2008/208

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE LA JUSTICE

CENTRE DE FORMATION JUDICIAIRE
SECTION MAGISTRATURE

MEMOIRE DE FIN DE FORMATION

SUJET :

LA QUALIFICATION DES FAITS PAR LE JUGE PÉNAL

Présenté par :

NAFISSATOU DIAGNE

Sous la direction de :

ABDOU AZIZ SECK,

Juge d'Instruction au Tribunal Régional Hors classe de Dakar

Remerciements :

A mes chers parents, pour leur amour et leur patience ;

A mes aimés frères et à ma sœur, pour leur confiance ;

A mon encadreur pour sa disponibilité ;

A toute la famille du centre de formation judiciaire ;

A tous ceux qui feuillèteront ces pages.

Sommaire :

Partie I : le pouvoir de qualification des faits par le Juge Pénal

Chapitre. I : la détermination de la qualification adéquate par le Juge Pénal

Section. I : les méthodes de détermination de la qualification des faits

Section II : les techniques d'application de la qualification des faits

Chapitre II : le pouvoir de modification de la qualification des faits Par le Juge Pénal

Section. I : l'appréciation des mutations de qualification

Section II : les impératifs attachés à la mutation de qualification

Partie II : Les limites du pouvoir de qualification des faits par le juge pénal

Chapitre I : les limites textuelles du pouvoir de qualification des faits

Section I : de l'existence de qualifications immuables

Section II : les obstacles intangibles à une quelconque qualification

Chapitre II : les limites judiciaires du pouvoir de qualification des faits par le juge pénal

Section. I : la correctionnalisation judiciaire

Section II : les autres pratiques jurisprudentielles

Introduction

« Une décision de justice ne procède pas d'une application mécanique de la règle de droit. Une règle est un énoncé général et abstrait. Les faits, eux, sont toujours singuliers »[1] .

Le transit de la réalité des faits de l'espèce à l'intellectuel de la règle de droit n'est pas chose aisée. Il implique une connaissance et une appréciation de ces faits dans leur existence concrète et une confrontation de leur coïncidence ou pas avec le texte visé ou appliqué. Cette chirurgie juridique qu'est la qualification des faits, requiert une attention soutenue et un examen pointilleux indispensable à l'office de tout juge pénal.

La qualification lato sensu est une démarche de l'esprit consistant à identifier un fait concret et à le rattacher, par sa nature et ses critères de distinction propres, à la catégorie abstraite à laquelle il se rattache et dont il possède la qualité.

La qualification des faits quand à elle se définit comme « l'opération intellectuelle d'analyse juridique ...consistant à prendre en considération l'élément de fait et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement ».[2]
Plus précisément, « la qualification consiste à rechercher si les faits commis par la personne pénalement poursuivie correspondent aux infractions, telles qu'elles sont décrites par le texte ou tels qu'elles résultent de son interprétation »[3].

Ainsi définie, la qualification des faits devient une opération qui s'impose à tout magistrat, au juge en général, au juge pénal en particulier; « La qualification est la première opération que doit faire toute autorité pénale. » [4]
Elle consiste pour cette dernière à rechercher si les faits commis par la personne poursuivie « correspondent aux éléments de l'infraction, tels qu'ils sont prévus par les textes ou résultent de son interprétation. »[5]. A ce stade, le juge opère « une confrontation rigoureuse des faits poursuivis avec les différents types de faits incriminés par la législation pénale.»[6]

---

[1] Gazette du palais; Dimanche 07 au jeudi 11mai 2006 .Eviter la tour d'ivoire ;
[2] G. Cornu, Vocabulaire Juridique, Association henry Capitant, 8eme Edition,
[3] Christophe Paulin, Droit Pénal Général, édition du jurisclasseur, litec, p43
[4] Garraud ; Traité de l'instruction criminelle
[5] Madeleine Lobe Fouda, Le droit pénal en schémas, ellipses éditions, p46
[6] R. Merle et A .Vitu, Traité de droit criminel, 7eme édition, Tome I, p475

Le juge dans son sens premier désigne toute formation juridictionnelle, quel que soit son degré dans la hiérarchie, son pouvoir, sa composition, ou l'ordre auquel elle appartient, tout organe doté du pouvoir juridictionnel de dire le droit pour trancher un litige. Le juge pénal est le magistrat qui, dans le dessein de rendre la justice, se réfère ou applique un ou plusieurs textes ayant un caractère préventif ou punitif et assorti d'une peine ;

Au sens de cette étude, le juge pénal s'entend du juge d'instruction et du juge du siège. Le premier est un magistrat désigné à l'effet de conduire et de mener à bien l'instruction préparatoire, recherchant ainsi à la demande du parquet ou de la victime, charges suffisantes. Le second est celui chargé d'examiner les affaires dont il est saisi par ordonnance de renvoi du juge d'instruction, procès verbal d'interrogatoire de flagrant délit, citation directe et d'y apporter, après instruction et débat d'audience, une solution par le biais d'un jugement.

Il convient de préciser également que le choix porté sur la notion de juge pénal, choix du reste subjectif, intéresse le juge pénal des juridictions dites de premier degré. Et la démarche étudiée, ainsi que la jurisprudence utilisée seront essentiellement celle du tribunal régional, même si la chambre d'accusation, la cour d'appel et la Cour suprême seront mises à contribution, du fait du contrôle qu'elles exercent sur lesdites juridictions.

La qualification des faits n'est pas une exigence faite au seul juge pénal.
D'abord tout acteur de la procédure pénale y procède. La victime est la première à s'adonner à cette pratique lors de sa plainte ; il en va de même des officiers de police judiciaire qui dressent un procès verbal. Le Ministère public également effectue un travail de qualification et du régime de qualification choisi dépend souvent le mode de règlement réservé au litige.

Ensuite, tout juge a pour fonction primordiale d'appliquer la loi à des cas particuliers. Il y a toujours des faits à l'origine des décisions. Pour que celles-ci soient légales, les faits doivent être de nature à justifier ces décisions. Pour y parvenir, le juge doit au cours de tout procès, tant civil que pénal, dire le droit applicable pour trancher les litiges qui lui sont soumis. Il lui appartient plus précisément, nonobstant la dénomination adoptée par les parties, de rétablir aux faits leur véritable qualification, celle conforme à la loi tel que prescrit par l'article1-6 alinéa 3 du code de procédure civile[7], appliquant ainsi le droit positif à chaque cas d'espèce.

La qualification des faits se différencie de la qualification de l'infraction. En effet, qualifier l'infraction consiste pour l'autorité compétente, à identifier, en fonction du texte répressif

[7] « Il doit donner ou restituer aux faits leur exacte qualification »

applicable, les différents éléments qui constituent le comportement prohibé ; tandis que qualifier le fait est la démarche par laquelle le juge vérifie si le ou les faits matériels qui lui sont soumis coïncident ou pas avec l'infraction visée ou une quelconque autre.

L'intérêt de cette distinction réside dans le fait que la qualification de l'infraction est bien antérieure à la qualification des faits. En effet, si l'infraction en tant que bloc constitué d'éléments définis et réprimés par la loi ne l'était pas, ou ne l'était plus, les faits objets de la saisine ne sauraient être qualifiés comme constituant telle infraction pénale et par conséquent, répréhensibles.
De plus, la détermination des différentes composantes de l'infraction pénale relève de la compétence du législateur qui identifie les comportements sociaux ou moraux qu'il entend incriminer et sanctionner ; le juge pénal n'y tient qu'une place secondaire. Sa marge de manœuvre est extrêmement limitée, l'interprétation des textes étant stricte en droit pénal [8];

La qualification des faits quand à elle, est l'apanage du juge pénal, étant entendu qu'il lui incombe à titre principal d'apprécier si le comportement de l'agent est susceptible d'entrainer pour lui des conséquences.

Il y a lieu également de différencier la qualification légale de la qualification judiciaire. La première crée le texte incriminateur et en prescrit l'application. La qualification judiciaire, celle qui nous intéresse, du fait qu'elle interpelle le juge au premier plan. Cette opération par laquelle l'autorité judiciaire fait correspondre les faits qui paraissent antisociaux à la qualification légale de telle sorte que l'intervention de la sanction pénale se justifie, suppose l'existence préalable d'un texte de loi

A bien des égards, la qualification des faits par le juge pénal est importante ;

En premier lieu, du point de vue du droit pénal général, la qualification est le corollaire immédiat du principe de légalité des délits et des peines ; en effet, en vertu de l'article 4 du code pénal sénégalais[9], et des articles 113-2 [10]et 111-3[11] du code pénal français qui du reste

---

[8] Article 111-4 code pénal « La loi pénale est d'interprétation stricte. »

[9] « Nul crime, nul délit, nulle contravention ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prévus par la loi ou le règlement avant qu'il fussent commis. »

[10] **Article 111-2.** La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants.

sont bien plus précis, la détermination des infractions découle de la loi. Ces dispositions font écho à l'article 56 de la constitution sénégalaise qui dispose « la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leurs sont applicables … ».

Ainsi pour que des faits précis soient réprimés, ils doivent coïncider avec une infraction prévue par un texte répréhensible. Ce même principe de légalité des infractions et des peines interdit au juge de réprimer des faits, des comportements qui ne constituent pas en vertu d'un texte pénal, des infractions. L'impératif de qualifier les faits de l'espèce découle, a cet effet, de l'obligation faite au juge « d'indiquer les références du texte applicable à l'espèce »[12]. Ce dernier est inévitablement tenu d'indiquer le préalable légal qui légitime et fonde toute poursuite entreprise.

En second lieu et de manière plus précise, la qualification est aussi une question primordiale en droit pénal spécial car le juge est tenu par l'obligation non seulement de trouver et de viser la qualification légale, mais la qualification légale exacte.

Autrement dit, il doit confronter les faits avec le texte incriminant pour vérifier et établir que les éléments constitutifs de l'infraction retenue se trouvent bien réunis dans le cas d'espèce.

Pour pouvoir appliquer la loi pénale, il lui est fait obligation de déterminer avec précision le texte particulier qui sied au regard des faits commis. Il ne suffit pas que le fait envisagé tombe sous l'application de la loi pénale in genere ; il faut qu'il soit visé et défini par une disposition particulière qui lui donne sa figure juridique, en fixe la peine, et qui fonde la répression. Et l'exactitude de la qualification reçue par les faits influe sur la gravité de l'infraction selon qu'elle est considérée crime, délit ou contravention et partant sur la détermination de la peine que le délinquant encourt et par ricochet sur la compétence de la juridiction répressive saisie.

La qualification se présente à ce niveau comme un raisonnement visant à établir que les faits particuliers reprochés au prévenu entrent dans le domaine d'application d'une incrimination légale, constituent dès lors une infraction pénale et relèvent donc bien de la compétence des tribunaux répressifs.

---

[11] **Article 111-3.**Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention.

[12] Madeleine Lobe Fouda, Le droit pénal en schémas, ellipses éditions, p46

De plus, la qualification est soumise au principe de la légalité criminelle, en sorte qu'est irrégulière une poursuite qui applique aux faits une qualification supérieure ou inférieure à celle prévue par le législateur car elle impacte sur la répression elle-même par le quantum de la peine prononcée.

En troisième lieu, une qualification pénale erronée provoquerait l'impunité de l'agent pénal qui se verrait relaxé, même si les faits commis sont répréhensibles. A contrario, si aucune qualification ne sied aux faits matériels, ce dernier doit être relaxé. Lorsqu'aucun texte pénal n'est applicable, aucune qualification ne peut être retenue. Il en est ainsi lorsqu'une activité apparemment antisociale, susceptible de troubler l'ordre public, ou même immorale ne viole aucune disposition légale.

Ainsi au delà de l'opération de qualification, comprise dans la définition même de la notion, et sur laquelle nous ne nous appesantirons pas outre mesure, une question nous semble essentielle : En quoi consistent les pouvoirs de qualification des faits par le juge pénal ? Quelle est la consistance des pouvoirs du juge pénal en matière de qualification des faits ? Répondre à cette question revient à mesurer comment le juge pénal sénégalais, en fonction des règles de qualification existantes, de ses pouvoirs et de leurs limites, se meut pour mener à bien cette activité d'orthopédie juridique qui est sienne.

Ainsi, chaque fois que les faits lui paraitront répréhensibles, l'autorité judiciaire recherche le texte répressif et, après l'avoir découvert, procède à l'isolement de la qualification légale susceptible d'être retenue pour le cas d'espèce.

Pour y parvenir, elle a recours à un certain nombre de méthodes et principes. Ce pouvoir de qualification inclut l'aptitude de modification de la qualification des faits dont elle dispose, et ce dans un intervalle de temps assez commode.

Cette large panoplie de pouvoirs et compétences en la matière qui permettent à cette autorité d'avoir les coudées franches, est cependant circonscrite. En effet le juge pénal est tenu, dans l'exercice de ses pouvoirs, de respecter la loi elle-même, les principes généraux et la pratique judiciaire. Dans le système judiciaire actuel, le juge ne saurait pour autant disposer d'un pouvoir autonome lui permettant de se mouvoir librement, de s'affranchir, dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, des textes qu'il lui revient d'appliquer ni des principes jurisprudentiels qui sont les nôtres. Tenant compte de tous ces impératifs, deux axes principaux se dessinent et qui déterminent les grandes lignes de notre étude.

La première partie sera consacrée au pouvoir de qualification des faits par le juge pénal et la seconde partie aux limites du pouvoir de qualification des faits par le juge pénal.

Partie I : le pouvoir de qualification des faits par le juge pénal

Le pouvoir de qualification englobe toutes les prérogatives dont dispose le juge pénal dans l'exercice de son office. Cette aptitude que la loi lui concède, dans les limites d'un cadre plus ou moins large qu'elle fixe, pour trouver la solution adéquate à un cas particulier, plus qu'une compétence matérielle, est une obligation qui lui est faite. Dans l'exercice de ce pouvoir, il lui revient de choisir la qualification adéquate (Chapitre. I) qui sied aux faits. Le choix de cette qualification n'est pas définitif et peut intervenir à divers moments de la procédure pénale (Chapitre. II).

Chapitre I : le Choix de la qualification adéquate par le juge pénal

Afin de déterminer la qualification qu'il convient de retenir, le juge pénal dispose de diverses méthodes (Section I), démarches rationnelles de l'esprit permettant d'arriver à la démonstration d'une vérité, et dont l'utilisation lui permet de choisir la qualification la plus adéquate. Une fois cette dernière obtenue, il reste encore à opérer un tri sélectif entre les techniques d'application, procédés, moyens spécifiques qui offrent un moyen d'appliquer la qualification retenue (Section II) pour une meilleure répression.

Section I : Les méthodes de détermination de la qualification des faits par le juge pénal

Une fois le stade de la saisine franchi, le juge pénal se trouve en présence d'un ou de divers faits matériels qu'il lui revient de ranger dans une catégorie juridique prédéfinie. Pour ce faire, l'application des diverses méthodes dont il dispose sera fonction de ces faits qui lui sont soumis. Selon qu'il est en présence d'un fait matériel unique ou de plusieurs faits matériels distincts, la solution retenue sera différente.

Ainsi, lorsque le fait matériel est unique, il y a lieu d'opérer une sélection justifiée entre plusieurs qualifications possibles. Cet arbitrage (Paragraphe I) lui permet, lorsque le juge est en présence de multiples qualifications possibles, de procéder à un choix, toujours sélectif,

entre elles. Lorsque par contre, les faits matériels sont pluriels, il convient de les purger (paragraphe II).

Paragraphe I : l'arbitrage de qualification du fait matériel unique

Cette démarche consiste à choisir et appliquer, face à un fait matériel unique, une qualification qui ne soit pas incompatible avec une autre(A) ; il s'agira également pour le juge pénal de ne pas cumuler des qualifications équivalentes (B) et de s'abstenir de retenir des qualifications redondantes ou alternatives (C). Toutes ces opérations contribuent à écarter les concours de qualification qui compliquent l'office du juge. Elles permettent à cette autorité en rapport avec les éléments constitutifs des infractions, de procéder par élimination pour ne retenir que le texte le plus approprié. Cependant le fait matériel unique peut, malgré toutes ces étapes antérieures, révéler un cumul idéal de qualification(D).

A-L'élimination des qualifications incompatibles

Des qualifications sont dites incompatibles lorsque le même fait matériel susceptible de qualification pénale est considéré sous un angle tel que l'infraction retenue à l'endroit du délinquant ne peut coexister avec une autre car inconciliable avec cette dernière.

Cette situation se présente lorsque la première qualification retenue fait double emploi avec la seconde. Selon MERLE et VITU, « il arrive qu'une infraction objectivement imputable à un délinquant soit la conséquence logique et en quelque sorte naturelle d'une première infraction avec laquelle elle se confond intimement au point que l'on hésite à la retenir dans la poursuite ».[13]

Si ces différentes qualifications sont envisageables, et juridiquement acceptables, il n'en demeure pas moins que l'une d'entre elles n'est que la conséquence de l'autre. De ce fait, il faut remarquer que retenir ces deux qualifications, dites incompatibles à l'égard du même individu serait aberrant.

Il ne faut pas perdre de vue que si le délinquant commet une infraction, s'exposant ainsi à la loi pénale, c'est indéniablement pour pouvoir en tirer un profit. Le voleur qui soustrait frauduleusement la chose d'autrui agit précisément dans le but de s'approprier cette dernière.

---

[13] R. Merle et A .Vitu, Traité de droit criminel, 7eme édition, Tome I, p481

Il ne serait donc pas opportun de le poursuivre pour vol et pour recel du fait du lien préalable quasi indissociable entre ces deux qualifications qui procèdent d'une volonté délictuelle similaire.

De plus, ce serait attacher un caractère obligatoire au repentir actif, y adjoignant des conséquences juridiques que la loi ne prescrit pas. En effet, « il semble logique de ne retenir que la première qualification parce que la prise en considération de la seconde conduirait à conférer à l'absence de repentir actif un effet juridique positif...son existence comme son absence sont sans influence sur la responsabilité ou l'irresponsabilité. En conséquence il ne saurait y avoir dans cette situation, de conflits de qualification... »[14].

C'est cette solution qui a été retenue par le juge d'instruction du premier cabinet de Ziguinchor dans une ordonnance de non lieu partiel en date du 19 janvier 2011 où il a estimé que « attendu que Amadou Ba Sané a été inculpé outre d'homicide volontaire, de non assistance à personne en danger ; attendu que ces deux infractions ne peuvent être à la fois retenues contre la même personne et pour les mêmes faits ; qu'en effet, le résultat définitif recherché dans l'homicide volontaire est la mort de la victime . Qu'on ne saurait exiger dés lors du meurtrier de porter secours à cette dernière ; que par conséquent, il convient de dire n'y avoir lieu à suivre d'avantage contre Amadou Ba Sané de ce chef » ;

Ainsi lorsque des qualifications sont incompatibles, une seule d'entre elles peut prévaloir et être retenue par le juge pénal ;

B- Le choix entre qualifications équivalentes

L'équivalence est le caractère qui s'attache à diverses choses de valeur identique. On dit de deux qualifications qu'elles sont équivalentes lorsque le même fait tombe sous le coup de deux infractions pénales qui bien que distinctes du fait de la dualité de textes les prévoyant, sont similaires dans leur contenu.

