34- 1138a3)]. Pour étayer son argument MICHON va s'inspirer de BRUNSCHWIG (BRUNSCHWIG: 1996, p. 127.). En effet dans le chant 23 de l'« Iliade » ce dernier donne une idée de la manière dont l'*epikie* était perçu. Il met en scène Achille et les participants à une course de char qu'il fallait récompenser en se basant sur une règle qui avait fixé cinq prix en ordre décroissant. Achille propose de donner le second prix à Eumelos, arrivé pourtant dernier, parce « qu'il est le meilleur », mais a été victime d'un accident pendant la course : ce serait conforme à l'*epieikeia*. Tous approuvèrent l'idée sauf le second à la course, Antilochus, qui parvient à suspendre la suggestion d'Achille. La solution fut trouvée lorsque Achille accorda le second prix à Antilochus, et donna un nouveau prix à Eumelos. Il n'est pas dit que cette solution fût la plus juste, ni la plus équitable. En un sens le conflit était plutôt entre justice et équité, et la solution relève d'un consensus pratique, qui combine les exigences de la stricte justice (les quatre premiers reçoivent les prix correspondants) et des règles auxiliaires (consolation, prix d'honneur accordé à Eumelos). A partir de cette scène, BRUNSCHWIG montre comment s'est opéré le glissement sémantique. Il note que, dans cette situation d'opposition du juste et de l'équitable, le sens étroit perd la connotation positive du sens large, car il s'oppose trop radicalement au juste, et paraît relever du sentiment d'amitié, d'une indulgence pathologique, de sorte qu'il faut une tierce solution (MICHON : 2011, p. 41.). Cependant en ce qui concerne Aristote, il perçoit l'*epikie* comme un correctif du juste légal, le juge pourrait donc corriger la loi. Dans l'*Ethique à Nicomaque*, en effet, il définit l'*epikie* comme une correction ou un amendement du juste légal en raison du caractère universel de ce dernier. Le passage clé consacré à l'*epieikeia* chez Aristote laisse entendre que : « Ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif du juste légal. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général, et qu'il y a des cas particuliers dont on ne peut parler correctement de manière générale. Dans les matières, donc, où on doit nécessairement parler de manière générale et où il est impossible de le faire correctement, la loi ne prend en considération que les cas les plus fréquents, sans ignorer d'ailleurs les erreurs que cela peut entraîner » (ARISTOTE, 1994, 1137 b, p. 11-23). Nous retenons alors que l'*epikie* telle qu'elle ressort de la philosophie

aristotélicienne, n'est pas une interprétation de la loi qui implique des imprécisions ou des ambiguïtés. Il s'agit plutôt d'une correction de la loi qui s'avère défectueuse ou inadaptée. La conception grecque de l'équité influencera en partie celle de l'Église et de la période romaine.

### 1.1.2. L'équité en droit romano-canonique

Sous l'influence de la philosophie grecque, remontant légendairement à l'époque de la rédaction de la loi des XII Tables, le droit romain s'était largement ouvert, avant même la période classique, à la problématique du juste et de l'injuste. Selon Olivier ECHAPPE, dans son article sur l'équité canonique, la définition d'Ulpien ( D. I, 1,1), qui fait du droit « un art du bon et du juste » ou l'une des « *regulæ iuris* » qui le clôt, rappelant que : « tout ce qui est permis n'est pas nécessairement honnête », en apporte l'illustration. Il ressort de ces affirmations que : « *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitiae : justi atque injusti scientia* » [ULPIEN, D. I, 1, 1,10. « La jurisprudence est la connaissance des choses divines et humaines : la science de discerner ce qui est juste de ce qui est injuste. »]. L'équité se limitera dans la conception romaine à une justice distributive, celle que le Digeste définit par cette formule attribuée à ULPIEN : « *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* » [D. I, 1, 10., « La justice est la ferme et perpétuelle volonté de donner à chacun ce qui lui est dû »]. La pensée romaine assimile donc l'équité au droit. L'équité ne sera autre chose que la justice imposée par le législateur ce qui lui donne une relation très forte au droit écrit. Ce courant d'idée influencera la formation de l'équité canonique quand on sait que la science canonique est née à Bologne sur le terreau du droit romain. L'*epikie* aristotélicienne sera donc progressivement détournée de son sens originel pour traduire des réalités plus ou moins différentes. Elle disparaîtra de la sphère juridique pour faire place à la conception romaine d'*aequitas*. Le christianisme sera au début influencé par cette conception. Il ne s'agira plus d'une justice distributive à la romaine mais d'une équité fondée uniquement sur la miséricorde non écrite et opposée à la rigueur du droit écrit ; l'équité étant entendue comme source de charité ou de miséricorde [HOSTIENSIS, *Summa aurea*, Vol. 1, *De Dispensationibus*, vers 1250.]. Hostiensis définira l'équité comme « *la justice tempérée par la douceur de la miséricorde* » (HOSTIENSIS, *Summa aurea*, Vol. 1, *De Dispensationibus*, vers 1250). Mais cette équité-miséricorde porte les marques du droit romain car les canonistes citeront la loi *Placuit* [ D., III, 1, 8. (Constitution Constantin et Licinius à Denis (294) : « *Placuit in omnibus rebus præcipuam esse justitia aequitatisque rationem quam stricti iuris* »] selon laquelle : « *Il convient que dans toutes les affaires, la raison de la justice et de l'équité l'emporte sur le droit strict* ».

Le concept d'équité, à l'origine *epikie*, fera l'objet d'âpres débats au sein de la doctrine canonique. L'Aquinate, à la suite du Staguirite, considère l'*epikie* comme une vertu qui consiste à satisfaire à toutes les situations qui peuvent se présenter dans la vie. Ainsi donc celui qui est habité par cette vertu ne statue pas sur le droit mais sur un cas précis ; car le droit ne coïncide pas toujours avec la vérité et il faut aboutir à une décision moralement juste. L'*epikie* aristotélicienne est donc, selon Saint Thomas D'Aquin, la concrétisation d'une nécessité morale, celle d'une justice rendue à l'image de Dieu. En définitive le modèle de justice auquel le droit doit toujours se référer est celui à l'image de la justice divine car Dieu prend toujours l'homme en compte dans son jugement [ D'où le sens du mot « canon » en droit

canonique. Le mot « kanon » en grecque renvoie à cet instrument de mesure, cette règle souple qu'utilisaient les maçons et qui prend la forme de l'objet qu'il mesure].

Par ailleurs, l'espagnol Francis SUAREZ, à l'instar de Saint Thomas d'AQUIN, étudiera la notion aristotélicienne d'*epikie* mais aboutira à des conclusions différentes de celle du docteur angélique. Il distingue en effet trois hypothèses dans lesquelles l'usage de l'*epikie* pourrait être justifié. La première renvoie au cas où l'obéissance à la loi serait inique, la deuxième au cas où l'obéissance aboutira à quelque chose de pénible et enfin troisièmement au cas où le législateur n'aurait pas voulu obliger dans tous les cas et dans toutes les circonstances. Il va sans dire au regard de ce parcours historico-originel que le concept d'équité porte les marques des différentes périodes qu'elle a traversées. D'où la difficulté de donner une définition univoque.

