

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

ANNEE ACADEMIQUE 1984-1985

DIVISION JUDICIAIRE

3e ANNEE

De l'indépendance du juge d'instruction dans la conduite de l'information préalable

Mémoire présenté par

MAHAWA SEMOU DIOUF

République du Sénégal

Ministère de l'Enseignement Supérieur

Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature

**De l'Indépendance du Juge d'Instruction
dans la Conduite de l'Information Préalable**

Mémoire présenté par

Mahawa Sémou DIOUF

3^e ANNÉE DIVISION JUDICIAIRE

ANNÉE SCOLAIRE 1984-85

A MON PERE

Sincères remerciements à tous ceux qui
ont contribué à la confection de ce
mémoire particulièrement à Mamadou DIOUF
et à Fatou SY

PLAN

- Première partie : L'indépendance du juge d'instruction :
Un principe juridiquement protégé.
- Chapitre 1 : Les Fondements juridiques du principe de l'indépendance
du juge d'instruction
- Section 1 : Le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire
- Paragraphe 1 : L'indépendance du pouvoir judiciaire profite au juge
d'instruction
- Paragraphe 2 : Le Juge d'instruction est soumis à l'autorité de la loi
- Section 2 : Le principe de la séparation des fonctions de poursuite,
d'instruction et de jugement
- Paragraphe 1 : L'indépendance du juge d'instruction vis à vis du ministère
public.
- Paragraphe 2 : L'indépendance du Juge d'instruction vis à vis de la
juridiction de jugement.
- Chapitre 2 : Les garanties statutaires du principe de l'indépendance du
juge d'instruction
- Section 1 : Les garanties liées à l'institution du Conseil Supérieur de la
magistrature
- Paragraphe 1 : La composition du Conseil Supérieur de la magistrature
- Section 2 : Les garanties liées à la règle de l'inamovibilité.
- Paragraphe 1 : La notion d'inamovibilité
- Paragraphe 2 : La portée du principe de l'inamovibilité.

DEUXIEME PARTIE : L'Application du principe de l'indépendance du Juge d'instruction en matière de détention provisoire.

Chapitre 1 : Le régime de droit commun de la détention provisoire ou l'affirmation de la liberté d'appréciation du Juge d'instruction.

Section 1 : La détention provisoire : Domaine du Juge.

Paragraphe 1 : Le principe de la liberté d'appréciation du Juge d'instruction en matière de détention provisoire.

Paragraphe 2 : La portée du principe de la liberté d'appréciation du Juge d'instruction.

Section 2 : L'atténuation de la souveraineté du juge d'instruction par la réglementation de la détention provisoire.

Paragraphe 1 : Le domaine de la détention provisoire.

Paragraphe 2 : La durée de la détention provisoire.

Chapitre 2 : Le régime d'exception de la détention provisoire ou le déclin du pouvoir d'appréciation du Juge d'instruction.

Section 1 : La négation partielle du pouvoir d'appréciation du Juge d'instruction

Paragraphe 1 : Le détournement de deniers publics

Paragraphe 2 : L'article 245 du Code des domaines.

Section 2 : La négation totale du pouvoir d'appréciation du juge d'instruction.

Paragraphe 1 : Analyse de l'article 139 du Code pénal

Paragraphe 2 : Appréciation.

C o n c l u s i o n

I N T R O D U C T I O N

Le juge d'instruction est le magistrat spécialement chargé par la loi de rechercher après mise en mouvement de la poursuite et avant la mise en jugement, s'il existe des charges suffisantes pour ordonner la mise en prévention de la personne poursuivie dénommée inculpé.

Pierre Chamboud caractérisait ainsi le métier d'instruction : «... l'une des plus belles fonctions du magistrat qui lui laisse toute son indépendance et son initiative. C'est aussi l'une des plus redoutables, par les pouvoirs illimités qu'elle met en jeu. » ; jugement qui met suffisamment en exergue à la fois la noblesse et la délicatesse de cette fonction.

Elle est délicate simplement parce que la loi a placé entre des mains périssables, le pouvoir d'aliéner les biens, la liberté et de porter, atteinte à l'honneur des citoyens. N'est ce pas là contredire la fameuse Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789 qui dans la tourmente révolutionnaire avait consacré leur inaliénabilité, leur inviolabilité et posé le principe de la présomption d'innocence ?

Le Peuple sénégalais- il faut ^{peut-être} / s'en souvenir - a proclamé son attachement indéfectible à ladite Déclaration (voir préambule de la Constitution du 7 Mars 1963).

Pourtant l'article 85 du Code de Procédure Pénale (C.P.P) sénégalais reconnaît au juge d'instruction, certes, conformément à la loi, le droit de perquisitionner « dans tous les lieux où peuvent se trouver des objets dont la découverte est utile à la manifestation de la vérité » malgré l'inviolabilité du domicile.

.../...

Le juge d'instruction, par la même loi, n'est-il pas autorisé à « saisir les objets et documents utiles à la manifestation de la vérité » et ce en dépit du caractère sacré de la propriété.

Où est la présomption d'innocence lorsque l'article 110 du code de Procédure Pénale donne au magistrat instructeur le pouvoir de décerner mandat surtout que celui-ci peut avoir pour conséquence l'incarcération avant toute déclaration de culpabilité ? Ces prérogatives sont à coup sûr, exorbitantes.

L'on a pensé alors que seule une institution indépendante, pouvait les exercer sans risque de mettre en péril les fondements même de l'Etat de droit.

Bien l'indépendance du juge d'instruction, par les vertus de la responsabilité ^{de} et la confiance, serait la meilleure garantie possible de la liberté, de l'honneur et des biens des citoyens.

Par cet attribut exaltant, celui qu'on entrevoyait comme une menace devient le "gardien" des droits et libertés" en vertu de la constitution . Voilà comment le système s'est reconcilié avec lui même et qui permet de saisir la noblesse dont parlait à juste titre Chambord.

C'est précisément l'article 72 alinéa 1er du C.P.P. sénégalais qui pose le principe de l'indépendance du juge d'instruction dans la conduite de son information en disposant que ce dernier "procède conformément à la loi à tous actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité » .

Cet article a une portée générale. L'indépendance existerait ^{au} au niveau de l'acte le plus solennel qu'à celui de l'acte le plus courant.

.../...

Nous savons que les actes mis à la disposition du juge d'instruction pour les besoins de son enquête sont nombreux et variés. Ils découlent de prérogatives aussi diverses que les perquisitions, les saisies, les expertises, l'audition de témoin, l'interrogatoire, l'enquête de personnalité etc ..etc...

Pour rechercher et découvrir tous les éléments probatoires qui lui permettront de décider de la suite à donner à l'affaire, le juge d'instruction en vertu de l'article 72 précité sera en principe libre d'apprécier l'utilité et l'opportunité de toutes ces mesures.

Toutefois, ce pouvoir illimité dans son domaine s'exerce "conformément à la loi " précise le même article 72.

Par conséquent apprécier l'étendue de l'indépendance du juge d'instruction reviendrait à étudier la réglementation propre à chaque type d'acte qu'il est autorisé à prendre dans l'exercice de sa mission.

Cette démarche à prétention exhaustive sera écartée dans le cadre de notre étude. Notre choix consistera plutôt après avoir analysé le principe et la protection de l'indépendance du juge d'instruction dans la conduite de son information, (1ère partie) à tenter d'en apprécier la portée là où son application s'avère être une exigence fondamentale à savoir en matière de détention provisoire (2ème partie).

de l'activité En effet la détention provisoire constitue le côté le plus sensible du juge d'instruction. C'est ici que le magistrat a assurément, le plus besoin de liberté d'appréciation,

Car décerner mandat de dépôt c'est à dire porter atteinte à la plus précieuse valeur de notre civilisation, est un acte grave qui interpelle directement la conscience du juge.

PARTIE : L'INDEPENDANCE DU JUGE D'INSTRUCTION :
UN PRINCIPE JURIDIQUEMENT PROTEGE

Le juge d'instruction est un magistrat du siège. Lorsqu'il procède à son information, il constitue à lui seul une véritable juridiction. Mais la présence d'un greffier à ses côtés est alors nécessaire pour la légalité de la composition de cette juridiction et pour la régularité des actes juridictionnels qu'elle serait amenée à prendre.

Une juridiction a pour mission d'apprécier et le fait et le droit; de trancher les litiges entre parties. La fonction de juger est vue comme l'émanation d'un libre arbitre, d'une liberté de conscience qui n'a de bornes que la seule autorité de la loi.

Dans cet ordre d'idées, le droit Sénégalais, si nous nous fions aux principes généraux, consacre l'indépendance du juge d'instruction dont l'activité consiste à rechercher les preuves d'une infraction à la loi pénale et à apprécier celles-ci par une décision d'ordre juridictionnel.

Mais l'instruction préparatoire se situe au carrefour du procès pénal, c'est à dire entre la poursuite et le jugement définitif. Le provisoire est le propre de toute information. Les éléments recueillis par le magistrat enquêteur et l'appréciation juridique qu'il en fait, doivent faire l'objet d'une réévaluation finale de la part de la juridiction de jugement (réserve faite des voies de recours ouvertes contre les décisions de celle-ci).

Doit-on de là, considérer ce juge à l'image de son travail précaire? Nous tenterons de répondre à cette question en appréciant les rôles qui organisent le statut de juge d'instruction. (chapitre 2) après avoir étudié les fondements juridiques du principe de son indépendance (chapitre 1.).

CHAPITRE 1: LES FONDEMENTS JURIDIQUES du Principe de l'indépendance du Juge d'instruction.

L'indépendance du juge d'instruction n'a pas été expressément consacrée par un texte. Elle tire sa source de deux grands principes que sont : l'indépendance du pouvoir judiciaire et le principe de la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement.

.../...

Elle signifie que le juge d'instruction doit être libre dans la conduite de son information.

Le principe

PRINCIPE 1 : LE PRINCIPE DE L'INDEPENDANCE DU POUVOIR judiciaire: qui est le premier fondement de l'indépendance du Juge d'instruction est posé par la norme fondamentale dans plusieurs dispositions. D'abord l'article 5 de la constitution du 7 Mars 1963 Cite la Cour Suprême et les Cours et tribunaux parmi les institutions de la République à côté du Président de la République et de l'Assemblée Nationale.

Mieux, « la Cour Suprême et les Cours et Tribunaux » sont érigés en véritable pouvoir. Il ne s'agit plus d'une simple autorité comme dans la tradition institutionnelle française au Sénégal nous sommes plutôt en présence d'une institution qu'on a voulue rendre entièrement autonome: autonomie d'autant plus désirée que l'article 50 de la constitution dispose expressément : « Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif... »

Nous savons cependant que ce pouvoir judiciaire n'existe que par les organes qui concourent à la formation de sa volonté; lesquels sont les magistrats. Son indépendance se résume à l'indépendance de la magistrature. Mais "magistrature" est un concept générique qui cache un ensemble composite d'organe aux fonctions aussi multiples que variées. Dans le procès pénal, certains seront habilités à poursuivre, d'autres à instruire, d'autres en dernière instance, à juger.

Toute la question est alors de savoir lequel de ces organes peut se réclamer de l'indépendance du pouvoir judiciaire solennellement proclamée.

Le juge d'instruction, en l'occurrence, peut-il s'en prévaloir jusqu'où.

Paragraphe 1 : L'INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE PROFITE AU JUGE D'INSTRUCTION

Assurément, il n'a jamais été dans l'esprit du constituant d'étendre le bénéfice du principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire à tous les magistrats, quelles que soient les fonctions qu'ils exercent.

Les magistrats exerçant une activité extra-judiciaire en sont à l'évidence, exclus. Il s'agit en principal des magistrats en position de détachement ou mis en disponibilité.