Il est envisageable que le juge pénal se trouve en face d'un même fait matériel que répriment deux textes pénaux d'égal contenu et s'appliquant tous les deux au cas d'espèce. Il a été admis dans ce cas précis qu'une seule des deux qualifications puisse être retenue :

[14] R. Bernardini, Droit Pénal General, Introduction au droit criminel, p 251

En ce sens, « il est contraire à la logique législative qu'une même activité puisse être réprimée cumulativement par plusieurs prescriptions divergentes ; on se trouve en présence d'un vulgaire conflit apparent de lois,...et lorsque la qualification convenable a été découverte, les autres qualifications doivent être définitivement oubliées. »[15]

Ce genre de situation résulte le plus de l'inadvertance du législateur qui laisse subsister deux textes répressifs d'égale valeur et parfaitement adaptés au cas d'espèce. Il appartient alors au juge pénal d'opérer un choix. C'est souvent le texte le plus récent qui l'emporte, puisqu'il est sensé refléter le mieux la volonté du législateur.

C- L'exclusion des qualifications redondantes et alternatives

Deux qualifications sont redondantes lorsque le même fait matériel dont le juge est saisi, après avoir reçu une première qualification, constitue à la fois une infraction autonome et l'élément ou la circonstance aggravante d'une autre infraction. Ainsi le fait matériel qui intéresse le juge est souvent le moyen de commission d'une autre infraction ou déjà inclus dans une autre qualification. C'est le concept de qualifications superposées. La qualification spéciale dominera la qualification générale et il est prescrit, à cet effet, au juge pénal de se référer à l'infraction qui saisit l'intégralité des faits.

Quand aux qualifications alternatives, elles s'imposent au juge lorsque de par la loi, une même activité pénale est susceptible, en fonction de sa nature ou du degré de la faute imputable à son auteur, ainsi que de l'intention de ce dernier, de constituer une infraction ou une autre. La qualification à retenir sera donc fonction du texte qui prend en compte tant le dommage que les circonstances et l'intention de l'agent pénal.

Généralement le résultat n'est pas identique, ce qui facilite la tâche du juge pénal. Mais il peut arriver que le résultat soit exactement le même, ce qui complique la distinction.

A titre illustratif, un individu peut avoir été à l'origine de l'acte ayant causé des blessures à une autre personne. Le code pénal sénégalais en son article 294 punit les coups et blessures volontaires ;[16] mais en son article 307 réprime les blessures involontaires[17] .

---

[15] Von Liszt, Traité de droit pénal allemand, traduit en français par Lobstein, 1911, p355.

[6] Tout individu qui, volontairement, aura fait des blessures ou porté des coups ou commis toute autre violence ou voie de fait...

Tant le juge d'instruction que le juge du siège pourront appliquer l'un ou l'autre de ces deux articles. Cependant, ils seront guidés dans leur choix par l'intention de l'auteur des blessures et la gravité de ces dernières. En effet, il sera tenu compte du fait que ce dernier a intentionnellement ou non porté les coups ou faits les blessures et du nombre de jour d'ITT, reflétant la gravité des blessures qu'elles auront provoqué, pour que ce comportement reçoive la qualification qui sied.

Il en est ainsi d'un individu qui aura donné la mort à un autre. Ce fait est susceptible d'être diversement qualifié. Quatre dispositions du code sont alors en concurrence : L'article 307 qui punit « Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide... », L'article 294 alinéa 3 qui dispose : « quand les violences ci-dessus exprimées auront été suivies de mort... ». Tandis que l'article 280 énonce « l'homicide commis volontairement est qualifié meurtre ». et l'article 281 du même code « Tout meurtre commis avec préméditation ou guet-apens est qualifié assassinat. »

La qualification finale sera fonction de l'absence d'animus necandi et du degré de gravité de la faute commise par l'agent; en effet, les coups mortels seront retenus lorsque bien qu'ayant eu l'intention de porter des coups, le délinquant n'avait ni recherché ni prévu le résultat final, c'est-à-dire la mort de sa victime; l'on parlera d'homicide involontaire si le décès de la victime a été occasionné par la simple maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des lois et règlements ;

Par contre, dés lors que le juge pénal aura déterminé cette volonté de donner la mort, qu'une volonté criminelle se sera affirmée, la qualification de meurtre prévaudra ; si l'agent avait non seulement l'intention de tuer sa victime, mais qu'il ait effectué au surplus divers actes préparatoires pour y parvenir , le juge pénal retiendra bien évidement l'assassinat.

Retenons que le juge pénal face à ces diverses qualifications susceptibles d'être appliquées à une même activité et considérées comme alternatives, opère un choix : « c'est l'une ou l'autre qui peut être retenue, et si ce n'est pas l'une qui convient à l'espèce envisagée, c'est l'autre ».[18]

---

[17] Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement ...des blessures...

[18] R. Merle et A .Vitu, Traité de droit criminel, 7eme édition, Tome I, p482

Ce choix du juge pénal, pour une partie de la doctrine, le lie car les faits ne pourront plus être poursuivis, si le prévenu venait à être relaxé, sous une autre qualification pénale. (cf. infra : non bis in idem).

Apres avoir effectué cette sélection rigoureuse entre divers textes, et retenu l'un d'entre eux, le juge pénal semble être arrivé au bout de ses peines : cependant, il peut encore être confronté à un cumul idéal d'infractions.

D – le traitement du cumul idéal d'infractions

De fait, chaque acte matériel ne devrait mettre en œuvre qu'un seul texte d'incrimination, le domaine de chaque infraction étant précis. La qualification judiciaire dont le juge est l'artisan, en tant que raisonnement visant à établir que les faits particuliers reprochés au prévenu entrent dans le domaine d'application d'une incrimination légale, se trouve facilitée par les méthodes précitées qui ne devraient laisser subsister qu'une seule norme sous le coup de laquelle l'agent pénal doit tomber.

Pourtant, cette logique, bien que très élaborée, connait des dérogations formulées sous les expressions diverses de concours de qualification, cumul de qualifications ou conflit de qualifications ou encore concours idéal d'infractions, concours formel d'infractions ou concours intellectuel d'infractions.

Selon le lexique Dalloz, le conflit de qualifications est la situation dans laquelle le comportement d'un délinquant relève a priori de plusieurs textes d'incrimination, si bien que se pose la question du cumul ou du non-cumul des qualifications pénales en concours.

Le vocabulaire juridique définit le cumul ou concours idéal d'infraction comme « la pluralité d'infractions réalisées simultanément par un seul fait.» Le cumul idéal est donc la notion qui définit la situation où ayant éliminé les hypothèses de qualifications alternatives ou incompatibles, redondantes, le même fait peut encore être punissable par le moyen de textes différents car possédant toujours plusieurs caractères délictueux.

Face à ce cumul idéal, où le juge pénal est confronté à la même activité qui, suite à diverses singularités, intéresse plusieurs textes répressifs assortis de peines différentes, certains auteurs préconisent un arbitrage entre ces différentes infractions en concours, ne retenant que l'infraction assortie de la peine la plus grave.

Autre hypothèse, celle qui consiste à retenir, dans des circonstances précises autant d'infractions que de qualifications possibles. A cet effet, « d'autres, à l'avis desquels se range la jurisprudence assimilent le concours idéal au concours réel d'infractions »[19]. (cf. infra section II par II pluralité de qualifications).

En France, une position tranchée n'est pas encore adoptée. Les situations de concours idéal relevant plus de constructions de l'esprit et ne se posant que très rarement, la Cour de Cassation a tendance à ne pas censurer les décisions qui, se fondant sur un seul fait matériel, retiennent le concours réel d'infraction, ce qui complique toute tentative d'acopter une ligne de conduite uniforme.

Au Sénégal, le juge du siège, dans certaines de ses décisions, nage dans une incertitude terminologique. De sorte que le simple usage du terme « cumul » ne permet pas de se faire une religion quant à la méthode de qualification retenue. En outre, le dispositif n'apporte pas toute la précision souhaitée.

Dans une ordonnance n°4424 renvoyant Pape Amadou Sadio, devant le Tribunal Militaire de Dakar, le juge d'instruction du premier cabinet a estimé que « l'inculpé avait réalisé un cumul d'infractions » sans vraiment expliciter si ce cumul était réel ou idéal. La lecture de l'ordonnance permet de se rendre compte que le fait matériel est unique. Et l'on devine qu'il s'agit donc d'un cumul idéal.

Toutes ces hypothèses étudiées supra traduisent le comportement du juge pénal lorsque le fait matériel est unique. Nous envisagerons donc dans le second paragraphe l'hypothèse ou le juge pénal est face à une pluralité de faits matériels répréhensibles

Paragraphe II : Le purge de qualification de la pluralité de faits matériels

Ici, contrairement à la circonstance où le juge est face à un fait unique susceptible de diverses qualifications, plusieurs faits pénalement réprimés sont en cause.
C'est une facette du concept de concours d'infractions, ou la commission de plusieurs infractions pénales distinctes par le même auteur, successivement ou simultanément, liées ou

[19] Encyclopédie juridique de l'Afrique, Droit Pénal et Procédure Pénale, sous la direction de Gilbert Mangin, 1982,

non entre elles, et séparées ou non par une condamnation pénale définitive. Il s'agira de faire la différence entre le cumul réel d'infraction(A), le cumul juridique d'infraction (B).

A- le cumul réel d'infraction

Le cumul réel d'infraction ou concours réel d'infraction est la situation où l'agent pénal a commis plusieurs faits matériels distincts les uns des autres. En effet, il y a cumul réel « toutes les fois que l'action délictueuse, quoique formant un ensemble homogène, est matériellement divisible et que chacune des qualifications... peut s'appliquer à des faits bien circonscrits, distincts les uns des autres ».[20]

Le code pénal sénégalais ne définit pas la notion et l'on se réfère à l'article 132-2 NCP qui dispose à cet effet qu'il y a concours réel d'infractions « lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction qu'elle avait commise antérieurement. »

Selon Merle et Vitu « il y a concours réel d'infractions lorsque la même personne commet plusieurs actes matériels incriminés par la loi pénale et lorsque ces infractions successives ne sont pas séparées les unes des autres par une condamnation. »[21]

Certains auteurs en donnent une conception plus large, retenant le cumul réel d'infractions à l'égard de l'individu coupable de diverses infractions et ce bien que ces dernières soient séparées par une condamnation définitive.

Pradel écrit à ce propos « il en est ainsi quand les divers actes ont été commis presque simultanément de sorte qu'ils sont englobés dans la même poursuite. Il en est de même lorsque les divers actes ont été découverts successivement et ont donné lieu à des poursuites séparées ».[22]

Dans la première acception du cumul réel, donnant lieu à l'unité des poursuites, le lien entre les divers faits matériels commis par l'agent pénal reste, lorsqu'il existe, la circonstance de temps et de lieu. Dans le cas de la pluralité de poursuites, où le point de rattachement entre ces diverses infractions reste la similitude d'auteur, on parle de récidive ou de réitération d'infraction.

---

[20] F. Desportes et F. Le Gunehec, Droit Pénal General, 12e édition, economica, 2005, p 255
[21] R. Merle et A .Vitu, Traité de droit criminel, 7eme édition, Tome I, p488
[22] J.Pradel, Droit Penal General,16eme edition, p210

La récidive légale est définie par le vocabulaire juridique[23] comme « le fait pour un individu qui a encouru une condamnation définitive à une peine par une juridiction ....et pour une certaine infraction, d'en commettre une autre distincte de même nature ». Cette infraction peut être exactement la même que la précédente ou assimilée[24] . Lorsque les procédures sont distinctes, la nouvelle infraction sera qualifiée au même titre que la précédente qu'elle soit identique ou pas et cette situation impacte plus sur la peine que sur la qualification

Dans son acception large, la récidive se confond avec la réitération d'infraction. Cette dernière est la situation de l'individu qui, après avoir été condamné pour une infraction déterminée, en commet une autre, différente. Le voleur condamné à deux ans, qui, purgeant sa peine, s'évade de prison est un réitérant infractionnel.

Ces infractions objet d'un cumul réel, la similitude d'auteur et la circonstance de temps et de lieu mise à part, sont souvent sans lien aucun les unes avec les autres et il importe de relever qu'elles ne posent souvent aucun problème particulier de qualification au juge pénal qui saisi chaque fait dans son unicité.

Prenons l'exemple de l'individu qui, subtilisant la carte de crédit mutuel de son ami, se fait confectionner au commissariat de police le plus proche un certificat de perte. Muni de ces deux documents, il se rend au crédit mutuel pour y effectuer des retraits successifs jusqu'à ce qu'il soit démasqué par le véritable propriétaire du compte. Traduit en flagrant délit pour vol, faux et usage de faux et escroquerie, il sera déclaré coupable de ces trois infractions ; cette situation reflète la réalité du cumul réel.

Lorsqu'elles font l'objet de la même procédure, par exemple le même individu qui commet successivement un vol simple, une escroquerie et une occupation illégale de terrain du domaine national , le juge d'instruction saisi après avoir procédé à l'inculpation pour chaque infraction, ordonnera pour chaque fait matériel distinct le renvoi en police correctionnel et le juge du siège discutera de chaque chef de prévention.

La Chambre d'Accusation de Dakar vient conforter cette position. En l'espèce, Cheikh Tall Sow avait déjà été inculpé d'escroquerie, de faux et usage de faux ; par la suite, l'enquête ayant révélé les faits de contrefaçon des sceaux de l'Etat, le juge d'instruction, après avoir

---

[23] G. Cornu, Vocabulaire Juridique, Association henry Capitant, 8eme Edition, p768

[24] . Elle est prévue par les articles 42 et 43 du code pénal sénégalais et par les articles 132-8 à 132-16-6 du code pénal français.

provoqué un réquisitoire supplétif du parquet, l'inculpait à nouveau pour cette troisième infraction. Son conseil saisit donc la chambre d'accusation au motif que les infractions pour lesquelles son client était poursuivi procédait des mêmes faits ;

Dans son arrêt n°136 du 28-07-2009, la Chambre a estimé « qu'en effet, le délit de contrefaçon des sceaux de l'Etat est différent du faux au sens de l'article 135 du code pénal ; qu'en l'espèce les chefs de délits retenus à l'encontre de l'inculpé Cheikh Tall Sow procèdent plutôt d'un cumul réel d'infractions que d'un cumul idéal… ».

En outre la circonstance de temps et de lieu relevée plus haut peut influer sur la qualification lorsque se pose la question du cumul juridique d'infractions. Ainsi les infractions peuvent entretenir d'autres rapports plus étroits que la similitude d'auteur et qui rejaillissent sur la nature de ces dernières et sur la qualification à retenir.

B- Le cumul juridique d'infractions

La loi donne, dans certains cas, une qualification spéciale aux infractions commises en concours réel mais faisant partie d'un même ensemble : c'est le cumul juridique ou la situation où plusieurs infractions sont commises non seulement en un temps et en un seul lieu par le même auteur, mais qu'elles recoupent une troisième, plus précise.

Ces divers faits matériels, différemment qualifiés, constituent, matériellement, chacun une infraction à part entière, susceptible de qualification et répréhensible à elle seule. Mais ils reçoivent, du fait qu'ils constituent une infraction autonome, une qualification unique plus élevée que chacune de celles qui les constituent prise séparément.

Ainsi l'infraction de viol, prévue par l'article 320[25] du code pénal est suivie de l'infraction de meurtre réprimée par l'article 280[26] du même texte. Il y a donc de prime abord deux infractions distinctes avec deux chefs de poursuites qui peuvent recevoir chacun une qualification et s'analyser en un concours réel d'infractions.

---

[25] Art 32O du code pénal : tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol.
[25] Art 280 du code pénal : l'homicide commis volontairement est qualifié meurtre.

Seulement, le code pénal a prévu une infraction autonome de viol ayant entraîné la mort de la victime. [27]Ce texte convient mieux au cas d'espèce car il résume l'intégralité des faits.

Il faut noter que ces différents faits matériels entretiennent souvent des rapports si étroits que l'on pourrait considérer qu'ils procèdent d'une suite logique. L'une des infractions est soit le moyen de commettre l'autre, de la faciliter, soit le moyen pour le délinquant d'assurer sa fuite. De ce fait, l'un des deux faits devient une circonstance aggravante de l'autre. Par exemple la violation de domicile suivie d'un vol constitue un seul délit : le vol par effraction et l'usage d'une arme au cours d'un vol constitue non un vol simple et une détention d'arme sans autorisation mais le délit de vol avec usage d'arme.

C'est pourtant une autre position qu'a retenu le Tribunal pour Enfants de Dakar en son audience du 05 juin 2009. Deux individus, Thierno Tall et Cheikh Bamba Niang, recevaient à dix jours d'intervalle, des coups de couteaux ayant entrainé leurs décès. Ces homicides faisaient suite aux vols que les victimes avaient subis, portant sur leurs téléphones portables. L'enquête subséquente permettait de mettre la main sur quatre individus.

Le tribunal, retenant chaque fait matériel, le qualifiant et prononçant la culpabilité des quatre prévenus pour les chefs d'homicide involontaire et vol en réunion, assimilait le cas d'espèce à un cumul réel d'infraction.

Pourtant, si l'on considère que ces deux victimes ont perdu la vie (premier fait matériel) au cours de la commission d'un vol portant sur un bien qui était en leur possession et que les malfrats se sont approprié(deuxième fait matériel), l'homicide volontaire a été le moyen de commettre le vol, et constitue donc une circonstance aggravante de ce dernier. Il ne serait pas erroné de retenir un cumul juridique et de les déclarer coupable de vol avec violences conformément à l'article367 alinéa 2 du code pénal[28].

Il en est ainsi de la décision n°5273/2010 rendue par le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar ; le juge pénal a qualifié les faits commis par Ibrahima Sima de vol simple et détention d'arme sans autorisation administrative, retenant en vertu d'un cumul réel l'article 364 et la loi 66-03 du 19 -01-1966. Pourtant l'article 368 du code pénal réprime le vol avec usage

---

[27]Art 320 alinéa 4 du code pénal : s'il a entrainé la mort, (le viol), les auteurs seront punis comme coupables d'assassinat.

[28] Art 367 alinéa 2 : si les violences ont entrainé la mort, la peine de mort sera prononcée. A mettre en parallèle avec l'article 7,1er du code pénal :dans toutes les dispositions antérieures à la loi ci-dessus où la peine de mort est prévue, les travaux forcés à perpétuité lui sont substitués.

d'arme. La loi prévoit et punit comme un vol aggravé, un vol et les violences qui l'accompagnent.

Apres avoir usé de toutes ces méthodes pour déterminer avec le maximum de précision possible la qualification adéquate, le juge pénal applique diverses techniques, tirant ainsi les conséquences de la qualification retenue.

Section II : les techniques d'application de la qualification des faits par le juge pénal

La qualification des faits est le premier acte que doit accomplir tout magistrat ou tout tribunal appelé à les examiner. Il se heurte parfois à l'une des plus grandes difficultés que connaisse la science criminelle : combien de qualifications retenir lorsque les faits reprochés tombent sous le coup de plusieurs incriminations légales ?

Hans Kelsen, dans sa théorie de la pyramide normative, a soutenu que « toute norme contient plusieurs significations entre lesquelles le choix est une question de politique juridique. L'interprète pourrait alors retenir le sens le plus utile du texte au moment de son interprétation ».[29]

Cette vision des choses, appliquée aux différents acteurs qui nous concernent, justifie que la démarche qu'ils adoptent soit différente, et ce de par la tâche qui incombe à chacun.

