UNIVERSITÉ DU BURUNDI
GRENIER DU SAVOIR DU BURUNDI
Dépôt institutionnel officiel
https://repository.ub.edu.bi

Le vol commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions

Irambona, Ghyslaine; Sous la direction de : Abbé Marc Barengayabo

2001
UB, Faculté de Droit
https://repository.ub.edu.bi/handle/123456789/1745

Document téléchargé depuis le **Grenier du Savoir du Burundi** — https://repository.ub.edu.bi

UNIVERSITE DU BURUNDI
FACULTE DE DROIT

LE VOL COMMIS PAR UN FONCTIONNAIRE PUBLIC DANS L'EXERCICE DE SES FONCTIONS

Par

Ghyslaine IRAMBONA

Directeur: Abbé Marc BARENGAYABO
Docteur in Utroque Jure

Mémoire présenté et défendu publiquement en vue de l'obtention du grade de licencié en Droit

Bujumbura, Mars 2001

DEDICACE

A mes parents,

A mes frères et sœurs,

A mon cher époux André Ntahomereye,

A mes filles AKIMANA et NITEKA.

Je dédie ce mémoire.

Remerciements

Au terme de nos études à la faculté de Droit de l'Université du Burundi, il nous est un devoir agréable de remercier le corps professoral pour la formation tant juridique qu'humaine dont ils nous ont dotée.

Nos sentiments de gratitude vont plus particulièrement à l'endroit du Dr. Abbé Marc BARENGAYABO, Professeur à l'Université du Burundi. Sa disponibilité, ses remarques pertinentes ont été très déterminantes dans l'élaboration de ce travail.
Qu'il soit remercié pour sa patience à supporter nos difficultés.

Nous ne pouvons passer sous silence le précieux concours que nous a apporté le personnel du Ministère de la Justice au cours de nos enquêtes.

A tous et à toutes, nous réitérons nos vifs remerciements.

Abréviations utilisées

Al. : Alinéa

Art. : Article

B.O.B. : Bullettin officiel du Burundi

C civ LIII : Code Civil Livre III

CPLII : Code Pénal Livre II

D-L : Décret-Loi

Ed. : Edition

Ex. : Exemple

Idem : Même auteur, même ouvrage, page différente

L.G.D.J : Librairie générale de droit et de jurisprudence

N° : numéro

Op.Cit : Opere Citato, l'ouvrage déjà cité

P.(pp) : Page(s)

§ : Paragraphe

T : Tome

U.B. : Université du Burundi

V° : Verbo, au mot

Vol. : Volume

INTRODUCTION

Nul ne peut ignorer l'importance d'un fonctionnaire public. Il est recherché par tous de par les services qu'il rend. Ceux-là ont investi une confiance presque totale en lui de telle manière que les exactions qu'il peut commettre, peuvent créer des situations toutes aussi complexes. Le fonctionnaire public doit donc être d'une honnêteté exemplaire. Cependant, un tel comportement n'est pas toujours observé.

En effet, bien des fonctionnaires commettent des infractions de tous ordres alors qu'ils devraient être pour tous en général et pour les non-instruits en particulier des modèles à suivre. Parmi ces infractions, l'infraction de vol est la plus répandue de nos jours.

Toutefois, l'opinion publique est persuadée du nombre considérable de cette infraction malgré que le nombre des condamnations en la matière soit dérisoire. Et la raison en est que la plupart des auteurs de ces infractions sont des fonctionnaires occupant un rang social assez particulier, voir proche du pouvoir. Les poursuites de ces incriminations ne sont donc pas toujours faciles alors que le respect scrupuleux des intérêts de l'Etat devrait être de rigueur.

Ainsi, le choix de notre sujet, intitulé : « l'infraction de vol commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions » revêt un intérêt particulier.

Enfin, nous avons subdivisé cette étude en 3 chapitres :

- Le premier chapitre concernera l'historique et caractères du vol, commis par le fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions.
- Dans le deuxième chapitre, nous analyserons les éléments constitutifs de l'infraction de vol commis par le fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions
- Enfin, dans le troisième chapitre, nous verrons la répression de l'infraction du vol dans le droit actuel. Ici nous dégagerons les modalités de la répression ainsi que les difficultés éventuelles rencontrées dans l'application de la loi pénale.

Une conclusion générale clôturera notre travail.

CHAP I : HISTORIQUE ET CARACTERES DU « VOL COMMIS PAR LE FONCTIONNAIRE PUBLIC DANS L'EXERCICE DE SES FONCTIONS »

Le vol est un péché contre la morale naturelle dont la répression a été assurée par toutes les sociétés et dès les temps les plus reculés de l'histoire. Cette infraction se retrouve aussi au Burundi avant même l'introduction de la législation écrite. Cependant, elle a subi une évolution dans l'histoire, tant au niveau de sa forme qu'au niveau des pénalités applicables.

Ainsi, après avoir parlé des notions historiques et des caractères généraux de ce vol, nous exposerons à titre comparatif les délits voisins d'atteinte à la propriété ; nous y introduirons aussi le droit romain et le droit français.

SECTION 1 : HISTORIQUE DE L'INCRIMINATION

Avant l'introduction de la législation écrite, le Burundi était régi par le droit coutumier. Le vol constituait une véritable infraction. L'administration publique était structurée et les fonctionnaires occupaient dans cette administration un rang social assez important. Ainsi, la plupart de ces derniers profitaient de certaines fonctions qu'ils exerçaient à la cour pour soustraire tel ou tel bien parmi ceux du domaine royal.

§1. Le droit coutumier burundais

Le fonctionnaire volait principalement le gros bétail, source de richesse. Par l'historien G. GOFFIN, le bétail est un signe distinctif de la propriété privée et symbole de la richesse([1]). La possession d'un grand troupeau était convoitée par tous les barundi.

Le vol portait aussi sur le miel, sur les bracelets et le beurre. Il faut cependant souligner que le beurre avait une importance capitale proche de la vache.

En bref, les fonctionnaires volaient principalement ces éléments dans le Burundi traditionnel. Les fonctionnaires de l'époque considéraient leur forfait non comme une infraction, c'est-à-dire une soustraction frauduleuse, mais comme une marque de bravoure, un exploit à la gloire de son auteur. Certains venaient même à dire qu'on ne pouvait pas être qualifié de voleur tant qu'on n'est pas pris en flagrant délit (igisuma n'igifashwe : nemo malus mini probatus).

Ainsi, pour maintenir l'ordre, pour préserver des richesses aussi considérables pour la société burundaise, la répression de cette infraction devait se révéler rigoureuse. Cependant, il n'y avait pas de peine fixe pour chaque cas. Selon que le fonctionnaire était puissant ou pauvre, les juges étaient sévères ou indulgents. La plus ou moins haute position du coupable, sa qualité de client d'un grand personnage, constituaient des circonstances atténuantes de la peine. En effet, selon que vous étiez grand ou misérable, les jugements de la cour vous rendaient blanc ou noir.

§2. LE DROIT ROMAIN

Le droit romain définissait le vol contrectatio fraudulosa rei alienae (appropriation frauduleuse du bien d'autrui). La contrectatio y avait un sens très étendu. Elle s'analysait dans un acte de maîtrise accompli sur la chose d'autrui. Cette notion de la contrectatio était le résultat de controverse entre l'école conservatrice et l'école progressiste.

Pour la première, le mot « contrectatio » supposait qu'il y a déplacement de la chose volée ; pour la seconde, il suffisait de s'emparer seulement du bien d'autrui([2]).

Le droit romain distinguait donc le furtum rei qui n'est autre que la soustraction de la chose d'autrui. Il comprenait aussi le « furtum usus » qui est réalisé lorsque celui qui possède légitimement la chose d'autrui en use sachant agir contre le gré du propriétaire.

Enfin, il définissait le « furtum possessionis » qui consiste dans le fait du propriétaire d'enlever lui-même la chose au possesseur.

Cependant, si le droit romain était extensif au point de vue de la matérialité du délit, il était limitatif au point de vue de l'intention de l'agent. D'une part, il admettait que le vol consiste dans l'appropriation de l'usage ou de la possession d'une chose aussi bien que dans la soustraction de la chose elle-même

(1) G. GOFFIN, le rôle joué par le gros bétail dans l'économie de l'Urundi, Elisabethville, Avril 1951, p 49.
(2) RYMOND (ch.), Introduction à l'étude du vol en droit français et belge, Etablissements Emile Bruyant, me de la régence, 67, p 15.

(furtum rei). D'autre part, il exigeait au titre d'élément essentiel du délit que l'agent ait eu le lucre comme mobile.

Le furtum romain est donc l'accaparement frauduleux dans un but de lucre de la chose d'autrui : contrectactio fraudulosa rei alienae, lucri faciendi gratia. En effet, pour qualifier un fonctionnaire romain de voleur, ce dernier devrait avoir pris la chose afin d'en tirer un profit pécunier. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu une prise de possession, il suffit de détourner (contrectare) la chose d'autrui à son profit([3]).

Cependant, en droit romain, le vol était primitivement un délit privé. La victime exerçait sa vengeance sur la personne du voleur qui, soit lui était attribué comme esclave, soit était mise à mort par elle. Tout en restant un délit privé, il a vu sa répression réglementée avec le temps. Ainsi, on distinguait le vol flagrant (fur manifestus) dont la sanction variait avec la qualité du délinquant. Si c'était un fonctionnaire, il était fouetté et attribué à la victime, si c'était un esclave, il était fouetté et précipité du haut d'une roche.

Lorsque le vol était un vol simple (fur nec manifestus), la victime du vol pouvait obtenir une composition pécuniaire. Seuls les vols qualifiés étaient punis de mort([4]).

(3) RAYMOND (ch.) op. cit, p 47.
(4) Jurisclasseur de procédure pénal, Paris VIe, Ed. techniques SA, 18, Rue Séguier, 1946, p 30.

Ce droit romain reconnaissait aussi le vol d'usage, inexistant dans le droit français. Il connaissait aussi le vol de possession qui n'a été admis que par les décisions de la jurisprudence française les plus récentes.

En effet, tous les faits qui, aujourd'hui constitueraient des escroqueries ou des abus de confiance, tombaient à époque de Justinien sous le coup des poursuites pour vol.

L'élément moral de l'infraction exigeait que le maniement de la chose volée eût été fait de mauvaise foi c'est-à-dire contre la volonté du propriétaire et en vue de s'enrichir([5]) .

§3. LE DROIT FRANÇAIS.

Dans le droit français, cette notion de vol fut empruntée au droit romain et était très large : « c'est une soustraction ou abus frauduleux que l'on fait de la chose d'autrui, en se l'appropriant contre son gré, ou même en le privant de l'usage et la possession qui en appartient pour en faire son profit particulier, contre la prohibition du droit des gens([6]) ».

Ce vol en droit français ne s'entend aussi que des choses mobilières à l'exclusion des immeubles. En dehors de cela, ce vol peut porter sur les objets les plus variés. Il n'y a de difficulté qu'en ce qui concerne les services ou l'usage d'une chose.

---

(5) Raymond (ch.), op.cit, p 67.
(6) Raymond (ch.), op.cit, p 127.

1°. Exclusion des immeubles

Alors que le vol des immeubles était possible en droit romain, la jurisprudence française a décidé qu'il fallait interpréter le mot « soustraction de la chose » comme devant s'entendre soustraction de la chose mobilière. Les règles du droit civil qui organisent la possession des immeubles ont, en effet paru suffisantes au législateur pour protéger la propriété des immeubles.

Cette exclusion des immeubles ne concerne évidemment que les immeubles par nature. Il est certain que les immeubles par destination, qui sont physiquement des meubles, peuvent faire l'objet d'un vol. Ainsi, les règles du droit civil n'ont pas alors à être transposées en droit pénal et sur ce point s'affirme l'autonomie du droit pénal.

Dès qu'un objet qui était immeuble se trouve détaché du fonds auquel il adhérait, il devient meuble et il peut dès lors faire l'objet d'un vol.

2°. Variétés des choses immobilières

Plusieurs choses pouvaient faire l'objet d'un vol : grandes ou petites, ayant une valeur marchande ou n'en ayant pas, durables ou périssables, solides, liquides ou gazeuses.