L'alinéa 2 de l'article 80 de la constitution semble donner un critère « Les juges ne sont soumis dans l'exercice de leur fonction qu'à l'autorité de la loi » dispose t-il. Par "juge" il faudrait entendre l'ensemble des magistrats du siège, les magistrats « assis » comme on les appelle c'est à dire aussi bien ceux de la juridiction de jugement que les juges d'instruction.

A ces "juges" on oppose les magistrats « debout » ou du parquet chargés de représenter la société à l'occasion des procès mais dont l'autorité s'arrête à "réquérir" l'application de la loi. Ils sont tenus ceux là, à l'obéissance hiérarchique ce qui est déjà exclusif de toute indépendance. L'adage est à cet égard assez expressif : « la plume est servie... » . En vertu de cet adage bien séculaire, obligation leur est faite de déférer à toute réquisition écrite émanant d'un supérieur car seule « la parole est libre » . Et l'échelle de la hiérarchie remonte jusqu'au pouvoir exécutif par le Garde des Sceaux interposé. Dans ces conditions, il serait vain de vouloir les tenir pour indépendants. L'indépendance dont il s'agit, intéresse donc uniquement les juges. Cela est ^{tout} à fait compréhensible dans la mesure où c'est à eux que revient la redoutable mission de dire le droit avec la force de vérité légale, de prendre des décisions auxquelles s'attachent l'autorité de la loi. A ce niveau toute forme de sujétion serait contraire à l'idée de justice. Dans l'exercice de sa fonction le juge pense t-on doit être totalement indépendant; ne rendant compte qu'à sa seule conscience.

Mais, il reste devoir obéissance à la loi.

Paragraphe 2 : LE JUGE D'INSTRUCTION EST SOUMIS A L'AUTORITE DE LA LOI.

Selon la constitution le juge, dans l'exercice de ses fonctions, est soumis à la seule autorité de la loi. Lorsqu'un juge d'instruction est chargé de procéder à une information, il n'échappe pas à cette règle qui traduit à la fois l'ampleur des limites du principe de l'indépendance de ce magistrat.

.../...

La règle signifie que le juge doit disposer d'une liberté de conscience pleine et entière dans le cadre de ses attributions juridictionnelles;

"Liberté" vis à vis des autorités exécutives d'abord : le principe de la séparation des pouvoirs s'opposerait à ce que celles-ci soit par elles mêmes soit par la voie du ministère public, puissent d'une façon ou d'une autre, infléchir sur le cours de l'information en dictant ses vues au juge.

"Liberté" également vis à vis des autorités législatives dont on ne saurait admettre qu'elles puissent lui donner des injonctions, fussent-ils les représentants du peuple: La loi a une volonté propre qui est indépendante de celle des organes qui légifèrent.

"Liberté" même vis à vis des autres organes judiciaires car il n'y a pas de pouvoir hiérarchique dans les rapports entre deux juges sur le plan strictement juridictionnel. Même la Chambre d'Accusation, juridiction supérieure de l'instruction n'est pas autorisée à enjoindre au juge, un acte qui serait contraire à ses convictions.

En ce sens, il a été jugé par la chambre criminelle de la Cour de Cassation française (cass-crim. 22 Déc. 1959.D. 1960. jurisp.P.1) à l'occasion de la célèbre affaire Pesquet, qu'une Chambre d'Accusation avait outrepassé ses pouvoirs quand, après avoir infirmé une ordonnance du juge d'instruction qui refusait la mise en liberté d'un inculpé, elle avait intimé l'ordre à ce juge de décerner mandat de dépôt.

La Haute Cour suivait en cela la voix de son Procureur Général qui n'avait pas manqué de lui rappeler que : «s'il existe une hiérarchie judiciaire du point de vue juridictionnel, il n'y a pas de juridiction inférieure sur le plan des consciences.» .

Mais il y a lieu de faire observer que la liberté de conscience du Juge d'instruction ne s'oppose pas à ce qu'un contrôle administratif puisse s'exercer sur lui, de la part de la Chambre d'Accusation. Ainsi, pouvoir est reconnu à son Président de «s'assurer du bon fonctionnement des Cabinets d'instruction... et de s'employer à ce que les procédures ne subissent aucun retard injustifié» (article 341 CPP.).

.../...

Ce contrôle du reste n'est pas attentatoire à l'indépendance du Juge d'instruction. Il est plutôt commandé par le Souci d'une bonne administration de la Justice.

La seule exception admise par la constitution à la liberté de conscience du juge est l'autorité de la loi. Le rôle du Juge n'est pas de juger la loi, mais de l'appliquer. Cela peut être parfois gênant car même si la norme lui paraît être contraire à la constitution ou inopportune, il n'a aucun pouvoir pour l'écarter. Nous reviendrons plus amplement sur cette question dans la deuxième partie du sujet. Voyons d'abord le second fondement du principe de l'indépendance du Juge d'instruction

SECTION 2: LE PRINCIPE DE LA SEPARATION DES FONCTIONS DE POURSUITE, D'INSTRUCTION ET DE JUGEMENT

Depuis Montesquieu, le système institutionnel français repose sur une certaine mystique de la séparation des pouvoirs. La séparation des pouvoirs serait le meilleur mode d'organisation des institutions étatiques, capable de garantir véritablement, les libertés individuelles. Le Sénégal bien sûr, se réclame en entier de cette tradition. Ainsi notre procédure pénale reprend t-elle le principe sacro-saint de la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement.

D'emblée nous observerons que ce principe connaît une exception en ce qui concerne le Juge de Paix qui dans certains cas bien particuliers peut cumuler les trois fonctions citées.

En effet, conformément aux dispositions de l'article 37 du CPP. Les juges de paix << peuvent poursuivre d'office et ^{Fout} ~~peut~~ donner citation au prévenu devant leur tribunal (sans préjudice du droit de citation directe du procureur de la République compétent ou de la partie civile.) >> L'article 41 du même code précise en son alinéa 1er : << Lorsque la Justice de Paix ne comprend qu'un magistrat, celui-ci, qu'il se soit saisi d'office des affaires de sa compétence ou qu'il ait été requis d'informer par le procureur de la République, remplit les fonctions de juge d'instruction puis juge les affaires qu'il a instruites. >> .

.../...

Ces textes conservent leur actualité malgré la nouvelle loi instituant les tribunaux départementaux aux lieux et places des justices de paix dans la mesure où, du fait de l'insuffisance du personnel judiciaire, on est pas encore parvenu à ^{pouvoir} toutes ces juridictions de délégués du procureur de la République.

Nonobstant cette exception, force est de remarquer que le principe de la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement, est relatif. Il tolère en effet l'existence d'interférences entre ces fonctions.

Pour autant que ces interférences répondent de l'idée d'une bonne administration de la justice, l'indépendance du juge sera épargnée. Malheureusement ce n'est pas toujours le cas.

Paragraphe 1 : L'INDEPENDANCE DU JUGE D'INSTRUCTION VIS A VIS DU MINISTERE PUBLIC.

Les rôles sont bien sériés par le code de procédure pénale à travers un certain nombre d'articles (articles 1er alinéa 1, 23, 39 et 72 alinéa 1er.).

Il ressort de ces dispositions que la mise en mouvement et l'exercice de l'action publique sont du ressort du ministère public (ou de certains fonctionnaires) tandis que l'information relève du juge d'instruction qui pourra à cet effet prendre tous actes qu'il estime utiles à la manifestation de la vérité.

C'est en vue de sauvegarder l'indépendance et l'impartialité du magistrat instructeur, que le législateur a cru devoir distinguer aussi nettement poursuite et instruction. La distinction entre les deux fonctions emporte quelques conséquences juridiques sans quoi on se serait interrogé naturellement sur sa portée et même sa raison d'être. Le ministère public a le monopole de l'initiative de l'action publique. De là naît l'interdiction faite au Juge d'instruction de s'autosaisir d'une affaire. Sa saisine doit nécessairement être le ^{meur} ~~part~~ ^{Fait} d'un acte procédant d'une volonté qui lui est extérieure et prenant la forme soit d'un réquisitoire introductif (s'il émane du procureur de la République) soit d'une constitution de partie civile (s'il émane de la victime de l'infraction).

.../...

Inversément le procureur de la République ne pourra pas de son propre chef, accomplir des actes d'instruction une fois le juge saisi.

La saisine du Juge en effet, produit un effet dévolutif. Elle marque également, par son étendue et ses caractères le début de l'autonomie du Juge d'instruction.

Étendue de la saisine : Le Juge d'instruction dit-on est saisi « in rem » autrement dit il n'est lié que par les faits qui constituent la "matière" de l'infraction qui lui est déférée. Sur ces faits il est libre d'accomplir tout acte d'information qu'il juge utile à la manifestation de la vérité; notamment inculper toute personne qui peut être regardée comme auteur ou complice de ces faits sans qu'il soit nécessaire pour cela de solliciter de nouvelles réquisitions du parquet. Ce pouvoir est traduit par un raisonnement à contrario : Saisi « in rem », le juge d'instruction n'est pas saisi « in personam ». On admet généralement aussi, 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 paraît pas être la bonne, de substituer sa propre qualification à celle donnée par le magistrat poursuivant.

Mais sur ce dernier point la Chambre d'Accusation est encore restrictive tout au moins en ce qui concerne la matière du détournement de deniers publics en jugeant dans un arrêt MPC /Waly M'BOUJI, qu'il était interdit au Juge d'instruction de procéder à une disqualification in limine litis.

Nous estimons néanmoins que malgré cette jurisprudence restrictive, le principe demeure et que n'eût été le cas spécial du détournement de deniers publics où généralement les règles obéissent à un régime dérogatoire du droit commun, la Chambre d'Accusation allait statuer en ce sens. Faire valoir le principe en ce domaine, aurait abouti à contrecarrer la volonté affichée du législateur de lier le Juge toutes les fois que ce dernier est confronté avec un cas de détournement de deniers publics. Et il ne serait pas surprenant que la Chambre d'Accusation adopte la même position en présence d'un crime ou délit contre la sûreté de l'Etat ou dans les matières douanières poursuivies conformément à l'article 245 du Code des douanes. Cela étant on peut donc dire qu'en règle générale, le Juge d'instruction dispose d'une marge de manoeuvre considérable.

.../..

- D'une part il n'est pas en principe tenu de déférer aux requisitions du ministère public. La seule prescription que lui fait la loi s'il ne croit pas devoir se conformer à celles-ci, est rendre une ordonnance motivée dans les cinq (5) jours des réquisitions (article 73 al-3.CPP.).

-D'autre part il ne sera pas dans certaines hypothèses (comme nous venons de l'examiner) même pas obligé de provoquer les requisitions préalables du procureur de la République.

L'autre manifestation de l'autonomie du Juge d'instruction tient au caractère même de la saisine.

L'IRREVOCABILITE DE LA SAISINE : Ce serait entamer l'indépendance du Juge d'instruction si son désaisissement était laissé à la discrétion du procureur de la République. Désormais, le procureur de la République ne peut plus de lui même désaisir un juge d'instruction.

La règle est que le désaisissement du magistrat instructeur doit résulter d'une ordonnance par laquelle lui-même décide de mettre fin à son instruction une fois ses investigations terminées. Il s'agira selon les cas d'une ordonnance de renvoi devant la juridiction de jugement compétente, de non lieu ou de transmission de pièces au procureur Général aux fins de saisir^{de} la Chambre d'Accusation.

Avant la clôture de l'information, on estime que lorsque deux Juges d'instruction se trouvent compétemment saisis d'une infraction, le procureur de la République, peut requérir de l'un des juges, de se désaisir au profit de l'autre. Et ce dernier restera libre de rendre une ordonnance de désaisissement.

Mais ici, comme dans le cas d'une ordonnance de règlement définitif il s'agit d'un désaisissement volontaire du juge d'instruction : tel est le principe.

.../...