Eu égard au schéma organisationnel quasi universel de la procédure pénale, le prononcé des peines étant toujours consécutif aux agissements délictueux de l'agent et le trait commun de tous les systèmes répressifs consistant dans la recherche de la sanction la plus efficace , le juge du siège est plus concerné par ces techniques car il reste le dernier palier avant le prononcé de la peine. Là où le juge d'instruction est tenu de rechercher et de retenir dans son ordonnance de renvoi toutes les infractions que comportent les faits dont il est saisi, le juge du siège, après avoir relevé et qualifié toutes les infractions, doit aboutir au prononcé d'une peine. Le quantum varie en fonction du cas d'espèce, et de la technique utilisée, selon que le

[29] Hans Kelsen, Théorie du droit pur, traduction de C harles Eisenmann, Bruylant, LGDJ, P224

juge retienne l'unité de qualification qui est la règle ou la pluralité de qualification, l'exception.

Paragraphe I : l'unicité de qualification des faits par le juge pénal

En toute logique, un fait ne correspond qu'à un seul texte d'incrimination, ce qui amène à parler de l'unicité de la qualification, et partant, de la peine. En effet, l'intérêt d'une unité de qualification réside dans le fait que le juge, toujours et inévitablement, aboutit à une seule déclaration de culpabilité, justifiant une seule peine.

Pour y parvenir, le juge pénal recourt à diverses techniques dont le choix de la plus haute expression pénale (A), l'application du texte spécial (B) ou le maintien l'infraction but (C). C'est le principe du non cumul des qualifications.

A-Le choix de la plus haute expression pénale

Le juge pénal face au fait matériel unique ne rencontre, en principe aucune difficulté majeure quant à l'application de la peine au délinquant. En effet, si l'arbitrage de qualification a été effectué correctement dans les procédures d'information par le magistrat instructeur, et en matière de flagrant délit ou de citation directe par le juge du siège, seront alors écartées les qualifications incompatibles, redondantes et équivalentes et ne subsistera qu'une seule qualification correspondant à une infraction réprimée par une seule peine légale.

Cependant, la question de l'unité de qualification et partant de l'unité de la peine se complexifie avec le cumul idéal d'infraction. Car le principe de légalité impose au départ de retenir autant de qualifications pénales que de prohibitions légales enfreintes par le prévenu au cours de l'activité qui lui est reprochée.

Fort de cette logique, le juge pénal retiendra, par principe, que « le conducteur d'une automobile qui, circulant sans permis de conduire, sans assurance et en état d'ivresse, cause un accident qui fait un mort et un blessé, peut être poursuivi pour ces trois infractions de police et pour les deux infractions d'homicide et de blessures par imprudence. » [30]

---

[30] J-P. Doucet, Le jugement pénal ,3e édition, p 346.

Le comportement du juge pénal face à cette éventualité mérite que l'on s'y intéresse du fait que le cas d'espèce précédemment évoqué peut recevoir une double solution. En effet, une partie de la doctrine, retenant le cumul de qualification, cas où une seule des infractions, la plus grave, sera sanctionnée (par opposition au cumul d'infractions.cf infra : pluralité de qualifications) estime qu' « un acte matériel unique, à qualifications légales multiples, constitue une seule infraction punissable sous sa plus haute expression pénale »[31]. Ainsi, le juge pénal dés qu'il observe les faits sous la loupe du cumul de qualification, est obligé de s'en tenir uniquement au choix de la plus haute expression pénale, celle qui réprime le fait de la peine la plus grave.

Le principe de la plus haute expression pénale fait écho à l'adage major poena minorem absorbet, l'infraction punie de la peine la plus forte, comme sous l'effet d'une ventouse, absorbe toutes les autres avec lesquelles elle est en concours.

En France, le Nouveau Code Pénal n'a pas prévu l'hypothèse de cumul de qualification, et la jurisprudence y a donc pallié en dégageant un principe : un même fait ne peut entraîner une double déclaration de culpabilité en raison de qualifications différentes. La pluralité de qualifications n'emporte pas nécessairement cumul des peines attachées à chacune des qualifications retenues.

Cette solution s'explique par le fait qu'il faille considérer que le délinquant qui par le même agissement viole plusieurs textes répressifs ne doit pas être puni pour chacun d'entre eux car son acte peut avoir constitué plusieurs infractions par le fruit du plus grand des hasards. « Dés lors, il suffit de considérer le fait sous une seule qualification, la plus grave, et il n'y a pas lieu de retenir les autres qualifications… » [32].

C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'arrêt rendu par la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation française en son audience publique du 17 juillet 1984 n° de pourvoi 84-91288.

Dans cette affaire, X..., époux en instance de divorce de Martine Y..., se serait présenté, le 3 septembre 1983, au domicile de celle-ci. En présence de leur fils, il aurait exercé des violences sur Martine Y... et, sous la menace d'un couteau, se serait livré à des actes de pénétration sexuelle sur sa personne. Cependant, le magistrat instructeur a estimé devoir

[31] Encyclopédie juridique de l'Afrique, Droit Pénal et Procédure Pénale, sous la direction de Gilbert Mangin, 1982, p20.
[32] J.Pradel, Droit pénal général, 16eme édition, page 286

inculper X... de coups et blessures n'ayant pas entrainé d'incapacité totale de travail supérieure à huit jours avec préméditation ou guet-apens, menaces verbales avec ordre ou condition et outrage public à la pudeur ;

Saisie sur appel du Ministère public, la Chambre d'Accusation, pour confirmer l'ordonnance entreprise, retient que le mariage des époux X... n'étant pas dissout, il convient, pour assurer une répression " adéquate " des faits poursuivis de mettre davantage l'accent sur les violences physiques exercées plutôt que sur l'atteinte portée a la liberté du consentement de la victime.

Cependant la Cour de Cassation a estimé qu' « attendu qu'il est du devoir des juridictions d'instruction d'examiner les faits qui leur sont soumis sous la plus haute qualification pénale qu'ils sont susceptibles de recevoir ; attendu qu'en l'état de leurs constatations et énonciations d'où il résulte qu'à supposer les faits établis, l'inculpé se serait livré à des actes de pénétration sexuelle par contrainte ou violence sur Martine Y...., les juges ont caractérisé les éléments constitutifs du crime de viol et méconnus les principes sus énonces ».

Au Sénégal, le code pénal est également muet en ce qui concerne la question du cumul de qualification. Le juge pénal semble s'être rangé du coté de la jurisprudence française et retient alors pour un même fait matériel, parmi la palette d'infractions envisagées, celle qui comporte la qualification la plus sévère, ne prononçant donc que la peine principale unique qui ne peut excéder le maximum prévu pour l'infraction la plus grave retenue. La gravité de la peine s'apprécie en fonction de trois critères que sont sa nature, (une peine criminelle étant plus forte qu'une peine correctionnelle), son degré, (l'emprisonnement étant plus afflictif que l'amende), et enfin sa durée.

Cette option de la plus haute expression pénale entraine une seule déclaration de culpabilité à l'endroit de l'agent pénal. C'est ce qui ressort du jugement n°538 /09 rendu par le Tribunal Régional de Dakar en son audience du 9 juin 2009. Lucien Dossou Yovo avait été cité directement par le Ministère public sous la prévention d'usurpation de fonction et d'exercice illégal de la médecine.

Le tribunal a estimé que « ces deux qualifications retenues en l'espèce ne cadrent pas avec la règle du cumul idéal qui interdit qu'un même fait puisse être qualifié doublement ; qu'en pareil cas, il importe d'envisager le fait unique sous sa plus haute acception pénale qui est en

l'espèce l'usurpation de fonction qui est plus sévèrement puni. Qu'il échoit de le déclarer coupable de ce chef. »

B-L'application du texte spécial

L'application du texte spécial est une technique fréquente que le juge pénal utilise pour parvenir à appliquer la qualification adéquate, certes, mais également pour aboutir à une peine unique. Ici se pose le problème du choix du texte et de son adaptation aux circonstances de l'espèce. Il n'est plus discuté qu'il appartient certes au juge pénal de choisir la qualification adéquate dans le panel possible, la solution à cette situation n'ayant pas été codifiée. Cependant, les juges sont tenus par un principe directeur tiré de la loi : « specialia generalibus dérogeant » : une qualification spéciale s'applique en priorité par rapport à une autre qualification possible mais générale. Si un même fait tombe sous le coup d'une loi générale et d'une loi spéciale, c'est par préférence cette dernière qui doit recevoir application.

L'application du texte spécial est le corolaire de l'élimination des qualifications alternatives ou superposées ainsi que de celles équivalentes et cette solution se justifie par le fait que le législateur ayant pris le soin de prévoir une disposition spéciale, entend faire appliquer cette dernière. Ainsi, dans cette logique, « en présence de deux qualifications, l'une générale, l'autre spéciale, le juge doit retenir la qualification spéciale...et si le législateur a pris le soin de nuancer une incrimination en créant une incrimination spéciale, ce n'est pas pour la délaisser au profit de celle que l'on a voulu écarter »[33].

Il faut faire remarquer que des deux dispositions en « concours », celle dite spécial recouvre souvent la disposition générale et y ajoute une précision, une circonstance propre qui permet d'en saisir la totalité. Ainsi le juge par l'application de cette technique, avec le plus de précision possible, saisi la qualification qui sied en préférant par exemple la qualification d'infanticide ou celle de parricide à celle de meurtre.

De même, lorsque les divers actes commis tombent sous le coup d'un article de loi qui les envisage globalement, c'est ce texte spécial qui doit prévaloir. On retrouve ici la notion de cumul juridique, lorsqu'une qualification est entièrement liée à une autre qui l'englobe en tant que qualification spéciale ou constitue une circonstance aggravante, comme évoqué précédemment. Un vol commis dans une maison d'habitation ne peut être reproché, d'un côté

[33] R. Bernardini, Droit Pénal General, Introduction au droit criminel, p 253

en tant que vol, de l'autre en tant que violation de domicile, mais plutôt sur la base du texte incriminant le vol avec effraction.

Cette règle de la spécialité permet au juge d'aboutir au finish, au même titre que l'application de la plus haute expression pénale, au prononcé d'une seule peine.

C- Le maintien de l'infraction but

Cette technique figure également au nombre des procédés que le juge pénal utilise pour déboucher sur une unité de qualification et l'application d'une peine unique. Dans son principe, elle s'applique lorsqu'un fait matériel unique est susceptible de revêtir diverses qualifications, mais que le choix du juge soit complexifié par le fait que les qualifications en concours soient réprimées de la même manière. Le choix de la plus haute expression pénale ne peut donc être opéré du fait qu'il y ait au moins deux des infractions considérées qui puissent remplir ces conditions. C'est dans ces circonstances que le juge mesure l'intérêt de la technique du maintien de l'infraction but ou fin par opposition à l'infraction moyen.

Elle présente quand même dans son esprit, des similitudes avec le principe du choix de la plus haute expression pénale car elle prône l'application de la peine la plus sévère en prenant en considération « l'infraction –fin », souvent plus sévèrement réprimée.

Les deux infractions sont souvent si liées que l'inexistence de la première annihile la seconde, et le juge recherche laquelle a permis d'arriver à la commission de l'autre et l'écarte au profit de celle qui constitue le résultat final. Ainsi, l'individu qui, à l'aide d'un billet de banque falsifié se sera fait remettre des meubles peut être poursuivi autant de falsification de billets de banque [34]que d'escroquerie[35]. Mais étant donné que ces deux infractions sont punies de peines identiques, le juge doit prendre en compte le fait que le faux a été commis dans le but de rendre possible l'escroquerie et retenir cette dernière.

Le jugement n°2797 du 26 juin 2009 rendu par le Tribunal Régional Hors classe de Dakar en est une illustration. En effet, Mame Balla Sylla, poursuivi par le parquet pour faux et usage de faux et escroquerie, a été condamné pour le seul délit d'escroquerie , puisque le faux et son usage étaient destinés à escroquer la partie civile Mais le juge ne doit pas perdre de vue le fait

[34] 119 tertio du code pénal
[35] 379 du même code

que le choix qu'il opère est décisif et peut conduire à la relaxe du prévenu si jamais l'infraction but venait à être écartée.

Le juge sénégalais n'utilise pas toujours cette technique et il arrive que le juge d'instruction ordonne le renvoi pour les deux infractions, obligeant le juge du siège à statuer sur tous les deux chefs de prévention.

Il arrive même que le juge du siège en dehors des procédures d'information retienne la culpabilité de l'agent pénal pour tous les deux chefs de prévention. Cette solution, opposée à celle précitée, résulte du jugement n°1066/10 rendu par le Tribunal Régional hors Classe de Dakar en son audience du 14 décembre 2010.

Cheikh Modou Diakhaté promettait à Alioune Ndao de lui fournir une carte de séjour espagnole, un visa d'entrée en Europe et une carte de commerçant. Contre la remise desdits documents, ce dernier lui remettait la somme de 1.600.000f. Par la suite, il s'est révélé que les pièces en question étaient fausses. Le tribunal a ainsi retenu la culpabilité du prévenu pour les délits de faux et usage de faux dans un document administratif et d'escroquerie.

Paragraphe II : la pluralité de qualification des faits par le juge pénal

Si l'unité de qualification est la règle, la pluralité de qualification des faits s'impose tout de même au juge pénal. L'application de cette technique requiert que le délinquant se voie déclaré coupable de toutes les infractions commises par lui. C'est le concept de cumul d'infraction. Cependant l'application de cette technique reste conceptuelle et ne sous entend pas le prononcé de toutes les peines attachées à toutes les infractions en présence. En effet, en vertu de l'article 5 du code pénal sénégalais, "en cas de commission de plusieurs délits, seule la peine la plus forte sera prononcée".

Ce principe veut qu'un seul individu subisse une seule peine, la plus forte, lorsqu'il a commis plusieurs infractions qualifiées crimes, ou délits. Cette confusion des peines criminelles et délictuelles ne doit pas être confondue avec le principe de la plus haute expression pénale qui s'applique uniquement lorsque le fait matériel est unique, même si le résultat est quasiment le même. En France cette règle de non cumul des crimes et délits

inclue les contraventions dites de 5ème classe. Au Sénégal, devant le mutisme légal, en matière de contraventions, les peines se cumulent : il y a autant de peines prononcées que de contraventions commises.

Cependant, ces infractions diverses conservent individuellement leur caractère délictueux originel et restent pour l'avenir imputable à leur auteur, notamment sur le plan de la récidive, surtout lorsque les poursuites sont diverses.

L'article 132-4 du code pénal français dispose à ce effet « Lorsque, à l'occasion de procédures séparées, la personne poursuivie a été reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, les peines prononcées s'exécutent cumulativement dans la limite du maximum légal le plus élevé. Toutefois, la confusion totale ou partielle des peines de même nature peut être ordonnée soit par la dernière juridiction appelée à statuer, soit dans les conditions prévues ».

Et dans certains cas limitativement énumérés, le cumul des peines est appliqué : lors du concours de contraventions avec un délit ou un crime, en cas d'évasion de détenus avec violence ou bris de prison quand un prisonnier, prévenu ou accusé commet une rébellion[36].

Le système anglo-saxon, a contrario applique le cumul des peines, dit aussi cumul véritable des peines. Aux Etats-Unis, le précepte est mathématique on peut être condamné à 1000 ans de prison : le délinquant subit autant de peines que d'infractions commises et le juge cumule les peines. Ce système est du reste plus logique et plus simple dans son application, si l'on considère le trouble causé et les textes violés, chacun prévoyant une peine bien déterminée.

Le législateur sénégalais, puisque c'est de lui qu'il s'agit, fait écho à Desportes et le Gunehec, « pour que n'importe quelle peine ne soit pas un acte de violence exercé par un seul ou par plusieurs contre un citoyen, elle doit absolument être publique, prompte, nécessaire, la moins sévère possible dans les circonstances données, proportionnée au délit et déterminée par la loi. »[37] Le juge pénal sénégalais est donc parfois amené à prononcer plusieurs déclarations de culpabilités, malgré l'unicité de la peine.

Deux situations l'y conduisent en cas de pluralité d'infractions. On parle de concours d'infraction, défini par la loi comme tel « il y a concours d'infractions lorsqu'une infraction

[36] Art 192 du code pénal sénégalais
[37] F. Desportes et F. Le Gunehec, Droit Pénal General, 12e édition, economica, 2005, p 719

est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction ».[38]

L'article 132-3 du même code apporte la solution « lorsque, à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée. » Ce concours d'infraction comprend le cumul réel d'infractions et le cumul idéal.

Le cumul réel tel que décrit supra implique nécessairement, hormis les hypothèses de cumul juridique, de multiples déclarations de culpabilité. Il est on ne peut plus logique que des faits matériels divers et distincts, qui n'ont de commun que la similitude d'auteur, puissent être tous imputables à ce dernier ; et selon Puech : « Les tribunaux acceptent l'idée, selon la maxime « tot acta, tot delicta »,[39] que la pluralité de faits matériels puisse emporter pluralité d'infractions et donc de déclarations de culpabilité. »

C'est l'avis de la Cour de Cassation dans un arrêt du 24 janvier 1973[40] : Les faits qui constituent le délit de fuite ne sauraient être considérés comme de simples circonstances aggravantes du délit d'homicide ou de blessures involontaires qui a pu le précéder : il s'agit en réalité d'un délit distinct commis nécessairement dans un temps différent et caractérisé par des éléments constitutifs qui sont indépendants de ceux qui définissent les infractions prévues et réprimées par les articles 319 et 320 du code pénal.

S'agissant de la question du cumul idéal, elle trouvait sa réponse en vertu du principe de l'unicité des qualifications par le choix de la plus haute expression pénale. Pourtant certaines hypothèses de concours idéal peuvent conduire le juge à retenir plusieurs infractions en concours. Le cumul idéal est alors assimilé à un concours réel et le juge retiendra autant d'infractions que de qualifications possibles. Il en est ainsi lorsque plusieurs valeurs sociales sont heurtées (A), ou lorsque l'auteur de l'infraction a fait montre d'une pluralité d'intentions coupables (B) et enfin lorsque les dommages sont multiples (C).

A- la défense de valeurs sociales diverses

Ainsi, il arrive qu'il faille admettre le cumul de qualifications lorsqu'un unique acte porte atteinte à deux intérêts juridiques distincts protégés par la loi. Un seul et même fait va alors

[38] Article 132-2 du code pénal français
[39] Puech, Droit pénal général
[40] Cass. Crim. 24 janvier 1973 (Gaz. Pal. 1973 I 289)

provoquer des résultats différents qui se trouvent punis par des textes distincts, tous protégeant une valeur sociale spécifique. Cette solution s'applique « lorsque la situation pénale déférée au juge se caractérise par plusieurs éléments moraux distinctement incriminés et par la violation cumulative d'intérêts collectifs ou individuels distinctement protégés par les textes violés[41] . Dans ce cas, chaque infraction entraînera une déclaration de culpabilité. Si un même acte provoque la transgression de trois incriminations, l'individu sera déclaré coupable à trois reprises.

C'est l'idée qui s'infère du jugement n°5319 rendu par le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar en date du 17 novembre 2008. En effet, Mouhamadou Lamine NDIAYE, suite à une altercation, donnait des coups à Gabriel DIEDHIOU, agent de police dans l'exercice de ses fonctions, lui occasionnant des blessures. Bien que ces faits soient constitutifs de coups et blessures volontaires, au sens de l'article 296 du code pénal, le tribunal a estimé qu'il avait violé, outre l'intégrité physique, une autre valeur sociale qu'est le maintien de l'ordre public. Il y a donc lieu à cumul de qualifications du fait que cet acte porte atteinte à deux intérêts juridiques distincts protégés par la loi pénale. Le tribunal a donc prononcé une double déclaration de culpabilité, tant pour coups et blessures volontaires que pour outrage à agent dans l'exercice de ses fonctions.