Il est nécessaire cependant qu'il s'agisse des choses corporelles mais, celles-ci sont souvent représentées par des titres corporels, dès lors susceptibles de vol.

3°. Usages et services

Le droit français ne connaît pas le vol d'usage que connaissait le droit romain (furtum usus) contrairement au droit romain et à des nombreuses législations actuelles. Le droit français ne reconnaît pas le vol d'usage et le vol de service est carrément inexistant. Certains auteurs vont jusqu'à admettre que la soustraction commise dans l'idée de restituer l'objet après s'en être servi n'est pas un vol.

A mon avis, le vol d'usage doit demeurer impuni dans le cas où l'inculpé a pu penser qu'il y avait une sorte de consentement tacite de la part du propriétaire.

Au contraire, il pourrait y avoir vol lorsque l'inculpé a eu l'intention de dépouiller le propriétaire. L'impunité sera donc fondée non sur l'objet du vol mais sur l'intention.

SECTION 2 : CARACTERES GENERAUX DU VOL COMMIS PAR LE FONCTIONNAIRE PUBLIC DANS L'EXERCICE DE SES FONCTIONS

Parmi les caractères généraux de ce vol, retenons les principaux, à savoir que ce vol est un délit public, un délit instantané, il se distingue d'autres délits d'appropriation coupable du bien d'autrui, c'est un délit qualifié.

§1. DELIT PUBLIC

Le vol commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions est un délit public qui peut être poursuivi indépendamment de toute plainte de la victime. L'action de cette dernière ne peut avoir d'effet que sur l'action civile mais ne peut empêcher les poursuites. En effet, s'il s'avère que le fonctionnaire a volé dans l'accomplissement de son service, c'est avant tout une faute qui entache son honneur, qui bloque le bon accomplissement du service. Il faut donc une intervention rapide de l'autorité.

§2. DELIT INSTANTANE

Pour qu'il y ait vol, il ne suffit pas que la chose ait été déplacée ou maniée par le fonctionnaire dans un dessein frauduleux. Il ne faut pas non plus que le fonctionnaire ait emporté la chose, qu'il se soit éloigné de l'endroit où il l'avait prise. Il y a donc consommation du vol dès que le fonctionnaire s'est emparé de la chose dans l'intention de se l'approprier. C'est cela qui donne à ce vol son caractère d'instantanéité.

Cependant, bien que ce délit puisse s'accomplir en un espace de temps plus au moins long et que le nombre de choses volées en même temps puisse être considérable, les tribunaux l'ont toujours considéré comme étant instantané.

Cependant, il y a un phénomène qui peut faire douter un moment du caractère instantané de ce vol. Ce phénomène est l'existence de certaines formes d'appréhension frauduleuse constaté dans certains secteurs publics, comme les vols d'électricité, d'énergie,...

Dans des cas pareils, on serait amené à admettre que l'infraction se prolongeait aussi longtemps que duraient les prélèvements. Cependant, une certaine analyse des faits nous montre parfaitement que les prélèvements d'électricité constituent simplement une série de vols successifs puisqu'à chaque instant, il y a soustraction d'une quantité supplémentaire de matière. (La prescription court donc par chaque infraction instantanée).

En raison de l'instantanéité de ce délit, celui-ci se trouve dès lors consommé après la soustraction de la chose. Il ne reste plus place après celle-ci pour autre chose qu'un repentir actif. La restitution de la chose volée même dans un temps très rapproché de la soustraction ne peut pas être considérée comme un désistement. On pourra peut-être en tenir compte pour accorder des circonstances atténuantes, ou même en raison du principe de l'opportunité des poursuites, décider de ne pas poursuivre lorsque la victime n'aura pas porté plainte.

Le repentir est donc tardif et ne fait pas disparaître le délit. Le caractère instantané de ce vol a aussi une importance en matière d'intention. L'intention frauduleuse, élément indispensable du délit doit être concomitante à la soustraction([7]), une intention postérieure ne suffirait pas à caractériser l'infraction.

Cela va alors de soi que la prescription commence à courir au jour même où l'objet a été appréhendé.

Cependant, cette règle de l'instantanéité de ce délit ne doit pas être exagérée. L'appréhension si rapide qu'elle puisse être prend un certain temps.

---

(7) GARRAUD, Traité théorique et pratique du droit pénal français, TVI, 3ème éd, Paris, Librairie de Recueil Sirey, Rue Soufflot 1922, p 42.

En outre, il ne suffit pas que le fonctionnaire ait la chose en sa possession pour qu'elle soit déjà appréhendée. Il faut qu'il la maîtrise d'abord, la déplace, l'emporte !

C'est ainsi que pour GARCON, le coupable est en action de vol jusqu'au moment où l'enlèvement de la chose soustraite est vraiment achevé([8]).

§3. DIFFERENCE AVEC LES DELITS VOISINS D'ATTEINTE A LA PROPRIETE

La notion de vol commis par les fonctionnaires publics n'englobe pas toutes les atteintes à la propriété ou à la possession des choses de l'Etat. En effet, la notion de soustraction, nécessaire par qu'on soit en présence d'un vol, encore que la jurisprudence actuelle l'entende de plus en plus largement, écarte de la qualification de ce vol de nombreux faits.

Ainsi, ce vol se distingue d'autres délits d'appropriation coupable du bien d'autrui par le rôle que joue la remise de la chose.

En cas de vol, le fonctionnaire soustrait la chose, il l'appréhende. Par contre, en cas d'extorsion, de détournement et d'abus de confiance, d'escroquerie ou de tromperie, la chose est remise, confiée, livrée ou fourni au fonctionnaire([9]) .

(8) GARCON (E.), Code pénal annoté, Librairie Sirey 22, rue Soufflot, Paris, 1956, p 80.
(9) GARCON (E.), op.cit, p 95.

D'une façon générale, c'est la soustraction caractérisée et clandestine de la chose de l'Etat ou des particuliers qui caractérise ce délit et le distingue des autres délits d'atteinte à la propriété qui feront l'objet de notre étude dans la 3ème section du chapitre.

§4. DELIT QUALIFIE

Ce délit devient un crime dans la mesure où il a été accompli par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions. Il est accompagné de circonstances qui en augmentent la gravité([10]).

L'art 186 du code pénal est conforme à cette réalité :

« la servitude pénale peut-être portée à dix ans si le vol a été commis avec l'une des circonstances ci-après spécifiées… ».

Les vols qualifiés sont donc toujours des vols commis dans certaines circonstances soigneusement énumérées par le code pénal, et à défaut desquelles l'infraction ne devient qu'un vol simple. Ce vol simple est alors puni d'une servitude pénale de cinq ans au maximum et d'une amende de mille à dix mille francs ou d'une de ces peines seulement.

C'est ce qui ressort de l'art 185 du code pénal :

« En l'absence de l'une ou de l'autre des circonstances aggravantes spécifiées à l'art 186 ci-après, le vol est puni d'une servitude pénale de 5 ans au maximum… ».

Le cas que nous étudions, rentre alors dans la catégorie des vols qualifiés avec une circonstance qui tient à la qualité de l'auteur. Ce cas n'étant cependant autre que « Le vol commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions ».

Que faut-il alors entendre par l'exercice de la fonction ?

On serait tenté de croire qu'on ne peut commettre une infraction dans l'exercice de sa fonction. Il n'en est rien puisque la fonction peut justement offrir les possibilités de commettre une infraction.

L'exemple typique est celui d'un policier qui vole des cartons dans une voiture stationnée.

Il faut donc que l'infraction soit en rapport direct avec l'exercice de la fonction.. Mais quand un agent se trouve-t-il dans l'exercice de ses fonctions ? La réponse à cette question a été donnée par MERLE : il faut se référer aux textes légaux et réglementaire qui organisent sa mission est ses pouvoirs. Ce sont eux qui donnent la mesure des fonctions dont le titulaire abuse([11]).

Ce vol commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de sa fonction et donc un acte qui entre dans le cadre de sa fonction et devient dès lors un acte de fonction.

---

(10) GOYET (E.), Droit pénal spécial, 8ème éd, Sirey, rue Soufflot, 22, Paris, 1972, p 54.
(11) MERLE (R.) et VITU, Traité de droit criminel, Tome II, Paris, 1973, p 20.

L'acte de fonction étant un acte qui entre dans le cadre de l'activité du fonctionnaire sans toutefois que celui-ci doit avoir nécessairement un pouvoir de décision et sans exclure qu'un tel pouvoir puisse être collectif([12]).

SECTION3. COMPARAISON DE L'INFRACTION AVEC LES AUTRES VOISINES

§1. COMPARAISON AVEC L'ABUS DE CONFIANCE

Ce vol se distingue de l'abus de confiance par la manière dont le fonctionnaire est entrée en possession de la chose.

Dans l'accomplissement de son service, le fonctionnaire voleur s'empare d'une chose appartenant à l'Etat ou à une tierce personne contre le gré ou à l'insu de celui-ci ou à celle-ci ou pour mieux dire, fait la chose sienne alors que la future victime n'a jamais entendu lui céder la possession à quelque titre que ce soit.

Par contre, cette distinction claire en apparence peut se compliquer. En effet, la remise d'une chose à un fonctionnaire n'implique pas du tout la transmission d'une quelconque possession dans la mesure où la chose est remise afin d'accomplir un service et non pour son compte. Cela est d'autant plus courant que le fonctionnaire public détient des choses de l'Etat dans l'exercice de sa fonction ou peut même manier des choses appartenant aux tierces personnes. Il ne peut donc en aucun cas se prétendre être propriétaire.

---

(12) SCHUIND (G.), Traité pratique de droit criminel, 4ème éd, Bruxelles Ets Emile BRUYLANTS, 67, 1936, p 80.

Ex : Cas d'un informaticien de l'Etat qui a pris un ordinateur affecté à son service pour aller le déposer chez lui afin de l'utiliser pour des fins personnels.

La différence fondamentale entre cette infraction et le délit d'abus de confiance résiderait finalement dans le fait qu'en cas de vol, la détention obtenue par le fonctionnaire, par une appréhension matérielle ou autrement est transformée en possession animo domini([13]) .

Ainsi, il a été jugé coupable de vol et non d'abus de confiance, un secrétaire administratif de la faculté des sciences économiques et administratives du Burundi, qui a profité de cette qualité pour soustraire un certain nombre de vélos affecté à la faculté et dont le coupable avait la garde. Il avait toutes les clés du magasin([14]).

§2. COMPARAISON AVEC L'ESCROQUERIE

Comme le vol, l'escroquerie est l'un des moyens illicites de s'emparer du bien d'autrui réprimés par la loi pénale. Cependant, les deux infractions diffèrent.

Aux termes de l'article 184 du livre II de notre code pénal, « quincoque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol ».

(13) ROBERT KINT, op.cit, p 57.
(14) NAHIMANA (E.), l'infraction d'abus de confiance en droit Burundais Mémoire, U.B, Fac de droit, 1986, p 65 .

Alors que le fonctionnaire voleur soustrait lui-même la chose, le fonctionnaire escroc réussit à se la faire remettre des mains même de la personne qu'il veut déposséder.

Il ressort des éléments signalés ci-dessus que l'escroquerie diffère du vol en ce que dans celui-ci, l'appréhension du bien d'autrui toujours faite contre le gré du propriétaire et le plus souvent à son insu, constitue par elle-même l'infraction, tandis que dans l'escroquerie, l'appréhension ou si l'on veut l'entrée en possession a lieu par suite d'une remise volontairement consentie.
Mais, elle est amenée par des moyens frauduleux qui caractérisent le délit et rendent l'appréhension punissable([15]).

§3. COMPARAISON AVEC LE DETOURNEMENT

Le vol se définit comme étant la soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui([16]).

Pour qu'il y ait vol à notre sens, il faut et il suffit que le fonctionnaire s'empare de la chose comme propriétaire alors qu'il sait qu'elle est à l'Etat ou à une tierce personne et qu'il n'y a pas eu consentement de l'autre partie. Et même dans le cas où le fonctionnaire n'aurait pas eu l'intention de se procurer à soi-même ou à autrui un bénéfice illicite.

(15) Pendectes belges, Tome 37, Bruxelles, F. Larcin 1891, V°, escroquerie n°6.
(16) DL N°1/6 du 4 Avril 1981 BOB N°6/81 art 184 CPL II.