### 1.2. Approche définitionnelle de l'équité

Il existe deux définitions principales de l'équité. Selon la première qui est attribuée à Aristote, « l'équité est la justice dans le cas concret » (ZAKI : 1990, 35, p. 87). Selon la deuxième « l'équité est une exception au droit strict » (ZAKI : 1990, 35, p. 87). Aucune autre notion fondamentale n'a été entourée d'autant de mystères, d'incertitudes et d'embarras comme en témoigne l'idée reçue assimilant l'équité à une sentence discrétionnaire laissée à la libre appréciation du juge. Il s'agira principalement pour nous dans cette partie d'élucider dans un premier temps l'équité morale (a) et dans un second temps, l'équité judiciaire (b).

#### 1.2.1. L'équité morale

Le mot équité est susceptible de diverses acceptions. Quelquefois il ne désigne que la volonté constante d'être juste, et dans ce sens il n'exprime qu'une vertu (DOYON : 1995, vol. 26, n° 2, p. 230.). Dans d'autres occasions, le mot équité désigne une certaine aptitude ou disposition d'esprit qui distingue le juge éclairé de celui qui ne l'est pas, ou qui l'est moins. « Alors l'équité n'est, dans le magistrat, que le coup d'œil d'une raison exercée par l'observation, et dirigée par l'expérience : il s'agit là de l'équité morale. Elle est souvent assimilée à la notion de justice distributive » (DOYON : 1995, vol. 26, n° 2, p. 230.). La justice distributive désigne, selon Aristote, « la première espèce de la justice particulière qui s'exerce dans la distribution des honneurs ou des richesses ou des autres avantages qui peuvent être répartis entre les membres d'une communauté politique, à l'inverse de la justice commutative qui établit une égalité arithmétique, la justice distributive établit une égalité géométrique. Elle distribue alors selon les mérites, faisant cas des inégalités entre les personnes c'est-à-dire, aux personnes inégales, des parts inégales. La mesure du mérite est fonction des régimes politiques et donc des valeurs auxquelles ils sont attachés » (DOYON, 1995, vol. 26, n° 2, p. 327.). Selon lui, la justice distributive repose sur une égalité non absolue mais proportionnelle. La justice distributive a pour but selon sa vision, de réduire les inégalités injustes et d'augmenter les inégalités « justes ». Il s'agit pour lui d'opérer autant qu'il est possible, entre les hommes la meilleure répartition des richesses (TERRÉ : 1998, p. 201.). Par exemple, l'attribution des charges et des honneurs dans la cité devra se faire en fonction de la proportion des mérites et des apports personnels de chaque citoyen. En respectant la proportion géométrique qui règle la justice distributive, les postes étaient

attribués dans la cité d'après les qualités personnelles de chacun. Autrement dit, la justice distributive est la distribution de biens communs selon les mérites de chacun. Cette notion est très développée dans le livre V de « l'Éthique à Nicomaque » d'Aristote mais il en traite également dans « La Politique ».

Par ailleurs, la morale de Saint Thomas est très proche de celle d'Aristote, notamment la distinction entre justice distributive qui vise à répartir les biens selon les qualités de chacun et la justice commutative qui règle les échanges économiques de manière égalitaire. « *Il attribue la vertu à l'aristocratie, la richesse à l'oligarchie et la liberté à la démocratie, sans exhaustivité* » [Citation attribuée à Saint Thomas D'AQUIN reprise à ARISTOTE, *La Politique*, Traduction par Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, Ladrance, 1874, p. 293]. Les droits, obligations, charges et avantages, sont répartis en respectant les critères de mérites, les besoins et les actions.

Aussi, nous remarquons un rapprochement entre la notion de justice distributive et celle de justice sociale qui a pour but de réduire les inégalités matérielles. La justice sociale peut se définir de manière négative comme suit : « *est injuste ce qui n'est pas acceptable socialement* ». Par exemple, les inégalités de salaires entre métiers de qualifications différentes sont le plus souvent considérées comme juste, parce qu'elles sont socialement acceptées par la majorité. Il existe une différence entre justice sociale et égalité. La justice sociale est aussi une notion qui évolue dans le temps, ce qui est juste socialement peut devenir injuste si le contexte change. C'est essentiellement une projection vers une société plus juste, ce n'est plus réellement une fin en soi, il y a toujours des injustices.

### 1.2.2. L'équité judiciaire

L'équité judiciaire, qui a été abordée pour la première fois par les juristes romains (Bartole (environ 1270 à environ 1337), Balde (1327 à 1400), Cujas (1522-1590) peut être définie comme un retour à la loi naturelle, dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des lois positives (PORTALIS : 2004, p. 88.). C'est cette équité qui est le vrai supplément de la législation, et sans laquelle le ministère du juge, dans le plus grand nombre des cas deviendrait impossible (PORTALIS : 2004, p. 88.). Elle peut tout aussi bien être : « *la manière de résoudre les litiges en dehors des règles du droit selon des critères tels que la raison, l'utilité, l'amour de la paix, la morale* ». C'est : « *La justice supérieure au Droit positif, la justice idéale, le Droit naturel* » ou tout juste : « *Un sentiment de justice* » (CORNU : 2007, p. 986.).

Pour Aristote, « *l'équitable n'est pas ce que prescrit la loi, mais un correctif de ce qui est légalement juste* » (Aristote, 2019, p. 25.). Il ne concevait pas l'équité comme une justice extra-légale, allant à l'encontre de la loi, mais comme un correctif de cette dernière. Par « correctif » il faut entendre que l'équité « tempère, adoucit » l'application de la loi. Cette nécessité de l'équité s'explique par le fait que « la loi est toujours universelle », c'est-à-dire qu'elle s'applique de manière générale à l'égard de tous mais « *sur certains points, il n'est pas possible de s'exprimer correctement en termes généraux* » (ARISTOTE, *Sur la justice. Éthique à Nicomaque*, Livre V, Paris, GF Flammarion, p. 92.). Dès lors, « *chaque fois donc que la loi se prononce en termes généraux et que survient un cas qui, sur ce point, fait exception à la règle générale, il est alors normal, dans les limites du détail que laisse de côté le législateur de corriger le défaut* » (MAS : 2018, Vol. 1, n°2, p.). Et c'est

dans cette même ligne d'idées que s'inscrit Saint Thomas D'AQUIN à la suite d'Aristote lorsqu'il laisse entendre très opportunément que : « *l'équité ne s'écarte pas de ce qui est juste en soi mais uniquement de ce que la loi déclare telle* » (ST. Thomas, q. 120, art. 1.). Il revient donc au juge de corriger et « *c'est précisément le correctif que le législateur lui-même aurait apporté explicitement s'il avait été dans cette situation et qu'il aurait précisé, s'il l'avait su, dans un article de loi* » (SOMDA : 2018, p. 23.). Ainsi, « *loin de provenir d'un sentiment subjectif, l'équité aristotélicienne ne se laisse pas influencer par les sentiments ou les passions mais perçoit les faits du cas particulier avec plus d'acuité que la loi, qui érige des principes généraux* » (SOMDA : 2018, p. 24.). Cette équité est donc objective et ne relève pas de la volonté personnelle du juge. Le travail de ce dernier est donc de rechercher la « *mens legislatoris* », « *l'esprit du législateur* », d'interpréter la loi positive et non de créer du droit *ab nihilo* (GUILLON : 2018).