Il convient de préciser que les valeurs sociales doivent êtres distinctes, c'est-à-dire fondamentalement différentes. Cependant, ni le législateur, ni la jurisprudence ne donnent d'indication sur les critères de distinction et le degré d'écart entre ces valeurs enfreintes de sorte à entrainer obligatoirement plus d'une déclaration de culpabilité. Il revient au juge pénal, armé de son seul pouvoir d'appréciation souveraine d'en définir les contours.

B- La pluralité d'intentions coupables

L'intention, élément essentiel de la trilogie infractionnelle, au même titre que l'élément légal et l'élément matériel, est définie comme la résolution intime d'agir dans un certain sens. C'est l'état psychologique de celui qui commet volontairement un fait qu'il sait prohibé. Vu sous cet angle, si du fait de l'élément légal, de la pluralité de textes violés, la culpabilité du délinquant se trouve multipliée, il est logique qu'il en soit de même lorsque le juge décèle

[41] R. Merle et A .Vitu, Traité de droit criminel, 7eme édition, Tome I, p488

chez l'agent pénal une volonté affirmée de contrevenir en même temps et par le même acte matériel, à plusieurs règle.

Si en général la jurisprudence affirmait qu'un acte doit entraîner une seule qualification en ne retenant que la plus grave des infractions, la Cour de Cassation française a retenu le cumul idéal de qualification lorsque le délinquant a volontairement commis l'acte réprimé, et ce en toute connaissance de son ou de ses caractère(s) infractionnel(s).

La référence en l'espèce reste l'arrêt Ben Haddadi et Goulam [42].Ben Haddadi a tenté de lancer une grenade dans un restaurant d'Alger. Poursuivi pour tentative de destruction d'immeuble par explosif et tentative d'homicide volontaire avec préméditation, Ben Haddadi forme un pourvoi en cassation pour violation de la règle non bis in idem : un même fait autrement qualifié ne peut donner lieu à une double déclaration de culpabilité.

La Cour de Cassation répond : " il ne s'agit pas, en tel cas d'un crime unique dont la poursuite sous deux qualifications différentes serait contraire au vœu de la loi, mais de deux crimes simultanés commis par le même moyen, mais caractérisé par des intentions coupables essentiellement différentes."[43]

Nous partons donc ici d'un même fait dont la Cour dégage deux infractions différentes au vu des intentions de l'auteur et des intérêts pénalement protégés. Cette technique permet de traiter un concours idéal de qualification en concours réel d'infraction, le juge agissant comme s'il était face à deux faits matériellement divisibles. En effet de cette même attitude psychologique, il est alors possible de concevoir plusieurs infractions toutes les fois que l'auteur a cherché par sa volonté, à violer plusieurs textes répressifs.

C- la multiplicité de dommages

C'est l'intérêt des victimes qui prévaut ici. Cette exception au principe, rappelons le, n'aura aucune incidence sur la condition du délinquant, car il n'y aura qu'une seule peine prononcée : la plus forte dans la limite maximale des infractions en concours.

« Ce sont de simples raisons pratiques qui imposent en ce cas de faire ressortir la pluralité des qualifications. Il est en effet indispensable de viser toutes les qualifications dans la poursuite

---

[42] Cass Crim 03/03/1960 BC n° 138

[43] À savoir le droit de propriété et la préservation de la vie humaine.

et dans la condamnation pour permettre à la victime la moins gravement atteinte d'obtenir réparation de son préjudice »[44].

Le juge pénal retient alors toutes les infractions en concours et ce, pour qu'une victime qui a subi une atteinte contraventionnelle puisse se faire indemniser aussi bien qu'une autre victime ayant subi, elle, des atteintes délictuelles, et qui aurait été dans l'application stricte du principe la seule à pouvoir être indemnisée en raison de l'atteinte pénale la plus grave. Et ceci pour permettre à toutes ces victimes de se constituer partie civile et de pouvoir porter leur action devant le juge civil en vue de se faire indemniser de leur préjudice. Il faut comprendre par là que l'action civile en réparation du dommage n'est ouverte qu'à ceux qui ont « personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. [45]

De ce fait, si le juge pénal applique la technique de la plus haute expression pénale, l'agent pénal dont la culpabilité n'est prononcée que pour une infraction donnée, la plus grave, ne sera astreint à réparer que le seul dommage résultant de cette infraction. Or il se peut que le fait matériel commis ait occasionné d'autres victimes qui ne pourront faire valoir leur action civile devant le juge civil ou pénal du fait de leur absence ou défaut de lien direct avec l'infraction pour laquelle cet individu est reconnu coupable.

Il faut préciser, pour clore ce chapitre, que la tâche du juge pénal est compliquée par le juge pénal lui même. En effet, un survol de la jurisprudence montre que les méthodes de déterminations de la qualification pénale adéquate, de même que les techniques qui servent à les appliquer de manière efficiente, relèvent plus de l'utopie que de la pratique judiciaire. Peu de décisions judiciaires se sont appropriées ces préceptes.

De même, il n'est pas toujours possible de suivre le cheminement, la motivation utilisée, surtout pour le juge du siège, car cette dernière n'apparait pas toujours dans le jugement définitif. Et le lecteur non initié ne peut s'expliquer le quantum de la peine, tombant comme un cheveu dans la soupe.

Au delà de toutes ces considérations, la qualification adéquate déterminée et appliquée, il convient de montrer que le juge pénal dispose d'un intervalle enviable pour se prononcer en définitive sur la qualification à retenir. Il peut donc tout au long de la procédure, procéder à des changements de qualification.

---

[44] R. Merle et A .Vitu, Traité de droit criminel, 7eme édition, Tome I, p490

[45] L'action civile en réparation de dommage causé par l'infraction appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction

CHAPITRE II : le pouvoir de modification de la qualification des faits par le juge pénal

S'il est un principe sacrosaint du droit pénal ,qui veut que l'on se situe « au temps de l'action pour apprécier les éléments constitutifs de l'infraction »[46], il n'en demeure pas moins que dans la pratique judiciaire, les pouvoirs du juge pénal se mesurent à l'aune de sa capacité, à des moment divers et très distants de la commission de l'infraction, de faire revêtir aux faits la qualification qu'il juge la plus adéquate. En effet, il dispose d'un large pouvoir de mutation de la qualification retenue par les divers acteurs de la procédure pénale. Ce pouvoir s'exerce par le truchement de divers procédés qui vont dans le sens de modifier la qualification antérieure (section I). Cette faculté est subordonnée à des conditions auxquelles le juge pénal doit veiller (section II).

Section I : l'appréciation des mutations de qualification par le juge pénal

Le juge pénal est doté de cette faculté de décider, eu égard aux faits qui lui sont soumis, de la faculté de modifier dans le sens de l'aggravation ou de l'atténuation, la qualification retenue (paragraphe I) et ce dans un espacement circonscrit (paragraphe II).

Paragraphe I : les formes de mutation de la qualification des faits

Le juge peut donc soit admettre ou adopter la qualification proposée s'il la trouve correcte, soit la modifier au profit d'une autre dans le sens de l'aggravation(C) ou de l'atténuation(B) qui peut lui paraître plus exacte et plus conforme au texte de loi, soit enfin la rejeter purement et simplement lorsque les faits ne sont pas établis en droit(A).

---

[46] R. Merle et A .Vitu, Traité de droit criminel, 7eme édition, Tome I, p 475

A-la déqualification des faits

La déqualification des faits, encore appelée disqualification, est le fait pour le juge pénal de constater que les faits qui lui sont soumis ne constituent aucune infraction à la loi pénale. Cette opération découle de l'obligation qui est faite au juge de rendre aux faits leur véritable qualification. De ce devoir découle un certain nombre de conséquences.

D'abord, lorsque le texte répressif n'existe pas, aucune qualification ne peut être retenue. Il en est ainsi lorsqu'une activité apparemment antisociale, susceptible de troubler l'ordre public ou même immorale ne viole aucune disposition légale. Tel est le cas d'un individu qui commet un inceste ou qui a des relations sexuelles normales avec une jeune fille âgée de plus de quatorze ans qui était consentante même si l'acte sexuel provoque une grossesse. N'est pas non plus punissable celui qui pratique un avortement thérapeutique ou celui qui ne paie pas le prix d'une chose, objet d'une vente régulière et parfaite. Dans ce cas, le parquet doit classer l'affaire sans suite. Si le juge d'instruction ou le tribunal est saisi, ils doivent prononcer soit le non lieu, soit la relaxe ou l'acquittement.

B -la disqualification des faits

La disqualification, au sens premier du terme, le plus évident sans doute, c'est le fait consistant pour le juge pénal « à écarter le rattachement d'un fait délictueux d'une catégorie d'infractions pour opérer son rattachement à une catégorie moins grave »[47].

Disqualifier, c'est modifier la qualification retenue au début des poursuites. Le plus souvent la disqualification consiste à descendre du niveau criminel au niveau correctionnel, ou du niveau correctionnel au niveau contraventionnel. Selon le Petit Robert, disqualifier consiste à déclasser une infraction et la reclasser dans une autre catégorie, moins sévèrement réprimée.

Le code pénal sénégalais ne donne pas d'indications de la disqualification mais la pratique considère que le juge pénal procède à une disqualification des faits qui lui sont soumis dans trois hypothèses, fortement attachées à la peine.

En premier lieu lorsqu'il remplace la première infraction retenue par une autre moins grave. La loi pénale a procédé à un échelonnement des infractions en opérant une classification des infractions. La première, la plus usitée est tripartite. Elle distingue crimes, délits et

[47] G. Cornu, Vocabulaire Juridique, Association henry Capitant, 8eme Edition, p318

contraventions. Elle trouve sa légitimité dans la gravité de la peine attachée à chacune d'entre elle. Ainsi, l'article 1er du code pénal dispose : « L'infraction que les lois punissent de peines de police est une contravention. L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit. L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime. Il y a donc disqualification chaque fois que le juge passe d'une infraction qualifiée crime à une autre qualifiée délit ; ou encore d'une infraction qualifiée délit à une autre dite contraventionnelle.

En second lieu, lorsque par l'effet de la disparition d'une circonstance aggravante de l'infraction, cette dernière devient amoindrie, le juge opère par cet exercice, une disqualification (cf. infra ; requalification). Cette atténuation de l'infraction et par ricochet de la peine découle de la loi, entrainant une « dégénérescence de la qualification de l'infraction »[48].

Il existe en outre des excuses atténuant les infractions ou plus précisément les peines qui s'y attachent, qui tout aussi légales, se différencient de l'abandon des circonstances aggravantes. En effet, d'aucun considèrent que la décroissance de la peine consécutive à l'usage de circonstances atténuantes constitue une disqualification. Mais il faut faire remarquer que l'application de ces circonstances est postérieure à la qualification de l'infraction qui est déjà cristallisée et n'a donc aucune incidence sur cette dernière. C'est l'avis de la Cour de Cassation française. Elle a estimé dans un arrêt qui ne laisse plus de place au doute que l'excuse de provocation « ne saurait dépouiller le fait retenu de son caractère, tous ses éléments substantiels continuant de subsister ».[49]

En troisième lieu, lorsque le juge pénal remplace une infraction par une autre et que la seconde soit punie d'une peine de moindre degré, moins sévère, on considère qu'il y a disqualification. Ainsi, l'escroquerie et l'abus de confiance sont tous deux des délits. Cependant la loi réprime le premier d'une peine comprise entre un et cinq ans et le second de six mois à quatre ans.

Enfin, lorsque le juge attenue le degré d'implication de l'auteur dans la participation de l'infraction, il semble qu'il disqualifie également. Cette constatation transparait de la décision du Tribunal Régional Hors Classe de Dakar n° 283/11 du 22mars 2011. Alioune NDIAYE,

[48] R. Merle et A .Vitu, Traité de droit criminel, 7eme édition, Tome I, p499

[49] Cass. Crim.25avril 1925

initialement poursuivi pour occupation illégale de terrain appartenant à autrui, le Tribunal a estimé que « attendu que le prévenu a reconnu avoir recruté le gardien trouvé sur le site ; que ce dernier occupe dés lors ledit terrain du chef du prévenu et ce sur son instigation ; que dés lors, ces actes posés traduisent une complicité de sa part. Qu'il échet de disqualifier les faits ... »

C - la requalification des faits

La requalification est l'opération par laquelle le juge restitue la véritable qualification des faits sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Ainsi, la première acception de la requalification consiste à retenir que chaque fois que le juge pénal considère que les faits qui lui sont soumis constituent une infraction différente en quelque point que ce soit de celle qui avait été préalablement retenue, il procède sans conteste à une requalification.

Requalifier, c'est aussi modifier la qualification retenue au début des poursuites, souvent pour tenir compte des éléments qui ont été apportés, soit au cours de l'instruction préparatoire, soit au cours de l'instruction d'audience. Il s'agit ici de donner une qualification définitive exacte, plus ou moins grave que la précédente. L'ordonnance en date du 11 janvier 2011 prise par le juge d'instruction du 2e cabinet d'instruction du TRHCD en est une illustration. En effet, Dieynaba Ka et Falilou Guéne étaient inculpés pour abus de confiance. Les faits révélaient qu'ils recevaient, en tant qu'agents d'une structure de la place chargé de favoriser l'émigration, des sommes d'argent versées par les éventuels candidats.

L'instruction subséquente permettait au juge d'instruction d'analyser les faits en escroquerie, puisqu'en réalité la société était fictive. Pour ordonner le renvoi de ces derniers en police correctionnelle, le juge a retenu qu' « attendu que le fait de mettre en place une structure ayant l'apparence d'une société pour faire croire à un plan d'émigration « légal » participe d'une mise en scène caractéristique d'une manœuvre de la part des responsables que sont Dieynaba Ka et Falilou Guéne ».

Vu sous l'angle de la restitution de la qualification exacte, l'opération de requalification peut parfois coïncider avec une disqualification. Ainsi, le juge utilise le vocable tout en retenant une infraction de moindre envergure. C'est ainsi qu'a procédé le juge d'instruction du premier cabinet du Tribunal Régional Hors classe de Dakar dans une ordonnance en date du 08 décembre 2009, intitulée ordonnance de requalification et de renvoi en police correctionnelle.

La lecture de cette décision permet de se rendre compte que le juge d'instruction a substitué l'infraction de recel à celle de vol.

La requalification coïncide également, et c'est le sens le plus connu du terme à augmenter la gravité de l'infraction au contact d'autres circonstances. En effet, la loi prévoit des contingences qui, lorsqu'elles sont concomitantes à la commission de l'infraction, viennent l'aggraver. Il en est ainsi des articles 366 et 368 du code pénal qui prévoient les circonstances aggravantes du délit de vol [50] ; de même constituent des circonstances aggravantes l'action dirigée contre un mineur de moins de moins de 13 ans[51], parfois contre une femme enceinte ou une autre personne particulièrement vulnérable[52] ; l'action dirigée contre une personne se trouvant dans l'exercice de ses fonctions [53]ou l'abus d'autorité dans l'exercice des fonctions, suivi d'effet[54] .

Dans une décision de 1959 déjà, le juge de première instance de Ziguinchor, en son audience du 26 juin de la même année soutenait : « attendu que par citation du 25 mai 1959, les trois prévenus voient retenir contre eux le délit simple de coups et blessures volontaires ; que le Tribunal peut rétablir la véritable qualification des faits qui lui ont été soumis en s'inspirant uniquement des faits même de la prévention ; que la qualité de chef de canton de la victime ne saurait faire de doute ; attendu qu'il résulte des débats que c'est dans l'exercice de ses fonctions que ledit chef de canton a été pris à partie et frappé puisque nul ne nie que c'est son opposition à une réunion politique qui a été la cause inutile de ces incidents, les déclare coupables du délit de violences et voies de fait à citoyen chargé d'un ministère de service public dans l'exercice de ses fonctions. »

Il faut cependant préciser, après la définition qui a été faite, que ces concepts recoupent chacun un sens précis qui affecte le reste de la procédure et ce sur différents points. Il s'agira du fait de la nouvelle infraction retenue, de ne pas occulter la compétence du juge pénal lui même.

Pourtant, il est à noter que malgré la précision qui caractérise chacun de ces concepts, le juge pénal sénégalais utilise parfois avec une certaine indifférence les termes de requalification et

---

[50] Au nombre desquels figurent l'usage d'armes, la réunion, les menaces ou violences, la circonstance de la nuit...
[51] Art 320 du code pénal
[52] Article 294 du code pénal
[53] Art 185 à192du code pénal
[54] Art 169 du même code

disqualification sans que le contenu de l'ordonnance ou du jugement ne corresponde à la dénomination utilisée.

Paragraphe II : l'intervalle de mutation de la qualification

L'intervalle de mutation représente ici l'espace de temps plus ou moins large entre le moment de la saisine du juge pénal et la décision définitive. En effet, aussi longtemps que la décision judiciaire n'est pas encore devenue irrévocable, toute qualification est susceptible de modification. Au fur et à mesure que progresse la procédure, l'autorité compétente peut, à la lumière des éléments nouveaux, abandonner la qualification première pour en adopter une nouvelle, car « le juge d'instruction, par la suite, peut aussi retenir une autre qualification, comme d'ailleurs la juridiction de jugement saisie ...il y a donc une liberté du juge dans l'opération de qualification »[55].

Après cette substitution, elle peut même revenir à la première qualification si elle l'estime plus conforme à la loi. Cette opération dite « *de qualifications successive* » se poursuivra ainsi jusqu'au moment où il sera établi que la qualification retenue correspond exactement à celle prévue par la loi à l'exclusion de toute autre. Cette mutation peut intervenir au début de la procédure(A), en cours (B) ou à la fin (C).

A- La mutation au moment de la saisine du juge pénal

La mutation de la qualification des faits dont le juge pénal peut être à l'origine est plus du ressort du juge d'instruction que de celui du juge du siège. En effet, au stade de la saisine le tribunal saisi ne dispose pas de la faculté de modifier la qualification de l'acte de saisine. C'est plutôt l'apanage du juge d'instruction qui peut, dés le réquisitoire introductif, apprécier de la qualification.

Les articles 42 et 71 du code de procédure pénale font obligation au juge d'instruction de n'informer qu'en vertu d'un réquisitoire introductif du parquet ou d'une plainte avec constitution de partie civile. Cependant, une fois le stade de la saisine franchie, il dispose d'un large pouvoir d'apprécier l'angle pénal sous lequel les faits de l'espèce devront être déférés ou pas à la juridiction de jugement.

---

[55] R. Bernardini, Droit Pénal General, Introduction au droit criminel, p248

En vertu de la saisine in rem, le juge d'instruction doit se limiter aux faits pour lesquels il est saisi. Mais n'étant pas saisi « in jus », il lui appartient au stade de la saisine déjà, de vérifier, avant de procéder à l'inculpation, que la qualification que le parquet à donné aux faits est exacte.

En effet, « on admet généralement qu'il n'est pas saisi in jus, c'est-à-dire de la qualification juridique apportée aux faits par le parquet, ce qui l'autorise à bon droit , chaque fois qu'il se trouve devant une qualification qui ne lui parait pas être la bonne, de substituer sa propre qualification à celle donnée par le magistrat poursuivant »[56]. Pour ce faire, il peut requalifier les faits, les disqualifier, ou les déqualifier.