Par contre, pour qu'il y ait détournement, le fonctionnaire ne doit pas se comporter comme propriétaire des fonds de l'Etat. Il suffit seulement de changer leur destination normale. Le fonctionnaire tombe sous le coup de l'art 295 CPL III même s'il a voulu produire quelques avantages à quelqu'un. L'élément caractéristique du vol commis par le fonctionnaire public, est constitué lorsque la chose passe des mains du légitime propriétaire à celles du fonctionnaire public à l'insu et contre le gré du premier.

Cependant, on ne peut pas parler de soustraction en matière de détournement car le fonctionnaire dispose déjà des fonds publics dans ses mains.

Les mots « détournements et soustraction » ne peuvent donc pas aller ensemble. La soustraction s'entend de toute appropriation frauduleuse de la chose d'autrui tandis que le détournement suppose que les choses susceptibles d'être détournées se trouvent entre les mains de l'auteur

SECTION 4 : LES FACTEURS INCITANT UN FONCTIONNAIRE PUBLIC A VOLER.

A notre avis, les principaux facteurs qui peuvent inciter un fonctionnaire public à poser les actes incriminés par l'art 186 al 8 CPL II sont de 3 ordres : les facteurs économiques, les facteurs sociologiques et psychologiques.

§1. LES FACTEURS ECONOMIQUES

Compte tenu du coût de la vie actuelle il est incontestable que les traitements de la Fonction Publique sont très bas au regard des salaires du secteur

privé, la situation matérielle des fonctionnaires publics intervient donc certainement. Le fonctionnaire qui ne parvient pas à joindre sans problème les deux bouts du mois en raison de la modicité de son salaire sera d'autant plus porté au vol que ses revenus sont bas. Cependant, ce facteur n'est pas absolu car, ici chez nous, on enregistre beaucoup de cas de vols même dans la catégorie de classes de fonctionnaires relativement aisées.

§2. LES FACTEURS SOCIOLOGIQUES

Ces facteurs tiennent au conflit existant entre le contexte social burundais et la société moderne de consommation. Le fonctionnaire public doit respecter certaines contraintes sociales traditionnelles telle que l'assistance à la famille élargie par exemple. A côté de cette société traditionnelle, le fonctionnaire public est placé devant les tentations de la société de consommation héritée de la colonisation. Il veut avoir une belle voiture, une villa,....

En répondant à ces tentations, avec le désir de vouloir satisfaire aux besoins de sa famille, le fonctionnaire se met à puiser de l'argent dans la caisse publique comme s'il le faisait dans sa propre poche.

§3. LES FACTEURS PSYCHOLOGIQUES

Ils consistent essentiellement dans l'affirmation de la personnalité liée à l'ambition, à la vanité. Certains fonctionnaires veulent montrer qu'ils ont de l'argent. C'est le problème de l'identité. Ils volent donc généralement parce qu'ils veulent posséder davantage et non parce qu'ils ne possèdent pas.

Quoi qu'il en soit finalement, le vol est une infraction très courant dans la vie actuelle. C'est une atteinte à la propriété. Son auteur ne respecte pas la mission légale qui lui est confiée par la collectivité. En commettant cette incrimination, le fonctionnaire public met en péril la défense de l'ordre public et le bon fonctionnement de la chose publique. Il est souvent poussé par un esprit de lucre, de vanité, etc...

SECTION 5. DE LA NATURE DE L'INFRACTION DE VOL COMMIS PAR LE FONCTIONNAIRE PUBLIC.

Cette infraction peut-être confondu avec d'autres dont nous avons dégagé les éléments de ressemblance et de différence. Dans cette section, 2 hypothèses pourront nous éclairer sur cette nature. Dans la première hypothèse, on peut voir dans le vol commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions une infraction qui porte atteinte à l'obligation de fidélité dont tout fonctionnaire est tenu envers la collectivité. Il viole dès lors la confiance que les particuliers devraient naturellement mettre en chacun des représentants du pouvoir en raison des fonctions qu'il détient.

Sur le plan de la technique législative, cette incrimination de vol est placée dans le code pénal au même titre que les autres infractions qui portent atteinte à la propriété.

Dans la deuxième hypothèse, on peut envisager les atteintes dont se rendent coupables les fonctionnaires publics comme constituant essentiellement des infractions contre les intérêts de l'Etat et des tiers.

Par ces rapides indications, nous voyons la complexité du problème à étudier. Nous essayerons d'y apporter des éclaircissements lorsqu'il faudra déterminer les différents éléments constitutifs de l'infraction.

CHAP II. ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION DE VOL COMMIS PAR LE FONCTIONNAIRE PUBLIC

SECTION 1. LA QUALITE DE L'AUTEUR

§1. NOTION DE FONCTIONNAIRE PUBLIC

Le législateur burundais ainsi que ses homologues belges et français ne donnent pas de définition légale du terme « fonctionnaire public ». La loi a donc employé des expressions générales pour être sûr d'atteindre les coupables jusqu'au plus infime échelon de la hiérarchie.

Les fonctionnaires publics sont ceux qui exercent sous l'impulsion de la surveillance de leurs supérieurs, des attributions de l'ordre administratif ou judiciaire([17]). Tel est l'opinion admise par la doctrine et la jurisprudence et consacrée par le législateur burundais. Cette dernière ajoute aux fonctionnaires toutes les personnes chargées d'un service public ; les arbitres et les experts. Par là, on vise en quelque sorte tous ceux qui participent à la gestion des affaires publiques et qui sont revêtus d'une portion de la puissance publique.

En ce qui nous concerne, nous parlerons successivement du sens donné au terme « fonctionnaire public » en doctrine, puis en droit administratif burundais, en jurisprudence et enfin en droit pénal burundais compte tenu du principe de l'autonomie du droit pénal.

1. Définition en doctrine

Faustin HELIE nous donne la définition suivante : « les fonctionnaires publiques sont les agents qui exercent au nom de l'Etat une portion de l'autorité publique tels sont les juges, les officiers du ministère public et de la police judiciaire, les préfets, les commissaires de police([18]) ».

Cette énumération est sans doute exemplative. Du reste, on ne peut cependant se fier à cette définition du fait qu'elle distingue entre officiers publics et ministériels. Ces derniers selon HELIE, ne rentrent pas dans la définition des fonctionnaires publics, ils n'exercent aucune portion de la puissance publique. Or, le droit pénal burundais, plus large dans l'interprétation assimile les greffiers, notaires, huissiers,... aux fonctionnaires publics.

La définition que nous donne MINEUR n'est pas non plus satisfaisante :

« les fonctionnaires publics sont les personnes qui participent à un service de l'Etat d'intérêt public, après un acte de nomination et une prestation de serment([19]).

Nous voyons que la prestation de serment n'est pas en droit burundais une condition nécessaire pour être légalement revêtu de la qualité de fonctionnaire public.

---

(17) GARCON (E.), code pénal annoté, T III, Librairie Sirey, 29, rue Soufflot, 1959, p 62.
(18) HELIE (F.), Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, 6è éd, Paris 1er, Librairie de la cour de Cassation, 25- 27, Place Dauphine, 1954, p 127.
(19) MINEUR (G.), Commentaire du Code pénal congolais, 2e éd, Bruxelles, Larcin, 1953, p 319.

De même, l'irrégularité de la nomination n'exclut pas d'office l'application des dispositions réprimant les vols commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions.

D'après NYPELS et SERVAIS, le sens à donner au terme « fonctionnaire public » est le suivant :

« Sous la dénomination de fonctionnaires publics, nous comprenons tous ceux qui sont revêtus d'un caractère public, par conséquent, les agents, préposés, soit du gouvernement, des provinces ou des communes, soit des administrations publiques([20]) ». Il faudrait cependant y ajouter toute personne chargée d'un service public. Notons que la qualité de fonctionnaire est indépendante du fait que le fonctionnaire a prêté ou non serment ou si ses fonctions sont à vie, amovibles ou temporaires([21]).

Il apparaît en fin de compte que toutes les velléités de définitions manquent de précision. Le droit administratif burundais lui-même nous donne une définition qui ne peut s'appliquer en l'occurrence , étant trop restrictive.

2. Définition en droit administratif burundais

L'article 1[er] du statut des Agents de l'Administration stipule : « La qualité de fonctionnaire public est reconnue à toute personne nommée à titre

(20) MYPELS (J.S.G.) et SERVAIS (J.), Le code pénal belge interprété, nouvelle édition, T II, BRUYLAND, Rue de la Régence, 1899, p 80.

(21) GARRAUD, Traité théorique et pratique du droit pénal français, T IV, 3[ème] édition, Paris, Librairie de Recueil Sirey, 22, Rue soufflot 1922, p 40.

définitif ou en stage à un emploi permanent des cadres des administrations publiques du Burundi ».

« Par administrations publiques », il faut entendre tous les cadres de l'administration de la République ainsi que des organismes assurant des services publics([22]).

Comme toutes ces définitions apparaissent incomplètes au regard de la loi pénale burundaise, il ne reste plus qu'à recourir au principe de l'autonomie du droit pénal qui permet une interprétation large en la matière.
Toutefois, cela ne va pas sans certains inconvénients dans la mesure où le manque de précision de la loi, en autorisant toutes les extensions, risque de porter atteinte au principe de la légalité.

3. *Définition du terme « fonctionnaire public » compte tenu du principe de l'autonomie du droit pénal*

Selon ce principe, les termes employés par la loi pénale ne doivent pas nécessairement avoir, sur le plan de la qualification pénale, le même sens que celui donné par les autres branches du droit.

Ainsi qu'en est-t-il du terme « fonctionnaire public » ?

Pour le définir, la jurisprudence belge et française estime qu'il ne faut pas nécessairement se référer au statut de la Fonction Publique.

---

(22) Supplément aux Codes et Lois du Burundi, Tome A, Maison Ferdinand Larcier, 5.1, Rue des minimes, 39, 1970, p 78.

Du reste, ce statut est en l'espèce très restrictif au Burundi puisqu'il exclut de son champ d'application les mandataires politiques les magistrats, les membres des Forces Armées, les personnels de la police judiciaire des parquets, les agents de l'ordre judiciaire([23]). Or, toutes ces catégories rentrent bel et bien dans les prévisions de la loi pénale.

Ainsi donc, d'après les différentes définitions données par la doctrine, le droit administratif burundais et compte tenu du principe de l'autonomie du droit pénal, nous pouvons essayer de dégager une définition du terme « fonctionnaire public ».

> « Le fonctionnaire public est toute personne revêtue d'un caractère public ou chargée par l'Etat d'un service d'intérêt public ».

En effet, il n'est pas nécessaire que le fonctionnaire ait prêté serment ou qu'il justifie d'un acte de nomination régulière. Il suffit que sa position officielle apparente soit réelle. La qualité de fonctionnaire public est indépendante du fait que les fonctions sont à vies, amovibles ou temporaire.

Quelques cas d'application pourrons du reste nous éclairer sur le sens à donner au terme « fonctionnaire public » dans les développements suivants.

3. Quelques cas d'applications

Nous pouvons citer ici le fonctionnaire étranger et le fonctionnaire international, le fonctionnaire intérimaire, le fonctionnaire de fait, le fonctionnaire suspendu ainsi que les personnes assimilées aux fonctionnaires publics.

---

(23) Décret n° 100/6 du 30/6/1977 portant statut de la Fonction Publique.

a. Fonctionnaire étranger et fonctionnaire international.

Il tombe sous le sens que le législateur burundais n'a entendu réprimer que les cas de vol commis par des fonctionnaires régis par le droit pénal, cela en vertu du principe même de la territorialité du droit pénal. Le législateur a donc voulu protéger l'ordre public burundais.

Pour éviter toute équivoque, il faut signaler que les fonctionnaires publics burundais ne doivent pas être tous des Barundi. Il suffit que le fonctionnaire public, national ou étranger soit revêtu d'une portion de la puissance publique burundaise.

Il faut cependant prendre en considération l'existence de fonctionnaires internationaux officiant sur le sol du Burundi, mais ressortissants d'organismes de nationalité étrangère. Il ne faut pas aussi oublier les coopérants étrangers prestant leurs services au Burundi. Vont-ils tomber ou non sous le coup des dispositions légales burundaises s'ils sont reconnus coupables de vol dans l'exercice de leurs fonctions ?