Aristote l'a explicitement écrit dans la Rhétorique : « *Être équitable c'est être indulgent aux faiblesses humaines ; c'est considérer non la loi, mais le législateur ; non pas la lettre de la loi ( Mc 2, 23-28), mais l'esprit de celui qui l'a faite ; non pas l'action, mais l'intention [...] C'est consentir qu'un différend soit tranché plutôt par la parole que par l'action, préférer s'en remettre à un arbitrage plutôt qu'à un jugement des tribunaux ; car l'arbitre voit l'équité ; le juge ne voit que la loi* » ( MANSUY : 2014, p. 315-329.). Aristote estime cependant que le juge ne doit pas s'écarter de la loi au profit de l'équité et doit rechercher le *telos*, c'est-à-dire le but recherché par le législateur. Mais pour éviter les risques de subjectivité dans les décisions judiciaires, le législateur a décidé d'exclure l'équité en droit de façon générale et en droit pénal de façon particulière.

B : L'exclusion de l'équité en droit pénal

En droit pénal, il existe le principe fondamental qui oblige le juge à fonder ses décisions sur la loi. Il s'agit de la légalité criminelle (1). Il a pour corollaire l'interprétation stricte voire restrictive de la loi pénale. C'est donc pour cela qu'interdiction est faite au juge de recourir à l'équité dans ses prises de décision (2).

### 1.3. Le principe de la légalité criminelle : *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

De façon générale, la loi est la principale source en droit, de façon particulière en droit pénal son importance est encore accrue dans la mesure où non seulement le juge est dans l'obligation de la mettre en avant dans ses décisions (a) mais également de l'interpréter restrictivement (b).

#### 1.3.1. La primauté de la loi pénale dans les décisions du juge pénal

La primauté de la loi est un principe fondamental du droit de façon générale et du droit pénal de façon particulière. Elle signifie que la loi est supérieure à toutes les autres sources de droit et que le juge doit se conformer à la loi lorsqu'il rend une décision (HAUSER : 2005, p. 139-153.). En matière pénale, le juge doit respecter les dispositions légales et réglementaires en vigueur. Notons cependant que la primauté de la loi dans les décisions du juge est le fruit d'un long cheminement. En effet, les différents abus des parlements de l'Ancien Régime français ont montré les dangers de l'équité. C'est d'ailleurs que nous tirons l'adage : « *Dieu nous garde de l'équité des parlements* » [ L'expression « Dieu nous garde de l'équité des parlements » est un adage de l'ancien régime juste après la révolution française de 1789. Elle signifie que les parlements ne sont

pas toujours justes et que la loi doit être le fondement de la justice. Le principe de légalité est initialement compris comme une garantie contre l'arbitraire du pouvoir judiciaire (étant entendu qu'à l'époque, les parlements étaient des organes juridictionnels). Cet adage résume les critiques qui ont été faites contre la jurisprudence des Parlements qui jadis, était fondé sur l'équité.

Cette primauté de la loi ne date pas seulement de la période révolutionnaire. L'histoire a également vu naître, au cours des siècles après Aristote, de nombreux autres philosophes, nourris aux sources antiques, discuter de l'ordre politique, donc de la loi. Hobbes sera l'un de ceux-ci. L'importance de sa pensée sera déterminante dans l'évolution du droit occidental contemporain. La philosophie de Hobbes, élaborée dans le *Léviathan* (HOBBS : p. 750.), constitue la base du positivisme juridique. Il fonde sa théorie sur le contrat social, laquelle sera reprise par Rousseau. Il développe ainsi l'idée moderne de l'État. Sa thèse s'établit sur le fait que tout homme, de par la nature, est entièrement libre, qu'il peut faire tout ce que bon lui semble, qu'il n'a d'autre loi que la sienne, d'où la nécessité pour les hommes de convenir d'un contrat pour se protéger mutuellement (HOBBS : p. 755.). Ce contrat instaure l'État qui se trouve ainsi à assurer l'ordre social. L'État, le Souverain chez Hobbes, légifère pour le bien des hommes. Il ne peut y avoir d'autre droit que celui de la loi. Le droit s'assimile à la loi du législateur ; c'est le positivisme juridique, un légitimisme pur et dur.

La théorie de Hobbes triomphe lors de la Révolution française, grâce notamment à Jean-Jacques Rousseau, qui développe l'idée du Contrat social, le souverain étant toutefois remplacé par le peuple souverain (Rousseau, 2012, p. 28.). La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, adoptée le 26 août 1789, marque l'apogée de cette thèse. L'importance de la loi sera également accentuée avec les diverses codifications entreprises en Europe, à la fin du XVIII<sup>e</sup> et au début du XIX<sup>ème</sup> siècle. La codification s'impose bientôt comme le modèle du droit et, comme le souligne Chaïm PERELMAN, le code donne un statut positif au droit naturel (1984, p. 28.) c'est-à-dire au droit juste, et se substitue à ce dernier. Dès lors, sous l'impulsion de l'école de l'exégèse, l'enseignement du droit se comprend comme étant celui du Code Napoléon. Tout le droit se trouve dans la loi. Étant donné cette place qu'occupe désormais le droit, le juge se doit de l'interpréter restrictivement afin de garantir le principe fondamental de la légalité des peines et des délits consacrés en droit pénal.

### 1.3.2. *L'interprétation stricte de la loi pénale comme fondement du respect du principe de la légalité criminelle*

Le principe de légalité, initié par les révolutionnaires Montesquieu et les Lumières, oblige les juges à fonder toutes leurs décisions de condamnation sur la loi pénale. C'est donc un interdit absolu pour le juge pénal de créer des infractions comme l'énonce l'adage latin « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* ». En effet, en droit pénal, le principe de légalité des délits et des peines dispose qu'on ne peut être condamné pénalement qu'en vertu d'un texte pénal précis et clair. Le juge pénal ne peut donc intervenir qu'a posteriori, il ne peut appliquer que le texte préalable. La légalité criminelle est un principe universel de droit.

L'inquiétude qui pourrait résulter de ce principe est un risque de déni de justice car s'il n'y a pas de texte pénal, le juge ne peut pas condamner. Le phénomène criminel est donc toujours en avance sur la loi. En effet, il existe toujours de nouvelles formes d'infractions

qui émergent avant la création de la loi. On a donc une période entre la nouvelle criminalité et la création de la loi. Par exemple, l'infraction appelée la filouterie est une infraction créée pour combler un vide juridique. « *C'est le fait, par une personne qui sait être dans l'impossibilité absolue de payer ou qui est déterminée à ne pas payer, de se faire servir des boissons ou aliments, ou d'obtenir certains services* » ( GUINCHARD, DEBARD (dir.), 2016-2017, p. 900.). D'autres exemples peuvent aussi être cités comme le développement de la criminalité dans les nouvelles technologies. Le juge ne peut également jamais créer de peine. Le juge ne peut prononcer que les peines encourues. Il peut adapter la peine à la personnalité du délinquant. Cette interdiction est l'héritage de la Révolution française et la volonté de lutter contre l'arbitraire du juge.