Si le juge d'instruction, requis directement par le parquet opte pour l'une des deux premières méthodes, il inculpe pour l'infraction qu'il aura retenue et continue sa procédure d'information après avis d'ordonnance contraire. C'est surtout la décision de déqualifier les faits dès l'étape de la saisine qui impacte le plus car le fait pour le juge d'instruction de retenir que les faits objets de la saisine ne constituent pas une infraction à la loi pénale l'oblige à prendre une ordonnance dite de refus d'informer. Par cette dernière, le juge d'instruction informe le parquet de la décision qui est sienne de ne pas poursuivre l'information et ce du fait que les faits de l'espèce ne rentrent dans aucune catégorie juridique répressive. Le parquet peut relever appel auprès de la chambre d'accusation qui tranche définitivement le litige.
Il en est ainsi de l'arrêt n° 10 du 19 janvier 2010 où la juridiction d'appel a estimé « considérant qu'au regard des faits de la cause et des éléments du dossier, les faits ne peuvent porter aucune qualification pénale encore moins celle d'escroquerie au jugement ; qu'en effet, il serait plus opportun d'explorer la voie civile ; qu'il s'ensuit que l'ordonnance entreprise doit être confirmée. »

A contrario, après réception d'une plainte avec constitution de partie civile, le juge d'instruction transmet au parquet les pièces du dossier, et ce afin de provoquer un réquisitoire introductif[57]. Ce dernier peut adresser au magistrat instructeur un réquisitoire aux fins de non informer.[58]Dans ce cas de figure, le juge d'instruction, ne se départit pas pour autant de son pouvoir d'apprécier si les faits constituent bien une infraction et il lui est loisible de prendre

---

[56] Mahawa Sémou Diouf, in de l'indépendance du juge d'instruction dans la conduite de l'information préalable. p13
[57] Article 77 du code de procédure pénale
[58] S'il estime que les faits n'admettent aucune qualification pénale ou pour l'une des causes affectant l'action publique.

une ordonnance de refus de non informer, appelée également « ordonnance aux fins d'informer » ou «ordonnance portant refus de s'abstenir d'informer » ou encore « ordonnance de refus de non informer et d'ouverture d'une information ».

Tel a été l'avis du juge d'instruction du premier cabinet d'instruction du Tribunal Régional Hors Classe de Dakar , qui, suite à un réquisitoire de refus d'informer du parquet, a avancé dans une ordonnance d'informer du 30 avril 2003, « attendu que les faits dénoncés dans la plainte peuvent bien recevoir une qualification pénale susceptible d'aboutir à une condamnation pénale s'ils sont démontrés ;dés lors, l'argumentaire du ministère public basé sur l'inexistence de pièces justificatives pourrait tout au plus justifier un réquisitoire contre personne non dénommée et non un réquisitoire de refus d'informer... ».
C'est également dans ce sens que le juge d'instruction du premier cabinet de Ziguinchor a rendu une ordonnance de refus de non informer ,suite à un réquisitoire de non informer du parquet, estimant que les faits contenus dans la plainte « peuvent être légalement qualifiés sur la base des articles 16 du décret 89-690 ,146 et 132 du code pénal.

Pourtant, il est de l'avis de certains juges que les dispositions de l'article 101 alinéa 2 font obligation au juge d'instruction de reprendre la qualification donnée par le parquet. Cet article dispose « Ensuite le juge d'instruction constate son identité, lui fait connaître expressément chacun des faits qui lui sont imputés... ».
Il faudrait comprendre par là les faits qui lui sont imputés par le parquet. Cette solution nous semble des plus erronées et l'arrêt n° 133/95 de la chambre d'accusation le rappelle avec bonheur : « considérant qu'il n'est pas utile de retenir qu'en droit, la qualification des faits par le ministère public n'est qu'indicative pour le juge d'instruction, laquelle qualification ne s'impose pas à lui alors surtout qu'il est saisi in rem ».

B-La mutation en cours de procédure par le juge pénal

En cours de procédure, le juge d'instruction peut modifier l'infraction visée dans le procès verbal de première comparution en prenant une ordonnance de requalification ou de disqualification en cours d'information. Ce cas de figure se présente surtout lorsqu'il est saisi de plusieurs infractions et que plusieurs personnes sont inculpées. Le juge d'instruction agit de la sorte pour clarifier la situation et recentrer la recherche de charges suffisantes. À ce

stade, une ordonnance de non lieu ou de non lieu partiel peut également émaner du juge d'instruction, et ce s'il se rend compte que les faits imputés à un inculpé ne constituent ni l'infraction pour laquelle il a été inculpé, ni une autre. En effet, « des ordonnances portant non lieu partiel peuvent intervenir en cours d'information ».[59]

C'est ainsi que le juge d'instruction du premier cabinet du Tribunal Régional Hors Classe de Dakar a rendu une ordonnance de non lieu partiel en date du 08 aout 2001 concernant Maitre Aissatou Gueye Diagne , inculpée de détournement de deniers privés, faux en écriture comptable, émission de chèques sans provision, usage de faux ; ladite ordonnance intervenant en cours de procédure, prononçait le non lieu uniquement du chef de détournement de deniers privés.

Cependant, il n'est pas très prudent de la part du juge d'instruction, tout au long de l'information, à moins qu'il soit certain d'avoir toutes les informations nécessaires, de modifier officiellement la qualification initialement retenue. En effet, il n'est pas exclu qu'avant la fin de l'instruction, il se rende compte, sous l'éclairage de révélations ou d'éléments que sa nouvelle qualification est erronée. Il faut préciser que la requalification opérée par le juge d'instruction en cours de procédure ne doit pas être considérée comme un règlement définitif rendant obligatoire l'ordonnance de soit communiquée adressée au parquet pour lui permettre de prendre ses réquisitions, et ce pour la simple raison que l'information n'est pas en l'état, terminée.

Entretenant la confusion, un arrêt de la cour suprême n° 39 du 30/07/1986 décidait « attendu qu'en se bornant à prononcer prématurément une disqualification des faits sans avoir observé les formalités de l'article 169, ni ordonner le règlement de la procédure, le magistrat instructeur a méconnu les dispositions essentielles du titre susvisé du code de procédure pénale ».

En cours de procédure, il n'est pas opportun, pour le juge du siège de modifier la qualification visée par l'acte de saisine. Car le jugement définitif lui laisse toute la latitude de le faire. D'ailleurs, modifier la qualification en cours de procédure l'astreint au respect de certains impératifs qu'il lui est plus facile de respecter en fin de procédure.

[59] Article 176 du code de procédure pénale

C-La mutation en fin de procédure par le juge pénal

C'est en fin de procédure que le juge d'instruction, généralement, procède aux mutations qu'il entend faire subir à la qualification. En effet, après avoir permis au parquet de prendre ses réquisitions dans le sens que ce dernier voudra bien, lui permettant ainsi, à la lumière des seuls éléments du dossier, de qualifier les faits selon son entendement, le magistrat instructeur prendra en toute liberté son ordonnance de renvoi. Au cours de cette procédure, dont l'achèvement le dessaisi, le juge d'instruction pourra adopter la qualification qui lui semble la plus exacte et sous laquelle le tribunal sera saisi.

C'est à ce stade que les pouvoirs de modification de la qualification des faits sont les plus accrus pour le juge du siège. La juridiction peut donc requalifier les faits, les disqualifier ou les déqualifier, modifiant la qualification qui lui est proposée dans n'importe quel sens. Le juge pénal qui prend la responsabilité de changer la qualification requise doit d'abord vérifier si cette dernière retenue est conforme ou pas au fait matériel dont il est saisi.
C'est le principe de la spécialité qui veut qu'il discute d'abord de l'infraction ou des infractions de la saisine selon la qualification retenue par l'acte de saisine du tribunal, vérifiant si le fait matériel dont il est saisi coïncide bien avec le fait juridique visé. Il est dans ce cas d'espèce face à diverses hypothèses distinctes.

En premier lieu, les faits de la saisine peuvent coïncider avec l'infraction de saisine et auquel cas, le juge n'a plus qu'a prononcer la déclaration de culpabilité et la peine qui y est attachée. En second lieu, le juge pénal peut extirper des débats et des déclarations des parties à l'audience une circonstance aggravante non visée par l'acte de saisine, cette découverte l'obligeant à requalifier avant de déclarer la culpabilité et de prononcer la peine ;

Mais lorsque cette autorité, après avoir exploré la voie de la spécialité et s'être rendu compte que les faits ne constituent pas l'infraction visée, ne peut pas sous ce prétexte, prononcer la relaxe pure et simple de l'agent pénal. Elle doit procéder à une autre opération dite de généralité qui lui impose de rechercher si les faits de la saisine ne constituent pas une autre infraction à la loi pénale.

Elle le fera naturellement à la lumière des éléments nouveaux apparus au cours des débats ou même en l'absence de ceux-ci lorsqu'elle estime qu'il y a eu une erreur de droit dans la qualification. Elle est assujettie, pour ce faire à l'article 414 du code de procédure pénale

sénégalais et ne pourra prononcer la relaxe non sans avoir vérifié que les faits ne constituent ni l'infraction de départ, ni une quelconque autre entorse à la loi.

Pour ce faire, partant du principe que le juge est saisi des faits avec toutes leurs conséquences, fussent-elles légalement aggravantes lors même que la citation n'en a pas fait état et qu'il n'est nullement lié par toutes les qualifications antérieures subies par les faits, quelle que soit l'autorité qui y a procédé, « Le juge pénal a le droit et le devoir de caractériser les faits de la prévention sous toutes les qualifications dont ils sont susceptibles et de restituer aux faits leur exacte qualification »[60].

C'est ainsi qu'a procédé le Tribunal Correctionnel de Dakar en son audience du 18 décembre 2009. Saisi d'une ordonnance de renvoi du juge d'instruction du 6e Cabinet concernant Moussa Diallo sous la prévention de coups mortels, le juge pénal a d'abord écarté l'article 294 en ces termes « il n'est pas démontré dans le dossier que ce sont les coups de Moussa Diallo qui ont entrainé la mort de la victime même s'il n'est pas discuté que les deux parties se sont bagarrées. Le délit de coups et blessures ayant entrainé la mort sans intention de la donner n'est pas établi ». Avant d'ajouter « que contrairement aux allégations du prévenu selon lesquelles c'est après avoir informé son patron qu'il a remarqué que la victime est morte des suites de ses blessures. Qu'il est constant comme le reconnait le prévenu qu'il avait ligoté la victime des deux mains et pieds alors que celle-ci était entrain de saigner même s'il l'ignorait, ce qui l'a empêché de le secourir. Qu'ainsi sa négligence et sont imprudence ont entrainé la mort de la victime. Qu'en conséquence, il y a lieu de disqualifier les faits en homicide involontaire en application de l'article 307 du code pénal.

Enfin, lorsque les faits de la saisine ne constituent après toutes les vérifications d'usage précitées, aucune infraction, le juge prononce la relaxe pure et simple du prévenu.

Cette mutation de qualification ne doit pas être effectuée non sans avoir, postérieurement, veillé à certaines règles d'ordre public auquel il ne saurait être dérogé sous aucun prétexte.

[60] R. Bernardini, Droit Pénal General, Introduction au droit criminel, p 248

SECTION II : les impératifs attachés à la mutation de qualification des faits par le juge pénal

D'aucuns estiment que « les pouvoirs du juge se sont considérablement accrus depuis une trentaine d'années. Dans le souci d'une bonne administration de la justice, le juge interfère dans le procès. Cette règle de l'intrusion du juge se manifeste notamment à travers son pouvoir de requalification »[61]. Ce pouvoir de mutation de la qualification initiale n'est pas absolu et arbitraire. Il nécessite de la part du juge pénal un travail pointilleux et l'oblige à vérifier s'il reste compétent pour connaître de l'infraction (paragraphe I) et au cas contraire de renvoyer à l'autorité compétente (paragraphe II).

Paragraphe I : l'obligation de vérification de compétence

Il est en effet une importante règle procédurale aux termes de laquelle dés la saisine, le juge doit vérifier s'il est compétent. De même, chaque fois qu'il procède à une mutation portant sur la qualification, il vérifie si l'infraction ressort de sa compétence. Auquel cas, comme explicité supra, il prononce la peine. Lorsque, par l'effet du changement de qualification, le fait demeure de la compétence normale de la juridiction saisie, celle-ci doit statuer sur lui.

Cependant, dans le cas où une disqualification donne au fait une nature moins grave que celle qu'il avait d'abord (crime, il devient délit, par ex.), le code de procédure pénale prévoit plusieurs situations.

Si la juridiction saisie est la Cour d'assises, elle demeure compétente et statue sur la qualification nouvelle qui sera l'objet d'une question subsidiaire. Cette faculté découle de la plénitude de compétence dont elle est dépositaire. A cet effet, la cour peut « prononcer une peine correctionnelle »[62] ;

Idem, si c'est une juridiction correctionnelle qui est saisie et qui constate avoir, par erreur, été saisie d'une contravention, elle doit statuer malgré la modification dans la nature du fait, même si les parties demandent le renvoi de l'affaire devant le tribunal de police. En effet « si le tribunal régulièrement saisi d'un fait qualifié délit par la loi estime, au regard des débats,

---

[61] Jacques Normand, le juge et le fondement du litige, in mélanges P. Hebraud, p 595 ;
[62] Article 338 du code de procédure pénale

que ce fait ne constitue qu'une contravention, il prononce la peine... »[63] La solution retenue est la même pour le juge d'instruction qui, lorsqu'il disqualifie les faits ou les requalifie, prononce tout de même le renvoi devant la juridiction compétente.

Ces dérogations, sans violer pour autant les règles de compétences qui veulent que les crimes soient de la compétence de la Cour d'Assises, les délits du tribunal correctionnel et que les contraventions soient jugées par le tribunal de simple police, ont pour objectif de préserver une bonne administration de la justice. Car le fait pour une juridiction dite supérieure qui connait de faits réprimés d'une peine plus grave de pouvoir statuer sur une infraction qui ressort de la compétence d'une juridiction inferieure simplifie les procédure et les rouages de la justice, surtout pour les justiciables.

Le juge d'appel et le juge de cassation examinent la nouvelle qualification et procèdent également de la même manière en ce qui concerne la compétence. Car ni l'un ni l'autre ne sont liés par la qualification du premier juge. Ils doivent, à leur tour, examiner l'exactitude de la première qualification.

Il y a lieu de noter cependant qu'en France , la Cour Suprême de justice, en matière de cassation, a été amenée à rectifier la qualification du juge du fond sans pour autant casser la décision, en vertu de la « théorie dite de la peine justifiée ».En effet, lorsqu'elle constate que le juge du fond a commis une erreur de qualification par exemple en retenant l'escroquerie au lieu de stellionat et que la peine prononcée est comprise entre les limites prévues par la loi ou si elle aurait pu l'être tout aussi bien avec l'adoption de la qualification exacte, la Cour Suprême rectifie l'erreur dans ses motifs ou dispositifs mais n'annule pas la décision car elle estime que, la peine prononcée étant justifiée, il est sans intérêt pratique de procéder à la cassation de la décision entreprise.

Paragraphe II : la déclaration d'incompétence et le renvoi à l'autorité compétente

Dans tous les cas de requalification, au sens d'aggravation de l'infraction retenue, le juge est plus astreint encore à vérifier sa compétence car dans la plupart des cas, il ne devra pas se prononcer sur la culpabilité, encore moins sur la peine.

[63] Article 453 du code de procédure pénale

Car si après la nouvelle qualification, le fait ressortit à la compétence d'une juridiction plus élevée dans la hiérarchie, le tribunal saisi doit déclarer son incompétence. Ainsi, lorsque le tribunal de simple police requalifiant les faits, estime qu'ils constituent une infraction dont il ne peut apprécier, il se déclare incompétent. C'est le sens de l'article 528 du code de procédure pénale qui dispose «si le tribunal de simple police estime que le fait constitue un crime ou un délit, il se déclare incompétent... ». Le juge du tribunal départemental doit faire le départ entre les contraventions et les délits de sa compétence sous réserve de la loi 84-20 du 02 février 1984 fixant les attributions des tribunaux départementaux en matière correctionnelle. Car il est possible que suite à la requalification intervenue la contravention devenue délit soit de la compétence du tribunal régional et non du tribunal départemental statuant en matière délictuelle. La déclaration d'incompétence est toujours de rigueur.

Enfin, lorsque le tribunal correctionnel requalifie le délit dont il est saisi en un crime, il peut décerner contre le prévenu un mandat de dépôt ou un mandat d'arrêt, certes, mais l'article 456 du même code lui prescrit également de se déclarer incompétent.

Mais il faut faire remarquer que le tribunal qui se déclare incompétent ne peut directement désigner le juge compétent. De même, il ne peut pas retourner la procédure au juge d'instruction auteur de l'ordonnance de renvoi. En effet, ce dernier est dessaisi.

Dans tous ces cas où le tribunal saisi, en raison de la requalification des faits, estime que le caractère de ces derniers excède sa compétence, il doit après s'être déclaré incompétent, renvoyer l'affaire au Ministère public, afin que celui-ci puisse orienter le dossier vers la juridiction qui lui donnera la suite convenable : tribunal correctionnel, si l'infraction se révèle être un délit qui paraît pouvoir être jugé sans autre formalité, ou juge d'instruction si une information s'impose (délit correctionnel nécessitant des recherches plus poussées, crime pour lequel une instruction est obligatoire).

La formule consacrée consiste à « renvoyer le Ministère public à se pourvoir ainsi qu'il avisera » selon les articles 456 et 528 du code de procédure pénale sénégalais et les articles 469 et 540 du Code procédure pénale français.

Partie II : Les limites du pouvoir de qualification des faits par le juge pénal

A partir du moment où l'intention coupable est prouvée, le tribunal la saisit irrévocablement. Ce principe de la cristallisation de la qualification au temps de l'action n'a pas une portée absolue, car il n'est pas applicable en tout temps et en toute circonstance. En effet, il est des circonstances qui rendent toute qualification impossible, et ce du fait de la loi et de la réglementation en vigueur (chapitre I). La jurisprudence a également fait sienne certains principe qui pour une large part, entravent le pouvoir de qualification par le juge pénal des faits de la saisine (chapitre II).

Chapitre I : les limites textuelles du pouvoir de qualification des faits par le juge pénal

Certaines dispositions textuelles entament la liberté de qualification dont le juge pénal dispose pour qualifier les faits. Les textes en question sont autant de dispositions législatives que réglementaire qui prescrivent parfois que la qualification originelle ne puisse être remplacée par une autre (section I), tandis que dans d'autres hypothèses, ils constituent des obstacles à la qualification des faits elle même par le juge pénal (section II).

Section I : de l'existence de qualifications immuables

Les qualifications immuables sont celles que le juge pénal ne peut modifier sous aucun prétexte. Elles obéissent souvent à un régime particulier qui justifie ce traitement dérogatoire. Ce sont principalement les délits de presse (paragraphe I) et les infractions douanières (paragraphe II).

Paragraphe I : des délits de presse

Les délits de presse sont définis comme les infractions dont la commission nécessite un élément de publicité qui peut se réaliser non seulement par la voie de la presse ou du livre, mais par tout autre moyen de diffusion. Les délits de presse, au Sénégal sont classés selon la

distinction qui s'infère du code pénal en deux catégories : ceux qui portent atteinte à la chose publique et ceux qui portent atteinte aux particuliers.

Les délits portant atteinte à la chose publique sont principalement l'offense au Président de la République et la diffusion de fausses nouvelles.

L'offense au Président de la République est prévue et punie par l'article 254 du code pénal qui dispose « L'offense au Président de la République par l'un des moyens énoncés dans l'article 248 est punie ... ». Quand à la diffusion de fausses nouvelles, elle est réprimée en ce sens « la publication, la diffusion, la divulgation ou la reproduction, par quelque moyen que ce soit, de nouvelles fausses, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers ... ».