La question revêt une grande importance pour une double raison : D'une part, les notions de souveraineté des Etats peuvent être et sont battues en brèche ; d'autre part, sous prétexte de cette même souveraineté, l'exercice honnête de la Fonction Publique, souci du législateur burundais risque d'être compromis. Cependant l'art 296 du Code pénal burundais parle de « fonctionnaire ou assimilé ». Il n'a donc pas précisé la condition de nationalité dans ses prévisions.

Je pense qu'il devrait aussi y avoir collaboration en cette matière. En effet, le coopérant étranger reconnu coupable de vol dans l'exercice de ses fonctions pouvait être renvoyé dans son Etat d'origine. Et l'Etat d'origine ferait donc le nécessaire pour remplacer ce fonctionnaire. Cependant, c'est un sujet fort délicat dans la mesure où nous vivons sous une dépendance économique et le code pénal burundais ne pourrait être plus précis.

b. Fonctionnaire suppléant

Le fonctionnaire de suppléance doit être placé sur le même pied d'égalité que le fonctionnaire ordinaire, en considération toutefois du temps et de la nature de la fonction([24]).

c. Fonctionnaire intérimaire

L'intérim est la période pendant laquelle un fonctionnaire occupe provisoirement un poste vacant en attendant que le titulaire du poste soit désigné.

Après la durée de l'intérim, le fonctionnaire intérimaire peut-être titularisé du poste ou alors regagner son poste originaire si l'autorité supérieure désigne un autre fonctionnaire titulaire du poste vacant.

d. Fonctionnaire de fait.

Les fonctionnaires de fait, sont des fonctionnaires qui remplissent irrégulièrement des fonctions car ils ne sont reconnus pas aucun texte. Ils n'ont donc pas la compétence qui leur permette de remplir ces fonctions.

(24) LES NOVELLES, Droit pénal T II, Bruxelles, Maison Ferdinand, 26-27 Rue des Minimes, 1972, p 86.

Dans certaines circonstances particulières, de tels individus peuvent surgir, surtout dans les périodes troublées : Ils exercent en fait, quoique illégalement des fonctions publiques. Faut-il traiter ces fonctionnaires comme des fonctionnaires réguliers ou comme de simples particuliers ?

Du moment que l'irrégularité entachant la nomination ou l'élection de l'agent qui a commis l'infraction est restée ignorée du public et a laissé au soi-disant fonctionnaire toute l'influence de sa position apparente, cette irrégularité est sans effet et l'on applique la loi pénale comme si l'agent était véritablement fonctionnaire.

e. Fonctionnaire suspendu

Le fonctionnaire en suspension est celui qui a cessé d'exercer temporairement ses fonctions à la suite de certaines circonstances. Ils s'agit le plus souvent d'une sanction disciplinaire qui frappe un fonctionnaire qui n'a pas bien rempli sa mission et la qualité de fonctionnaire ne disparaît pas par le fait de la suspension.

La question de savoir si un fonctionnaire en suspension peut-être poursuivi sur base des dispositions de l'art 186 al 8 du livre II du code pénal reste posée

art 186 al 8 CPL II: « La servitude pénale pourra être à dix ans si le vol a été commis avec une des circonstances ci-après spécifiée :

8° si le vol a été commis par un fonctionnaire public à l'aide de ses fonctions.

Pour répondre à la question posée ci-haut, nous devons envisager une hypothèse :

> Si le fonctionnaire public commet l'infraction envisagée avant la suspension et que cette infraction est constatée pendant cette même suspension, il peut faire l'objet de poursuites pénales.

Il ne faut pas oublier cependant que l'art 296 du livre II du C.P burundais citant les fonctionnaires, stipule en sa 2ème partie que : « la qualité de fonctionnaire s'apprécie au jour de l'infraction. Elle subsiste toutefois après la cessation des fonctions lorsqu'elle a facilité ou permis l'accomplissement d'une infraction([25]).

5. Personnes assimilées aux fonctionnaires publics

L'art 296 au code pénal du Burundi prévoit cette catégorie :

> « Est assimilé au fonctionnaire public au regard de la loi pénale toute personne qui sous une dénomination et dans une mesure quelconque, est investie d'une fonction et d'un mandant même temporaire rémunéré ou gratuit, et concourt à ce titre au service de l'Etat, des administrations publiques, des collectivités locales, des établissements publics, des entreprises para-étatiques, d'économie mixte, des organismes bancaires, des unités autogérées de consommation, production industrielle ou agricole, de tout organisme de droit privé assurant la gestion d'un service public ».

Il sied cependant de préciser que cette liste n'est pas limitative. D'autres personnes exerçant un service public pourraient être citées.

---

(25) BOB N° 6/81 art 296 al du Code Pénal Livre II, p 280.

SECTION 2 : LA SOUSTRACTION COMMISE PAR UN FONCTIONNAIRE PUBLIC DANS L'EXERCICE DE SES FONCTIONS

§1. RAPPROCHEMENT DE LA SOUSTRACTION AVEC L'INFRACTION DE VOL COMMIS PAR LE FONCTIONNAIRE PUBLIC.

Le rapprochement de la soustraction avec l'infraction de vol commise par un fonctionnaire public est périlleux. En effet, il faut que cette soustraction comprenne tous les faits par lesquels cette infraction peut se traduire mais il faut qu'elle les renferme dans des limites qui se permettent aucune équivoque.

En effet, le mot « soustraction » a été compris par les juristes contemporains de 2 manières :

Dans une première opinion, il conservait le sens de contrectation et se définissait comme toute appropriation de la chose d'autrui comme en droit romain. En effet, du moment que le fonctionnaire public s'est approprié d'une chose appartenant à l'Etat ou à une tierce personne dans l'exercice de ses fonctions, il y a soustraction pure et simple. Si on se réfère à cette première opinion, on peut citer le cas d'un directeur utilisant une machine photocopieuse à son profit alors que cette dernière devrait être affectée au secrétariat pour des fins de service.

Dans une seconde opinion , soustraire, c'est prendre, enlever, ravir, déplacer et la soustraction se définirait comme l'acte par lequel on s'empare de la chose d'autrui contre le gré du propriétaire. Selon cette opinion, la chose n'est plus

seulement appropriée sur place par le fonctionnaire, ce dernier le déplace soit chez lui, soit ailleurs pour une utilisation autre que celle prévue par le service.

Cependant, la première opinion est critiquable . Elle est très extensive et englobe toutes les atteintes à la propriété. En effet, si le directeur a crée, à l'aide de manœuvres frauduleuses des papiers, démontrant qu'il est devenu propriétaire de la machine, il pourra s'en approprier à son aise. Il se serait rendu coupable d'escroquerie. Signalons cependant qu'il y a eu appropriation de la chose d'autrui (contrectatio), par conséquent de soustraction ! Il est en effet exact que l'idée exprimée par le mot « soustraction est comprise dans le mot » « contrectatio » mais les deux termes ne peuvent pas être considérés comme étant synonymes. Le mot « contrectatio » a un sens bien plus étendu puisqu'il désigne d'après le droit classique tous les actes qui consistent à se faire considérer comme propriétaire de la chose d'autrui.

Par ailleurs, cette interprétation extensive n'a plus raison d'être. A côté du vol, d'autres infractions contre la propriété tel que l'abus de confiance, l'escroquerie, ... et tant d'autres ont vu le jour.

Par contre, la seconde opinion est aujourd'hui universellement consacrée par la doctrine et la jurisprudence.
Le mot soustraction suppose une appréhension, un déplacement qui est le fait de l'auteur du vol([26]). Donc pour qualifier un fonctionnaire de voleur, il faut que ce dernier ait pris l'objet dont il n'est pas propriétaire et qu'il ait mis en lieu sûr.
Cette soustraction est complexe et présente à côte de son aspect purement matériel, un aspect psychologique et juridique.

(26) RAYMOND (ch), op.cit, p 19.

D'une part, l'appréhension n'est une manifestation complète du fonctionnaire que par l'enlèvement, qui consomme l'acte matériel incriminé. D'autre part, la soustraction suppose le passage de la possession du légitime propriétaire et possesseur dans celle de l'auteur du délit([27]).

Une soustraction est donc tout à la fois une appréhension et un enlèvement.

Le sens et la portée du mot « soustraction doivent être déterminés d'une façon adéquate. Les auteurs en ont donné de nombreuses définitions :

- BLANCHE estime que le premier élément du vol consiste dans une soustraction. Il est constitué, lorsque la chose passe de la possession du légitime détenteur dans celle de l'auteur du délit, à l'insu et contre le gré du premier([28]).
- RAUTER avance que l'acte de délinquer doit être un acte de dépossession matérielle, un déplacement ou main mise au détriment du possesseur actuel([29]).
- CHAUVEAU-HELIE (théorie du Code pénale) : « il est nécessaire que la chose ait été enlevée».
- JOUSSE : « il n'y a point vol tant qu'il n'y a pas enlèvement de la chose volée, quand même on aurait commencé à mettre la main sur la chose, sans la déplacer. Notre code exige que la chose ait été soustraite. Or, comment opérer cette soustraction, sans la déplacer ? Le vol n'est d'ailleurs véritablement accompli que par l'enlèvement([30]).

(27) GARRAUD, op.cit, p 26.
(28) RIGAUD et TROUSSE, Crimes et délits du code pénal, Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, Rue Soufflot, 20, p120.
(29) IBIDEM
(30) BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), op.cit, p 31.

§2. CONDITION DE CETTE SOUSTRACTION

La notion de la soustraction est tout entière dans ces principes et son rapprochement avec l'infraction de vol commise par un fonctionnaire public a été rappelé dans les développements antérieurs. Cependant, on ne peut pas s'attacher seulement à une voie de fait matériel pour dire qu'il y a eu vol, mais à l'usurpation de la possession par le fonctionnaire.

Pour parler de soustraction élément indispensable constitutif de l'infraction de vol, il faut une usurpation de la possession dans ses deux éléments simultanés et concomitants du corpus et de l'animus.

La question que l'on peut se poser est celle de savoir le moment de la réalisation de l'usurpation. Pour répondre à cette question, il faut faire une distinction fondamentale entre le cas où le fonctionnaire s'est mis lui-même en possession, et celui où il a reçu la chose par tradition.

Premièrement, le fonctionnaire de mauvaise foi peut se mettre lui-même en possession, il y a dès lors soustraction frauduleuse : CAS CITE DU PLANTON QUI VOLE LES VELOS DANS LE MAGASIN DONT IL A LA CLE.

Deuxièmement, le fonctionnaire de mauvaise foi peut avoir reçu le corpus par tradition et n'usurpe que l'animus. DANS CE CAS, LE PLANTON AURAIT L'USAGE DU VELO COMME IL LE SOUHAITE EN SE COMPORTANT COMME LE VERITABLE PROPRIETAIRE.

Cependant, il ne faut pas confondre le fonctionnaire possesseur qui, ayant reçu par tradition, usurpe l'animus, avec celui qui, simple détenteur, s'approprie la chose en son pouvoir. Ce détenteur, n'ayant ni la possession civile, ni la possession précaire, n'a qu'un pouvoir de fait sur la chose. Lors même que l'autorité lui aurait remis matériellement la chose entre ses mains, il ne lui en a pas fait tradition. Si donc, ce détenteur s'en empare, il usurpe une possession qui ne lui a pas été transmise et comme une soustraction.
C'est une transformation de la détention en possession animo domini tel qu'est définie la soustraction d'une façon juridique.

Cette analyse juridique de l'incrimination a conduit certains auteurs à étendre cette incrimination à des soustractions sans enlèvement matériel([31]).

Parfois en effet, l'auteur a obtenu la détention sans appréhension matérielle de la chose mais par une remise de la part de la victime. Si un employeur remet indûment une somme à sa secrétaire et que cette dernière la dépense à son profit, y-a-t-il vol alors que la secrétaire n'a pas soustrait matériellement cette somme ?