Par ailleurs, selon l'article 5 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen, « *tout ce qui n'est pas défendu ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ». Le principe de légalité vise ainsi à prémunir les justiciables contre toute application arbitraire du droit pénal par les autorités investies de pouvoirs en ce domaine, à commencer par le juge. Il est dès lors légitime d'attendre de ce dernier qu'il interprète strictement la loi pénale. « *Pour modulable qu'il soit, le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale doit nécessairement contenir l'action du juge dans certaines limites. Cela passe avant tout par l'exclusion du raisonnement par analogie en matière pénale* ». Il faut approuver la constance avec laquelle l'interprétation par analogie est rejetée en matière pénale – du moins lorsqu'elle ne s'effectue pas en faveur de l'individu en cause – car « *plus l'interprétation s'éloigne du texte, plus la prévisibilité de la norme diminue, et moins le respect de la légalité criminelle est assuré* » ( NAGOUAS-GUÉRIN, 2002, n° 293, p. 194.). À l'inverse, dans bien des situations le principe de légalité a besoin de l'interprétation judiciaire pour que les exigences de clarté et de prévisibilité soient satisfaites. Tel est le cas lorsqu'une infraction est définie en des termes vagues ou ambigus par le législateur. À maintes reprises, la Cour européenne des droits de l'homme a en effet eu l'occasion de rappeler qu'« *aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation* » ( TOUILLIER : 2014, chron. n°08, p. 30.). Il n'en demeure pas moins que le rôle dynamique ainsi reconnu à la jurisprudence s'accorde avec l'acception conventionnelle de la légalité et permet au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale de déployer sa pleine mesure, en incitant les juges à ne tomber « *ni dans la restriction, ni dans l'extension* » (MAYAUD, p. 133.). En cela, le principe de légalité puise sa vitalité dans le pouvoir interprétatif du juge.

#### 1.4. L'interdiction faite au juge de statuer en équité

L'équité a été définie comme relevant de la subjectivité du juge (a), alors que ce dernier doit se départir de ses convictions personnelles et faire preuve d'une certaine impartialité dans

ses jugements. Son usage par le juge constituerait donc une entrave à l'objectivité de ses décisions et un danger pour les justiciables (b).

#### 1.4.1. *L'équité dans la faculté du juge*

Le juge doit rendre une décision en se basant sur les lois et les règles en vigueur. Cependant, il peut également prendre en compte l'équité dans certaines situations. Le jugement d'équité est une illustration du rôle que peut remplir le juge, hors de l'application ordinaire du droit. Le juge statue en équité lorsqu'il décide au nom de l'équité d'écarter, dans un cas particulier, l'application normale de la loi, en considérant que celle-ci serait, dans la circonstance, trop rigoureuse. Cependant, en France comme au Burkina Faso, la justice doit être prononcée en application des règles de droit et non de l'équité.

Le juge étant l'acteur principal de la justice, il dispose de certaines prérogatives mais aussi de limitations dans l'exercice de sa fonction qui est de rendre la justice. Au titre des limitations et selon le légicentrisme qu'inspire le positivisme juridique, le subjectivisme qu'inspire souvent l'équité doit être bannie dans ses décisions. La notion d'équité, à forte connotation morale et philosophique, est déjà au centre des préoccupations d'Aristote qui souligne le lien inéluctable entre le droit, la loi et l'équité. Il explique que : « La nature de l'équité, c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe, à cause de la formule générale qu'elle doit prendre ».

Cependant l'équité est souvent source d'arbitraire du juge vis-à-vis des justiciables. En effet, comme indiquée dans sa définition, elle est le fruit de la morale du juge. Alors que la morale est issue des convictions personnelles et des réalités socio-culturelles du juge. Le jugement en équité pourrait donc être marquée par cette morale qui est souvent imprévisible et pouvant être préjudiciable pour les accusés. D'où la méfiance du législateur à l'égard de l'équité considérée comme « facteur d'insécurité se heurtant à l'exigence de prévisibilité inhérente à la matière juridique » (LETARTRE). Le juge ne peut donc qu'appliquer la règle de droit et ne peut l'écarter en invoquant l'équité, même si la règle est inéquitable à l'occasion de son application à un litige.

Tout porte donc à constater que si l'on laisse trop la latitude au juge pénal de faire usage de l'équité à son gré, des erreurs judiciaires risqueront de se reproduire.

#### 1.4.2. *Le caractère subjectif de l'équité*

« L'équité est un sentiment de justice naturelle et spontanée, fondée sur la reconnaissance des droits de chacun, sans qu'elle soit nécessairement inspirée par les lois en vigueur » ( Définition : Equité (toupie.org)). Ce sentiment se manifeste, par exemple, lorsqu'on doit apprécier un cas particulier ou concret sans se laisser guider par les seules règles du droit. C'est une forme de justice qui prend plutôt en considération l'esprit de la loi que la lettre, pour en tempérer les effets ou la faire évoluer si, comme dit Aristote, « elle se montre insuffisante en raison de son caractère général ». L'équité est donc un état d'esprit qui veut aller au-delà de ce qui est juste sur le plan légal et peut donc s'opposer à la loi lorsque celle-ci présente des lacunes ou s'avère inadaptée, voire injuste.

Ainsi, comme le montre la définition, l'équité est souvent subjective et relève en partie de la morale. Alors que depuis Hans KELSEN, la loi est devenue la principale source du droit et le juge est dans l'obligation de fonder sa décision sur elle. Faire intervenir la subjectivité du juge est, comme il a été dit précédemment, une entrave au principe de la légalité criminelle et son corollaire l'interprétation stricte de la loi pénale. Le principe est celui de l'application stricte de la loi pénale par le juge. En effet, le principe de l'impartialité voudrait que le juge ne laisse pas ses sentiments personnels submerger son intime conviction au moment de rendre ses décisions. Il a l'obligation de se fonder que sur la loi sinon le jugement en équité pourrait, dans certaines circonstances, constituer un danger pour les justiciables.

En résumé la conception moderne du droit tend à proscrire l'équité, surtout dans les pays de droit romain orientés vers la loi et le droit écrit, car elle engendrerait un trop grand pouvoir du juge. Elle a donc été tout particulièrement rejetée. Juger en équité reviendrait à juger selon l'idée que le juge se fait de la justice et non selon la loi émanant du souverain, c'est-à-dire le peuple en démocratie et le monarque dans une monarchie absolue. Les risques présumés d'arbitraire du juge ou d'application différenciée de la loi par ce dernier constituaient deux freins importants à la reconnaissance de l'équité. Toutefois, à la suite de la résurgence des conflits d'ordre judiciaire souvent due aux insuffisances du positivisme juridique, nous assisterons, dans les années 1950, à une redécouverte et un regain d'intérêt pour l'équité avec des auteurs comme Léo Strauss, John Rawls et Michel Villey.

## 2. Une entrée subreptice de l'équité en droit pénal

La redécouverte de l'équité vient renforcer les failles du positivisme juridique et ainsi corriger la loi quand elle présente des lacunes. En effet, « *si les hommes étaient parfaits, ils n'auraient pas besoin de « lois »*. *Si les « lois » étaient parfaites, elles ne s'opposeraient pas à l'équité* » (COTTA : 1970, p. 27.) « *Les lois corrigent les hommes. L'équité corrige les lois, les seconde, supplée à leur défaillance selon les mots de Papinien* » (JESTAZ, *Equité*, Encycl. Dalloz, t. 4, n° 2.). Ainsi en droit pénal, elle intervient non seulement dans le processus d'élaboration des décisions du juge au pénal (A) mais également dans l'application des peines (B).