Le procureur de la République n'est pas pour autant totalement désarmé car par la voie incidente de l'appel qui lui est ouverte contre toute ordonnance du juge d'instruction il pourrait amener la Chambre d'Accusation à user de son pouvoir d'évocation, ce qui aurait pour effet de désaisir le magistrat instructeur.

En fait cela ne menace pas réellement l'indépendance du juge d'instruction car il appartiendra à la Chambre d'Accusation d'apprécier souverainement l'opportunité de cette évocation. Or, c'est la juridiction supérieure de l'instruction.

L'irrévocabilité de la saisine du juge, souffre d'une autre exception non moins tolérable. L'hypothèse est visée par l'article 75 du C.P.P. et intéresse le cas où le Président du Tribunal, « par une ordonnance insusceptible de voies de recours » décide de retirer le dossier de la procédure entre les mains du juge d'instruction pour le confier à un autre juge d'instruction.

Elle est tolérable d'abord en égard aux conditions prescrites pour sa mise en oeuvre. Il faut en effet non seulement une requête motivée du procureur de la République, mais celle-ci doit être dictée par l'intérêt d'une bonne administration de la Justice.

Elle est tolérable ensuite et surtout parceque le procureur de la République ne fera que " réquerir", le pouvoir de décision revenant au Président du Tribunal. Ce dernier étant réputé indépendant, et la parenté organique aidant l'indépendance du juge d'instruction a mille chances d'être préservée. En définitive c'est l'affaire de deux magistrats du siège.

Nos moins cruciale sera, au regard du principe de l'indépendance, la question du choix du juge d'instruction lorsque le procureur de la République a décidé d'ouvrir une information.

lege lata

LE CHOIX DU JUGE D'INSTRUCTION : De lege lata, le droit de procéder à la répartition des dossiers entre les différents cabinets d'instruction, appartient au procureur de la République Celui-ci désignera tel juge qu'il lui plaira pour diligenter l'information.

.../...

Cette pratique du reste, a prévalu en France jusqu'en 1958. L'article 83 du Code de procédure pénale ^{français} est venu y mettre ~~definitivement~~ un terme. ⚡ Lorsque'il existe dans un tribunal plusieurs juges d'instruction - dispose t-il - le Président du tribunal ou en cas d'empêchement le magistrat qui le remplace désigne pour chaque information, le juge qui en sera chargé. ⚡ Désormais donc, le pouvoir de désignation passe des mains du procureur à celle du Président du tribunal.

Derrière cette réforme se cache l'idée que laisser le choix du juge à l'appréciation du parquet, serait consacrer son emprise sur l'instruction et par là compromettre l'indépendance du juge puisque le procureur serait toujours tenté de confier telle affaire à un magistrat qu'il juge plus porté à suivre ses velleités.

Pourtant au SENEGAL on a pas cru devoir opérer ce transfert de compétence. L'honneur revient toujours au ministère public.

Il faut dire néanmoins que le système tel qu'il existe dans notre pays: se défend parfaitement d'un point de vue pratique. Le magistrat du parquet est chargé de soutenir l'accusation ce qui l'amène à entretenir un contact permanent avec son collègue de l'instruction. D'où le fondement de son droit de regard sur l'information. Il est donc à ce titre mieux à même d'appréhender l'activité de l'ensemble des cabinets, que le président du tribunal, qui lui ne sera saisi qu'en dernière instance.

Il arrivera par conséquent, plus facilement à réaliser un équilibre en volume des dossiers ventilés dans les divers cabinets d'instruction.

Cela étant le souci d'une bonne administration de la Justice peut justifier dans une certaine mesure le maintien du statu quo en droit sénégalais.

.../...

Par ailleurs, on semble avoir fait au SENEGAL, l'économie du système français. En France rapporte Pierre Chambond « Les présidents des tribunaux paraissent peu intéressés par la prérogative qui leur est conférée par l'article 83 du C P P. Aussi, fréquemment, délivrent-ils leur ordonnance de désignation en blanc, et indication du nom du juge d'instruction saisi est portée par le parquet, ou bien se bornent-ils à entériner le choix préalablement proposé par le procureur de la République » . (Pierre Chambond . "Le Juge d'Instruction P. 90).."

Les prérogatives du parquet ne s'arrêtent pas au choix du Juge d'instruction.

Le parquet va se voir reconnaître en effet, après la saisine et jusqu'au règlement définitif de la procédure, un pouvoir de surveillance générale sur l'instruction.

Il y aura les prérogatives du procureur de la République doublées ensuite de celles du procureur Général.

Dans l'ensemble il s'agira d'un droit de regard reconnu au ministère public du fait de sa position de partie privilégiée dans le procès pénal. Le ministère public soutenant l'accusation au moyen de l'action publique, il est normal que la loi lui accorde les moyens juridiques d'accomplir sa mission. Mais, cette mission devrait aussi pouvoir s'exercer, tout en ménageant l'autonomie du Juge d'instruction.

Le dosage entre les nécessités de la poursuite et les impératifs de l'instruction, n'est pas toujours réalisé de façon heureuse. Certains pouvoirs sont parfois reconnus au parquet que nous jugeons "de trop".

LES PREROGATIVES DU PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE : Elles sont multiples :

- Le juge d'instruction doit obligatoirement solliciter un réquisitoire du procureur de la République avant de prendre certains actes (mandat d'arrêt, ordonnance de mise en liberté provisoire, ordonnance de clôture etc...).

.../...

- Le Juge d'instruction doit avertir le procureur de la République lorsqu'il désire se transporter sur les lieux de l'infraction (article 83 CPP) ou effectuer une perquisition (Article 85 CPP)
- Le procureur de la République peut à tout moment solliciter communication du dossier de la procédure à charge de le rendre dans les vingt quatre heures et par un réquisitoire supplétif demander l'accomplissement de tous actes qui lui paraissent indispensables à la manifestation de la vérité (article 73 al. 1 et 2 CPP). Lorsque le Juge d'instruction ne croit pas devoir se conformer à ces requisi- tions, il est obligé de rendre dans les cinq jours de celles-ci une ordonnance motivée (article 73 al 3).
- Le procureur de la République (article 179 C.P.P.) a le droit d'interpeller appel devant la Chambre d'Accusation de toute ordonnance du Juge d'instruction sauf en matière d'expertise conformément aux dispositions de l'article 153 al 4 et 154 du C.P.P.
- L'article 105 du Code de procédure Pénale (C.P.P.) autorise le procureur de la République à assister personnellement aux interrogatoires et confrontations de l'inculpé et aux auditions de la partie civile.

En vertu de l'adage "qui peut le plus peut le moins" la juris- prudence admet également, la présence du procureur à l'audition d'un témoin.

Il suffira tout simplement au procureur d'en manifester l'in- tention auprès du juge d'instruction (article 107 C.P.P.). Certes il y a là autant de pouvoirs reconnus au procureur de la République. Mais nulle part péril il n'y a de façon sérieuse. Il est à craindre cependant qu'un usage abusif de certaines prérogatives ne conduise à une incursion intolérable du parquet sur l'activité du juge d'instruction.

Il a été observé fort justement à ce sujet, que trop de réqui- sitions suppletives risquait de favoriser la paresse d'esprit du juge, lequel aurait tendance à laisser au ministère public, surtout dans les affaires complexes et diffuses, le soin de déterminer les actes à prendre. Résultat, le parquet prendrait tout bonnement la direction de l'information et la distinction pour- suite et instruction se serait estompée.

.../..

L'on doit donc s'employer au niveau du parquet à respecter autant que faire se peut les règles du jeu en faisant un usage "raisonnable" des "supplétifs". De cette autolimitation dépendra en grande partie l'indépendance du juge d'instruction. Pour y parvenir, il suffirait tout simplement de réaliser que l'indépendance recherchée sert la Justice non le juge; cette justice à laquelle, ensemble, magistrats du siège comme du parquet, doivent concourir. Ne dit-on pas à l'égard des seconds, qu'à l'audience leur parole est libre comme pour rappeler que le ministère public requiert à charge et à décharge ?

L'occasion est peut-être bien venue de rappeler les généreuses suggestions qui ont été faites au chapitre de l'usage par le procureur, des requisitions dites supplétives. Le souhait a été émis, de voir plutôt les contacts officieux entre le parquet et l'instruction, privilégiés, de voir les rapports humains se développer. Une paisible réflexion de couloir peut faire le point sur les actes qu'il est désirable d'accomplir pour compléter une information.

De même qu'une utilisation répétée des supplétifs est à éviter autant que possible, de même une présence trop fréquente du procureur de la République à l'occasion des interrogatoires, peut être gênante pour un juge d'instruction .

De nos jours il est vrai, l'instruction tend de plus en plus vers la contradiction. Mais le cabinet du juge ne saurait être transformé en une maison de verre. On risquerait de sacrifier l'efficacité sur l'autel des libertés.

L'indépendance du Juge d'instruction ne saurait s'accomoder de suspicion ce que pourrait traduire une présence permanente du procureur de la République lors des interrogatoires. L'indépendance du juge d'instruction c'est d'abord la confiance en ce magistrat.

.../...

LES PREROGATIVES DU PROCUREUR GENERAL, viennent se greffer sur celles du Procureur de la République.

Tous les mois, par l'entremise du Procureur de la République, un état des affaires de son ressort, lui est adressé.

Il peut interjetter appel dans le délai d'un mois, de toute ordonnance du Juge d'instruction.

L'article 188 du Code de procédure pénale enfin lui donne la possibilité d'exercer un contrôle à postériori sur les instructions diligentes dans le ressort de la Cour d'Appel.

Malgré toutes ces prérogatives reconnues au Ministère Public sur la marche de l'instruction, l'indépendance du juge d'instruction reste en principe préservée. Il en sera de même vis-à-vis de la Juridiction de Jugement.

Parag. 2. L'Indépendance du Juge d'Instruction vis-à-vis de la Juridiction de Jugement.

Distinguer la poursuite de l'instruction se justifie par la crainte de voir le pouvoir exécutif par le truchement des organes du parquet, infléchir le cours de l'instruction menée par le juge.

Par contre, la nécessité de séparer l'instruction du jugement est moins bien perçue car l'unité organique des deux fonctions rend superflue une telle distinction.

Sans doute, le souci d'une meilleure protection de l'indépendance du Juge d'instruction aura t-il été la raison principale de cette distinction.

Ainsi, il appartient aux Juridictions répressives de trancher les litiges en disant le droit avec force de vérité légale, tandis que le Juge d'instruction a pour rôle la recherche des preuves de l'infraction en vue d'examiner s'il existe des charges suffisantes pour ordonner la mise en jugement de l'inculpé.

La conséquence juridique qui s'attache à cette répartition c'est l'interdiction faite au Juge d'Instruction de participer au jugement d'une affaire qu'il a connue en cette qualité.

Sauf en ce qui concerne le Juge de Paix (exception déjà signalée voir page 41), l'inobservation de ladite règle est sanctionnée par la nullité aux termes de l'article 39, alinéa 2 ; et selon la doctrine, il s'agirait d'une nullité d'ordre public.

La chambre criminelle de la Cour de Cassation (cass. crim. 1er février 1913 D 1913, 1,550 Bull crim n° 57, cass crim. 21 Nov-1930 S. 1933, 1, 160) a eu à préciser en ce sens que cette nullité était insusceptible de dénonciation, "qu'elle ne peut se couvrir" que le Juge doit y suppléer d'office si elle n'est pas opposée par les parties ;. Elle peut être invoquée en tout état de cause et pour la première fois devant la Cour de Cassation. Sur ce dernier point, la Cour a semblé amorcer un revirement dans un arrêt plus récent en décidant que : "Le moyen pris de la participation d'un juge d'instruction au jugement de l'affaire qu'il a instruite et irrécusable devant elle, s'il n'a pas ^{été} proposé devant les juges d'appel" (cass crim. 7 Mars 1946).