Le problème s'est posé à plusieurs reprises en cas d'appropriation par un planton des sommes et objets confiés dans le cadre du travail. Dans ce cas, le vol s'apparente à l'abus de confiance ou au détournement. Le vol se distinguerait cependant de l'abus de confiance ou du détournement en ce que l'auteur de l'abus de confiance ou du détournement avait plus qu'une simple détention de la chose mais une possession précaire qu'il transforme en possession animo domini.

Jugé : - la remise à un employé de sommes qu'il a pour charge de remettre aux bénéficiaires n'implique pas la dépossession de ces sommes ; si l'agent s'approprie frauduleusement les fonds qui lui ont été confiés, il se rend coupable de vol et non d'abus de confiance([32]).

§3. OBJET DE CETTE SOUSTRACTION

La soustraction supposant l'enlèvement, le déplacement de la chose, ne peut s'appliquer qu'aux choses mobilières et corporelles. La soustraction des immeubles et des choses incorporelles est donc exclue. Mais il faut remarquer qu'en vertu de l'autonomie du droit pénal, la distinction civile des immeubles, à savoir immeubles par nature, immeubles par incorporation et immeubles par destination, ne s'applique pas en matière de vol ; seuls les immeubles par nature, càd, les immeubles au sens étymologique du mot, sont exclus du domaine de la soustraction. Les immeubles par incorporation, à une exception près, et les immeubles par destination sont réputés meubles en droit pénal et sont donc susceptibles de soustraction constitutive de vol.

En outre, la jurisprudence et la doctrine actuelle ont étendu le domaine de la soustraction à des choses que le législateur du XIX^{ème} siècle n'était pas à même de prévoir.

C'est ainsi qu'on admet actuellement que l'électricité, le gaz, l'eau sont susceptibles de cette soustraction. En principe, on peut affirmer que toute chose mobilière appropriée peut faire objet de la même soustraction.

---

(31) KINT (R.), le vol sans soustraction matériel en droit pénal rwandais, in R.J.X, vol XII, n°9, Avril 1988, p 10.
(32) Jurisprudence citée par P.PIRON et J. DEVOS codes et lois du Congo belge, tome I, Bruxelles-Léopold ville, Larcin, 1960, p 32.

Enfin, il faut également que ces choses mobilières et corporelles appartiennent à autrui comme le prescrit l'art 79 du code pénal burundais, cet autre n'étant que l'Etat ou les particuliers dans le cas étudié.

a. Les choses mobilières

C'est un principe certain que ce vol ne peut avoir pour objet que des choses mobilières. Par chose mobilière, il faut entendre une chose qui peut-être transportée d'un lieu à un autre, comme dit l'art 528 code civil.

On en donne traditionnellement pour raison que la soustraction, supposant l'enlèvement ou le déplacement de la chose, ne peut s'appliquer aux immeubles et aux choses incorporelles qui, par leur nature, ne sont pas susceptibles d'être déplacées, ou transportées d'un lieu à un autre([33]).

Cependant, la soustraction devenant de plus en plus dans la conception actuelle une usurpation de possession, on peut imaginer qu'un jour, il ne soit plus juridiquement impossible qu'elle comprenne aussi le vol des immeubles.

Il ne faudrait pas cependant appliquer dans la matière de ce vol toutes les dispositions du code civil sur la distinction des biens considérés d'un point de vue statique. Le principe est que lorsqu'une chose a été détachée de l'immeuble dont elle faisait partie, elle est devenue meuble et elle peut dès lors devenir l'objet d'un vol.

Il n'est pas nécessaire que la chose fut mobilière avant son enlèvement. On peut, en effet, soustraire des portions d'un immeuble en les mobilisant. Une telle soustraction constitue un vol, quand la chose enlevée ne fait plus partie de l'immeuble.

C'est le voleur même qui l'a rendue meuble. Les immeubles par destination peuvent donc incontestablement être l'objet d'un vol, car ils sont essentiellement détachables.

b. Les choses corporelles

La chose mobilière soustraite doit être corporelle càd tangible, visible, matérielle([34]). En effet, la soustraction, étant un acte matériel, elle ne peut s'exercer que sur des objets ayant un corps au sens physique du terme. On ne saurait voler une chose incorporelle telle une créance, une servitude,... Le plus souvent, ces droits sont constatés par un écrit, par un titre. Ce titre est un objet corporel qui devient matière à soustraction. Dès lors, le vol ne porte pas sur le droit mais uniquement sur le titre dans lequel le droit s'incorpore.

D'autre part, la pensée peut être écrite, imprimée. La lettre, le manuscrit sont susceptibles de vol, en tant qu'objets corporels, abstraction faite de ce qu'ils contiennent.

c. Extension de l'objet de cette soustraction

En dehors de ces deux limitations, caractère mobilier et corporel qui résultent de la nature même du délit, le fonctionnaire public peut voler toutes les choses qui ont une valeur quelconque, tel les matériaux de bureaux, bref toute chose qu'il rencontre dans l'accomplissement de son service.

---

(33) RYMOND (ch.), op. cit, p 57.
(34) RAYMOND (ch.), op. cit, p 46.

Signalons ici que les rédacteurs du code pénal ont employé le mot « chose » à dessein avec son indétermination absolue comme synonyme de « biens ». Les choses sont donc des biens au sens juridique du mot, non pas lorsqu'elles sont utiles à l'homme, mais lorsqu'elles sont appropriées. Cette indétermination a ainsi permis à la doctrine d'étendre le champ d'application de l'infraction.

La jurisprudence a elle aussi toujours considéré comme un vol la soustraction frauduleuse d'un objet quelconque, d'une chose, quelle qu'en soit la valeur pécuniaire, et alors même qu'elle n'aurait qu'une valeur d'affection et de souvenir, alors même qu'elle n'aurait de valeur que pour celui qui la soustrait([35]).

C'est ainsi que la soustraction des lettres administratives constitue un vol, alors même que ces lettres ne contiennent ni obligation, ni décharges et ne renferment aucune valeur.

Quid du vol et de la suppression d'une lettre confiée à la poste ?

Il ne faut pas confondre ici le vol d'une lettre et l'ouverture ou la suppression des lettres confiées à la poste. La protection spéciale dont jouit une lettre cesse ou moment où la lettre n'est plus confiée à la poste, càd qu'elle est remise à destination. Supprimer une lettre, c'est donc la faire disparaître, l'empêcher de parvenir à son adresse, ce qui ne peut arriver que pendant le temps où elle est confiée à la poste([36]).

---

(35) RAYMOND (CH.), op.cit, p 46.
(36) SCHUIND (G.), Traite pratique de droit criminel, TI, Bruxelles, ETS Emile Bruyant, Rue de la Régence, 67, 1936, p 100.

Enfin, le domaine du vol embrasse actuellement la soustraction, par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de l'électricité, de l'eau et du gaz.

En effet, l'électricité peut-être l'objet d'un même vol, parce que l'électricité est susceptible d'appropriation privée par l'accumulation qui en est faite. C'est une chose que s'approprie l'activité de l'homme dans le domaine de la nature, c'est une chose qui se transporte. On peut donc l'enlever contre le gré du propriétaire.

Le gaz destiné à l'éclairage peut être l'objet du même vol, parce qu'il est dans le commerce, qu'il peut être transporté d'un lieu à un autre.

SECTION 3. INTENTION FRAUDULEUSE

C'est le troisième élément ou, si l'on veut, l'élément moral du vol qui anime le fonctionnaire public dans la perpétration de l'infraction de vol. Comme tous les crimes et la grande majorité des délits, le vol suppose le dol ; c'est la résolution criminelle dans l'acceptation la plus entière du mot càd la volonté de commettre une action, que l'on sait défendue par la loi pénale.

En principe, il y a vol si le fonctionnaire soustrait la chose de l'Etat ou des particuliers avec une intention frauduleuse. Ceux qui tranchent des cas pareils devraient nécessairement constater le caractère frauduleux de cette intention. Le doute sur l'intention est équivalent à l'absence d'intention([37]).

(37) BOUZAT (P.) et PINATEL, op.cit, p 52.

En général, les juges sont souverains pour apprécier si l'intention qui accompagne la soustraction est frauduleuse ou non. Malgré ce pouvoir souverain, nous allons essayer de dégager une théorie de l'intention frauduleuse en matière de vol commis par le fonctionnaire public et d'en donner une définition aussi précise que possible.

En effet, le fonctionnaire doit en principe avoir l'intention de s'approprier la chose de l'Etat ou des particuliers. Il doit avoir l'intention de se comporter définitivement ou momentanément comme le maître de la chose.
La seule soustraction fait présumer une intention de conserver la chose. C'est donc au fonctionnaire accusé qu'il appartient d'apporter tous les éléments de nature à prouver qu'il ne voulait qu'emprunter temporairement. Il faudra pour cela procéder à une analyse de la volonté parfois délicate.

Dans certains cas cependant , la soustraction de l'objet et sa possession sont incompatibles avec l'idée d'appropriation. Il ne pourrait donc y avoir vol :

« Ce serait par exemple le cas des militaires qui, pour remplacer du matériel qui manque à l'inventaire de leur unité, piquent celui d'une autre unité. De toute façon, il est entendu que l'objet reste la propriété de l'Etat. La soustraction n'a pas été faite pour s'approprier la chose, il n'y pas vol »([38]). Le tribunal correctionnel de la Seine a eu à connaître aussi une affaire curieuse qui est du reste très « sensationnaliste » de la presse d'aujourd'hui.
« Le rédacteur d'un journal, voulant prouver que l'on pouvait impunément voler des voitures à la Régie Renault, paya les fonctionnaires de la même régie pour

(38) Revue de droit pénal et de criminologie, revue mensuelle n°6, Janvier 1997, Bruxelles, 19, Rue Guimard, p 15.

mener à bien l'opération, photographiant toutes ses phases. Le tribunal correctionnel de la Seine les condamna pour vol([39]).

Malgré le caractère exécrable de l'entreprise, la condamnation ne nous paraît pas justifiée. L'absence d'intention était certaine, dans la mesure cependant où on n'analyse pas l'intention comme étant suffisante en matière de vol, dès qu'une soustraction est effectuée contre le gré du propriétaire de la chose.

En principe, si au moment de la soustraction, on n'avait pas l'intention de garder la chose, il n' y a pas vol. Cependant, il faut prouver cette intention au moment de la soustraction, ce qui est fort difficile, tout aussi difficile que de prouver la folie au moment du crime.

En effet, selon TROUSSE, « l'intention frauduleuse existe dès que celui qui soustrait la chose appartenant à autrui, agit à l'insu et contre le gré du propriétaire, avec le dessein de ne pas restituer la chose([40]) ».
Cette théorie de Trousse fait de la volonté de ne pas restituer la chose, de la volonté de contredire le titre du propriétaire, un élément essentiel du délit du vol.

La seule chose à rechercher et à constater, c'est l'intention du fonctionnaire de s'approprier une chose qu'il sait n'être ni sienne, ni res nullius, ni res derelicta contre la volonté de l'Etat ou des particuliers.

---

(39) Journal « le monde » 13-14 décembre 1953.
(40) RIGAUX et TROUSSE, op.cit, p 102.

En dernière section de ce chapitre, nous allons analyser le dernier élément constitutif de l'infraction étudiée, à savoir l'appartenance de la chose volée à une personne autre que le fonctionnaire public.

SECTION 4 : L'OBJET SOUSTRAIT DOIT ETRE LA CHOSE DE L'ETAT OU DES PARTICULIERS

Dans l'exercice de sa fonction, le fonctionnaire public ne peut voler que la chose appartenant à l'Etat ou à une tierce personne. Le vol de sa propre chose est un délit absolument impossible. Si, se méprenant sur le véritable propriétaire d'un objet, ce fonctionnaire s'empare d'une chose dont il est propriétaire, on ne pourrait le poursuivre malgré son intention frauduleuse. Il s'agirait d'un délit purement putatif.

La soustraction frauduleuse commise par le fonctionnaire public n'est donc un vol que si elle porte sur la chose soit de l'Etat, soit des particuliers. On pourrait analyser cela en 3 niveaux :

- Il faut que la chose volée puisse appartenir à l'Etat ou au particulier.
- Il faut ensuite que la chose appartienne à quelqu'un alors même que le propriétaire serait inconnu du fonctionnaire. Elle ne peut être une res derelicta ou une res nullius.
- Il faut que le propriétaire de la chose soit un autre que le fonctionnaire.