### A- Une équité rampante dans le processus d'élaboration des décisions du juge

L'équité intervient de façon officieuse dans les décisions du juge, car comme il a été souligné, interdiction est faite à ce dernier d'y recourir pendant le jugement. Ceci conduit la doctrine à considérer que l'équité est assimilable à la partie secrète du jugement ou que, de manière fonctionnelle, elle ne peut être soit que correctrice d'un texte trop rigoureux, soit supplétive de celui-ci lorsqu'il est déficient (PAVIA : 2001, p. 115.). Ainsi on la retrouve non seulement dans la phase probatoire (1) mais également dans la formation de l'intime conviction du juge (2).

#### 2.1. L'équité dans la phase probatoire

Elle est rendue possible d'une part par les circonstances atténuantes (a) et d'autre part par la possibilité d'interprétation de la loi pénale accordée au juge (b).

### 2.1.1. *Les circonstances atténuantes*

Aux termes de l'article 217-4 du code pénal burkinabè, les circonstances atténuantes peuvent être définies comme des excuses judiciaires qui, accordées discrétionnairement par le juge, lui permettent d'abaisser la peine dans la mesure fixée par la loi. Elles sont donc laissées à l'appréciation souveraine des juges et sont « indéfinissables et illimitées ».

Il peut s'agir d'une part, de circonstances atténuantes à proprement dites comme l'insignifiance du préjudice ou l'immoralité de la victime. Et d'autre part, il peut aussi être question de circonstances personnelles à l'individu c'est-à-dire son passé, son état de santé, etc.

Le juge est entièrement libre de prendre en compte ces circonstances dites atténuantes. C'est ici qu'interviendra l'équité du juge. En effet, ce dernier disposant de la faculté d'accorder ou non ces circonstances atténuantes, sa décision finale pourrait être motivée par sa conviction personnelle corsetée par la procédure. Ainsi, malgré la volonté du positivisme juridique d'exclure tout subjectivisme du juge dans l'élaboration de ses décisions (DOYON : 1995, p. 334.), cela paraît impossible. La loi elle-même donne souvent implicitement une autorisation au juge de faire usage de ses convictions personnelles lors de ses prises de décisions.

Toutefois, les circonstances atténuantes présentent le grand avantage d'une individualisation judiciaire des répressions. Tous les délinquants peuvent en bénéficier qu'ils soient mineurs ou majeurs. Elles sont également le gage d'une certaine indulgence de la loi vis-à-vis des délinquants faisant alors penser à une équité pendant l'élaboration de la loi. Elles viennent parer à la rigueur de la loi en prenant en compte la personnalité des délinquants avant leur condamnation. Ces derniers bénéficient, pour la plupart du temps, d'une réduction considérable de leur peine ( Article 217-4 du code pénal burkinabè).

### 2.1.2. *L'interprétation de la loi pénale comme gage d'une équité dans les décisions du juge*

Le mot « interprétation » tire son étymologie du latin « *interpretor* » qui, lui-même, est constitué des mots « *inter* » qui désigne l'adverbe français « entre » ; et « *praesto* » qui désigne ce qui est proche ou « *pretare* », ce qui est présent. Il est défini de façon générale comme « l'action d'expliquer, de chercher à rendre compréhensible ce qui est compliqué ou ambigu » (Dictionnaire Littré, 1873 à 1877). Mais le lexique des termes juridiques définit l'interprétation comme l'acte de dégager le sens exact d'un texte qui serait peu clair, mais aussi d'en déterminer la portée, c'est-à-dire le champ d'application temporel, spatial et juridique, ainsi que l'éventuelle supériorité vis-à-vis d'autres normes ( Cf. GUINCHARD, DEBARD, p. 1074).

La loi pénale est d'interprétation stricte certes, mais le juge doit transcender sa nature de « bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur » ( MONTESQUIEU :1961, p. 171.) comme le disait Montesquieu. Mais cela ne veut pas non plus dire qu'il doit évincer la loi ; il a au contraire l'obligation de la protéger et

de l'appliquer. « Méprisez généralement les coutumes, les circulaires, les décrets et les jurisprudences, il vous appartient d'être plus sages que la cour de cassation si l'occasion s'en présente. La justice n'est pas une vérité arrêtée [...], c'est une création perpétuelle. Elle sera ce que vous en ferez. (...) Consultez le bon sens, l'équité ou l'amour du prochain plutôt que l'autorité et la tradition. La loi s'interprète, elle dira ce que vous voulez qu'elle dise » ( BAUDOT :1995, 1995.). Donner la possibilité au juge d'interpréter la loi c'est lui donner aussi en partie la possibilité de faire intervenir sa propre perception des choses dans le jugement. C'était donc pour éviter cela que les anciens juristes prônaient que le juge soit juste la « bouche de la loi ». Mais avec l'avènement des temps modernes et la redécouverte de l'équité, on donne cette possibilité au juge d'interpréter la loi lorsqu'elle est obscure avant son application.

Par ailleurs, après observation de plusieurs codes pénaux, remarque est faite que dans la plupart de ces codes une latitude est laissée au juge répressif d'analyser les faits qui lui ont été présentés, avant de les confronter à la loi pour en tirer une conclusion donnant lieu de décision. Par exemple, selon les dispositions du code pénal burkinabè, l'article 611-2 prescrit que « *Le vol est puni d'une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de cinq cent mille (500 000) à un million (1 000 000) de francs CFA.* ». Nous remarquons que le code pénal n'a pas dit que le vol est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500000 francs CFA. Le législateur a laissé une flexibilité au juge pénal, pour qu'il puisse en fonction du contexte, de la personnalité du délinquant et des circonstances de l'infraction, appliquer une peine juste. C'est dans ce contexte que nous parlons d'équité rampante dans les décisions du juge répressif, car cette équité intervient de façon officieuse. Cette intervention subreptice de l'équité se fera également remarquée dans la formation de la « certitude morale » et surtout de « l'intime conviction » du juge qui ne sont qu'une manifestation de la conscience du juge dans l'acte de juger.

## 2.2. L'équité dans la formation « l'intime conviction » du juge

Clara TOURNIER définissait l'intime conviction du juge comme « *le mode même de connaissance intuitive de la recherche de la vérité des faits* » (TOURNIER : 2003, p. 10.). C'est un mode d'accès à la vérité des faits basé en partie sur la certitude apportée par les preuves. Elle indique le rôle du juge dans la fixation des peines d'une part (b), et d'autre part explique la proportionnalité des peines encourues par les délinquants (a).

### 2.2.1. Le principe de la proportionnalité des peines encourues

L'article 49 § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que « *l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction* » (PICOD et DROOGHENBROECK : 2018, p. 1027 et suiv.). En droit burkinabè, le principe de proportionnalité se matérialise par la classification des infractions et des peines qui leur sont applicables. Cette classification permet de punir chaque infraction proportionnellement à son degré de gravité.