L'incompatibilité instituée par la loi entre fonctions d'instruction et de jugement, d'après la jurisprudence s'oppose également à toute extension par voie d'analogie. Rien ne s'oppose dès lors à ce qu'un jugement ayant instruit une affaire, occupe le banc du ministère public le jour du jugement.

Les prescriptions de l'article 450 du Code de procédure pénale sont une autre manifestation de la volonté de distinguer les organes d'instruction et de jugement. Ainsi toutes les fois qu'il y aura lieu de procéder à un supplément d'information, la loi oblige le Tribunal à commettre un de ses membres par jugement. A contrario un juge d'instruction ne peut être légalement commis par un Président du Tribunal pour mener un supplément d'instruction.

Il faut observer cependant qu'en reprenant cette règle du code de procédure pénale français, le législateur sénégalais ne semble pas avoir pris suffisamment en considération la spécificité de son système judiciaire. Alors que la France connaît la collégialité, ici c'est le système du juge unique qui prévaut. S'ajoute à cela l'insuffisance du personnel judiciaire qui fait qu'on peut se retrouver avec un seul juge au niveau d'une juridiction de jugement. Ainsi dans la plupart des cas, le tribunal par la force des choses, sera amené à recourir aux services d'un Juge d'Instruction.

Etait-ce pour affirmer d'avantage l'indépendance du Juge d'instruction qu'on a préféré faire fi de ce contexte ?.

En tous cas la même préoccupation ne semble pas se retrouver avec la Loi 75-79 du 9 juillet 1975, instituant une Inspection Générale des Cours et Tribunaux qui plutôt atténue le clivage entre l'instruction et le jugement.

Aux termes de l'article 10 de ladite loi, le Président du Tribunal régional (et le Président de la Cour d'Appel pour les tribunaux, les Cabinets d'instruction et les tribunaux départementaux) a le pouvoir d'effectuer sous sa propre autorité et sous sa responsabilité des contrôles sur les cabinets d'instruction (et les tribunaux départementaux).

On pourrait craindre, à l'instar de ce qui a été relevé à propos des réquisitions supplétives du Procureur de la République, que le Président du Tribunal de son côté ne ^{face} fasse un usage abusif de ce droit de contrôle. Mais il y a moins de risques à ce niveau puisqu'il y a ^{un} un contrôle administratif et non un contrôle juridictionnel.

.../...

CHAPITRE 2 : LES GARANTIES STATUTAIRES DU PRINCIPE DE
L'INDEPENDANCE DU JUGE D'INSTRUCTION.

L'indépendance du Juge d'instruction risquerait d'être lettre morte si elle n'était pas soutendue par des garanties sur le plan statutaire.

Si le Juge pouvait être déplacé à tout moment ou faire l'objet de sanctions disciplinaires à la discrétion du pouvoir exécutif, il serait à craindre qu'il ne soit amené à signer un pacte d'allégeance à l'autorité titulaire de ce pouvoir.

Sans un minimum de protection statutaire pas d'indépendance réelle bien que cela ne soit pas une condition suffisante.

Au Sénégal on retrouve peut être en considération de cette vérité - ce qu'il est convenu d'appeler les garanties classiques de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Elles consistent essentiellement à instituer un Conseil Supérieur de la Magistrature et à poser la règle de l'immovibilité du juge.

On sait que le Juge d'instruction est un Magistrat du siège. Il devrait donc pouvoir se prévaloir de ces garanties au même titre que son collègue de la Juridiction de Jugement.

La réalité est pourtant toute autre. Sur ce plan, le statut du siège est loin d'être uniforme. Voyons pourquoi ?

SECTION 1 : LES GARANTIES LIEES A L'INSTITUTION D'UN CONSEIL
SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE.

L'institution d'un conseil supérieur de la Magistrature est prévue par l'article 30 de la constitution.

L'ordonnance 60-16 du 3 septembre 1960 en fixe la compétence, l'organisation et le fonctionnement.

Le Conseil constitue assurément une garantie fondamentale de l'indépendance du Juge d'instruction. Parfois il représente le pouvoir exécutif. A ce titre, il est appelé à se prononcer obligatoirement sur les propositions d'avancement et de nomination des magistrats du siège.

En matière disciplinaire, le conseil est l'unique organe à avoir autorité sur les juges.

La garantie va résider d'abord dans la composition même du conseil ensuite dans ses attributions.

Parag. 1. LA COMPOSITION DU CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE

Elle est fixée par la loi organique du 3 septembre 1960 ainsi qu'il suit : le Président de la République (Président du Conseil), le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice (Vice Président du Conseil), le Premier Président de la Cour Suprême (membre de droit), le Premier Président de la Cour d'Appel (membre de droit), enfin cinq membres nommés pour quatre ans par le Président de la République sur proposition du Garde des Sceaux (deux Présidents de section ou conseillers à la Cour Suprême, un magistrat du siège de la Cour d'Appel, un Magistrat du siège des tribunaux, ou tribunaux régionaux, un juge de paix ou juge des tribunaux départementaux).

Il faut observer que seuls des magistrats du siège son admis à faire partie du Conseil ce qui est de nature à renforcer son indépendance et à sécuriser les magistrats placés sous sa coupole.

Pourtant la composition du Conseil n'a pas manqué de soulever certaines critiques.

On s'est d'abord élevé contre le fait que la majorité de ses membres soit nommée par le Président de la République. D'aucuns ont même estimé que la présence de la tête de l'exécutif et du garde des Sceaux au sein du Conseil ne se justifie pas et ne ^{peut} ~~peuvent~~ que restreindre son indépendance.

Certes du point de vue des principes, la critique comporte une part de vérité. Une compréhension orthodoxe du principe de la séparation des pouvoirs serait systématiquement contre toute représentation de l'exécutif dans une instance chargée de légiférer sur le sort des juges.

Mais à notre avis, séparation des pouvoirs n'a jamais voulu signifier auto-gestion de la Magistrature. Faire nommer certains membres du Conseil par le Président de la République ne peut en tant que tel constituer une atteinte à ce principe.

Par ailleurs en matière disciplinaire le Conseil siège sans la présence ni du Président de la République, ni du Ministre de la Justice. Il est présidé à cette occasion par le Premier Président de la Cour Suprême avec à ses côtés uniquement les Magistrats du siège qui en sont membres.

La critique devrait à notre sens être déplacée sur un autre plan, qui intéresse le juge d'instruction.

La fonction d'instruction précisons-le, n'est pas érigée en emploi judiciaire par la loi. Elle n'est pas mentionnée par le statut de la magistrature (loi 84-21 du 2 février 1984 modifiant la loi n° 60-47 du 9 novembre 1960) dans l'énumération qui a été faite en son article 58 ; ce qui fait qu'on ne peut pas faire carrière à l'instruction.

En outre, l'article 61 de ladite loi dispose que : "les fonctions de Juge d'instruction et celle de Juge des enfants sont attribuées aux Juges des Juridictions par arrêté du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice par période de 3 trois ans renouvelable".

Si on considère généralement que cette disposition a été abrogé implicitement en ce qui concerne le Juge des enfants par l'article 577 du Code de Procédure Pénale, elle a été par contre confirmée s'agissant du Juge d'instruction par l'article 40 du même code. La désignation du Juge d'instruction étant le fait d'un simple arrêté ministériel, par application de la règle du parallélisme des formes, sa révocation se fera selon la même procédure. Il est évident que dans ces conditions le Juge d'instruction sera beaucoup moins bien protégé sur le plan statutaire que son collègue de la Juridiction de jugement pour qui il faut un acte supérieur (un décret présidentiel) précédé obligatoirement d'un avis du Conseil Supérieur de la Magistrature.

Il s'agit là d'une discrimination manifeste et il faudrait s'atteler à uniformiser le statut du siège pour rendre la fonction d'instruction moins précaire et le juge par conséquent plus indépendant.

Du reste, la Conférence Nationale Judiciaire de mai 1984 été formelle sur ce point. De lege ferenda on a souhaité l'abrogation des articles, 61 du statut de la magistrature et 40 du Code de Procédure Pénale ce qui signifie nomination du Juge d'instruction par décret du Président de la République après avis du Conseil Supérieur de la Magistrature. Pour cela il faut au préalable faire de l'instruction, un emploi judiciaire compris dans l'énumération de l'article 58 du statut de la magistrature.

Parag. 2. LES ATTRIBUTIONS DU CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE.

Elles sont essentiellement au nombre de trois. En matière d'avancement et de nomination des magistrats du siège, le conseil émet un avis sur les propositions de nomination préparées par le Ministre de la Justice Garde des Sceaux.

Le Conseil Supérieur de la magistrature est l'autorité disciplinaire unique des magistrats du siège.

Le Conseil Supérieur de la magistrature est chargé d'assister le Président de la République dans l'exercice de son droit de grâce.

Rappelons également qu'aux termes de l'article 70 de la loi 84-21 du 2 février 1984 portant statut de la magistrature, le Conseil dresse seul les tableaux d'avancement des magistrats du siège.

De par ses diverses attributions, le conseil veille donc étroitement au statut des magistrats du siège.

A ce niveau également nous retrouvons les mêmes insuffisances à propos du Juge d'instruction qui n'est pas tout à fait couvert puisqu'en cette qualité il peut être révoqué sans la consultation du conseil. Il reste que même dans ce cas le Juge d'instruction sera toujours un magistrat du siège et à ce titre il pourra bénéficier de la couverture de cet organe.

Il faut peut être déploré, s'agissant des avis que donne le Conseil, que ceux-ci n'aient pas une force juridique suffisante pour pouvoir lier l'autorité de nomination. L'indépendance du Juge ne peut qu'en pâtir.

Mais en matière disciplinaire avions nous dit le Conseil ~~so~~ *s'éuige* en véritable Juridiction et présente de sérieuses garanties tant par sa composition que par la procédure qui est initiée devant lui.

C'est l'article 13 de l'ordonnance n° 60 - 16 du 3 septembre 1960 qui rappelle que : "Lorsqu'il siège comme conseil de discipline, le conseil supérieur (qui) est présidé par le Premier Président de la Cour Suprême statue hors la présence du Président de la République et du Garde des Sceaux Ministre de la Justice".

La procédure dont s'agit est de type contradictoire. Toutes les garanties de la défense sont reconnues au magistrat poursuivi ce qui a le mérite de le mettre à l'abri de tout arbitraire.

D'une part il aura le droit à l'assistance d'un conseil (art. 18) ; à la communication de son dossier", de toutes les pièces de l'enquête et du rapport établi par le rapporteur" (article 19) ; " il sera invité à fournir ses explications et moyens de défense sur les faits qui lui sont reprochés" (art. 20)."

D'autre part la décision du conseil devra être motivée même si elle n'est pas susceptible d'opposition ou de recours devant la Cour Suprême.

SECTION 2 : LES GARANTIES LIEES A LA REGLE DE L'INAMOVIBILITE.

Il est classique de voir en l'inamovibilité la garantie suprême de l'indépendance.

L'idée prévaut chez certains esprits simplistes que là où il n'y a pas inamovibilité comme chez les magistrats du parquet, il ne saurait y avoir d'indépendance et à contrario lorsqu'il y a inamovibilité comme chez les magistrats du

du siège, il y a nécessairement indépendance.

L'inamovibilité serait dès lors non pas condition mais synonyme d'indépendance.

Nous verrons que l'indépendance ne peut se résumer à de simples garanties statutaires.; Qu'elle obéit plutôt à un complexe de facteurs qui transcendent le cadre d'un statut.

Il n'en demeure pas moins vrai cependant que les gardes-fou d'un statut sont nécessaires à la protection de toute indépendance.