Précisons cependant les termes tels que res nullius et res derelicta :

- On entend par res nullius les choses qui, ne pouvant entrer dans le patrimoine d'une personne déterminée que par un fait d'occupation ou d'appréhension, restent jusque-là sans propriétaire.
- On entend par res derelicta les choses volontairement abandonnées par leur propriétaire avec l'intention de les laisser à la disposition du premier occupant.

* CAUSES DE JUSTIFICATION DU VOL COMMIS PAR LE FONCTIONNAIRE PUBLIC DANS L'EXERCICE DE SES FONCTIONS.

Il existe des situations où un fait normalement puni par la loi pénale doit être considéré comme objectivement légitime parce qu'il apparaît comme l'exercice d'un droit, voire dans quelques cas l'accomplissement d'un devoir.

L'acte qui présente toutes les apparences d'une infraction punissable cesse d'en être une en raison des circonstances dans lesquelles il a été accompli. On appelle de telles circonstances des faits justificatifs([41]).

Les causes de justification dans le cas qui nous concerne constituent un élément fort délicat à analyser. En effet, le fonctionnaire est normalement censé accomplir sa mission pour l'intérêt national et dans le strict respect des règles

(41) LEVASSEUR (G.) et CHAVANNE (A), Droit pénal et procédure pénale 6è éd, Sirey, 22, Rue soufflod 1980, p53.

pré-établies. Pourra-t-on alors trouver des raisons qui pourront justifier son acte illicite ?

En effet, une seule raison me semble plus au moins acceptable.

1. L'ordre du supérieur

La responsabilité du fonctionnaire ne serait pas établie lorsqu'il a passé aux actes de vol à la suite d'un ordre donné par son supérieur hiérarchique. Toutes fois, si l'ordre est manifestement illégal ou si l'auteur aura agi dans son intérêt personnel, le fonctionnaire ne pourra pas invoquer cet ordre comme fait justificatif de l'infraction.

Un ordre manifestement illégal, une autorisation de l'administration et, à plus forte raison, une simple tolérance de sa part sont inopérants pour disculper le fonctionnaire de l'infraction.

CHAP III : REGIME REPRESSIF

Lorsque tous les éléments constitutifs du vol sont réunis, le fonctionnaire doit être poursuivi et sanctionné si aucun obstacle de forme ne s'oppose au déclenchement de la poursuite.

Dans cette section, nous allons étudier les différentes modalités de poursuite ainsi que les pénalités prévues par le code pénal burundais.

SECTION 1 : MODALITES DE POURSUITE

La poursuite se matérialise par le déclenchement de l'action publique à l'encontre du fonctionnaire et complices de l'infraction.
Avant de prendre la décision de poursuite, le Procureur de la République doit avoir été bien renseigné sur la qualification de l'infraction en question, si celle-ci est consommée ou simplement tentée.

I. La tentative de l'infraction

L'infraction étudiée est un crime par l'effet de la circonstance aggravante qui est liée à l'objet de l'infraction. En effet, en matière de ce vol, le domaine de la tentative est compris dans des limites assez étroites, puisque l'infraction est consommée dès que le fonctionnaire s'est emparé de la chose dans l'intention de se l'approprier.

La tentative procède alors d'un acte qui précède immédiatement cette appréhension.

a. Moment de la tentative

La tentative procédant d'un acte qui précède immédiatement l'appréhension de la chose volée, on peut se poser la question de savoir la façon de caractériser cet acte.

En effet, trois conditions sont requises pour que la tentative soit constituée :

- Il faut que la tentative se soit manifestée par un commencement d'exécution
- Il faut qu'il n'y ait pas eu de désistement volontaire
- Il faut qu'il y ait eu l'intention de commettre l'acte incriminé

Les trois conditions feront donc l'objet de notre étude dans les sous-titres suivants :

1. Commencement d'exécution
2. Absence de désistement volontaire
3. Intention coupable

1. Commencement d'exécution

Il n'est pas aisé de déterminer dans chaque espèce, des actes qui constituent le commencement d'exécution. C'est une matière laissée par le législateur à l'appréciation du juge, parce que dit SERVAIS, il ne pouvait pas déterminer facilement les actes qui constituent le commencement d'exécution par une formule applicable dans tous les cas([42]).

(42) NYPELS et SERVAIS , op.cit, p 420.

Deux théories se sont efforcées de dégager le critère de l'acte d'exécution :

D'après une théorie objective qui s'attache aux actes déjà commis, seuls constituent un commencement d'exécution les actes qui font partie des éléments constitutifs de l'infraction, tels qu'ils sont définis par la loi ou des circonstances qui peuvent en renforcer la répression.

Une autre théorie dite « Subjective » s'attache au contraire à l'intention de l'auteur, sujet actif de l'infraction.
D'après cette théorie, il y a commencement d'exécution dès qu'on se trouve en présence d'un acte assez proche de l'infraction que l'on veut commettre. Et cet acte rend infiniment probable le fait que l'agent serait allé jusqu'au bout de son entreprise criminelle.

C'est l'opinion soutenue par GARRAUD. D'après lui, le commencement d'exécution existe lorsque l'agent accomplit les actes qui par une conséquence directe et immédiate doivent dans sa pensée consommer le crime([43]).

Le commencement d'exécution suppose donc en définitive que l'acte accompli soit en relation directe et immédiate avec l'intention coupable de consommer le crime projeté.

C'est justement cet élément intentionnel qui fait défaut dans la première conception. Celle-ci ne prend en considération que les faits extérieurs de l'infraction. Elle est simpliste et trop abstraite. Elle ne permet pas une défense

(43) GARRAUD, op.cit, p 130

satisfaisante de la société qui est la finalité de la loi pénale. Le champ d'application de la tentative et restreint.

C'est peut-être cette lacune qui a motivé l'adoption de la deuxième théorie. Celle-ci élargit en effet la notion de la tentative. Elle ne considère pas seulement les éléments constitutifs ou les circonstances aggravantes pour caractériser la tentative. Ces actes extérieurs doivent aussi manifester l'intention d'aboutir au dessein criminel.

Cette deuxième conception a le mérite de répondre aux exigences de la répression. Son application peut poser des problèmes dans certains cas bien précis.

En effet, l'effraction, l'escalade , moyens fréquemment utilisés pour s'introduire dans les lieux du vol, sont-ils toujours retenus comme des actes d'exécution ?
C'est ici que se pose le problème de savoir si l'acte déjà accompli tend directement à consommer le crime projeté. L'effraction ou l'escalade accompli dans l'intention de voler constitue un commencement d'exécution, et par conséquent, justifie une tentative de vol.

Cette solution est consacrée par la jurisprudence belge. Mais, comment scruter l'intention de commettre ce crime? En d'autres termes, le fonctionnaire surpris en train de fracturer une porte d'un magasin ou d'escalader un mur a-t-il toujours le dessein de voler ?

En fait, ces actes d'effraction et d'escalade peuvent servir à plusieurs fins. Ils n'ont pas de rapport direct et nécessaire avec le crime.

Mais, s'ils ne révèlent pas par eux-mêmes le dessein de voler ; celui-ci peut résulter des circonstances. Bien souvent, le fait qui a consommé le crime ne suffit pas pour fournir la preuve de l'intention de l'agent de sorte que le juge doit chercher les éléments de la culpabilité dans les circonstances de fait.

On doit également avoir recours à ce moyen pour découvrir le projet auquel se rattachent les faits imputés au fonctionnaire.

2. Absence de désistement volontaire

Une autre condition requise pour constituer la tentative punissable est l'absence de désistement volontaire. Il faut que le but recherché par le fonctionnaire ait été atteint suite à des circonstances indépendantes de sa volonté. Si le désistement est volontaire càd lorsque le fonctionnaire renonce lui-même à l'entreprise avant que le délit soit consommé, il n'y a pas de tentative punissable. Cependant, si les actes déjà accomplis avant le désistement constituent en eux-même une infraction, l'agent sera frappé par la peine qu'il aura déjà encourue.

3. Intention coupable

Pour que la tentative soit punissable, il faut que l'intention de commettre l'infraction tentée soit prouvée. Ceci justifie l'inexistence de tentative dans les infractions non intentionnelles.

En toute hypothèse, la condamnation du chef de tentative doit préciser en quoi les faits reprochés constituent un commencement d'exécution et les circonstances par suite desquelles la tentative a manqué son effet ou a été suspendu.

Lorsque la tentative est pleinement établie, le fonctionnaire est alors passible de la même peine que le délit consommé. Cette identité de répression de l'infraction tentée et de l'infraction consommée concerne non seulement la peine principale, mais également les peines accessoires et les peines complémentaires.

Nous pourrions justifier cette identité de répression par le fait que l'acte délictueux a été suspendu non par le fait de l'agent lui-même mais par l'intervention d'un tiers ou d'une circonstance extérieure à la volonté de l'agent. Sans cette intervention du législateur , l'agent aurait pu aller jusqu'au bout de son dessein criminel. Il est donc exposé à la même peine.
Le juge pourra alors trouver dans la non consommation de l'infraction une circonstance atténuante qui lui permettra de modérer la peine. Cependant, il est indispensable de préciser qu'il n'est pas facile de se prononcer sur la consommation ou la non consommation du vol. En effet, la fixation du moment précis où ce délit est considéré comme consommé présente des difficultés.

b. Consommation de l'infraction

La détermination du moment précis où ce délit doit être considéré comme consommé présente des difficultés.

Il est vrai que le fonctionnaire public peut réaliser cette infraction de plusieurs manières. Souvent, il se réalise par un seul acte très bref qu'il est aisé d'isoler dans le temps. Mais, il est des hypothèses où la soustraction résulte d'un ensemble d'agissements d'une certaine durée.

Le problème se pose alors de savoir à quel moment fixer la consommation de l'infraction.

Adoptant la définition extensive de la dite soustraction qui parle d'une prise de possession de la chose mobilière contre le gré de l'Etat ou des particuliers, la doctrine soutient que ce vol est consommé dès que le fonctionnaire s'est emparé d'une chose dans l'intention de se l'approprier.
Il ne faut donc pas attendre que le voleur ait quitté les lieux pour dire que la soustraction est consommée comme le préconise le droit français([44]). Il faut plutôt se placer au moment où l'intention d'usurper la possession est vérifiée. Pour ce faire, on se basera sur les circonstances de faits.

II. La complicité

La participation à une infraction à titre de complice suppose l'existence d'un fait principal punissable. Mais, il n'est pas nécessaire que le fait principal ait effectivement donné lieu à des poursuites. C'est le cas du décès de l'auteur principal ou d'ignorance de la personne qui a commis l'infraction. Il suffit simplement que l'acte principal soit punissable et puisse donner lieu à l'exercice des poursuites([45]), il faut en autre que le complice ait participé à l'infraction principale par l'un des modes prévus par la loi.

Aux termes de l'art 71 CPLI, le coupable de complicité encourt une peine qui ne dépassera pas la moitié de celle qu'il aurait encourue s'il avait été lui-même auteur. C'est l'application du principe de l'emprunt de criminalité relatif du complice à l'auteur principal.

---

(44) HELIE, op.cit, p 101.
(45) Encyclopédie Dalloz, T2, voir escroquerie n° 82.

A la différence des droits français et malgache qui posent le principe de l'égalité de responsabilité et de pénalité entre auteur et complice([46]), le droit burundais considère que le complice joue un rôle accessoire et sa responsabilité est donc atténuée par rapport à celle de l'auteur principal. C'est pour cette raison que le complice encourt une peine moins forte que celle prévue pour l'auteur principal.

Ainsi, parmi les règles générales de complicité prévues à l'art 68 CPLI, nous voudrions attirer l'attention sur le dernier aliéna ainsi libellé :

« Ceux qui ont recelé ou aidé des malfaiteurs dans des conditions prévues à l'art 218 du présent code »
L'art 218 prévoit le recèlement des objets obtenus à l'aide d'une infraction. Nous remarquons donc que le recèlement fait objet dans notre législation d'une double réglementation : tantôt, c'est une forme de complicité, tantôt un délit distinct.