Il convient de noter que les critères du principe de proportionnalité sont centrés sur la *summa divisio* du droit pénal c'est-à-dire l'acte et la personne (PRADEL : 2019, p. 1138). En effet, le juge répressif n'applique pas machinalement la peine à une infraction. Il prend en compte

les circonstances de la commission de l'infraction ainsi que la personnalité du délinquant, de telle sorte que la peine qu'il va prononcer soit proportionnée par rapport à l'infraction. Presque tout le monde utilise le terme « proportionnalité », que l'on soit économiste, philosophe, politicien, moraliste ou juriste. Le « nombre d'or » n'a-t-il pas été associé à l'idée de « divine proportion », celle qui permet d'atteindre un idéal d'harmonie ? « *La proportion procède de l'idée de la mise en relation de plusieurs éléments ou ordres de données ou de grandeur plus ou moins antagonistes, en quête de cet idéal d'harmonie* » (SAUVE : 2018/1, N°5, p. 9). En droit aussi, ces rapports de proportionnalité existent et doivent être recherchés. Aristote parlait du « juste » dans le système de la vie publique qui se présente comme la mesure. Pour celui-ci, l'équilibre social est donc assuré par une certaine logique de proportionnalité, notion tenant à la fois de la philosophie et du droit ( ALLAND et RIALS (dir.) : 2003). En ce sens donc, une justice est proportionnée lorsque le juge tient compte de la peine la moins contraignante et de celle la plus contraignante, et statue selon le juste milieu de ces deux extrêmes. On admet que la proportionnalité d'une mesure de fond ou de procédure suppose qu'elle soit adaptée, indispensable et mesurée par rapport aux données de fait de l'espèce car comme l'affirmait FLEINER « *La police ne doit pas tirer sur les moineaux à coup de canon* » ( STIRN : 2015, p. 93). Cette expression imagée du principe de proportionnalité vient corroborer le fait que le juge répressif doit donc faire preuve de proportionnalité dans ces décisions ; laquelle proportion implique le plus souvent sa morale, sa conviction personnelle et donc l'équité.

### 2.2.2. *Le rôle du juge de jugement dans la fixation des peines*

Il convient de relever depuis quelques décennies la place importante qu'occupe désormais le juge dans l'individualisation des peines. Le prononcé d'une sanction ne présente plus aucun caractère d'automatisme. Il faut désormais prendre en compte l'acte commis, mais aussi les circonstances qui l'entourent ainsi que la personnalité de l'auteur. Ce pouvoir discrétionnaire n'est toutefois pas sans limite, et le législateur prévoit un certain nombre de règles qui vont venir soit améliorer, soit aggraver le sort du condamné et qui pourront ou devront être prises en compte par le juge. Cependant, notons que le juge demeure libre de la détermination de la peine et aussi de façon plus large du choix de la sanction. Il peut par exemple décider de prendre une mesure de sûreté ou encore une mesure éducative pour un délinquant mineur. Il peut également décider de dispenser purement et simplement le délinquant de toute peine. Pour corroborer cela, l'article 132-17 du code pénal français dispose qu'aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée. Le juge joue à l'évidence un rôle essentiel dans la fixation de la peine puisqu'il va d'une part, choisir le type de peine et d'autre part, décider de son *quantum*. « Il n'a pas à motiver sa décision car l'idée d'imposer au juge une motivation relative au choix ou à l'importance de la peine n'a jamais été prise au sérieux » (BOLZE : ?). En effet le juge a cette liberté de juger selon son intime conviction (TOURNIER : 2003, p. 143). L'intime conviction du juge est « une méthode de jugement permettant de prendre en compte l'acte à juger et la

personne dans leur réalité et dans leur subjectivité, en ouvrant aux juges l'accès à tout moyen de preuve : par la parole, par la science, par les éléments psychologiques » (FAYOL-NOIRETERRE, 2005 : p. 46.). En effet, la loi dit aux juges comment décider de la culpabilité ou de la non-culpabilité. Elle leur prescrit tout simplement de « s'interroger eux-mêmes, dans le silence du recueillement, et de chercher dans la sincérité de leur conscience quelles impressions ont fait sur leur raison les preuves et les moyens de défense. La loi pose cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : " Avez-vous une intime conviction ? " » [Cf. articles 353 et 427 du code de procédure pénale français.]. L'article 302 du code de procédure pénale français rappelle que « l'accusé est présumé innocent, et que le doute doit lui en profiter » (FAYOL-NOIRETERRE, 2005 : p. 46.). C'est dans cette optique qu'il faut comprendre Michel Foucault lorsqu'il affirme que : « L'acte et la personne ne sont pas séparables. Mais il y a plus : le juge et le juré sont dotés de leurs idéologies, de leurs pulsions, de leurs affects mis en jeu par l'acte de juger ». (Cité par FAYOL-NOIRETERRE, 2005 : p. 46.). De façon inévitable ces idéologies et pulsions vont laisser leurs empreintes sur leurs décisions et dans l'application de la peine.

### 2.2.3. *L'équité dans l'application des peines*

L'équité dans l'application des peines se manifeste soit par une certaine indulgence du juge de l'application des peines soit au contraire par une certaine sévérité de ce dernier. Elle suppose en effet la prise en compte de certains paramètres personnels du délinquant. Cela aboutit le plus souvent à un aménagement des peines (1) qui s'inscrit dans la dynamique de la politique carcérale de tout pays (2)

## 2.3. *De l'aménagement des peines*

Les aménagements de peine sont définis comme l'ensemble des mesures qui permettent de lutter contre la récidive que ce soit à l'aide d'une récompense, comme en matière de libération conditionnelle (a), ou d'une menace comme c'est le cas du sursis (b), puisque si le condamné commet une nouvelle infraction, il devra exécuter la peine pour laquelle il a été sursis à exécution.

### 2.3.1. *La libération conditionnelle*

La libération conditionnelle est une mesure permettant au Ministre de la Justice de libérer un condamné avant l'expiration de sa peine. Celui-ci est remis en liberté, alors qu'il n'a pas purgé intégralement sa peine. L'article 614-1 du code de procédure pénale burkinabè dispose à ce sujet que : « Les condamnés ayant à subir une ou plusieurs peines privatives de liberté peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle s'ils ont donné des preuves suffisantes de bonne conduite et présentent des gages sérieux de réinsertion sociale. La libération conditionnelle est réservée aux condamnés ayant accompli au moins la moitié de la peine ou les deux tiers de la peine pour les condamnés en état de récidive légale ». L'article 614-2 du même code poursuit que c'est

le ministre chargé de la justice qui dispose du pouvoir d'accorder la libération conditionnelle.

Contrairement au sursis qui suspend la totalité de la peine prononcée par le juge, la libération conditionnelle suppose que le condamné ait purgé au moins la moitié de la peine ou carrément les 2/3 de la peine lorsque le condamné est en état de récidive. Par ailleurs, le condamné doit avoir donné des preuves suffisantes de bonne conduite et présenté des gages sérieux de réadaptation sociale. En règle générale, la décision de libération conditionnelle résulte également de l'appréciation de la situation de l'intéressé. Elle est en effet prise en fonction de chaque cas particulier, et les conditions dont elle est assortie dépendent également de chaque détenu : la conduite en prison, le passé judiciaire, les circonstances de l'infraction qui ont motivé la détention, la sincérité du repentir, la probabilité de récidive, etc. constituent autant d'éléments dont il est tenu compte. D'où l'individualisation croissante des décisions de libération conditionnelle.