Le code pénal ne donne pas de définition des concepts précités et il convient de se reporter à la jurisprudence française qui sert souvent de palliatif.
L'offense au chef de l'Etat est ainsi définie comme « toute expression offensante ou de mépris, toute imputation diffamatoire qui pourrait porter atteinte à l'honneur et à la dignité du Président de la République » tandis que les fausses nouvelles sont « toutes nouvelles mettant en péril les relations internationales, ou dont le caractère mensonger est établi de façon précise , des nouvelles dont la mauvaise foi est caractérisée par la négligence de l'auteur qui n'a pas fait les diligences nécessaires pour le vérifier[64] :

Quand aux délits portant atteinte aux particuliers, ce sont principalement la diffamation et l'injure. L'injure est au sens du code pénal « Toute expression outrageante, tout terme de mépris relatif ou non à l'origine d'une personne, toute invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait » tandis que « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. »
La qualification des faits constitutifs de délits de presse obéit, au Sénégal aux dispositions du code de procédure pénale. Mais ces dispositions textuelles sont fortement inspirées des termes de l'article 50 de la loi française L. 29 juillet 1881 sur la presse : aux termes dudit article « si le ministère public requiert une information, il sera tenu, dans son réquisitoire, d'articuler et de qualifier les provocations, outrages, diffamations et injures à raison desquels la poursuite est intentée avec indication des textes dont l'application est demandée à peine de nullité de

[64] Cassation criminelle, 19 mars 1953 ;

ladite poursuite ». L'acte qui met en mouvement les poursuites doit articuler et qualifier, tant en France qu'au Sénégal, les faits incriminés.

Passé ce stade des poursuites, la loi est muette sur le pouvoir de qualification des faits dont le juge pénal dispose mais la jurisprudence semble en avoir déduit que les juridictions répressives ont certes le droit de substituer, à une qualification visée par cette loi, une qualification de droit commun.

Et puisque le réquisitoire introductif et la plainte avec laquelle il se combine fixent irrévocablement la nature et l'étendue des poursuites quant aux faits et à leur qualification, le juge d'instruction ne peut modifier, d'après les résultats de l'information, la qualification originairement donnée aux faits poursuivis, sauf les cas où l'infraction peut être requalifiée en infraction de droit commun ou lorsque, faute d'éléments caractérisant la publicité, le délit de diffamation est susceptible de constituer la contravention de diffamation non publique. Le magistrat instructeur sera fondé, bien sûr, à rendre une ordonnance de non-lieu si l'information démontre qu'aucune infraction n'est constituée.

Mais ce pouvoir de qualification ne saurait s'étendre outre mesure aux autres infractions prévues par la même loi. Il est donc interdit au juge pénal français de permuter entre elles deux qualifications visées par cette loi, ou de substituer à une qualification de droit commun une qualification prévue par cette loi (par ex. remplacer une qualification d'outrage, art. 433-5, Code pénal, par une qualification d'injures, art. 31, L. 1881).

Au Sénégal, le juge pénal semble ne pas avoir véritablement une ligne de conduite univoque dans le sens ou certains juges s'attèlent à conserver une large marge de substitution de qualification en la matière. Il en est ainsi du jugement n° 539/09 du 09 juin 2009 où le juge pénal a soutenu « attendu que les faits diffamatoires n'ont pas été commis par un des moyens de diffusion publique prévus par l'article 248 du code pénal ; qu'il y a lieu de les disqualifier en injures non publiques . » .

D'autres par contre s'interdisent de permuter deux qualifications constitutives de délits de presse et prononcent plutôt la relaxe du prévenu. C'est cette ligne de conduite que reflète la décision n°980/10 rendue par le TRHCD où le juge a estimé que le délit de diffamation n'était pas constitué et n'a pas recherché si une autre infraction pouvait être imputée aux prévenus.

Paragraphe II : des infractions douanières

Aux termes de l'article 219 du Code des Douanes, l'infraction douanière recoupe « toute action, omission ou toute abstention qui viole les lois ou règlements et qui est passible d'une peine prévue par le Code des Douanes ». Sont également constatées et poursuivies comme telles les infractions aux lois et règlements non codifiées mais dont l'application est confiée à l'Administration des Douanes.

Les infractions douanières sont saisies de diverses manières par l'administration des douanes qui peut agir sur enquête simple ou par la voie de constatations. Chaque comportement entraîne des conséquences attachées à la preuve des actes accomplis.

Ces divers procédés donnent souvent naissance à des procès verbaux de saisie, de constat et autres exploits de douane qui peuvent être rangés en deux catégories : Les procès verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire et les procès verbaux crus jusqu'à inscription de faux ;

Il résulte de l'article 232 du code des douanes que « les procès-verbaux de douane rédigés par deux agents des Douanes et les procès-verbaux en constatant des infractions douanières rédigées par deux agents assermentés parmi ceux visés à l'article 220 du présent Code font foi jusqu'à inscription de faux des constatations matérielles qu'ils relatent. »

La foi due au Procès-verbal ne s'étend donc, outre la circonstance de la réunion, qu'aux constatations matérielles qu'il relate, c'est-à-dire au fait matériel qu'il constate.

Ce fait matériel parfaitement défini par la description objective de sensations ou perceptions basées sur l'impulsion sensible, ne laisse aucune place à aucune fiction psychologique. C'est donc ce type de constatation qui fait foi, celui que les agents verbalisateurs ont pu constater par le simple usage de leurs sens, ou par des moyens matériels propres à en vérifier l'exactitude.

Et La jurisprudence considère comme relatant des faits matériels, les constatations impliquant les cinq sens, plus précisément les constatations de visu (computation du nombre de fraudeurs, le fait qu'ils marchent en bandes, l'emplacement de la saisie etc.), les constatations par l'ouïe (identités déclarées par des fraudeurs, le fait de témoigner, de passer des aveux) ; les constatations par l'odorat ou le toucher (matière de la marchandise, café à moudre, tabac, tissus) ; les constatations gustatives (alcools) .

L'article 240 du code des douanes dispose « le Procureur de la République ou son Délégué, saisi d'une procédure en matière douanière, dispose de l'action à exercer en vue de l'application des peines. Toutefois, dans la mise en œuvre de cette action, le magistrat du parquet retient comme base des poursuites à intenter la qualification des faits donnée par l'Administration des Douanes et l'évaluation de la valeur des marchandises faite par le receveur-poursuivant compétent. Dans tous les cas, le parquet reste lié par ces deux éléments de la procédure... »

Il s'infère de ces dispositions légales que la procédure en matière douanière fait obligation au parquet de s'en tenir strictement à la qualification donnée par les autorités de la douane, et ce quel que soit le mode de preuve présenté par cette administration. En effet, « alors, d'une part, qu'en matière douanière, l'objet de l'inculpation et l'étendue de la poursuite sont fixés par le procès-verbal de constat ; que, dès lors, pour être régulière et saisir la juridiction de jugement, la citation doit porter sur les faits tels qu'ils ont été qualifiés dans le procès-verbal de constat »[65]. La marge de qualification est donc légalement annihilée pour le maître des poursuites.

Mais quid du juge pénal ?

De prime abord, la réponse in globo semble être que le juge pénal conserve sa liberté de qualification puisque ce sont les faits matériels qui lui sont soumis qui le lient, et non la qualification sous laquelle ils sont poursuivis. Et dans l'hypothèse ou le procès verbal de la douane ne vaut qu'à titre de simple renseignement, l'application des règles de droit commun est des plus naturelles. Lorsque le Procès Verbal ne contient que la constatation de faits d'où peut être déduite l'infraction, le juge est lié quant à la réalité et à l'exactitude de ces faits, mais il a le même pouvoir d'appréciation qu'en droit commun, pour déduire les conséquences légales de ces faits. C'est ainsi qu'en général, il peut estimer soit que les faits constituent une présomption suffisante d'infraction, soit au contraire, que ces faits sont insuffisants pour l'établir.

Mais dés lors que l'on se trouve dans l'une des hypothèses prescrites par l'article 262 du code des douanes et que le procès verbal annexé à la procédure fasse foi jusqu'à inscription de faux, le juge pénal doit se rendre à l'évidence que son pouvoir de qualification est fortement entamé. La preuve contraire n'étant pas admissible contre les faits dont les Procès Verbaux font foi jusqu'à inscription de faux, si le prévenu n'a pu, à l'aide des moyens indiqués ci-

[65] Cour de Cassation, Chambre criminelle du 5 mai 1997, Bulletin criminel 1997 N° 164 p. 537. Décision attaquée : Cour d'appel de Besançon (chambre correctionnelle), 14 Novembre 1995

dessus, efficacement combattre les énonciations desdits Procès Verbaux, les faits relatés par les verbalisateurs, constituent la vérité légale, et s'imposent au juge. [66]

De plus, les infractions douanières présentent la particularité certaine de prendre en compte dans leur qualification des critères de quantité, de conditions d'interpellation et souvent de produit et la différence fondamentale entre délits et contraventions de douane repose d'ailleurs essentiellement sur la catégorie de marchandises objet de l'infraction. Cette catégorisation des marchandises combinée avec la violation des règles fondamentales régissant le droit douanier permet de qualifier correctement les infractions douanières. Il serait hasardeux pour le juge pénal de procéder à des mutations de qualification à la suite de la qualification faite par l'administration douanière et ce eu égard à la technicité de la matière.

Les tribunaux ne peuvent plus dés lors, user du pouvoir souverain d'appréciation qui leur est normalement dévolu en droit commun. Ils doivent tenir les faits pour constants, même si ces faits leur paraissent invraisemblables. Ils ne peuvent substituer à ces faits leur opinion personnelle, ou la connaissance personnelle qu'ils en auraient. Lorsque le Procès Verbal contient la constatation matérielle et directe des faits constitutifs de l'infraction, comme c'est généralement le cas pour les Procès Verbaux de saisies, ce dernier constitue la preuve complète de l'infraction.

Le juge pénal ne peut dés lors relaxer le prévenu sur de simples allégations ou dénégations de sa part, admettre une excuse qui serait contredite par les énonciations du Procès Verbal, et à plus forte raison, acquitter le prévenu au bénéfice du doute. Vu sous cet angle, la présomption de vérité attachée au fait matériel exclue toute déqualification, du moment que la matérialité de l'infraction n'est plus discutée et que cette dernière est considérée comme telle par une disposition du code des douanes.

[66] Cassation criminelle du 01/02/1822).

Section II : les obstacles intangibles à une quelconque qualification

Outre les qualifications immuables, certaines circonstances font obstacle à la qualification des faits par le juge pénal. On peut citer au premier chef, l'autorité de la chose jugée (paragraphe I) outre les faits justificatifs (paragraphe II).

Paragraphe I : de l'autorité de la chose jugée (de la règle non bis in idem)

L'autorité de la chose jugée est la présomption de vérité qui s'attache à la chose jugée, selon la maxime res judicata pro veritate habetur (la chose jugée est considérée comme la vérité). Ainsi, lorsqu'un comportement infractionnel a fait l'objet d'une poursuite et qu'une décision judicaire ait été rendue, hormis les voies de recours, on dit qu'il acquiert la qualité d'autorité de la chose jugée. Il s'agit d'empêcher les parties de recommencer un nouveau procès qui porterait sur un différend qui aurait été déjà jugé.

Diverses conditions doivent être remplies afin qu'une décision puisse être considéré comme ayant acquis l'autorité de la chose jugée. C'est le concept de la triple identité. C'est-à-dire qu'elle ne peut être opposée qu'à la condition qu'il y ait la triple identité de parties, de cause et d'objet.

L'article 1351 du Code civil français dispose « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

D'abord l'identité de parties, qui suppose que les parties à la décision déjà rendue ne soient pas celles à la nouvelle poursuite. Il s'agit surtout de la partie poursuivie, puisque dans la plupart des cas, le ministère public reste la partie poursuivante. Ensuite l'identité d'objet, qui au plan pénal, ne pose pas de problème majeur puisque toute poursuite devant une juridiction répressive vise à titre principal le prononcé d'une peine. Enfin l'identité de cause, c'est-à-dire le fait matériel délictueux à l'origine des poursuites, dont il sera ici question ;

En général, l'autorité de la chose jugée est *relative*, il en est ainsi des ordonnances du juge d'instruction. Ainsi, une ordonnance de non lieu peut être suivie de la survenance de faits nouveaux et en ce cas se muer en ordonnance de renvoi. De même, l'ordonnance de renvoi ne lie pas le tribunal qui peut décider de relaxer, de requalifier.

Cependant, certains jugements sont revêtus de l'autorité *absolue* de la chose jugée, c'est-à-dire qu'ils s'imposent à l'égard de tous, indépendamment des parties initiales : toute personne peut s'en prévaloir, et ils sont opposables à toute personne. Ainsi, lorsque le juge du siège s'est prononcé de façon définitive sur l'innocence ou la culpabilité, dés que les voies de recours sont épuisées, la décision devient définitive et acquiert ainsi l'autorité de la chose jugée.

En outre, si le contenu du jugement est immutable, ce n'est pas uniquement parce qu'il est présumé conforme à la vérité (sinon l'institution des voies de recours serait dépourvue de sens et il serait impossible de justifier leur existence), mais plus directement parce que le législateur veut éviter un renouvellement infini des procès, qui serait contraire à l'exigence de stabilité juridique. Et c'est également pourquoi les voies de recours à l'encontre des jugements sont enserrées dans des délais au-delà desquels le jugement ne peut plus être contesté.

Si l'autorité de la chose jugée est un obstacle à la qualification des faits, c'est parce que cette règle constitue une fin de non recevoir à l'action publique, donc à toute possibilité pour le juge de se saisir des faits et de les qualifier.

La doctrine est divisée et une partie d'entre elle considère que le principe non bis in idem s'oppose à ce qu'un fait matériel puisse faire l'objet d'une double poursuite et ce du fait que le juge pénal a eu la latitude de l'envisager sous toutes les qualifications possibles lors de la première saisine ; selon la seconde conception, de nouvelles poursuites ne sont proscrites que sous la même qualification . Il n'est donc interdit qu'un même fait matériel soit à nouveau jugé sous une qualification différente. « Cette seconde conception repose sur l'idée que les juridictions pénales peuvent commettre des erreurs d'analyse qu'il faut pouvoir réparer »[67].
Au Sénégal, l'article 342 du code de procédure pénale dispose « Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une

[67] F. Desportes et F. Le Gunehec, Droit Pénal General, 12e édition, economica,2005, ,p265

qualification différente ». Il y a donc lieu de considérer que la cause de l'action publique s'entend du fait délictueux lui même. Or, en vertu de la règle précitée, le même fait délictueux ne peut pas être évoqué plus d'une fois à l'appui de poursuites distinctes contre le même individu.

La notion de fait délictuel s'entend du fait matériel tel qu'il est qualifié par le juge pénal. Ainsi, lorsqu'au cours de la première poursuite, le fait reçoit une qualification pénale donnée, à partir du moment où il a été soumis au juge et que ce dernier ait apprécié son contenu pénal en le confrontant aux textes, il est comme cristallisé pour ce dernier. Il ne doit plus à raison du même fait matériel, réprimer le même individu.

La partie poursuivante peut décider, sur la base du même fait matériel, de reprendre des poursuites sous une nouvelle qualification. Mais le juge, rappelons-le, n'est pas lié par la qualification pénale donnée par les acteurs antérieurs, aux faits de l'espèce. Il est donc tenu, chaque fois que de besoin, de considérer le fait matériel en lui même et non la qualification qu'il revêt, et de veiller à ne pas faire subir aux mêmes faits une seconde confrontation avec le texte pénal.

En France, un arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 3 juin 1994, avait admis, lorsque le justiciable faisait valoir dans sa seconde saisine un fondement juridique différent à l'appui de sa demande, la recevabilité de l'action. Mais la Cour de Cassation a jugé qu'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci. A défaut, le seul changement de fondement juridique ne suffit pas à caractériser la nouveauté de la cause, et par suite à écarter l'autorité de la chose jugée sur la demande originaire.

Le demandeur, débouté lors d'un premier procès, qui songerait, après l'expiration des voies de recours, à un autre fondement juridique possible, se verrait donc privé du droit d'intenter un nouveau procès. Il lui appartient, en effet, énonce la Cour de cassation, d'invoquer lors du premier procès tous les fondements juridiques auxquels il pourrait songer. Les moyens doivent être « concentrés ».[68]

[68] Cour supréme, Ass. **Plén. 7 juillet. 2006,** ***Césaréo***

Paragraphe III : des faits justificatifs

Les faits justificatifs sont des causes d'irresponsabilité pénale objectives. Bien en amont de la suppression de la peine concomitante à l'infraction, les faits justificatifs font perdre aux faits matériels leur qualification juridique et c'est en ce sens qu'ils nous intéressent.

Il s'agit de visiter le sens de ces différents faits dont l'existence légitime l'infraction (A) avant de mesurer leur effet sur la qualification des faits par le juge pénal(B).

A-Typologie des faits justificatifs

Le code pénal sénégalais a prévu deux catégories de faits justificatifs : la légitime défense et l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime. Cependant la jurisprudence admet l'état de nécessité, qui en France, est déjà codifié.

La légitime défense est prévue par l'article 316 du code pénal du Sénégal qui dispose « il n'y a ni crime, ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense ». Sur le même ordre d'idées, l'article 122-5 alinéa premier du Code pénal français prescrit « N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte. »

De ces deux dispositions, quasi identiques, se dégagent les conditions générales de la légitime défense qui du reste sont cumulatives et non alternatives.
L'attaque contre laquelle l'agent se défend doit être actuelle, car le danger dont on veut se prémunir doit être présent ou extrêmement imminent. En effet, « la légitime défense est une permission fondée sur une situation d'urgence ». Réagir à une agression passée est considéré comme une vengeance. Se prémunir contre une agression future n'est pas non plus constitutif de légitime défense. Cependant, en cas d'agression apparente (la menace avec une arme alors que cette dernière n'était pas chargée), la jurisprudence admet la légitime défense, car la personne en danger doit se fier aux apparences.

L'attaque doit être injuste ; elle doit être en réaction à une agression ou un acte dont l'auteur n'est investi d'aucun pouvoir pour accomplir de tels actes. il n'y a pas de légitime défense en cas de violence contre l' agent de police chargé de l'arrestation, même si on s'estime innocent.

La défense quand à elle, doit être nécessaire. L'auteur de l'homicide ou des coups doit avoir disposé de ce seul moyen pour éviter l'agression. Elle doit être proportionnée à l'attaque, en ce sens que les moyens utilisés pour repousser l'assaut doivent être sensiblement égaux de ceux utilisés pour la porter. Il ne saurait être admis que l'individu qui, saisissant son adversaire au collet, soit abattu par ce dernier à coup de neuf millimètre.

Enfin , la jurisprudence française va plus loin en considérant que la riposte doit avoir été volontaire [69] : une personne tirait sur un cambrioleur et le tuait ; En déclarant avoir « tiré en l'air pour lui faire peur », elle a été condamnée pour homicide involontaire, alors que les conditions de la légitime défense étaient réunies. Il eut suffit, pour être relaxé, que le prévenu déclare avoir tiré pour repousser son agresseur.

Il incombe à celui qui se prévaut de la légitime défense d'apporter la preuve que toutes ces conditions sont réunies. Mais outre ces conditions générales, le législateur a prévu deux présomptions légales de la légitime défense. L'article 317 du code pénal du Sénégal les cite, de même que l'article L 122-6 du Code Pénal français. Il s'agit de la riposte portée pour repousser de nuit une agression dans un lieu d'habitation ou ses dépendances et de la riposte subséquente aux vols ou pillages exécutés avec violence. Dans ces deux hypothèses, tout individu est présumé avoir agi en état de légitime, et n'a donc pas à rapporter la preuve que les conditions évoquées précédemment ont été remplies.

L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime.