La question se pose alors de savoir comment la notion de recel est appliquée en matière de vol.

a. Recel des objets volés

Par application du principe de l'égalité de pénalité entre l'auteur et le complice, le receleur est puni des mêmes peines que l'auteur principal du vol, quand bien même, il aurait ignoré les circonstances du crime([47]).

(46) MINEUR, op.cit, 88 pages
(47) SOYER (J-C.), Manuel de droit pénal et de procédure pénale 8e éd, Paris, Dalloz, 26, n° Vercingétorix, 75014, 1990, p 21.

Le droit malgache qui reconnaît cette théorie présente quelques avantages dont le principal est le suivant :

La criminalité d'emprunt du receleur considéré comme complice permet de le traiter comme l'auteur lui-même de l'infraction qui avait procuré les choses recelées. Par conséquent, toutes les règles de fond d'application des peines telles que la récidive, les pénalités accessoires encourues, sont normalement applicables au receleur. Mais, les inconvénients du système l'emportent sur les avantages. A titre d'exemple, le fait que le receleur ne peut plus être poursuivi dès que la prescription est acquise à l'auteur principal. Il serait même assuré de l'impunité s'il n'avait reçu la chose que lorsque la prescription était acquise à l'auteur du vol.

Citons également le fait que la tentative de complicité n'étant pas punissable, la tentative de vol assimilée à la tentative de complicité devient elle aussi non punissable.

La jurisprudence burundaise a évité cette lacune et a considéré le recel des objets volés comme un délit distinct([48]). Le receleur est puni indépendamment de l'auteur principal c'est-à-dire l'auteur du vol qui a donné naissance au recel.

A notre avis, il faudrait distinguer 2 cas de recel :

. Il se peut qu'il y ait une entente préalable entre l'auteur du vol et le receleur.

. Celui-ci peut même avoir lui aussi participé au vol à titre de co-auteur.

(48) Dossier RMP 201 / 84 Grande instance Bujumbura, le 27 Septembre 1984.

« En l'espèce, le nommé A policier a décidé son ami B(policier aussi) à soustraire une sacoche contenant une somme d'argent. Cette sacoche était dans une voiture stationnée au marché central de Bujumbura. B qui avait suivi tous les mouvements de la victime et vu l'endroit où la sacoche convoitée était cachée, n'avait que la seule difficulté d'ouvrir la portière de la voiture. Il demanda à A de lui venir en aide. B enleva la sacoche et la donna à A qui la mit dans un taxi. Les deux malfaiteurs sont partis pour partager leur butin »

Le tribunal a qualifié les faits comme suit : à charge de B , il a retenu l'infraction de vol simple et à charge de A, l'infraction de recel([49]).

A notre avis, le tribunal aurait tenu compte du fait que le receleur avait participé directement au vol, c'est-à-dire avait contribué matériellement dans les actes qui ont consommé le crime. Par ailleurs, le code pénal n'assimile t-il pas l'instigateur d'une infraction à l'auteur lorsqu'elle est consommée([50]).

III. La compétence et la procédure

Il n'existe pas de règles particulières relatives à la compétence et à la procédure en matière de vol commis par le fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions, le droit commun s'applique. C'est pourquoi nous allons mentionner les règles générales.

(49) NTAWANKA (M.D.), Le sursis à l'exécution des peines en droit pénal burundais, Mémoire, U.B, Fact. de Droit, Bujumbura, 1929, p 42.
(50) DL n°1 / 6 du I[er] Avril 1981, art 69 CPL I.

a. Compétence

Les tribunaux de grande instance sont compétents pour pareille infraction. Cependant, il est de la compétence de la cour d'Appel de juger l'infraction commis par un haut fonctionnaire ou mandataire public assumant au moins les fonctions de Directeur.

b. Procédure

Ce vol suit les règles générales de procédure. Cette infraction peut donc donner lieu à l'exercice de l'action publique mais également à l'exercice de l'action civile.

1. Action publique

L'action publique est mise en mouvement par le ministère public. Le procureur de la République est normalement compétent pour exercer l'action publique. L'action publique en matière de vol qualifié se prescrit après 10 ans si le vol est accompagné d'une seule circonstance aggravante, comme il en est du cas qui nous concerne. Elle sera prescrite après vingt ans s'il existe 2 au moins des circonstances prévues à l'art 186 CPL II, car, selon ce même article, la peine pourra être portée à 20 ans, à une servitude pénale à perpétuité. Or, selon l'art 89 CPL I, l'action publique se prescrit après vingt ans s'il s'agit d'un crime punissable de plus de 10 ans de servitude pénale.

« La prescription commence à courir le jour où tous les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis en cas d'infractions instantanées....([51]).

2. Action civile

L'action civile en réparation du dommage causé appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. Elle peut être intentée devant la juridiction civile. Toutefois, il est sursis au jugement de cette action, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, lorsque celle-ci a été mise en mouvement. C'est l'application du maxime « LE PENAL TIENT LE CIVIL EN ETAT ».

L'action civile peut également être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction. Elle sera dans ce cas accessoire à l'action publique et relève alors de la procédure pénale. Le fondement légal se trouve dans les art 78 CPL I et 125 du code de l'organisation et de la compétence judiciaire.

SECTION 2 : DIFFICULTES EVENTUELLES RENCONTREES DANS L'APPLICATION DE LA LOI PENALE.

Nul n'ignore que la répression de l'infraction de vol est nécessaire dans une société évolutive. En effet, la délinquance suit la même allure, par conséquent une répression sévère s 'impose. Cette répression doit donc être perçue pas seulement comme un simple désir de réprimer, mais comme une mesure éducative des délinquants.

(51) DL n° 1/6 du 1er Avril 1981, art 90 CPL I.

Cependant, cette tâche si noble, si louable rencontre souvent des obstacles quant à son accomplissement.

En effet, dans une société de plus en plus pauvre où les salaires ne suffisent plus à satisfaire les besoins premiers des fonctionnaires, les cas de vol se multiplient. Il naît parfois une sorte de complicité dans la perpétration de l'infraction entre le simple fonctionnaire et les responsables. Dans ce cas, l'application de la loi pénale sera difficile dans la mesure où ceux qui devraient veiller à la bonne tenue des choses publiques, ont perdu toute notion de bons responsables. Il y a ainsi couverture du plus fort au simple fonctionnaire et vice-versa.

Le pire se révèle quand c'est le responsable qui pratique le pillage confondant ainsi les biens publics des biens familiaux. Cet exemple se remarque de plus en plus actuellement dans notre pays. Les informations apprises ici et là sont conformes à cette réalité.

Dans un cas pareil, même s'il y a eu vol aux yeux et au su de tout le monde, qui témoignera ?

L'autre observation est qu'avec la crise actuelle, on a remarqué une généralisation de l'infraction de vol dans notre pays. Les cas courant étaient les vols de voitures, les vols de matériaux de bureau, ... Le climat d'insécurité, le souci du lendemain, un climat d'insécurité pour un peuple naguère paisible, bref, une situation inattendue ne permettaient pas facilement de déceler pareilles infractions. Par conséquent, les cas les plus flagrants restaient impunis.

Un autre facteur est d'ordre de la morale. L'amour de la patrie, le souci de conservation des biens de l'Etat ne sont plus de nos jours.

Par conséquent, l'application de la loi pénale est presque inexistante quand c'est l'Etat qui est lesé. La plupart des personnes ont tendance à fermer les yeux sur les vols, voire à être tentées de les commettre, soit-disant que « l'Etat ne tombe jamais en faillite »

Cependant, malgré l'existence de la loi réprimant le délit du vol ainsi que les difficultés de son application évoquées plus haut, on peut se poser la question de savoir le patrimoine qui devra supporter la charge de la réparation civile si pareille réparation est nécessaire. La réponse sera donnée dans la quatrième section de ce chapitre.

SECTION 3 : PENALITES APPLIQUEES A L'INFRACTION DE VOL COMMIS PAR LE FONCTIONNAIRE PUBLIC.

Une fois les éléments constitutifs de l'infraction réunis et les règles de procédure établies, le voleur doit être puni. Ainsi, selon l'art 186 CPL II, la servitude pénale pourra être portée à 10 ans si le vol a été commis par un fonctionnaire public. Elle sera porté à vingt ans si le vol a été commis avec deux au moins des circonstances prévues à l'art 186 CP.

Pour le cas qui nous concerne, une fois le délit du vol consommé, le fonctionnaire doit dans la pratique répondre à une demande d'explication dressée par son employeur. Il devra répondre endéans huit jours qui suivent la perception de la lettre. Cependant, cette procédure, une fois entamée, débouche dans la plupart des cas à la soumission du problème devant les instances judiciaires. En effet, il s'avère que la plupart des fonctionnaires accusés de l'infraction de vol,

refusent d'admettre leur forfait. Il y a ainsi les licenciements suivis dans la majorité des cas de la contrainte par corps.

I. LE LICENCIEMENT

Le terme « licenciement » est très fréquemment utilisé dans le langage courant mais notre code du travail préfère l'expression résiliation du contrat par l'employeur.
Ces 2 expressions ne sont pourtant pas synonymes.

L'expression « résiliation unilatérale » s'entend d'un contractant lié par un contrat successif qui fait une déclaration de volonté à son cocontractant par laquelle il exprime le désir de ne plus être lié par ce contrat. Alors que le licenciement donne l'image d'un chef d'entreprise qui, par son fait interdit à un des salariés l'accès au lieu du travail.

II. LA CONTRAINTE PAR CORPS

Lorsque le fonctionnaire ne parvient pas à rembourser les sommes ou les objets volés après la S.P.P ; il subit la contrainte par corps. Celle-ci est une mesure qui est prononcée dans les procès pénaux contre les personnes condamnées et débitrices envers l'Etat ou les particuliers.

1. Notion

Le code pénal du Burundi, en posant le principe de la contrainte par corps ne l'a pas défini.

Pour BOUZAT et PINATEL, la contrainte par corps est un moyen de contraindre au payement consistant dans l'incarcération du débiteur pour l'inciter à découvrir les objets ou sommes cachés qu'il a pu dissimuler ou à se procurer les moyens de satisfaire sa dette([52]).

Quant à MINEUR, il est d'avis que « la contrainte par corps est une voie d'exécution consistant dans l'emprisonnement du condamné pour le forcer à payer ce qu'il doit à l'Etat ou à la partie lésée([53]).

Ces 2 définitions font ressortir le caractère de la contrainte à savoir « forcer le paiement par la privation temporaire de la liberté ». C'est un moyen civil d'exécution, mais qui emprunte à la répression la mesure pénale qui en constitue l'efficacité([54]) .

2. But de la contrainte par corps.

Elle a pour but d'assurer le recouvrement des condamnations pécuniaires. Elle a pour but l'intimidation ; c'est un moyen d'exécution, une épreuve de solvabilité.

La contrainte par corps telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui est destinée à prévenir la fraude ou la mauvaise foi et à assurer la fidèle exécution de ses obligations([55]).

(52) BOUZAT (R.) et PINATEL (J.), op.cit p 58.
(53) MINEUR, op.cit, p 50.
(54) GARRAUD, op.cit, p 25.
(55) Pandectes belges, V° contrainte par corps, TXXIIII, n° 5.

3. Nature juridique et durée de la contrainte par corps

Il y a lieu de signaler une grande controverse doctrinale à ce propos. Pour GARRAUD, la contrainte par corps n'est pas une peine puisque nulle part, la loi l'a ainsi qualifié([56]).

Pour BOUZAT, la contrainte par corps revêt le caractère d'une peine en cas d'insolvabilité du condamné, ou de la réhabilitation en cas d'extradition([57]).

Pour MERLE et VITU, la contrainte par corps est essentiellement un moyen d'exécution civile sur la personne. Mais, pour certains, elle revêt l'allure d'une peine et quelques traits de sa réglementation ne s'expliquent que par ce caractère secondaire([58]). En droit burundais, la durée de la contrainte par corps est déterminée par le jugement et ne peut excéder une année([59]).

(56) GARRAUD, op.cit, p 62.
(57) MERLE (R.) et VITU (A.), op.cit, p 23.
(58) Idem, p 30.
(59) DL n° 1/6 du 4 Avril 1981, art 81 al 2

SECTION 4 : LA RESPONSABILITE CIVILE DU FONCTIONNAIRE COMMETTANT UNE INFRACTION DANS L'EXERCICE OU A L'OCCASION DE L'EXERCICE DE SES FONCTIONS.