Les peines prononcées par le juge répressif ne sont donc pas rigides, elles peuvent être sujet d'assouplissement au cours de leur application cela dans un souci de prise en compte de l'évolution de la politique pénale. En effet, l'accent n'est plus mis sur la répression du délinquant mais sa réinsertion sociale. Ainsi, lorsque ce dernier présente des efforts de changement et d'amélioration de son comportement, il peut bénéficier de la clémence de la loi, du juge de l'application des peines ou du ministre de la justice. Dans le cas de la libération conditionnelle, l'appréciation des critères requis au détenu pour en bénéficier relève de la subjectivité de celui qui l'octroie. Même si la loi en a prévu certains, le §2 de l'art. 614-2 du code de procédure pénale burkinabè dispose que : « *Le dossier de proposition comporte les avis du juge de l'application des peines, du chef de l'établissement pénitentiaire dans lequel l'intéressé est détenu, du chef du service social de l'établissement pénitentiaire et du ministère public près la juridiction dans le ressort de laquelle est détenu l'intéressé* ». Ces différents avis requis se basent sur des observations et des appréciations personnelles de ceux qui les émettent. Il va sans dire que de l'aménagement des peines se dégage une équité rampante. Et c'est aussi dans cette dynamique d'adaptation et de quête de la réinsertion sociale du délinquant que s'inscrit le recours au sursis à exécution.

### 2.3.2. *Le sursis à exécution*

Le sursis consiste en une peine d'emprisonnement qui se trouve suspendue en tout ou partie pendant un délai fixé au moment de la condamnation. La peine d'emprisonnement reste suspendue si le condamné respecte les obligations mises à sa charge par le juge. Auparavant dénommé « sursis avec mise à l'épreuve » en droit français, le sursis probatoire est une prorogation de la peine qui fait que celui qui, ayant été reconnu coupable et condamné pour une première infraction bénéficie d'une suspension de peine, suspension qui d'ailleurs sera levée s'il venait à commettre une deuxième infraction dans un délai fixé par la loi. L'art. 211-1 du Code pénal burkinabè le définit simplement comme étant « *une dispense partielle ou totale d'exécution d'une peine d'emprisonnement ou d'amende* ». Le sursis poursuit plusieurs objectifs y compris celui de la personnalisation de la peine. Cette personnalisation de la peine est consacrée au chapitre 6 du code pénal burkinabè et précisément à l'article 216-1

du code pénal qui dispose que : « *Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Les circonstances personnelles d'où résultent une exonération de responsabilité, une exemption, une atténuation ou une aggravation de peine, n'ont d'effet qu'à l'égard de la personne qui en fait l'objet* ». Cet articles disposent que la juridiction décide les peines et établit leur régime en fonction des conditions de l'infraction, mais aussi de la personnalité de son auteur. Le juge répressif est, en effet, chargé de la mission délicate d'assurer l'équilibre entre l'efficacité de la répression et la garantie des droits individuels. « *Il possède donc un pouvoir incontestable de personnalisation de la sanction pénale* » ( GHICA LEMARCHAND : 2006.). Il en ressort donc que le juge répressif a cette possibilité de se fonder sur des critères qui paraissent relever de l'équité pour rendre sa décision. Le sursis à exécution est donc un corollaire de cette personnalisation des peines. Dès lors, on peut alors se demander de façon légitime ce que le législateur burkinabè recherche en prévoyant ces cas de personnalisation de la peine dans les textes législatifs. Dans sa politique carcérale, le législateur burkinabè vise essentiellement et notamment en cette période d'insécurité larvée, la réinsertion sociale des délinquant et la prévention de la récidive. Et c'est ce que prescrit l'art. 2 de la loi n°010-2017 portant régime pénitentiaire au Burkina Faso: « *La présente loi a pour objet de consacrer des principes et des règles en vue de mettre en place une politique pénitentiaire basée sur l'idée de défense sociale qui fait de l'application des peines un moyen de protection de la société par la rééducation et la réinsertion sociale des détenus* ». La réinsertion sociale étant perçue comme l'un des corollaires de l'aménagement des peines qui lui-même relève de l'individualisation des peines, il est donc normal de penser que la politique pénitentiaire burkinabè s'inscrit dans la prise en compte de l'équité dans l'application des peines.

## Conclusion

En somme, on peut relever que de prime abord, le légicentrisme du positivisme juridique, la rigidité inspirée par le principe de la légalité criminelle, semblent ne pas laisser de place, du moins explicitement, à l'intervention de l'équité en droit pénal. Aussi, le sentiment populaire y insiste également : « *l'équité n'est pas le droit ; le droit est l'œuvre du législateur* » ( BENBOURICHE et al. : 2015, p.1.). Toutefois, l'équité s'exprime dans le cadre de la loi pénale. Au regard de sa flexible, l'équité permet de réaliser une égalité concrète et donne la vraie mesure de la justice. Elle se trouve en conséquence implicitement tolérée dans la matière pénale en tant qu'outil d'harmonisation du droit, mais aussi et surtout de cohésion sociale. L'équité joue alors un rôle de complément à la loi pénale, en assurant le passage du général – la loi – vers le cas particulier. Parfois mobilisée inconsciemment par le juge pénal, elle permet d'éviter des décisions iniques. Il va donc sans dire que complétant ou concurrençant la loi, l'équité constitue toujours un moyen d'interroger les objectifs de la politique pénale au Burkina Faso dans la mesure où elle est souvent à l'origine d'évolutions législatives. Et pour reprendre Amélie ANDRE (2015) « Elle se place alors en élément perturbateur venant concurrencer l'échelle des valeurs fixées par le législateur ». En définitive, l'équité se révèle être beaucoup plus au cœur du droit pénal que ne le laisse entrevoir la carapace légicentrique dont il se drape. Face à cette redécouverte de l'équité

en droit et ses implications, il est légitime de s'interroger sur l'avenir du positivisme juridique.