Le constituant sénégalais n'a pas perdu de vue cette évidence. L'article 80 de la constitution ne dispose-t-il pas clairement que : "Les juges sont inamovibles". Mais jusqu'où va cette inamovibilité ? Et qui sont ces Juges" ?

PARAG. 1. LA NOTION D'INAMOVIBILITE.

Le principe de l'inamovibilité signifie en résumé qu'aucun juge ne peut être privé de son poste ou déplacé sans son accord, sauf mesures disciplinaires.

L'inamovibilité profite aux magistrats du siège seulement. Ceux du parquet en sont exclus au nom du principe de la hiérarchie qui préside à l'institution du Ministère Public. L'article 4 du statut de la magistrature prévoit expressément que les magistrats du Ministère public peuvent être déplacés comme tout fonctionnaire.

En ce qui concerne les magistrats du siège, l'inamovibilité doit s'entendre de façon extensive. Cette idée ressort de l'interprétation des dispositions de l'article 3 de la Loi 84-21 du 2 février 1984. portant statut de la magistrature, ainsi conçues : "Les magistrats du siège ne peuvent recevoir une affectation nouvelle même par voie d'avancement sans leur consentement préalable".

Dans l'esprit du législateur, il s'agit d'interdire précisément les déplacements d'office, les évictions, les rétrogradations, limogeages ou éloignements par promotion autrement qualifiés de "coups de pied ascensionnel".

L'on a voulu par ce moyen assurer la sécurité du Juge dans son poste pourvu'il ne soit pas la victime des caprices de l'autorité de nomination.

Toutefois, inamovibilité ne signifie pas immobilité. Par exemple, le Juge peut légalement être l'objet d'une mesure disciplinaire portant déplacement d'office (art. 16 du statut de la magistrature). Cela ne va pas à l'encontre du principe de l'inamovibilité et de l'indépendance du juge dans la mesure où la sanction sera prononcée par le Conseil Supérieur de la Magistrature composée pour la circonstance que de magistrats du siège.

PARAG. 2 : LA PORTEE DU PRINCIPE DE L'INAMOVIBILITE.

L'inamovibilité a-t-on dit ne concerne que les magistrats du siège ; mais encore faudrait il qu'ils soient en activité.

Faudrait-il également que le Juge soit titulaire de son poste. Les juges intérimaires encore moins les juges suppléants ne peuvent pas s'en prévaloir. Par conséquent en pratique, le principe risque d'être d'application très marginale puisque rares sont les juges titulaires de leur poste.

Nonobstant ces conditions restrictives, la loi prévoit une autre exception à la règle de l'inamovibilité. Elle dispose que lorsque les nécessités du service l'exigent, les magistrats du siège peuvent être provisoirement déplacés par l'autorité de nomination (art. 3 al. 2 du statut de la magistrature).

Il y a lieu d'observer que ces "nécessités du service" relèveront de l'appréciation souveraine de l'autorité de nomination. Par conséquent, il est à craindre que sous ce prétexte l'exécutif ne vienne remettre en cause la stabilité des

magistrats du siège et partant leur indépendance.

Mais il est heureux de constater que la loi elle même apporte quelques tempéraments à cela.

En effet : - le déplacement pour nécessité de service d'un magistrat du siège doit être temporaire.

- Ce déplacement ne peut intervenir que si le Conseil Supérieur de la Magistrature obligatoirement saisi, a émis un avis conforme et motivé.

- enfin la durée du déplacement, elle même, est fixée par le Conseil Supérieur de la magistrature.

L'inamovibilité demeure donc garantie.

Mais le Juge d'instruction en ce qui le concerne, peut-il s'en prévaloir ?.

Il nous suffit de rappeler que l'instruction n'est pas un emploi Judiciaire, pour pouvoir répondre à cette question. Deux situations peuvent se présenter à partir de ce moment.

- En tant que Juge d'instruction, ce magistrat est nommé par simple arrêté du Garde des Sceaux. Il peut donc être révoqué par un acte contraire sans aucune forme de procès- A ce niveau donc, pas d'inamovibilité. Mais révoqué, il n'en restera pas moins un magistrat du siège d'où la deuxième situation :

- En tant que magistrat du siège il est réputé inamovible sous réserve des exceptions analysées plus haut.

A l'évidence, cet état amphibie est critiquable et attentatoire à l'indépendance du magistrat instructeur qui aurait besoin dans l'exercice de son métier de la sécurité tenant au principe de l'inamovibilité. Les conclusions pertinentes de la Conférence Nationale Judiciaire n'ont pas manqué de le souligner :

"Il faut renforcer le principe de l'inamovibilité en érigeant l'instruction au rang des emplois judiciaires en faisant nommer les Juges d'instruction par décret du Président de la République après avis du Conseil Supérieur de la Magistrature". Ainsi concluait la Conférence sur la question.

Deuxième Partie : L'Application du principe de l'indépendance du Juge d'instruction en matière de détention provisoire.

La Conférence Nationale Judiciaire tenue à **Dakar** du 5 au 19 Mai 1984 avait préconisé entre autres propositions, une réforme du Code de Procédure Pénale sénégalais sur certains points "en vue d'adapter la Justice sénégalaise aux **grands** principes qui doivent la régir".

Le gouvernement sénégalais a pris acte de ces propositions et a présenté à l'Assemblée Nationale le projet de loi n° 07/85, modifiant le Code de Procédure Pénale (C.P.P) qui en sa séance du 8 février 1985 l'a adopté à l'unanimité.

Entre autres changements, la détention préventive est devenue détention provisoire pour, dit l'exposé des motifs du projet de loi, "bien montrer que le gouvernement a voulu poser le principe que la détention était une mesure exceptionnelle applicable seulement dans un nombre de cas limités." De façon générale, la réforme entreprise veut renforcer la garantie des libertés individuelles.

La détention provisoire consiste pour le Juge d'instruction, par l'effet d'un mandat de dépôt ou d'un mandat d'arrêt, à incarcérer un inculpé dans une maison d'arrêt, pendant tout ou partie de la période qui va du début de l'instruction préparatoire au jugement définitif sur le fond de l'affaire.

Il s'agit là d'une mesure grave puisqu'elle menace la liberté des personnes que notre civilisation a sacralisée. Elle est surtout contraire au principe de la présomption d'innocence.

Par conséquent la détention provisoire requiert par sa particulière gravité, sérénité, conscience et indépendance chez le Juge, seuls gages d'une protection des libertés individuelles.

Au Sénégal, le législateur a dans une certaine mesure satisfait à ces exigences en instituant à titre principal un régime de la détention provisoire qui laisse au Magistrat instructeur sa liberté d'appréciation. (Chapitre 1.)

Mais parallèlement, il a mis en place un véritable régime d'exception qui retire au Juge d'instruction presque tout son pouvoir d'appréciation. (Chapitre 2.)

Chapitre 1 : Le régime de droit commun de la détention provisoire ou l'affirmation de la liberté d'appréciation du Juge d'instruction.

Comprenant que la détention provisoire est un "mal nécessaire" le législateur sénégalais semble avoir souscrit au voeu de Faustin Hélie qui disait parlant de cette mesure : "le droit social de l'appliquer a pour contrepartie, le devoir social d'en adoucir le régime". Pour cela il a fait du droit commun de la détention provisoire le domaine du Juge d'instruction estimant que par cette marque de confiance, les libertés individuelles seraient mieux garanties (section 1).

Mais Faustin Hélie n'a jamais entendu laisser la mesure que constitue la détention provisoire à la discrétion du juge, un homme comme les autres hommes avec ses insuffisances et ses complexes. Ainsi le législateur ~~va~~-t-il cru devoir réglementer cette mesure en atténuant la liberté d'appréciation du magistrat instructeur (section 2).

Section 1 : La détention provisoire: domaine du Juge.

La détention provisoire n'est peut être pas le privilège exclusif du Juge d'instruction. Le procureur de la République en matière de flagrant délit, la chambre d'accusation et les Juridictions de Jugement peuvent en décider. Mais c'est de façon exceptionnelle dans ces derniers cas tandis qu'il n'existe pas d'affaire instruite par le Juge d'instruction où celui-ci ne s'interroge sur l'opportunité d'un mandat de dépôt ou d'arrêt ou le bien fondé de son maintien.

La détention provisoire est donc par excellence le domaine du Juge d'instruction, qui en décide en toute souveraineté. Du moins c'est le principe.

Parag. 1 : Le principe de la liberté d'appréciation du Juge d'instruction en matière de détention provisoire.

- Libre d'appréciation de l'opportunité du placement en détention.

La détention provisoire résulte de l'exécution du mandat de dépôt ou du mandat d'arrêt décerné par le Juge d'instruction en vertu de l'article 110 du C.P.P.

Le mandat de dépôt est l'ordre donné au Directeur de l'établissement pénitenciaire de recevoir et de détenir l'inculpé (art. 113 du CPP). Le mandat d'arrêt est l'ordre donné à la force publique de rechercher l'inculpé en fuite et de le conduire à la maison d'arrêt.

Le mandat d'arrêt et mandat de dépôt sont considérés comme de véritables actes de juridiction. Leur validité est soumise au respect des règles de fond et de forme prévues à l'article 115 du CPP. Mais à défaut de texte, il faut considérer que l'inobservation de ces règles ne peut entraîner la nullité du mandat sauf s'il s'agit d'une formalité substantielle. En règle générale, l'existence d'un interrogatoire est requise au début de toute détention. L'interrogatoire précédera la délivrance du mandat de dépôt puisque l'inculpé est déjà entre les mains de la justice. Il suivra par contre l'exécution du mandat d'arrêt et ce suivant les règles prévues aux articles 122 et 123 du C.P.P.

Mais dans tous les cas, le Juge d'instruction sera juge de l'opportunité du placement en détention puisque d'après l'article 72 alinéa 1 du Code de Procédure pénale (C.P.P) il "procède conformément à la loi à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité". Ce pouvoir général est précisé en matière de détention provisoire par l'article 110 du C.P.P. aux termes duquel "le Juge d'instruction peut selon les cas, décerner ^{mandat} de comparution, d'amener de dépôt

et d'arrêt". La loi n'instituant aucune préséance, le Juge sera libre de procéder par l'un ou l'autre des mandats précités.

L'indépendance du Juge d'instruction dans l'opportunité du placement en détention va surtout s'exprimer vis-à-vis des organes judiciaires.

Le Procureur de la République d'abord : Il peut dans son réquisitoire introductif solliciter la délivrance d'un mandat de dépôt ou d'arrêt. Mais en aucun cas le Juge d'instruction ne sera obligé de le suivre dans ses réquisitions. Le Procureur peut à la limite, si le Juge rend une ordonnance motivée conformément à l'article 73 alinéa 3 du C.P.P., relever appel de cette ordonnance.

La Chambre d'accusation ensuite : La Jurisprudence Pesquet citée dans la première partie, permet de mesurer l'indépendance du Juge d'instruction vis-à-vis de cette juridiction supérieure de l'instruction. Il a été jugé par la Cour de cassation française que même lorsqu'elle a infirmé l'ordonnance du Juge d'instruction, la Chambre d'Accusation n'est pas autorisée à enjoindre à celui-ci de décerner mandat de dépôt.

- Libre appréciation des conditions de fait de la détention provisoire.

En France : Les conditions de fait de la mise en détention provisoire ont été prévues par la loi. D'abord, l'article 137 du Code de procédure pénale (CPP) sans équivalent en droit sénégalais, pose le principe à savoir que la détention provisoire est une mesure exceptionnelle. Ensuite le législateur depuis la loi du 17 juillet 1970 a déterminé les buts de la détention provisoire qui aux termes de l'article 144 al.2 et 3 du CPP ne peut intervenir hors des cas légaux suivants :

Elle est ordonnée soit comme mesure de sûreté soit comme garantie de la représentation en justice et de l'exécution de la peine soit comme moyen d'assurer la bonne marche de l'instruction.