Si l'analyse de l'infraction sous examen avec les fonctions de l'agent de la puissance publique, auteur de l'infraction, est nécessaire au point de vue pénal, elle peut offrir un intérêt bien plus considérable encore au point de vue civil. Nous touchons ici un problème particulier et qui est susceptible de se présenter chaque fois qu'un agent public s'est rendu coupable d'une infraction pénale dans l'exercice de ses fonctions. La complexité de ce problème résulte de la position qu'il occupe aux « confins du droit pénal, du droit civil et du droit administratif »

Ce problème peut se préciser comme suit : lorsque de l'infraction pénale commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions, découle un dommage pour un particulier, quel sera le patrimoine qui devra apporter la charge de la réparation ? Serait-ce le patrimoine de l'agent ou celui de l'Etat ? Ou bien les deux ?

En France, la solution d'un problème pareil a donné lieu à une courbe jurisprudentielle. A l'origine de cette courbe, on trouve une prise de position extrêmement logique. L'infraction pénale commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions était toujours considérée comme une faute personnelle, même s'il s'agissait d'une infraction d'imprudence. Dès lors, la charge de la réparation civile de cette infraction incombait exclusivement à l'agent, qui en répondait devant le tribunal répressif, si la victime s'y était constituée partie civile, Ou devant le tribunal civil, si l'action y était portée.

Par la suite, on a abandonné cette thèse traditionnelle. Désormais, la notion d'infraction pénale n'incluait plus nécessairement celle de la faute personnelle de l'agent. En effet, si l'infraction pénale était constituée par un délit d'imprudence pourvu que la faute non intentionnelle ne soit ni grave, ni lourde. Dans ce cas, l'agent répondait pénalement de cette infraction, mais il était exonéré de la réparation civile, qui ne pouvait être réclamée que contre l'administration, devant le tribunal administratif compétent.

Tout en réunissant les trois éléments constitutifs de l'infraction de vol, tout en soulignant aussi l'élément intentionnel, l'agent burundais est non seulement pénalement punissable, mais il devra aussi être débiteur de la réparation civile, que la victime pourra lui réclamer devant le tribunal compétent.

CONCLUSION

Au bout de ce travail, nous ne prétendons nullement avoir analysé tous les problèmes qui pourraient se poser à propos des vols susceptibles d'être commis par des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions.

En effet, comme le démontre le premier chapitre, l'infraction de vol a évolué dans le temps et dans l'espace. La conception, la limitation de la notion de vol variaient suivant les droits en présence. Cela nous a permis alors de comprendre l'infraction dans son histoire, dans ses caractères généraux tout en le différenciant bel et bien des autres délits d'appropriation coupable du bien d'autrui.

Cependant, le législateur pénal n'a pas pour seule mission d'aboutir au prononcé d'une peine. Il organise la plus fondamentale de nos libertés : celle d'aller et d'agir. A ce titre, le deuxième chapitre est venu nous faire une description précise des éléments juridiques de l'infraction. Cette analyse nous a permis de savoir à quel moment la société peut demander des comptes aux fonctionnaires publics et prendre à leur égard la mesure qu'elle estime justifiée.

Le dernier chapitre nous présente une répression non dénuée de lacune. En effet, les cas de vols commis par les fonctionnaires publics sont considérables. Toutefois, les poursuites de ces incriminations ne sont pas faciles suite au rang occupé par ces fonctionnaires, à la complicité liant le grand fonctionnaire et le petit fonctionnaire dans la perpétration de l'infraction..

En effet, comme nous venons de le dire, ces vols sont très courant dans la vie de tous les jours.

Des mesures plus rigoureuses devraient être envisagées pour étaler au grand jour, ces agissements qui entravent le développement du pays.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

I. Codes, Textes législatifs et réglementaires

1. R. BELLON et P. DELFOSSE, Codes et lois du Burundi, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, 1970, 1092 pages.
2. Code pénal du Burundi
3. Décret n° 100/6 du 30/06/1977, portant Réforme du Code d'Organisation et de la Compétence Judiciaires des Juridictions du Burundi.
4. PIRON(P) et DEVOS(J), Codes et lois du Congo Belge, Tome I, Bruxelles – Léopolville, Maison Ferdinand Larcier, 1960, 1002 pages.

II. Ouvrages généraux

1. Encyclopédie Juridique Dalloz, répertoire de procédure pénale, 2è édition, jurisprudence générale, Dalloz, 11, Rue Safflot, 11, Paris 1982.
2. Jurisclasseur de Procédure Pénal, Paris Viè, éditions techniques SA, 18, Rue Séguier, 1946.
3. Pandectes belges, 737, Maison Ferdinand Larcier, Librairie des éditeurs, 26-28, Rue des Minimes, Bruxelles, 1896.
4. Les Nouvelles, Droit Pénal, Titre II, Maison Ferdinand Larcier, SA, 26-27, Rue des minimes, Bruxelles, 1972.

III. Ouvrages spéciaux

1. BOUZAT(P) et PINATEL(J), Traité de droit pénal et de criminologie, Tome 1, 2ème édition, Paris, Dalloz 11, rue Soufflot, 1970, 306 pages.
2. GARCON(E) ; Code pénal annoté, Librairie Sirey, 22, rue Soufflot, Paris 1956, 246 pages.
3. GARRAUD ; Traité théorique et pratique du droit pénal français, Tome VI, 3ème édition, Paris, Librairie de Recueil Sirey, 22, Rue Soufflot, 1922, 542 pages.
4. GOFFIN(G) ; Le rôle joué par le gros bétail dans l'économie de l'Urundi, Elisabethville, Avril 1951, 210 pages.
5. GOYET(E) ; Droit pénal spécial, 8ème éd., Sirey, rue Soufflot, 22, Paris, 1972, 210 pages.
6. HELIE(F) ; Pratique criminelle des cours et Tribunaux, 6ème éd., Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 25-27, Place Dauphine, 1954, 548 pages.
7. KINT® ; Le vol sans soustraction matériel en droit pénal rwandais, in R.J.X, vol XII, n°9, Avril 1988, 1216 pages.
8. LEVASSEUR(G), CHAVANNE(A) ; Droit pénal et procédure pénale, 6è éd., 2ème année, édition Sirey, 1980, Rue Soufflot, Paris Vè, 273 pages.
9. MERLE® et VITU, Traité de droit criminel, Tome II, Paris, 1973.
10. MINEUR(G), Commentaire du Code pénal Congolais, 2ème éd., Bruxelles, maison Ferdinand Larcier, 1953, 319 pages.
11. NYPELS(J.S.G.) et SERVAIS(J), Code pénal belge interpreté, nouvelle édition, T.II., Etablissements Emiles Bruylants, Rue de la régence, 67, 1899, 315 pages.
12. RAYMOND(ch), Introduction à l'étude du vol en droit français et belge, Ets. Emile Bruylants, Rue de la Régence, 67, 117 pages.
13. RIGAUX ET TROUSSE, Crimes et délits du Code Pénal, Paris, LGDL, Rue Soufflot, 20, 520 pages.
14. SCHUIND(G) ; Traité pratique de droit criminel, 4ème éd., Bruxelles, Etablissements Emile Bruylants, 67, 1936, 410 pages.

15. SOYER(J-C), Manuel de droit pénal et procédure pénale, 8ème éd., LGDJ, Paris, 1990, 350 pages.

DOCUMENTATIONS DIVERSES

1. Journal « le monde » 13-14 déc. 1953
2. NAHIMANA(E), L'infraction d'abus de confiance en droit burundais, Mémoire, U.B., Fac. de Droit, 51 pages.
3. NTAWANKA(M), Le sursis à l'exécution des peines en droit pénal burundais, Mémoire, U.B., Fac. de droit, Bujumbura 1989, 112 pages.
4. Revue de droit pénal et de criminologie, revue mensuelle n° 6, janvier 1997, Bruxelles, 19, Rue Guimard.
5. Tribunal de Grande Instance de Bujumbura, 27 septembre 1984, RMP 201/ND.

TABLE DES MATIERES

Page

Dédicace i

Remerciements ii

Listes des abréviations iii

Introduction Générale 1

CHAP I : HISTORIQUE ET CARACTERES DU »VOL COMMIS PAR LE FONCTIONNAIRE PUBLIC DANS L'EXERCICE DE SES FONCTIONS »

SECTION 1 : HISTORIQUE DE L'INCRIMINATION. 3

§1. le droit coutumier burundais 4

§2. Le droit romain 5

§3. Le droit français 7

SECTION 2 : CARACTERES GENERAUX DE CE VOL 9

§1. Délit public 10

§2. Délit instantané 10

§3. Différence avec les délits voisins d'atteinte à la propriété. . 12

§4. Délit qualifié 13

SECTION 3 : COMPARAISON DE L'INFRACTION AVEC LES AUTRES INFRACTIONS VOISINES 15

§1. Comparaison avec l'abus de confiance 15

§2. Comparaison avec l'escroquerie 16

§3. Comparaison avec le détournement 17

SECTION 4 : LES FACTEURS INCITANT UN FONCTIONNAIRE PUBLIC A VOLER 18

§1. Les facteurs économiques 18

§2. Les facteurs sociologiques 19

§3. Les facteurs psychologiques 19

SECTION 5 : DE LA NATURE DE L'INFRACTION 20

CHAP II : ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION DE VOL COMMIS PAR LE FONCTIONNAIRE PUBLIC DANS L'EXERCICE DE SES FONCTIONS

SECTION 1 : LA QUALITE DE L'AUTEUR 22

§1. NOTION DE FONCTIONNAIRE PUBLIC. 22

1. Définition en doctrine 23

2. Définition en droit administratif burundais 24

3. Définition du terme « fonctionnaire public compte tenu du principe de l'autonomie du droit pénal 25

4. Quelques cas d'application 26

a. FONCTIONNAIRE ETRANGER ET FONCTIONNAIRE INTERNATIONAL 27

b. FONCTIONNAIRE SUPPLEANT 28

c. FONCTIONNAIRE INTERIMAIRE 28

d. FONCTIONNAIRE DE FAIT 28

e. FONCTIONNAIRE SUSPENDU 29

5. Personnes assimilées au « fonctionnaire publics » . 30

SECTION 2. LA SOUSTRACTION COMMISE PAR LE FONCTIONNAIRE PUBLIC DANS L'EXERCICE DE SES FONCTIONS. 31

§1. RAPPROCHEMENT DE LA SOUSTRACTION AVEC L'INFRACTION DE VOL COMMIS PAR LE FONCTIONNAIRE PUBLIC 31

§2. CONDITIONS DE CETTE SOUSTRACTION 34

§3. OBJET DE CETTE SOUSTRACTION 36

a. choses mobilières 37

b. choses corporelles 38

c. Extension de l'objet de cette soustraction 38

SECTION 3. INTENTION FRAUDULEUSE. 40

SECTION 4. L'OBJET SOUSTRAITE DOIT ETRE LA CHOSE DE L'ETAT OU DES PARTICULIERS 43

CHAP III : REGIME REPRESSIF

SECTION 1 : MODALITES DE POURSUITES 46

I. La tentative de l'infraction..... 46
a. Moment de la tentative 47
1. Commencement d'exécution 47
2. Absence de désistement volontaire..... 50
3. Intention coupable 50
b. Consommation de l'infraction 51
II. La complicité 52
a. Recel des objet volés 53

III. La compétence et la procédure 55
a. Compétence 56
b. Procédure 56
1. Action publique 56
2. Action civile 57

SECTION 2 : DIFFICULTES EVENTUELLES RENCONTREES DANS L'APPLICATION DE LA LOI PENALE 57

SECTION 3 : PENALITES APPLIQUEES A L'INFRACTION 59

I. Le licenciement 60
II. La contrainte par corps 60
1. Notions 60
2. But de la contrainte par corps 61
3. Nature juridique et durée de la contrainte par corps 62

SECTION 4 : LA RESPONSABILITE CIVILE DU FOCTIONNAIRE COMMETTANT UNE INFRACTION DANS L'EXERCICE OU A L'OCCASION DE L'EXERCICE DE SES FONCTIONS. 63

CONCLUSION 65