L'article 315 du code pénal sénégalais dispose « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime ».
L'article 122-4 alinéa 1 du code pénal français dispose : "n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires". L'alinéa 2 continue : "n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal.

[69] Cour de cassation, Chambre criminelle 16 février 1967

L'ordre de la loi est le fait que par une disposition de cette dernière, un individu soit habilité à exécuter un acte qui normalement est constitutif d'une infraction sans qu'il ne soit réprimé. Dans certains cas, la loi donne en effet l'ordre à tout citoyen, même à un simple particulier d'agir dans un sens déterminé. Il en est ainsi de l'individu témoin d'un flagrant délit qui peut appréhender l'auteur de l'infraction sans être coupable d'arrestation illégale.[70]

Un médecin ne saurait être coupable de violation du secret médical si, en soignant un mineur de 15 ans, il se rend compte que l'enfant a subi des sévices et s'en ouvre aux autorités compétentes. « L'obligation au secret se trouve neutralisée par une autre obligation ».[71] De même, il est tenu de divulguer aux autorités administratives les cas de maladies contagieuses.

En France, les dispositions de l'article 122-4 sont bien plus précises puisqu'elles sont de portée plus générale. En effet, en visant « les dispositions législatives et réglementaires », elles ne se limitent pas à la loi seule en tant que texte voté par le parlement. Il y a lieu de tenir compte d'autres dispositions émanant des autorités administratives et venant préciser les dispositions d'une loi. Mais toutes les dispositions réglementaires ne peuvent entrer en concours avec les lois. Seuls les décrets d'applications, dont le sens est de préciser les conditions d'application des lois sont compris dans cette catégorie.

Quand au commandement de l'autorité légitime, il a à peu prés le même sens que l'ordre de la loi, sauf que l'ordre en question émane de l'autorité hiérarchique légitime, l'autorité régulière. Cette autorité doit être publique, civile, ou militaire, et légitime. Elle doit, surtout avoir reçu compétence pour agir de la sorte.

Il convient de préciser que l'acte ordonné doit également être conforme à la loi. Deux théories s'affrontent. D'abord celle de "l'obéissance passive" qui n'astreignait pas l'exécutant à réfléchir sur l'acte qu'il commettait. La seconde théorie, celle de la "baïonnette intelligente" indique que l'exécutant ne doit répondre à l'ordre donné que si celui-ci est légal.

L'article 122-4 du code pénal français adopte une position intermédiaire en retenant que la cause d'irresponsabilité ne s'appliquera pas si l'ordre est « manifestement illégal ».

Il faut alors que le subordonné hiérarchique exerce un contrôle sur l'ordre reçu et s'abstienne de l'appliquer s'il est contraire aux droits de l'homme. S'il a une apparence de légalité, le

---

[70] Article 65 du code de procédure pénale : dans les cas de crimes flagrant ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police le plus proche ».

[71] J.Pradel. Droit Penal General,16eme edition page 297

commandement de l'ordre légitime est un fait justificatif, sinon il ne l'est pas. Au Sénégal, même si le code pénal s'en est limité à l'énoncé du principe général, la jurisprudence semble avoir adopté la même démarche.

L'état de nécessité

L'état de nécessité recouvre la situation dans laquelle la réalisation de l'infraction est le seul moyen d'éviter un mal plus grave que le dommage causé par cette infraction. En France, l'article 122-7 du code pénal précise que "n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accompli un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien sauf s'il y a une disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace". Au Sénégal, c'est la jurisprudence qui consacre un tel principe.

Le danger à éviter doit être actuel ou imminent. Ce n'est pas nécessairement un danger physique. Il doit être injuste, c'est-à-dire qu'il ne faut pas avoir commis de faute à l'origine du dommage subi. Le dommage doit être nécessaire, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'autres solutions, et il doit être moins grave que celui que l'on évite.

Une mère a volé de la viande pour changer l'ordinaire de ses enfants (nourris de pâtes au jambon) : le Tribunal Correctionnel retenait l'état de nécessité, relevant par un raisonnement subjectif, que la mère était psychologiquement dans la nécessité de voler ; mais la Cour d'Appel a infirmé le jugement[72] au motif que les conditions de l'article 122-7 du code pénal ne sont pas suffisamment réunies, car les difficultés financières qu'elle avait invoqué (elle avait mis un point d'honneur à ne jamais être en négatif) étaient insuffisantes pour caractériser le danger réel et imminent, les quantités volées étant de plus, excessives.

A La différence de la légitime défense le dommage causé vise un innocent (ex : vol pour se nourrir, médecin accoucheur qui sacrifie la vie de l'enfant pour sauver la mère, et inversement....).

Au Sénégal, l'état de nécessité, en plus des conditions préalablement citées, se distingue de la légitime défense du fait que le mal que l'on veut éviter ne résulte pas d'un individu identifiable, mais d'un ensemble de circonstance. L'exemple le plus rependu est celui du policier tirant dans la foule pour éviter que cette dernière ne le lynche.

---

[72] CA Poitiers 11/4/1997

B-Effets des faits justificatifs sur la qualification

A la différence des causes de non imputabilité qui s'attachent à la personne du délinquant (démence, contrainte)[73], les faits justificatifs sont des causes objectives de l'irresponsabilité pénale. Elles opèrent in rem c'est à dire qu'elles retirent le caractère délictueux qui pouvait résulter des faits en raison de l'utilité sociale de l'action dans laquelle ils s'inscrivent. Le fait impliqué cesse d'être in jus c'est à dire saisi par le droit et contraire à lui.

Du fait des circonstances extérieures qui entourent sa commission, l'infraction n'étant plus constituée du fait de la disparition d'un des éléments qui la constitue, « ces dérogations prévues par la loi,...neutralisent et même suppriment l'élément légal de l'infraction[74]. Or, on le sait, l'infraction pénale ne saurait subsister sans le plus essentiel de ses éléments constitutifs, l'élément légal. A partir du moment où aucun texte ne réprime plus l'infraction, le juge pénal se trouve face à une impossibilité absolue. La qualification légale disparaît et toute qualification judiciaire devient impensable : il n'y a pas de poursuite pénale, ni de dommages et intérêts fondés sur la faute.

[73] Article 50 du code pénal
[74] Merle et Vitu, traité de droit criminel, p525

Chapitre. II : les Limites judiciaires du pouvoir de qualification des faits par le juge pénal

Ce sont des obstacles que la pratique judiciaire a imposé progressivement au juge pénal (section I). Elles viennent parfois en support des lois et précisent avec plus de détails des principes déjà contenus dans ces dernières (section II).

Section I : une pratique judiciaire : la correctionnalisation

Il s'agira de mettre en exergue les différents critères propres à entrainer la correctionnalisation des faits (paragraphe I) et de montrer son incidence sur la qualification des faits (paragraphe II).

Paragraphe I : la consistance de la correctionnalisation judiciaire

La correctionnalisation judiciaire est une pratique fortement utilisée. Il convient d'en préciser le sens (A) et les diverses formes (B).

A-le sens de la correctionnalisation judiciaire

La correctionnalisation est une pratique qui a connu son essor à partir du 19ème siècle. Elle consiste essentiellement à soumettre une infraction qui relève de par sa gravité, d'une juridiction bien déterminée à un tribunal qui n'est pas habilité, de par sa compétence, à en connaître. Il peut s'agir d'un crime renvoyé devant un Tribunal Correctionnel, en ne retenant qu'une telle qualification. Cette définition, du reste assez générale, englobe également la contraventionnalisation qui consiste à transformer en contravention un comportement qualifié crime ou délit. La correctionnalisation peut être légale ou judiciaire.

La correctionnalisation législative est le fait pour le législateur de substituer une peine correctionnelle à une peine criminelle. Par ce procédé, le législateur décide de rétrograder un crime en délit, diminuant ainsi la peine encourue.

Quand à la correctionnalisation judiciaire, elle intervient quand le(s) magistrat(s) saisi(s) d'une affaire, déformant volontairement la réalité des faits, la minimisent. Pratique largement répandue, cette dernière est surtout utilisée par le parquet. L'acteur principal de la correctionnalisation reste le procureur de la République. En effet, maître de l'opportunité des

poursuites, c'est à lui que revient l'initiative de prendre cette décision. Le Juge d'instruction et le juge du siège peuvent cependant être amenés à utiliser également ce procédé.

Tous ces acteurs procèdent souvent de la sorte pour diverses raisons .D'abord, dans une optique de répression. En effet, en France où la formation de la Cour d'Assises est encore composée d'un jury très imprévisible, pour éviter que ce dernier se prononce en faveur de l'acquittement, notamment dans l'hypothèse des crimes passionnels, correctionnaliser permet de s'assurer que l'auteur des faits sera jugé par des juges professionnels qui seront sans doute plus rigoureux, tant dans la constatation des éléments constitutifs de l'infraction que dans l'application de la loi, qu'un jury populaire. Il s'agit à contrario d'éviter de la part de cette même juridiction une décision trop lourde qui frapperait le délinquant du fait de la peine qu'il encourt.

Ensuite, les autorités judiciaires correctionnalisent pour éviter d'encombrer les Cours d'Assises face au nombre élevé de crimes, qu'il serait en effet difficile de juger tous devant une telle juridiction. . Cette pratique est parfois indispensable au fonctionnement de la justice pénale, faute de quoi il ne serait pas possible de juger l'ensemble des infractions constituant légalement des crimes, surtout avant la reforme instaurant au Sénégal la tenue de quatre sessions annuelles d'Assises.

Il s'agit surtout, pour des raisons budgétaires et de célérité, de ne pas engorger les sessions d'assises par des affaires juridiquement criminelles mais qui ne méritent pas aux yeux des autorités judiciaires tout l'apparat d'une procédure devant une telle cour .

Cette pratique peut également mettre le droit pénal à jour des évolutions de la société sans avoir à attendre l'intervention du législateur. En effet, les lois doivent refléter les réalités quotidiennes et s'adapter aux nécessités sociales pour lesquelles elles sont votées. De fait, l'opinion publique peut considérer qu'un texte n'est plus d'actualité bien avant que le législateur ne procède à son abrogation. C'est par la correctionnalisation que le juge pénal arrive à combler ce gap.

Enfin, souvent cette faculté de correctionnaliser un crime, bien que pouvant paraître très injuste pour la victime de l'infraction qui souhaitait voir son bourreau comparaître devant une Cour d'Assises, peut s'avérer utile car elle apporte plus de discrétion permettant de minimiser la médiatisation du procès et ce surtout si l'une des deux parties au procès est connue.

B -les formes de correctionnalisation judiciaire

Diverses formes de correctionnalisation sont utilisées, tendant toutes à disqualifier les faits de l'espèce, adoucissant la qualification et par conséquent la peine. « C'est l'ingéniosité des praticiens, magistrats du parquet et de l'instruction qui est à l'origine de ces divers procédés »[75] .Il s'agit de négliger une circonstance aggravante, d'écarter certains éléments matériels ou certaines composantes de l'élément moral ou encore, lors d'un cumul d'infractions, de choisir la qualification la moins grave.

La première consiste en l'omission des circonstances aggravantes. Même si les faits conservent leur nature originelle qu'est l'infraction de base, ils sont dénaturés Ainsi, lors du procédé de correctionnalisation, pour faire apparaître comme un simple délit une infraction qui constitue un crime, le parquet ou les juridictions d'instruction vont procéder de telle façon : s'il s'agit d'une infraction normalement constitutive d'un délit, mais qui n'est un crime qu'en raison des circonstances dans lesquelles elle a été commise, ils négligent les circonstances aggravantes. Dans le cas d'un vol avec la circonstance aggravante d'usage d'une arme, on ne retient que le vol simple. C'est ainsi que le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar en son audience du 21 novembre 2008 a rendu le jugement n° 5444 déclarant Khalilou Diagne coupable de complicité de vol en réunion, violences et voies de fait, correctionnalisant ainsi un vol commis avec deux des circonstances de l'article 366 (la réunion et les violences), donc criminel.

Par la seconde, plus audacieuse, le juge « passe sous silence » un élément constitutif du crime, en écartant un des éléments matériels ou une composante de l'élément moral. Dès lors, au cours d'une tentative de meurtre n'ayant pas entraîné de blessures graves, le ministère public ou le juge d'instruction écarte l'intention de donner la mort, et disqualifie ainsi la tentative de meurtre, qui au demeurant est un crime, en un simple délit de coups et blessures volontaires.[76] En France ou le viol est un crime, le juge pénal requalifie en agression sexuelle en dissimulant l'acte de pénétration.

Le juge peut également, et c'est la plus achevée des méthodes, méconnaître les principes de cumul d'infractions et ne retenir en cas de pluralité de faits matériels constitutifs de diverses infractions, qu'une des qualifications les plus faibles. Par exemple, en France, si un notaire

[75] Notes sous l'arrêt BEAUGASNIER, in les grands arrêts de la procédure pénale
[76] Article 294 du code pénal

commet une escroquerie à l'aide de constitution de faux en écriture, il sera possible de ne retenir que l'escroquerie ; le faux en écriture établi par un dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions ou de sa mission constituant un crime.

Il agit parfois, en présence d'un cumul idéal, en toute violation du principe textuel de la plus haute expression pénale, qui coïnciderait avec une peine criminelle. Son choix se porte entre toutes les qualifications en conflit, sur une infraction punie d'une seule peine correctionnelle, occultant de mettre en exergue et de qualifier les faits dans leur versant criminel. Le juge peut même parfois scinder le fait matériel constitutif de cumul idéal en cumul réel ne constituant plus que deux délits.

Paragraphe II : les incidences de la correctionnalisation sur la qualification

A-une entrave à la qualification légale exacte des faits

La correctionnalisation judiciaire, dans sa définition même, heurte fortement les principes qui gouvernent une qualification adéquate des faits. En effet, les différents acteurs de la procédure pénale, comme frappés de cécité, s'unissent parfois dans une volonté manifeste d'occulter la réalité matérielle des faits et les principes qui la gouvernent ; car ce procédé est « à la fois contraire à la loi et non prévue par un texte général qui viendrait l'autoriser lorsque certaines conditions générales sont réunies »[77].

Correctionnaliser est aux antipodes des règles sur les bases desquelles les juridictions d'instruction et de jugement fonctionnent et doivent fonctionner.

En effet, le rôle et les pouvoirs du juge pénal, nous l'avons expliqué plus haut, sont renforcés par la latitude dont dispose ce dernier de rétablir la vérité des faits, et ce à n'importe quelle étape de la procédure en procédant à une déqualification, disqualification ou requalification.

Cette pratique paralyse le juge en ce qu'il ne fait qu'adopter la qualification qui lui est proposée.

Ainsi, lorsque le parquet, à l'entame de la procédure, décide de correctionnaliser à tord ou à raison, les faits qui lui sont déférés, et qu'il saisisse le juge d'instruction d'une infraction bien déterminée, ce dernier, dans l'orthodoxie des principes, doit modifier si nécessaire dans le

[77] Notes sous l'arrêt Barras, in les grands arrêts de la procédure pénale

sens de la rectification, la qualification sous laquelle ils sont poursuivis. S'il ne le fait pas, il vide carrément l'information préalable de sa substance. En effet, l'instruction ne vise t-elle pas à rétablir non seulement la réalité des faits mais encore sous leur exacte qualification. Agissant ainsi le magistrat instructeur viole le devoir de recherche de l'exacte qualification qui est sien.

Quand au juge du siège dont la complicité est nécessaire pour mener à bien une telle entreprise, il abandonne également une part importante de son imperium. En effet, les principes de généralité et de spécialité, tous visant à rétablir la véritable qualification, ne peuvent être siens s'il décide de s'adapter à la correctionnalisation opérée.

Le juge pénal est parfois lui-même auteur de cette entrave à une qualification adéquate des faits, car la décision de correctionnaliser peut procéder de sa propre initiative. Ce cas d'espèce, bien que justifié par diverses raisons endogènes et exogènes, est dangereux car il entraîne une incertitude dans la qualification que les auteurs de la procédure pénale sont à l'avenir tenus de retenir. Car si les éléments constitutifs des infractions sont contenus dans les textes répressifs, de même que les peines qui y sont attachées, c'est pour réduire la marge de manœuvre d'acteurs différents sur les fondements même répressifs afin de maintenir ce critère de scientificité qui commande que les mêmes faits produisent les mêmes effets juridiques . Le fait pour le juge de ne pas faire entrer les faits de la saisine dans la catégorie juridique prévue à cet effet ouvre la porte à des dérives.

En outre, ce procédé erroné de qualification est de nature à opérer une banalisation de la gravité de certains faits, qualifiés de crime par la loi. En effet, l'auteur du crime voit son infraction perdre en termes de gravité, donc la peine qui sera prononcée sera nécessairement moins forte que la peine criminelle. Et l'impact sur la fonction dissuasive de la peine est incalculable.

Pour toutes ces raisons, il paraît surprenant que cette pratique soit autant utilisée car un tel procédé, entraîne une violation délibérée de la loi instauré par les autorités mêmes chargées d'appliquer ces lois : « la violation délibérée de la loi par ceux qui ont le devoir de l'appliquer est la pire des situations possibles »[78].

---

[78] CONTE Philippe et MAISTRE DU CHAMBON Patrick, Procédure pénale, 4ème édition, p : 99 n° 128).

B-une violation de l'organisation des règles de compétence

« Le mot de correctionnalisation n'est pas plus français que le procédé n'est légal » disait Ortolan, grand criminaliste du XIX^{e} siècle. Il faut noter, à sa suite tout d'abord que la correctionnalisation est une procédure totalement illégale puisqu'elle va à l'encontre des règles de procédure pénale, dont certaines sont d'ordre public. Cette fiction juridique favorise la saisine de la juridiction correctionnelle en fonction de la peine concrète désirée, négligeant les règles de compétence.

Les autorités judiciaires, en optant délibérément pour une mauvaise qualification des faits, transgressent les règles d'ordre public. Une règle est d'ordre public lorsque les parties ne peuvent y déroger, qu'elle peut être soulevée en tout état de la procédure et surtout que le juge doive la relever d'office.

Cette violation affecte les règles de fond en cause : le respect des textes répressifs et de la classification des infractions, car ce procédé bouleverse la classification tripartite établie et donc la hiérarchie entre les incriminations. Certains considèrent qu'elle constitue une interprétation de la loi ayant pour conséquence la dénaturation des infractions pénales. Cette violation des règles de compétence peut entraîner une banalisation de la gravité de certains faits pourtant qualifiés crime par le Code Pénal.

Elle a une incidence sur des règles de procédure, surtout sur la compétence matérielle qui est d'ordre public : le juge d'instruction renvoie devant le Tribunal Correctionnel alors que les faits sont de la compétence de la Cour d'Assises. Or dans beaucoup de systèmes pénaux, la compétence *rationae materiae* est fonction de la nature de l'infraction poursuivie. Du moment que les règles de compétence sont d'ordre public, il ne saurait appartenir ni au ministère public ni au juge d'instruction, ni au juge du siège d'y déroger, en négligeant volontairement certains éléments d'une infraction.

Toute violation dénoncée de ces règles entraîne la nullité de la procédure et de la décision rendue, sauf si les différents acteurs [79] consentent implicitement à ce qu'une telle voie soit empruntée. Dans les faits, il semblerait qu'elle ne soit pas toujours dénoncée, chacun y trouvant son compte, le prévenu étant certes le dernier à s'y opposer.

---

[79] le ministère public, le juge d'instruction, le juge du siège puisque la décision finale lui revient, et surtout la victime

Au Sénégal, sauf à quelques exceptions prés, la compétence matérielle de la juridiction pénale suit obligatoirement la trilogie des infractions. Et le juge saisi doit satisfaire au préalable de vérification de sa compétence et au besoin, se déclarer incompétent en tout état de la procédure. Il n'est donc absolument pas lié par les démarches des acteurs antérieurs.