L'office du juge consistera à voir dans chaque espèce s'il existe un des éléments spécifiés à l'article 144 qui puisse justifier un placement en détention. Cela se traduit par une atténuation de son pouvoir d'appréciation même si par ailleurs le système permet un contrôle efficace et partant, protège les libertés individuelles.

Au SENEGAL . L'article 144 du code de procédure pénale français n'a pas son pendant en droit sénégalais. L'on a plutôt préféré s'en remettre à la conscience du juge d'instruction celui-ci partira des circonstances de fait du dossier pour voir s'il y a lieu ou non de placer en détention. Il n'est pas obligé de se référer à des critères légaux préalablement fixés. On peut donc dire qu'à ce niveau le pouvoir d'appréciation du juge sénégalais est plus étendu que celui de son homologue français.

Le législateur sénégalais a donné confiance à son juge. Mais, de la confiance naît la responsabilité car dans la pratique on constate que les motifs des ordonnances de refus de mise en liberté provisoire tournent invariablement autour "des nécessités de l'instruction" ou "des impératifs de l'ordre public".

Paragraphe 2 : La portée du principe de la liberté d'appréciation du juge d'instruction.

Les Juges d'instruction -on l'a vu- se sont montrés "responsables" en s'autolimitant. Il est remarquable de constater que la détention est toujours ordonnée :

- soit parcequ'elle est l'unique moyen de conserver les preuves ou les indices matériels ou d'empêcher soit une pression sur les témoins soit une concertation frauduleuse entre inculpés et complices.
- soit parce qu'elle est nécessaire pour préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction ou pour protéger l'inculpé, pour mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ou pour garantir le maintien de l'inculpé à la disposition de la justice.

Ce réflexe mesure bien la maturité du juge sénégalais. Mais au fond, la référence, aux principes généraux commande cette attitude.

.../...

N'est-ce pas que la constitution de la République dans son préambule, "proclame l'attachement du Peuple sénégalais aux droits fondamentaux tels que définis dans la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen de 1789" ?

Cette fameuse Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ne pose-t-elle pas le principe sacro-saint de la présomption d'innocence ?

La détention provisoire qui est la négation même de ce principe ne peut dans ces conditions se comprendre que comme mesure d'exception.

Surtout que l'article 6 de la constitution rappelle bien, que "la liberté de la personne humaine est inviolable" et l'article 81, de constituer le pouvoir judiciaire en "gardien des droits de libertés".

Il y a enfin, l'autorité de la jurisprudence de la Chambre d'Accusation qui ne manque jamais de rappeler que "la détention provisoire doit être justifiée et la seule gravité des faits ne saurait être une justification suffisante" (Chambre d'Accusation arrêt. n° 72 du 29 Septembre 1972 MPC/ Marcel Marion). Elle exige aussi "l'existence de charges précises et concordantes désignant l'inculpé comme l'auteur ou le complice de l'infraction" (Ch. d'Acc. arrêt n° 77 du 28 août 1977 MP C/ Fatime DIOP et autres.).

La jurisprudence et les principaux généraux, ont ainsi apporté des garde-fous au principe de la liberté d'appréciation du juge d'instruction.

Cela est heureux puisque allant dans le sens d'un élargissement des libertés individuelles. IL faudrait peut être aller plus loin et comme la préconisé la Conférence Nationale Judiciaire ~~se~~ consacrer par une disposition inscrite dans le code de procédure pénale, le principe selon lequel la détention préventive doit toujours être une mesure exceptionnelle .>> .

.../...

Mais dans l'esprit de la conférence cela devrait aussi se traduire par l'élargissement des mesures mis à la disposition du Juge d'instruction.

Si la réforme du Code de procédure pénale n'a pas entériné la première proposition, par contre le contrôle Judiciaire a été institué par un article 127 ter du C.P.P. Le pouvoir d'appréciation du juge d'instruction s'est trouvé accru grâce à cette innovation. Désormais son choix n'est plus limité à l'alternative détention - liberté. Il peut préférer le régime de la semi - liberté à l'incarcération totale.

SECTION 2: L'ATTENUATION DE LA SOUVERAINETE DU JUGE D'INSTRUCTION PAR LA RECLEMENTATION DE LA DETENTION PROVISOIRE.

La détention provisoire -avons nous dit- est une mesure grave; Contraire à la présomption d'innocence, "elle est génératrice de douleur par l'effet psychologique de l'incarcération, de désastres économiques et familiaux".

C'est pourquoi le législateur l'a réglementée tout dans son domaine que dans sa durée, ce qui a une incidence sur le pouvoir d'appréciation du juge d'instruction.

Paragraphe 1 : LE DOMAINE DE LA DETENTION PROVISOIRE

- Nature et gravité de l'infraction: Aux termes des articles 121 et 125 du C.P.P. la détention provisoire ne peut être décidée que lorsque l'infraction comporte une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave.

Elle ne serait donc possible qu'en matière criminelle, correctionnelle pour les délits punissables d'une peine d'emprisonnement et serait exclue pour les contraventions et pour les délits punissables de peine d'amende.

.../...

L'interdiction de détenir pour les contraventions et les délits punissables de peine d'amende s'explique par le peu de gravité des faits incriminés. On préfère faire prévaloir le principe de la présomption d'innocence et restreindre au besoin le pouvoir d'appréciation du juge pour mieux garantir la liberté.

Le problème généralement posé par l'application de ces règles est l'hypothèse ou "l'inculpation qui sert de point d'appui à la détention n'a pas un fondement juridique assuré. Concrètement cela signifie par exemple que le juge d'instruction estime que les faits déférés constituent une simple contravention alors que le procureur de la République a requis mandat de dépôt pensant être en présence d'un délit punissable d'une peine d'emprisonnement.

Il faudrait peut être rappeler que d'après la jurisprudence de la Chambre déjà rencontrée, "le juge d'instruction est saisi in rem et doit instruire dans le sens indiqué par le réquisitoire introductif", ce qui l'oblige à attendre l'ordonnance de règlement pour pouvoir opérer une disqualification.

Mais même si la disqualification in limine litis lui est interdite, il n'en demeure pas moins qu'en droit commun s'agissant de la détention provisoire, il est libre de décerner ou non le mandat requis.

Par conséquent l'hypothèse n'a d'intérêt que lorsque la qualification retenue par le parquet rendrait obligatoire la délivrance du mandat (exemple le détournement de deniers publics). Dans ce cas, il semble qu'il faut se référer à la jurisprudence de la Chambre d'Accusation précitée (arrêt n° 5 du 23 janvier 1979) et obliger le juge à mener son instruction à terme avant d'opérer un redressement de qualification. Cela évidemment est parfois choquant.

.../...

- La nature de l'infraction : Aux termes de l'article 618 du C.P.P «la poursuite des infractions commises par tout moyen de diffusion publique aura lieu suivant les règles du droit commun sous réserves des règles particulières indiquées dans les articles 619 à 632 du C.P.P. » .

L'article 623 du même code précise que lors que l'inculpé est régulièrement domicilié au Sénégal, il est interdit au Juge d'instruction de le détenir provisoirement sauf s'il est poursuivi pour l'une des infractions prévus aux articles 249, 250, 251, 252, 255, 265 et 266 du Code pénal (C.P.). Au fond cette réglementation ne limite pas tellement le juge d'instruction nuis que celui-ci en vertu de l'article 618 du C.P.P retrouve son inperium lorsque l'inculpé n'est pas régulièrement domicilié au Sénégal ou qu'il est poursuivi pour l'une des infractions suivantes :

- Provocation non suivie d'effet à un crime ou délit (article 250 du C.P.)
- Incitation des membres des forces publiques à la rébellion et à la désobéissance (article 251 du C.P.).
- Apologie d'un crime ou d'un délit (article 252 du C.P.).
- Offense envers les Chefs d'Etat, Chefs de gouvernement et ministres étrangers (article 265 du C.P.).
- Outrage envers les diplomates étrangers (article 265 du C.P.).

Par contre le délit de diffusion de fausses nouvelles (article 255 du C.P.) obeit lui, à un régime spécial (où le juge perd tout pouvoir d'appréciation.) qui retiendra notre attention dans le chapitre suivant.

- La personnalité de l'inculpé.

En ce qui concerne les mineurs la détention provisoire est l'exception. On a voulu donner le pas aux mesures éducatives et de surveillance consistant soit à placer le mineur provisoirement dans un centre d'accueil ou d'observation, soit a en confier la garde à ses parents ou tuteurs (article 575 du C.P.P).

.../...

L'article 576 du C.P.P distingue entre les mineurs de 13 ans et les mineurs de plus de 13 ans.

Pour les premiers la détention provisoire n'est possible qu'à la condition qu'il s'agisse d'une prévention de crime et que le juge d'instruction prenne une ordonnance motivée. Pour les seconds, la détention ne sera admise que si la mesure paraît indispensable où qu'il soit impossible de prendre toute autre disposition.

Paragraphe 2 : La DUREE DE LA DETENTION PROVISOIRE

Avant la réforme : Aucune durée n'était prévue pour la détention provisoire. La seule exception à cette règle était constituée par les dispositions de l'article 127 du C.P.P. ainsi conçues : en matière correctionnelle lorsque le maximum de la peine prévue par la loi est inférieur à deux ans l'inculpé régulièrement domicilié au Sénégal ne peut être détenu pendant plus de cinq jours par le juge d'instruction après sa première comparution devant lui.

Le champ d'application de l'article 127 du C.P.P. est si étroit que la souveraineté du juge d'instruction relativement à l'appréciation de la durée de la détention provisoire était quasi totale. L'inculpé n'est admis au bénéfice de cet article que si le maximum de la peine prévue est inférieur à deux ans s'il est régulièrement domicilié au Sénégal et si aucune condamnation pour crime ou emprisonnement de plus de trois mois sans sursis pour délit de droit commun n'a été prononcée contre lui.

Depuis la loi du 8 février 1935 portant réforme du code de procédure pénale, le législateur sénégalais s'est inscrit dans le sillage de la loi française du 17 Juillet 1970 en apportant deux modifications qui ont eu un effet sur le pouvoir d'appréciation du juge d'instruction sur la durée de la détention provisoire.

.../...

Dans un premier temps il s'agit de l'institution du contrôle judiciaire. En cas d'inobservation du contrôle judiciaire l'exception de l'article 127 du C.P.P. ne vaut plus. Le juge retrouve sa liberté d'appréciation même si la peine encourue est inférieure à deux ans d'emprisonnement.

La deuxième innovation est apportée par l'article 127 bis qui dispose qu'en matière correctionnelle la détention provisoire ne peut plus excéder 6 mois sauf à être renouvelée par le juge d'instruction par une ordonnance motivée.

De façon générale, la réglementation de la détention provisoire tente pour des raisons variées, de préserver le principe de la présomption d'innocence en réduisant les pouvoirs du juge d'instruction.

L'atteinte portée à la liberté d'appréciation de ce magistrat est donc tolérable puisqu'allant dans le sens d'un renforcement des libertés individuelles.

Elle l'est encore moins si elle emprunte le sens inverse d'une limitation de ces libertés s'imposant au juge comme c'est le cas pour une certaine catégorie d'infraction. (Chapitre 2).

.../...

Chapitre 2 : LE REGIME D'EXCEPTION DE LA DETENTION PROVISOIRE OU LE DECLIN DU POUVOIR D'APPRECIATION DU JUGE D'INSTRUCTION.

L'unité nationale et les impératifs du développement sont devenus deux arguments très usités par les jeunes états indépendants pour justifier certaines options fondamentales.

Le contexte spécifique de ces pays est souvent compris comme étant la source d'une nouvelle légitimité qui autorise le sacrifice de quelques principes classiques.