### Références bibliographiques

- ALBALA Nuri, SIRE-MARIN Evelyne (2006 : p. 28-32), « Jusqu'où obéir à la loi ? », *Le Monde diplomatique*, avr.
- ARISTOTE (2010), *Éthique à Nicomaque*, Paris, Flammarion.
- AXELLE (François), NOLET (Anne-Marie) et MORSELLI (Carlo), « Sociabilité carcérale et réinsertion », *Déviance et Société*, vol. 42, n°2, 2018, p. 389-419.
- BARDONNET Daniel (1981 : p. 35-40), « Équité et frontières terrestres », *Mélanges REUTER*.
- BATIONO Emmanuel (2015), *La justice et l'équité à observer dans la division des personnes juridiques publiques, en particulier des diocèses et des paroisses (c. 122)*, Université Saint Paul d'Ottawa, Thèse.
- BERGEL Jean-Louis (2002), *Équité et droit : études de théorie juridique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas.
- BETENGNE Jean Paul (2005, p. 215-216), « Équité Canonique et Salus animarum », *Studia Canonica*, n°38.
- BOULOC Bernard (2013), *Droit pénal général*, 23e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis.
- BOYER Georges (1960 : p. 257-282), « La Notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence du Parlement », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, vol. II, Paris, Dalloz-Sirey.
- BRUNET Pierre (2017), *La philosophie du droit*, Paris, Dalloz.
- BRUNSCHWIG Jean ( 2019, p. 25-29) « THE ARISTOTELIAN THEORY OF EQUITY », M. FREDE AND G. STRIKER, *Rationality in Greek Thought*, éd. Clarendon Press, 1996, p. 115-155.
- CADIET Loïc ( 1979 : p. 17-43), « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, n°9.
- CARBASSE Jean-Marie (2014, p. 236-278), « Chapitre 3. Les pouvoirs du juge pénal », *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, avec la collaboration de Vielfaure Pascal*, Presses Universitaires de France.
- DE BOULOIS Xavier Dupré (2008), *Les avatars de l'équité : essai sur le pouvoir normatif du juge*, Bruxelles, Bruylant.
- DE NAUROIS (L.), « Le rôle du principe d'Équité dans les Droits canonique et Français », *Revue de Droit Canonique*.
- DESPORTES Frédéric, LE GUNHEC Francis (2009), *Droit pénal général*, 16e éd., Economica, coll. Corpus.
- DION (Nathalie), « Le juge et le désir du juste », *Recueil Dalloz*, 1999, chron.18, p. 195-199.
- DOMINO Xavier (2014 : p. 35-47), « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*,/3 (N° 44).
- DOYON Jean-Michel (1995 : p. 325-337), « Droit, Loi et Équité », *Revue Générale de Droit*.
- FAYOL-NOIRETERRE Jean-Marie (2005 : p. 46-47), « Rubrique - L'intime conviction, fondement de l'acte de juger », *Informations sociales*, vol. 127, no. 7.

- FAYOL-NOIRETERRE Jean-Marie (2005 : p. 46-47), « Rubrique – L'intime conviction, fondement de l'acte de juger », Informations sociales,
- FRANÇOIS Lucien (1975), L'équité dans les rapports de la société et de l'Etat, Bruxelles, Bruylant.
- GARAPON Antoine (2001), Peut-on réformer le droit ?, Paris, Odile Jacob.
- GAUDEMET Yves (2014), Le juge et la loi, Paris, Dalloz.
- HABICHT Max ( 1934 : p. 277-372), « Le pouvoir du juge international de statuer 'ex aequo et bono », R.C.A.D.I.,1934-III, t.49, p. 277-372.
- HAUSER (Jean), « Le juge et la loi », Pouvoirs, vol. 114, no. 3, 2005, pp. 139-153.
- JACOPIN Sylvain (2021 : p. 110-135), « Fiche 2. Le principe de l'interprétation stricte », Droit pénal général, Ellipses.
- LATTY Franck (2015), L'équité en droit fiscal, Bruxelles, Bruylant.
- LEFEBVRE Charles (1951 : p. 137-153), « Le rôle de l'équité en Droit Canonique », Ephémérides Iuris Canonici, Vol.7, 1951, p. 137-153.
- LEFEBVRE Charles (1972 : p.11-20), « Hostiensis, maître de l'équité canonique », Ephémérides Iuris Canonici, Vol.28.
- MAYAUD Yves (2010), Droit pénal général, 3e éd., PUF, coll. Droit fondamental.
- MICHON Cyrille (2011, p. 35-40), Epikie aristotélicienne comme correctif de la loi, Annuaire de l'institut Michel VILLEY, II.
- NAGOUAS-GUÉRIN Marie-Cécile (2002), Le doute en matière pénale, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses.
- NEWMAN Ralph (1964 : p.289-295), « La nature de l'équité en « droit civil » », Revue internationale de droit comparé, Vol.16, n°2.
- NOREAU Pierre (1998, p. 585-612), « La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution », Droit et société, n° 40.
- PAVIA Marie-Luce (2001 : p. 111-139), « Remarques méthodologiques autour du retour de l'équité dans le jugement », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 46, no. 1.
- PIN (Xavier), PRADEL Jean (2018 : p. 25-729), « Droit pénal comparé », coll. Précis, Dalloz, 4ème éd. 2016, Revue internationale de droit comparé, Vol. 70 N°3.
- PRADEL Jean (2008), Droit pénal comparé, 3e éd., Dalloz, coll. Précis.
- PRADEL Jean (2019 : p. 1129-1149), « Du principe de proportionnalité en droit pénal », Les Cahiers de droit.
- RAWLS John (1987), Théorie de la justice, Paris, Seuil.
- REUTER Paul (1980, p.165-186), « Quelques réflexions sur l'équité en droit international », R.B.D.I.
- SAUVE Jean\_Marc (2018 : p. 9-21), « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? », Les Cahiers Portalis.
- SEN Amartya (2010), L'idée de justice, Paris, Seuil.
- SOMDA Saatieme Laurent (2018), La conscience du juge : étude comparée de la certitude morale en droit canonique et de l'intime conviction du juge en droit pénal français, Thèse dactyle, Université Paris Saclay.

- STEFANI Gaston (1995), LEVASSEUR Georges, BOULOC Bernard (1995), Droit pénal général, Dalloz, Paris.
- STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges, BOULOC Bernard, (1996), Procédure pénale, Dalloz, Paris.
- STRUPP Karl (1930), « Le droit du juge international de statuer selon l'équité », R.C.A.D.I., -III, Vol.33.
- SUPIOT Alain (2010), L'esprit de Philadelphie : La justice sociale face au marché total, Paris, Seuil.
- SURREL Hélène (2008), L'équité, un mode d'interprétation juridique, Paris, L'Harmattan.
- THOMAS d'Aquin (1985), Thomas d'Aquin, Somme Théologique, Quatre volumes, Paris, Cerf.
- TOUILLIER Marc (2014 : p. 16-47), « L'interprétation stricte de la loi pénale et l'article 7 de la CESDH », RDLF, chron. n°08.
- TOURNIER Clara (2003), L'intime conviction du juge, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- TRICOIT Jean-Philippe (2019, p. 25-29), « Fiche 3. L'équité », Fiches de Culture juridique, Rappels de cours et exercices corrigés, Ellipses.
- TROPER Michel (2011), Le sens de la règle juridique, Paris, PUF, 2011, 152 p.
- TUNC André, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », L'Hypothèse du non-droit, Liège, 1978.
- TUSSEAU Guillaume (2010), L'équité : une théorie de la justice et du droit, Paris, PUF.
- VILLEY Michel (1957), Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, Dalloz.
- VILLEY Michel (2009), La formation de la pensée juridique moderne, Paris, PUF.
- VILLEY Michel (2009), Réflexions sur la philosophie et le droit, Paris, PUF.
- VIRALLY Michel (1987), « L'équité dans le droit. A propos de problèmes de délimitation maritime », Mélanges R. Ago.
- WEILLSON ( 1996, p. 121-144 ), « L'équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice : un mystère en voie de dissipation ? », Mélanges R. Jennings,.
- WOEHLING (Jean-Marie) : « L'équité et le contentieux administratif », page 217, WOEHLING Jean-Marie (1995, 217-221), Les transformations de la justice administrative, Economica, Publications de l'LD.L., Paris.
- ZENATI Kamel (1985), « Le juge et l'équité », Annales de la Faculté de Droit de Lyon, L'Hermès.