La Chambre d'Accusation a rendu un arrêt n°49 en date du 16 mars 2010 réaffirmant ce principe dont le respect est obligatoire. En effet, le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non lieu partiel, de disqualification et de renvoi en police correctionnelle. Le Tribunal Correctionnel de Thiès, saisi à cet effet, se déclarait incompétent au regard de la nature qu'il estime criminelle de ces faits. Réglant de juge sur saisine du parquet, renvoyé à se pourvoir ainsi qu'il avisera, ladite chambre a estimé « considérant que l'examen des pièces du dossier permet de constater que les faits reprochés aux inculpés sont de nature criminelle ;qu'en effet, les vols multiples qui leurs sont imputés ont été commis avec les circonstances aggravantes de la réunion, du port et usage d'armes, et de violences ayant entrainé des ITT de plus de 21 jours ; que les faits accompagnés desdites circonstances sont prévus et punis par les articles 364 ,366 et 367 du code pénal et sont incontestablement de la compétence de la Cour d'Assises et non du Tribunal Correctionnel... ».

Cette faculté de contestation de la qualification délictuelle retenue est aussi offerte aux autres parties. En France, la loi du 9 mars 2004 dite « Loi Perben II » est venue restreindre la possibilité de la contestation d'une correctionnalisation. Si le terme « légalisation » de la correctionnalisation judiciaire a pu être utilisé [80] il semble plus juste de parler de « consolidation »[81]de cette pratique.

En effet, la loi prévoit que si les parties ne contestent pas la qualification correctionnelle donnée aux faits lors du règlement définitif au stade de l'instruction, ces dernières sont forcloses et ne peuvent plus le faire devant le Tribunal Correctionnel. Une fois que le renvoi est décidé par le Juge d'instruction ou la Chambre de l'instruction, ni les parties ni le Tribunal lui-même ne peuvent invoquer le caractère criminel des faits. Il s'agit pour le législateur d'exclure des conclusions d'incompétence déposées par le prévenu ou les parties civiles devant le Tribunal Correctionnel.

---

[80] Darsonville Audrey, *La légalisation de la correctionnalisation judiciaire*, Revue Droit Pénal, Mars 2007, Etude, p : 7-9),

[81] PRADEL Jean, *Procédure pénale*, 13ème édition, Cujas, 2006, p : 111

L'article 186-3 CPP autorise ce recours : « La personne mise en examen et la partie civile peuvent interjeter appel des ordonnances prévues par le premier alinéa de l'article 179 dans le seul cas où elles estiment que les faits renvoyés devant le Tribunal Correctionnel constituent un crime qui aurait dû faire l'objet d'une ordonnance de mise en accusation devant la Cour d'Assises ». Cette disposition peut être rapprochée de l'article 180 du code de procédure pénale qui ouvre un droit d'appel à l'inculpé des ordonnances déclinatoire de compétence matérielle.

Toutefois, lorsque le renvoi est décidé par le Juge d'instruction ou la Chambre de l'instruction, le Tribunal Correctionnel ou les parties ne peuvent invoquer le caractère criminel des faits ; comme l'indique l'article 469 al. 4 CPP « Lorsqu'il est saisi par le renvoi ordonné par le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction, le Tribunal Correctionnel ne peut pas faire application, d'office ou à la demande des parties, des dispositions du premier alinéa, si la victime était constituée partie civile et était assistée d'un avocat lorsque ce renvoi a été ordonné ». Donc, il faut que le Tribunal Correctionnel soit saisi par une ordonnance ou un arrêt de renvoi, que la victime se soit constitué partie civile, et qu'elle soit assistée d'un avocat : c'est-à-dire que la partie civile ait pu s'opposer au procédé.

Ceci légitime la possibilité ouverte à la victime qui ne s'est constituée partie civile qu'après la clôture de l'instruction ; elle pourra donc soulever l'incompétence n'ayant pas été en mesure de le faire avant. La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation française s'est prononcée dans ce sens, confirmant une telle posture le 09 novembre 1955, sur la question dans arrêt Barras.

Il existe une deuxième exception, en l'occurrence lorsque le Tribunal Correctionnel était saisi pour un délit non intentionnel mais qu'il apparaisse, au regard des débats que les faits s'avèrent criminels car intentionnels.

Section II : les autres pratiques jurisprudentielles

En dehors de la correctionnalisation judiciaire, la jurisprudence fait obligation au juge pénal de respecter les droits de la défense (paragraphe I) et le périmètre de saisine (paragraphe II).

Paragraphe I. : Le nécessaire respect des droits de la défense

Lorsque le juge pénal entend procéder à la qualification des faits constitutifs de l'infraction, il est tenu au respect de certains impératifs qui ont trait au respect des droits de la défense reconnus au prévenu. Le principal d'entre eux reste l'obligation d'information.

Cette obligation pèse au premier chef sur le juge d'instruction, et ce, dés la saisine. En effet, au cours de l'inculpation, les faits objet de la poursuite sont obligatoirement notifiés au prévenu conformément au code de procédure pénale [82] qui dispose « ensuite le juge d'instruction ...lui fait connaître expressément chacun des faits qui lui sont imputés... ».

Mais cette information souvent, se limite à la notification de l'inculpation et à celle de l'ordonnance de renvoi. Or ,en France, outre ces deux étapes, en cours de procédure, s'il apparaît au cours de l'information que les faits reprochés sous une qualification correctionnelle constituent en réalité un crime, le juge d'instruction notifie à la personne, après l'avoir informée de son intention et avoir recueilli ses éventuelles observations et celles de son avocat, qu'une qualification criminelle est substituée à la qualification initialement retenue.

Au Sénégal par contre, il n'est pas de coutume que l'inculpé soit avisé des mutations de qualification qui sont appliquées aux faits qui lui sont imputés. Cette absence d'information est d'autant plus pesante que l'inculpé n'a pas de droit d'appel sur les ordonnances de requalification ou encore sur l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction.

Cette obligation d'information pèse également sur le juge du siège. En effet, outre la notification de la prévention, la cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'une information précise et complète des charges pesant sur l'accusé, et dont la qualification juridique que la juridiction pourrait retenir à son encontre, est une condition essentielle de l'équité de la procédure.

Ainsi, « l'accusé doit être informé de la nature et de la cause de l'accusation. Cela permet de pouvoir se défendre efficacement » [83] .Les faits sur lesquels statue le juge, à cet effet, doivent être fixés à l'avance et le prévenu est donc officiellement avisé de la base juridique et factuelle des reproches formulés à son encontre. Tout juge, lors de l'instruction préparatoire

---

[82] Article 101 du code de procédure pénale
[83] Article 6§3 Convention Européenne Des droits de l'Homme

ou lors de l'instruction à l'audience, a le devoir de donner aux faits leur qualification légale exacte et d'inviter le défendeur à présenter ses observations sur ce point.

S'il appartient aux juges répressifs de restituer aux faits dont ils sont saisis leur véritable qualification, c'est à la condition que le prévenu ait été en mesure de présenter sa défense sur la nouvelle qualification envisagée[84].

Le respect des droits de la défense exige en conséquence qu'en cas de requalification au cours du jugement le prévenu soit informé de sorte à pouvoir réévaluer les moyens sur lesquels il entend asseoir sa défense. En France, cette requalification doit être soumise au prévenu soit par voie de citation directe, soit par comparution volontaire auquel cas il renonce expressément au bénéfice de la citation directe. En outre, des délais prévus par la loi sont même accordés au prévenu pour répondre d'une qualification nouvelle.

Depuis l'arrêt Pélissier et Sassi[85] rendu par la cour européenne des droits de l'homme, infirmant une décision de la Cour d'appel d'Aix en Provence en ce sens que les droits de la défense avaient été bafoués, les pouvoirs de requalification du juge pénal au cours du procès ont été revisités. Ainsi, réaffirmant le pouvoir conféré au juge pénal de requalifier les faits selon son entendement, cet arrêt subordonne cette faculté à deux conditions.

La première fait obligation au juge pénal de faire connaître au prévenu la nouvelle qualification conférée aux faits. La seconde, conséquente à la première veut que le débat d'audience ait porté sur la nouvelle qualification retenue et que le prévenu se soit suffisamment expliqué sur les faits retenus contre lui.

En cas de disqualification favorable, c'est-à-dire lorsque, par cette opération de modification, le juge retient une nouvelle qualification moins grave que l'ancienne, on considère que les droits de la défense ne sont pas lésés ou violés et que cette nouvelle qualification doit être adoptée même lorsque le prévenu fait défaut. La même solution doit être envisagée lorsqu'il y a égalité de gravité.

Il faut signaler que le juge pénal sénégalais, s'il venait à être démontré qu'il ait adopté pareille pratique, n'en laisse aucune trace dans ses décisions en tout cas. Et le lecteur ne peut

[84] Cass. Crim. 17 octobre 2001, Gaz. Pal. 2002 J 1656
[85] Cour européenne des droits de l'homme,(grande chambre), 25 mars 1999

percevoir le respect des différentes étapes de la procédure qu'à travers la lecture de la décision elle-même.

Par II : l'obligation de respect du périmètre de prévention

Les juges ont le devoir de restituer à la poursuite sa véritable qualification, pour autant qu'ils puisent les éléments de leur décision dans les faits mêmes dont ils sont saisis.[86] Mais ils sont tenus par un impératif de base qui encadre fortement le pouvoir des juridictions répressives : il est interdit à la juridiction saisie de modifier la prévention, c'est-à-dire de statuer sur des faits autres que ceux dont elle est saisie : c'est la conséquence du principe actuellement admis qu'une juridiction répressive ne peut pas, sauf exception législative, se saisir elle-même d'une infraction pour la juger.

Quand il modifie la qualification d'un fait, le juge doit donc prendre garde de ne pas modifier en même temps la prévention, c'est-à-dire de ne pas englober, sous le couvert de la nouvelle qualification, des faits qui ne lui avaient pas été soumis.

Au stade de l'instruction, le pouvoir du juge pour qualifier et modifier les qualifications précédemment adoptées, vient de ce qu'il est saisi *in rem*, c'est-à-dire chargé d'instruire sur un fait matériel donné, à lui déféré par le parquet ou par une constitution de partie civile. Dans les limites de ce fait initial, le juge a de très larges pouvoirs relevés plus haut. Dans ce périmètre, il est tenu d'opérer une distinction nécessaire et fort glissante entre le fait nouveau et la circonstance aggravante. Si le fait nouveau échappe au cercle de sa compétence, d'aucuns estiment que le juge pénal est saisi du fait matériel et de toutes ses circonstances aggravantes.

Cette distinction, impérative devant la Cour d'Assises[87], est moins rigide devant les juridictions correctionnelles ou de police : le code de procédure pénale admet en effet la « comparution volontaire » des parties ; si une personne présente à l'audience accepte d'être jugée comme prévenu alors qu'elle n'était que témoin, partie civile ou personne civilement responsable, ou si un prévenu consent à être jugé sur des faits autres que ceux pour lesquels il a été cité, ou s'il admet d'être jugé malgré une citation irrégulière, la saisine de la juridiction

[86] Cass. Crim. 19 mai 1999, Gaz. Pal. 1999 II Chr. Crim. 134
[87] Art. 321 C.pr.pén français et 343cpp

s'élargit à ce nouveau prévenu ou à ces nouveaux faits, ou devient régulière malgré la citation irrégulièrement délivrée ;

Dans les limites que l'on vient de préciser, et qui sont plus étroites que pour les juridictions d'instruction, les juridictions de jugement peuvent modifier la qualification des faits dont elles sont saisies sous réserve de ce principe, absolument certain, malgré les difficultés pratiques auxquelles parfois se heurtent son application, et quelques exceptions.

Conclusion

La qualification des faits est le lot quotidien du juge pénal. Car Juger c'est d'abord et avant tout qualifier. Qualifier les faits de la saisine afin que ces derniers s'intègrent dans une catégorie préconçue qui en justifie ou non la répression. C'est un exercice des plus périlleux. Fort heureusement, le juge pénal est adossé à la loi, qui prévoit toutes les infractions et offre une liberté de mouvement appréciable au juge pénal.

En effet, dés l'instant où il est valablement saisi, le juge pénal, sans dénaturer les faits, peut et doit les modeler dans diverses infractions afin de trouver celle qui est compatible avec eux. Ce pouvoir dont il est le dépositaire conserve sa teneur tout au long de la procédure et ne cesse de produire ses entiers effets qu'avec le dessaisissement de ce dernier.

Mais faut-il admettre, pour autant, comme l'écrivait Montesquieu, que les juges « ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la vigueur » ? Car dans cette entreprise de qualification, le juge pénal n'est pas libre de tous ses mouvements. Diverses limites lui sont imposées par la loi elle même. A cela s'ajoute des pratiques jurisprudentielles diverses auxquelles il est tenu de se plier.

En définitive, s'il est indéniable qu'on ne peut, sans avoir qualifié des faits, retenir une quelconque infraction, et le juge pénal est forcé de s'adonner à une telle tache qui remplit la quasi-totalité de son office.
Or, la qualification se mesure à l'aune du cheminement juridique du juge afin d'aboutir à la solution retenue. L'on ne sent pas cet effort dans la plupart des décisions qui sont exemptes de motivation. L'exposé des faits est juste suivi du dispositif, les imprimés aidants. Or les principaux concernés que sont au premier chef la victime et le délinquant ne comprennent guère le chemin emprunté par le juge, si l'on admet que la justice est rendue au nom du peuple. Et la peine, souvent incomprise fait l'effet d'un cheveu dans la soupe. Sur ce point précis, le juge d'instruction fait montre d'un plus grand rigorisme car l'écrasante majorité des ordonnances de règlement définitif sont motivées.

Il faut préciser, que la tâche du juge pénal est compliquée par le juge pénal lui même. En effet, un survol de la jurisprudence montre que les méthodes de déterminations de la qualification pénale adéquate, de même que les techniques qui servent à les appliquer de

manière efficiente, relèvent plus de l'utopie que de la pratique judiciaire. Peu de décisions judiciaires se sont approprié ces préceptes.

Il est temps que le juge pénal sénégalais, faisant preuve d'audace, se mette au diapason de l'ère moderne en suggérant certaines reformes législatives, en adoptant certains principes tirés de la jurisprudence et en les appliquant effectivement. Il est également temps que les principes régissant la qualification des faits soient compris et appliqués par ce dernier, car leur méconnaissance ne saurait être tolérée par aucun système judiciaire qui se respecte. Il y va de la crédibilité de ses décisions.

Bibliographie

Ouvrages généraux :

DESPORTES Frederick et LE GUNEHEC François, Droit pénal général : Economica, 8ème éd. 2001 ;
MERLE Roger et VITU André, Traité de droit criminel, Cujas, 7è éd. 1997
PRADEL Jean, Droit pénal général, Cujas, éd. 2002/2003
CORNU Gérard, Vocabulaire Juridique, Association henry Capitant, 8eme Edition
PAULIN Christophe, Droit Pénal Général, édition du jurisclasseur, litec,
GARRAUD Jean ; Traité de l'instruction criminelle
FOUDA Madeleine Lobe Le droit pénal en schémas, ellipses édition
BERNARDINI Robert, Droit Pénal General, Introduction au droit criminel
ROBERT J.-H. droit pénal général, Puf, 4ème éd. 1999

Ouvrages spéciaux

DOUCET.J-P.Le jugement pénal ,3e édition ;
PRADEL Jean et VARINARD André, les grands arrêts de la procédure pénale, 5e édition, 2006 ;
Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 42, avril 2000 ;
PERREAU, B, De la qualification en matière criminelle, paris, 1926 ;
FALL Ndongo, le droit pénal africain à travers le système sénégalais, edja,2003 ;

Articles

Eviter la tour d'ivoire, Gazette du palais; Dimanche 07 au jeudi 11mai 2006
SEYE Ousmane, La procédure en matière de délits de presse, in annales africaines N°2/2008
Darsonville Audrey, *La légalisation de la correctionnalisation judiciaire*, Revue Droit Pénal, Mars 2007, Etude, p : 7-9),

Textes de loi

Constitution
Codes pénaux du Sénégal et de la france
Codes de procédure pénale du Sénégal et de la france

Table des matières

Remerciements : 1
Sommaire : 2
Introduction 3
Partie I : le pouvoir de qualification des faits par le juge pénal 9
Chapitre I : le Choix de la qualification adéquate par le juge pénal 9
Section I : Les méthodes de détermination de la qualification 9
des faits par le juge pénal 9
Paragraphe I : l'arbitrage de qualification du fait matériel unique 10
A-L'élimination des qualifications incompatibles 10
B- Le choix entre qualifications équivalentes 11
C- L'exclusion des qualifications redondantes et alternatives 12
D – le traitement du cumul idéal d'infractions 14
Paragraphe II : Le purge de qualification de la pluralité 15
de faits matériels 15
A- le cumul réel d'infraction 16
B- Le cumul juridique d'infractions 18
Section II : les techniques d'application de la qualification 20
des faits par le juge pénal 20
Paragraphe I : l'unicité de qualification des faits par le juge pénal 21
A-Le choix de la plus haute expression pénale 21
A- L'application du texte spécial 24
B- Le maintien de l'infraction but 25
Paragraphe II : la pluralité de qualification des faits par le juge pénal 26
A- la défense de valeurs sociales diverses 28
B- La pluralité d'intentions coupables 29
CHAPITRE II : le pouvoir de modification de la qualification des faits par le juge pénal 32
Section I : l'appréciation des mutations de qualification 32
par le juge pénal 32
Paragraphe I : les formes de mutation de la qualification des faits 32
A- la déqualification des faits 34

B -la disqualification des faits 33
C - la requalification des faits 35
Paragraphe II : l'intervalle de mutation de la qualification 37
A- La mutation au moment de la saisine du juge pénal 37
B-La mutation en cours de procédure par le juge pénal 39
C-La mutation en fin de procédure par le juge pénal 41
SECTION II : les impératifs attachés à la mutation de qualification des faits par le juge pénal 43
Paragraphe I : l'obligation de vérification de compétence 43
Paragraphe II : la déclaration d'incompétence et le renvoi à l'autorité compétente ... 44
Partie II : Les limites du pouvoir de qualification 46
des faits par le juge pénal 46
Chapitre I : les limites textuelles du pouvoir de qualification des faits 46
par le juge pénal 46
Section I : de l'existence de qualifications immuables 46
Paragraphe I : des délits de presse 46
Paragraphe II : des infractions douanières 49
Section II : les obstacles intangibles à une quelconque qualification 52
Paragraphe I : de l'autorité de la chose jugée (de la règle non bis in idem) 52
Paragraphe III : des faits justificatifs 55
A-Typologie des faits justificatifs 55
B- effets des faits justificatifs sur la qualification des faits 61
Chapitre. II : les Limites judiciaires du pouvoir de qualification 60
des faits par le juge pénal 60
Section I : une pratique judiciaire : la correctionnalisation 60
Paragraphe I : la consistance de la correctionnalisation judiciaire 60
A-le sens de la correctionnalisation judiciaire 60
B -les formes de correctionnalisation judiciaire 62
Paragraphe II:les incidences de la correctionnalisation sur la qualification des faits.....65
A-une entrave à la qualification légale exacte des faits 63
B-une violation de l'organisation des règles de compétence 65

Section II : les autres pratiques jurisprudentielles..... 67

Paragraphe I. : Le nécessaire respect des droits de la défense 68

Conclusion..... 72

Bibliographie..... 74