Mais, si les buts poursuivis sont nobles en soi, encore faut-il toujours se garder "de rompre l'équilibre entre ce qui est indispensable pour le progrès économique et social d'une société et ce qui est nécessaire pour l'épanouissement de chacun de ses membres". (Kaba MBAYE).

Unité nationale et protection des intérêts collectifs des populations expliquent au SENEGAL la mise en place d'un système particulier de repression des auteurs d'infractions comme le détournement de deniers publics et les crimes et délits contre la sûreté de l'Etat.

Notre législation est-elle parvenue à réaliser le juste milieu dont parlait l'éminent magistrat. ? C'est ce que nous tenterons d'apprécier en étudiant cas par cas les infractions au sujet desquelles le juge d'instruction a vu son pouvoir d'appréciation entamé.

SECTION 1 : LA NEGATION PARTIELLE DU POUVOIR D'APPRECIATION DU JUGE D'INSTRUCTION

C'est en matière économique qu'il y a une première atteinte à l'indépendance du juge d'instruction. Il s'agit précisément du détournement deniers publics d'une part, du délit d'importation ou d'exportation sans déclaration et de la contre bande d'autre part

.../...

Paragraphe 1 : LE DETOURNEMENT DE DENIERS PUBLICS

Le détournement de deniers publics est assurément le délit le plus connu du catalogue des infractions à la loi pénale. Sa popularité s'explique par l'indignation qu'il inspire par civisme, à la majorité des citoyens. Le phénomène du détournement de deniers publics traduit le manque d'esprit de service public, le mépris de l'intérêt général qui caractérisent les nombreux agents véreux qui peuplent les administrations des pays sous développés.

Pour venir à bout de ce fléau, plusieurs politiques législatives ont été inventées. Toutes traduisent, une même volonté de réprimer avec fermeté le délit. Ici on a doublé l'échelle des peines correctionnelles. Ailleurs on l'a tout bonnement "criminalisé".

Au Sénégal il faut se reporter à l'article 140 du code de procédure pénale pour mesurer la rigueur de cette répression. Aux termes dudit article, : A l'encontre des personnes poursuivies par application des articles 152 à 155 du Code pénal le juge d'instruction délivre obligatoirement :

- 1° mandat d'arrêt si l'inculpé est en fuite;
- 2° mandant de dépôt lorsque le montant du manquant initial est égal ou supérieur à 250.000 Francs et ne fait pas l'objet d'une contestation sérieuse;
- 3° mandat de dépôt lorsque le montant du manquant initial bien qu'étant inférieur à 250 000 francs n'a pas été remboursé intégralement ou ne fait pas l'objet d'une contestation sérieuse.

La main levée des mandats d'arrêt et de dépôt ne peut être prononcée que si l'information fait apparaître que les inculpés ne se trouvent plus dans les conditions qui ont rendu les mandats obligatoires.

.../...

- La main levée du mandat de dépôt et la mise en liberté provisoire dans le cas où elles peuvent intervenir sont subordonnées au versement d'un cautionnement au moins égal au montant des sommes et objets non encore remboursés ou restitués.

Il n'y a d'exception aux dispositions des trois premiers alinéas que si selon le rapport d'un médecin commis en qualité d'expert l'état de santé du détenu est incompatible avec le maintien de l'incarcération, même dans un centre hospitalier .

Ces dispositions certes fastidieuses ont besoin d'être rappelées pour mieux apprécier celles qui ont précédées et dont elles constituent l'aboutissement.

En effet dans une première mouture formalisée par les dispositions de l'article 3 de la loi 64 -20 du 7 avril 1964 portant répression des détournements commis au préjudice des personnes morales de droit public, la marge de manoeuvre du juge d'instruction était relativement plus étendue qu'elle ne l'est avec les dispositions actuelles de l'article 140 du C.P.P.; tout au moins au stade de la mise en détention.

Avec cette loi, l'obligation de décerner mandat de dépôt n'existait que lorsque le montant des sommes ou objets manquants ressortissait d'un rapport de vérification versé au dossier ou à défaut, ne faisait l'objet d'aucune contestation sérieuse et que d'autre part il n'avait pas été remboursé ou restitué en totalité.

- Si donc au stade de la mise en détention, un détournement n'a pas fait l'objet d'un rapport de vérification et a été « sérieusement contesté » par l'auteur présumé, le juge d'instruction était libre de le placer ou non en détention provisoire.

.../...

Lorsque le montant du détournement et quelque soit son montant avait été restitué en intégralité, le juge recouvrait également sa liberté d'appréciation.

- Au stade de la liberté provisoire par contre, le juge perd tout pouvoir d'appréciation puisque si le ministère public s'y oppose par réquisition écrites, il doit déclarer irrecevable la demande.

La Loi 69- 46 du 16 Juillet 1969 va apporter des modifications substantielles à la loi du 7 Avril 1964 en instituant un régime encore plus contraignant pour le Juge d'instruction. La grande innovation sera la distinction faite entre les détournements dont le montant du manquant est égal ou inférieur à 100 000 francs et ceux dont le montant est supérieur à 100 000 francs.

Dans ce nouveau régime, tant au stade de la mise en détention qu'à celui de la liberté provisoire le magistrat instructeur perd tout pouvoir d'appréciation lorsque la valeur chiffrée du détournement a franchi le seuil de 100 000 francs.

Ainsi si le manquant est supérieur à 100 000 francs le juge doit obligatoirement décerner mandat de dépôt même en cas de remboursement ou de restitution intégrale des sommes.

La demande de mise en liberté provisoire doit aussi être déclarée irrecevable même si le ministère public y consent.

En définitive ce n'est que lorsque le montant du manquant est inférieur ou égal à 100 000 francs que le juge conserve son pouvoir d'appréciation s'il y a remboursement total avant l'ouverture de l'information ; car « au stade de la détention préventive disait la Chambre d'Accusation le remboursement importait peu » .

Sur le reste, la loi du 16 juillet 1969 maintenait le système antérieur.

.../...

D'abord le rapport de vérification quand il est versé au dossier continuait de lier le juge d'instruction relativement à l'existence du manquant.

En suite les réquisitions du ministère public s'imposaient au juge d'instruction chaque fois qu'il s'agit de se prononcer sur une demande de mise en liberté provisoire.

Dans l'ensemble donc, les dispositions de la loi du 16 juillet 1969 étaient dangereusement restrictives de la liberté d'appréciation du juge.

Le colloque de l'A.S.E.R.J. organisé en 1972 a fait le procès du système; ce qui a conduit à sa révision par l'adoption de la loi n° 77-32 du 22 février 1977, dont les dispositions (article 140 C.P.P) seront plus favorables au juge d'instruction.

- Premièrement le rapport de vérification liant le juge a été supprimé.
- Deuxièmement, le magistrat instructeur, dans les cas où la liberté provisoire peut intervenir, n'est plus lié par les requisitions du ministère public.

Par contre le législateur continue à prévoir deux cas de détournement. Mais tenant compte de l'audace et de la cupidité des délinquants le seuil du manquant a été porté de 100 000 francs à 250 000 francs.

- Dans le premier cas c'est à dire lorsque le montant de la somme détournée est supérieure ou égale à 250 000 francs le pouvoir d'appréciation est à chercher dans la notion de contestation sérieuse. Lorsqu'elle existe, le juge est libre de placer ou non en détention. Il lui appartient d'apprécier cette notion, sous le contrôle de la Chambre d'Accusation.

La Chambre d'Accusation a tendance à l'interpréter largement. Il en est ainsi toutes les fois que la culpabilité de l'inculpé paraît douteuse "bien qu'elle (la Chambre d'Accusation) affirme par ailleurs que « les simples dénégations de l'inculpé non confortées par des justifications valables ne sauraient s'analyser en contestations sérieuses au sens de l'article 140 » (Ch. ACC. arrêt n° 18 février 1979 MP et ONCAD c/ Ansoumané signaté et autres).

.../...

La contestation sérieuse peut porter soit sur le montant du manquant soit sur la matérialité des éléments constitutifs du délit.

- Dans le second cas c'est à dire lorsque le montant de la somme détournée est inférieur à 250 000 francs, dès lorsqu'il y a remboursement ou restitution en totalité, le juge retrouve sa liberté d'appréciation.

Lorsqu'aucune de ces conditions n'est réunie, le Juge d'instruction délivrera obligatoirement mandat^{de} dépôt ou déclarera irrecevable la demande de mise en liberté provisoire. Il ne pourra sortir de ce carcan que lorsque le "rapport d'un médecin commis en qualité d'expert établit que l'état de santé du détenu est incompatible avec le maintien en détention même dans un centre hospitalier. .

Autre limitation du pouvoir d'appréciation du juge d'instruction, celui-ci en accordant la liberté provisoire est tenu de subordonner sa décision au versement d'un cautionnement au moins égal au montant des sommes et objets non encore remboursés ou restitués. .

Paragraphe 2 : L'article 245 du Code des Douanes

Les dispositions de l'article 245 du Code des douanes réglementent le régime de la détention provisoire des personnes poursuivies sur la base des articles 291 et 292 dudit code qui répriment respectivement l'importation ou l'exportation sans déclaration et la contrebande.

Le stade de la détention provisoire: - Lorsque la valeur de l'objet de la fraude est supérieure à 500 000 francs, le Juge d'instruction délivrera obligatoirement mandat de dépôt ou mandat d'arrêt. Dans ce cas, le juge ne retrouve son pouvoir d'appréciation que lorsque l'inculpé réussit à faire admettre la fausseté du procès verbal constatant l'infraction, par le biais de la procédure de l'inscription de faux. Cette procédure étant fastidieuse et onéreuse, elle n'est pratiquement jamais utilisée; ce qui réduit à néant l'impérium du juge.

.../...

- Lorsque par contre la valeur de l'objet de la fraude est inférieure ou égale à 500 000 Francs, en dehors de l'hypothèse exceptionnelle de l'inscription de faux, seul le paiement en totalité avant l'inculpation des droits et taxes dûs peut restituer au magistrat d'instruction son impérium. Si non l'obligation de détenir va persister.

LE stade de la liberté provisoire - Le juge d'instruction doit déclarer irrecevable la demande de mise en liberté provisoire si la valeur de l'objet de la fraude dépasse 500 000 francs ou si pour une valeur inférieure ou égale à cette somme, le ministère public s'y oppose par des requisitions écrites.

En outre la fait que le ministère public consente à la main levée du mandat de dépôt ne suffit pas pour libérer le juge d'instruction qui ne pourra ordonner la liberté provisoire que s'il y a paiement des droits et taxes dûs ainsi que versement d'un cautionnement égal au montant des condamnations pécuniaires

Ces dispositions de l'article 245 du Code des Douanes, rappellent un peu celles de l'article 140 du C.P.P.

Mais à l'analyse on constate qu'elles sont encore plus attentatoires de la liberté d'appréciation du juge d'instruction

- Premièrement on remarque que l'article 245 du C.D. ne fait aucune allusion à la notion de contestation sérieuse qui dans le cadre de l'article 140 C.P.P. est un moyen de récupération du pouvoir d'appréciation très exploité par le juge.
- Deuxièmement : L'article 245 du code des douanes (C.D) continue à soumettre le juge d'instruction aux réquisitions du parquet au stade de la liberté provisoire lorsque la valeur de l'objet de la fraude est inférieure ou égale à 500 000 Francs.

.../...

- Troisièmement : L'admission de la transaction, bien qu'étant considérée par l'alinéa 5 de l'article 245 du C.D comme une exception, accentue plutôt la limitation du pouvoir d'appréciation du Juge d'instruction. Cette transaction en effet est un « contrat passé à l'insu du magistrat instructeur... Elle s'impose au juge Celui-ci ne peut pas^{la} discuter. Il lui est simplement demandé d'en tirer les conséquences de droit. » (Cheikh T. FAYE substitut Général. Séminaire sur la liberté d'Appréciation du juge 1983.).
- Quatrièmement : La mesure d'assignation en résidence est rendue obligatoire par l'article 245 alinéa 10 alors qu'en droit commun (article 130 C.P.P.) elle n'est que facultative.

En définitive seules deux exceptions permettent au juge d'instruction de retrouver sa liberté d'appréciation à savoir l'établissement de la fausseté du procès verbal servant de base aux poursuites et l'incompatibilité de l'état de santé du détenu avec son maintien en détention même dans un centre hospitalier.

Sur tous les autres points on observe que le législateur s'est montré plus rigoureux qu'il ne l'a été dans le cadre de l'article 140 du C.P.P. Pourtant les pénalités prévues pour l'importation ou l'exportation sans déclaration (1 mois à 1 an) et de contrebande (6 mois à 3 ans) sont nettement inférieures à celles du détournement de deniers publics.

Les raisons qui expliquent les rigueurs de l'article 245 du CD ont été exposées par Sérigne Lamine DIOP Directeur des Douanes à l'époque répondant aux critiques que lui avait adressées la Chambre de Commerce Internationale au sujet du nouveau code des Douanes sénégalais.

La haute Instance Internationale était heurtée de voir l'écart qu'il y avait entre la loi 74-48 du 17 Juillet 1974 qui contient les dispositions actuelles de l'article 245 du CD (dispositions contenues déjà dans la loi n° 71-49 du 28 juillet 1971) et le décret français du 1er juin 1982 sous l'empire duquel on procédait conformément au droit commun dans toute la matière douanière.

.../...

La nouvelle loi a voulu réduire le juge d'instruction en un simple automate. « L'article 245 fixe une ligne de conduite rigide au juge d'instruction qui n'a aucun pouvoir d'appréciation. Toute la procédure est fixée d'avance en fonction de nos réalités de pays sous développés. » disait Serigne L. DIOP; parce que « le gouvernement du Sénégal ne pouvait plus rester les bras croisés pour assister à l'application de textes aussi dépassés qu'inadaptés à notre situation de pays sous-développé tirant plus de la moitié de ses ressources budgétaires de recettes douanières. » .

Heureusement que sur un point la Chambre d'Accusation a assoupli l'interprétation des dispositions de l'article 245. C'est à propos justement de la valeur probante des procès-verbaux.

La question s'est posée pour la première fois à elle en novembre 1975 à l'occasion de l'affaire du bateau S/S Gordonia rentré clandestinement au port de Dakar en Octobre 1975, avec à bord une cargaison d'armes.

Le procès verbal de l'Administration des douanes qui avait constaté les faits avait visé les articles 296 et 291 du Code des Douanes; Sur quoi et conformément aux dispositions de l'article 245 dudit code, le capitaine du bateau fut placé sous mandat de dépôt par le magistrat instructeur.

Le conseil du capitaine, estimant que les faits pour lesquels son client était poursuivi étaient plutôt une simple contravention douanière prévue et réprimée par les articles 288 alinéa 7 et 289 du code des douanes, sollicita la main levée du mandat.

Sur le fondement de l'article 245 du C.D., le juge d'instruction déclara irrecevable la demande de mise en liberté provisoire.

Le conseil fit appel et la Chambre d'Accusation lui donna raison estimant que seule la matérialité des faits constatés par les verbalisateurs faisait foi et non la qualification donnée à ces faits.

.../...

SECTION 2 : LA NEGATION TOTALE DU POUVOIR D'APPRECIATION DU JUGE D'INSTRUCTION.

Si en matière économique le Juge d'instruction conserve encore un minimum de liberté, s'agissant des infractions visées par l'article 139 du C.P.P. ^{il perd tout son pouvoir d'appréciation} En général il s'agit de délits à la lisière du politique.

En ce qui les concerne, la loi a tout bonnement subordonné le juge d'instruction à la volonté du ministère public.

Paragraphe 1 : ANALYSE DE L'ARTICLE 139 DU C.P.P.

L'article 139 du C.P.P. dispose : « Sur les réquisitions écrites du ministère public, le juge d'instruction est tenu ^{de} de décerner mandat de dépôt contre toute personne inculpée de l'un des crimes ou délits prévus par les articles 56 à 100 et 255 du code pénal. » .

La demande de mise en liberté provisoire d'une personne détenue préventivement pour l'un des crimes ou délits spécifiés à l'alinéa précédent sera déclarée irrecevable si le ministère public s'y oppose par réquisitions écrites. » .

Les articles 56 à 100 du code pénal concernent les crimes et délits contre la sûreté de l'état, les attroupements, réunions et rassemblements. L'article 255 du code pénal (C.P.) vise quant à lui, le délit de diffusion de fausses nouvelles.

Pour toutes ces infractions, le juge d'instruction ne dispose d'aucun pouvoir propre d'appréciation. Il est lié par les réquisitions écrites du ministère public tant au stade de la détention qu'à celui de la liberté provisoire.

Rappelons que dans une première formulation l'article 139 parlait de "réquisitions écrites et motivées du ministère public". Ce n'est qu'avec la loi n° 79-48 du 11 avril 1979 que le législateur pour mettre un terme aux divergences d'interprétation entre le parquet et certains juges d'instruction a précisé sa volonté qui était de subordonner totalement le magistrat instructeur au Ministère public en exigeant plus de ce dernier des réquisitions motivées.

Le juge d'instruction dans le cadre de l'article 139 du C.P.P., n'a aucun moyen de récupérer son pouvoir d'appréciation une fois qu'il rencontre la volonté contraire du parquet. Ni le remboursement ni la contestation sérieuse ni même - ce qui est intolérable - l'incompatibilité de l'état de santé de l'inculpé avec la vie carcérale, ne sont ici considérés comme des exceptions à l'instar de l'article 140 du C.P.P.

Paragraphe 2 : Appréciation de l'article 139 du C.P.P.

La rigueur des dispositions de l'article 139 du C.P.P est manifeste. Il suffit, que la personne soit ^{simplement} / visée même par erreur dans le requisitoire du procureur de la République pour que le Juge d'instruction soit dans l'obligation de la détenir. Le juge d'instruction n'est là que pour entériner la volonté voire même les velleités du ministère public. Il devient un "simple agent d'exécution du parquet" Ces dispositions draconiennes voilent le principe de la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction un des fondements du principe de l'indépendance du Juge d'instruction.

Elles remettent en cause l'indépendance du pouvoir judiciaire en elle même. En effet l'institution du ministère public comme nous l'avons vu, est commandée par le principe hiérarchique. Ceci est exprimé par l'article 25 du C.P.P.: «le ministère public est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données dans les conditions prévues aux articles 28 et 29 du C.P.P. " lesquels soumettent d'une part de Procureur Général à l'autorité du Garde des Sceaux, d'autre part, les autres représentants du ministère public, à l'autorité du Procureur Général.Or le Garde des Sceaux, autorité supérieure, participe du pouvoir exécutif.

Dans ces conditions il est à craindre que l'article 139 ne consacre la prééminence de l'exécutif sur le Judiciaire, deux pouvoirs que le constituant a voulu séparer.

.../...

Si s'agissant des crimes et délits contre la sûreté de l'Etat une partie de l'opinion est portée à admettre la rigueur de l'article 139 du C.P.P. avec toutes ses conséquences négatives en revanche personne ne la tolère en ce qui concerne la diffusion de fausses nouvelles de l'article 255 du C.P.

Nonobstant le fait que l'incrimination avoisine le délit de presse pour lequel la détention provisoire est en principe prohibée, l'article 255 du C.P. est considéré comme un véritable « fourre-tout » ; un délit qui renvoie à des notions aussi élastiques que "porter atteinte au moral de la population".

.../...

CONCLUSION

Il va s'en dire que l'indépendance du juge d'instruction reste la partie d'un tout : "l'indépendance de la magistrature ". A ce titre elle revêt diverses formes et obéit à un ensemble de facteurs objectifs et subjectifs.

Naturellement toute indépendance au risque d'être illusoire, suppose des préalables, qui sont le fait d'un corpus de règles tendant à la garantir. Sur ce point il faudrait peut être souhaiter la reconsidération du statut du juge d'instruction dans le sens d'un renforcement de son inamovibilité.

Mais "l'indépendance n'est pas automatiquement secrétée par l'inamovibilité comme une glande secrète son hormone" L'indépendance existe mieux quand elle est voulue.

Pour s'en convaincre il suffit de se fier à l'expérience du Conseil d'Etat français dont les juges avaient superbement décliné l'offre de l'inamovibilité qui leur avait été faite par Michel Debré en 1958. Alain Peyreffite rapporte pourtant qu'en France on suspecte tout le monde sauf le Conseil d'Etat.

Est donc indépendant qui veut. Mais cela n'est vrai qu'en partie car quid lorsque la loi, expression de la volonté générale et sous l'autorité de ^{laquelle} ~~ce~~ le juge officie, organise elle même -la dépendance ?

La législation sénégalaise relative à la détention provisoire portant sur certaines infractions (détournement de deniers publics, certains délits douaniers, crimes et délits contre la sûreté de l'Etat.) est caractéristique à cet égard. La loi ne semble plus faire confiance au juge en ces matières. Elle a préféré prendre directement en charge certains délinquants. Cette crise de confiance à terme, risque d'accoucher de juges rebelles à la loi.

.../...

L'on doit d'ores et déjà s'employer «à redonner au juge quelque soit la matière, son pouvoir d'appréciation élément fondamental de sa responsabilité et de son indépendance » (Kéba MBAYE.).

Et comme la couleur ne semble pas s'annoncer(les pouvoirs publics ont toujours pensé et pensent encore que cet article 245 du code des douanes ^{ne sera pas modifié} lit-on dans la revue n° 7 du code des douanes)il est souhaitable à l'heure actuelle, à titre compensatoire qu'un texte comme la loi française du 17 juillet 1970 vienne consacrer au SENEGAL, le principe de la responsabilité de l'Etat pour détention abusive (cf. Conclusion de l'avocat Général Laïty KAMA sous l'arrêt Seybatou NDOUR c/Etat 27 juillet 1979.).

BIBLIOGRAPHIE

I Textes

- Constitution du Sénégal
- Code pénal
- Code de procédure pénale (loi 65-61 du 21 Juillet 1965)
- Loi du 8 février 1985 modifiant le code de procédure pénale
- Code des douanes
- Loi 84-19 du 2 février 1984 fixant l'organisation judiciaire
- Loi 84-21 du 2 février 1984 portant statut de la magistrature (modifiant la loi 60-47 du 9 Novembre 1960)
- Loi 75-79 du 9 juillet 1975 instituant une Inspection Générale des Cours et tribunaux.
- Ordonnance 60- 16 du 3 Septembre 1960 fixant la compétence, l'organisation et le fonctionnement du Conseil Supérieur de la magistrature

II Jurisprudence

- Quelques arrêts de la Chambre d'Accusation
- Quelques arrêts de la Cour de Cassation

III Doctrine

(1) Conférences, Séminaires et colloques

- A.S.E.R.J.- Colloque de 1972: «La législation sénégalaise à la lumière de la pratique»
- A S E R J -U.M.S Séminaire sur la liberté d'appréciation du Juge (9-10-déc.1983)
- Travaux de la Conférence Nationale Juridictionnaire du 5 au 19 mai 1984 (le rapport de synthèse)

.../...

(2) Ouvrages généraux

- Gantrou et Rongevinbaville " Droit public au SENEGAL "
- Pierre Chambond " Le Juge d'Instruction "
- Jean Claude Soyer "Droit Pénal et Procédure Pénale"
- Alain Peyreffite "Les Chevaux du Lac Ladoga"

(3) Ouvrages spéciaux, revues

- Encyclopédie Procédure Pénale Dalloz
- Encyclopédie Juridique de l'Afrique. tome 2 -
- De la décision de détenir : J. Michaud R.S.C. 1972, 455.