

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

ANNEE ACADEMIQUE 1983-1984

DIVISION JUDICIAIRE

3e ANNEE

Le pouvoir d'appréciation du juge dans l'atténuation de la sanction pénale

Mémoire présenté par

ANTOINE NDIAYE

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'EDUCATION NATIONALE

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE (E.N.A.M)

SUJET : LE POUVOIR D'APPRECIATION DU JUGE
DANS L'ATTENUATION DE LA SANCTION
PENALE

DIVISION JUDICIAIRE

3^e Année

Antoine NDIAYE

Année scolaire, 1986-1987

"Que tous ceux qui ont contribué d'une manière
ou d'une autre à la confection de ce mémoire,
trouvent en ces quelques lignes l'expression
de ma profonde gratitude."

LE POUVOIR D'APPRECIATION DU JUGE
DANS L'ATTENUATION DE LA SANCTION
PENALE

"Si par hasard tu fais incliner la balance
de la Justice, que ce ne soit jamais sous
le poids d'un cadeau ou d'une quelconque
pression, mais sous celui de la miséricorde !"

Amadou OUSMANE

BIBLIOGRAPHIE

o^o

- Pierre Bouza et Jean Pinatel, traité de droit pénal et de criminologie, 3^e édition 1975, tome III par Jean Pinatel.
- Roger Merle et André Vitu, traité de droit criminel, 5^e édition, Tome I : "Problèmes généraux de la science criminelle".
- R. GARREAUD, traité de droit pénal, Tomes I, II et III.
- Roger Merle, droit pénal général complémentaire, Presses universitaires de France, collection "Thémis".
- Jean-Claude Soyer, droit pénal et procédure pénale, 5^e édition.
- Gaston-Jean Bouvenet et Paul Hutin, "recueil annoté des textes de droit pénal applicables en Afrique Occidentale française".
 - . Loi n° 51-144 du 11 Février 1951 abrogeant toutes restrictions légales à l'application de la loi de sursis.
- Encyclopédie juridique de l'Afrique, Tome 10.
- Revue Sénégalaise de droit n° 28, "Actes du Séminaire liberté d'appréciation du juge"
- Code Pénal Sénégalais.
- Code de Procédure Pénale.
- Loi n° 74-46 du 18 Juillet 1974, portant code forestier.
- Code de Justice Militaire.
- Arrêt de Chambre criminelle de la cour de Cassation, du 29 Janvier 1970.

o^o

PLAN DE MEMOIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

CHAPITRE I : LA NATURE DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

SECTION I : HISTORIQUE ET NECESSITE D'UN SYSTEME DE CIRCONSTANCES ATTENUANTES

PARAGRAPHE I : HISTORIQUE DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

PARAGRAPHE II : LA NECESSITE D'UN SYSTEME DE CIRCONSTANCES ATTENUANTES

SECTION II : DEFINITION ET CARACTERES DES CIRCONS- TANCES ATTENUANTES

PARAGRAPHE I : DEFINITION DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

PARAGRAPHE II : LES CARACTERES DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

CHAPITRE II : LES DOMAINES D'APPLICATION DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

SECTION I : LE DOMAINE DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES QUANT AUX INFRACTIONS

PARAGRAPHE I : L'APPLICATION DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES EN MATIERE CRIMINELLE

PARAGRAPHE II : L'APPLICATION DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES EN MATIERE CORRECTIONNELLE ET DE POLICE

SECTION II : LE DOMAINE DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES QUANT AUX DELINQUANTS ET AUX JURIDICTIONS

PARAGRAPHE I : LE DOMAINE DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES QUANT AUX DELINQUANTS

PARAGRAPHE II : LE DOMAINE DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES QUANT AUX JURIDICTIONS

CHAPITRE III : LES EFFETS DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

SECTION I : LES EFFETS DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES SUR LA PENALITE

PARAGRAPHE I : LES EFFETS SUR LES PEINES PRINCIPALES

- A - Incidence des effets des circonstances atténuantes sur les peines criminelles
- B - Incidence des effets des circonstances atténuantes sur les peines correctionnelles et de police
- C - Les effets des circonstances atténuantes sur la nature même de l'infraction

PARAGRAPHE II : LES EFFETS SUR LES PEINES ADJOINTES

- A - Les effets sur les peines complémentaires
- B - Les effets sur les peines accessoires

SECTION III : LE CONCOURS DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES AVEC D'AUTRES CIRCONSTANCES, AGGRAVANT OU ATTENUANT LA SANCTION PENALE

PARAGRAPHE I : LE CONCOURS DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES ET DES CIRCONSTANCES AGGRAVANTES DE LA PEINE

A - Circonstances atténuantes et récidive

- 1°/ - Précisions sur la notion de récidive
- 2°/ - La démarche à suivre pour la fixation de la peine

B - Circonstances atténuantes et cumul réel d'infractions

- 1°/ - Distinction entre concours réel d'infractions et concours idéal d'infractions
- 2°/ - L'appréciation des circonstances atténuantes en cas de cumul réel d'infractions
 - a) - En cas de concours de délits compatibles avec les circonstances atténuantes et de délits spéciaux qui n'admettent pas les circonstances atténuantes
 - b) - En cas de concours d'infractions qui admettent toutes l'application des circonstances atténuantes

PARAGRAPHE II : LE CONCOURS DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES AVEC L'EXCUSE DE MINORITE

- A - La notion d'excuse de minorité
- B - La démarche à suivre pour fixer la peine

C - La condition relative à la condamnation prononcée

1°/ - La nature de l'infraction commise

2°/ - La nature de la peine prononcée

a) - Les peines principales

b) - Les peines accessoires et complémentaires

D - Les juridictions compétentes en matière de sursis

PARAGRAPHE II : LA CONDITION RELATIVE A L'OPPORTUNITÉ DU SURSIS

PARAGRAPHE III : LA CONDITION DE FORME RELATIVE A L'OCTROI DU SURSIS

SECTION II : LES EFFETS DU SURSIS SIMPLE

PARAGRAPHE I : INCIDENCE DU SURSIS SIMPLE SUR LA CONDAMNATION

PARAGRAPHE II : LES EFFETS DU SURSIS SIMPLE SUR L'EXECUTION DE LA PEINE

PARAGRAPHE III : LA REVOCATION DU SURSIS SIMPLE

CHAPITRE III : LES ATTEINTES EN DROIT POSITIF SÉNÉGALAIS,
AU POUVOIR D'APPRECIATION DU JUGE EN MATIÈRE
DE SURSIS SIMPLE

SECTION I : DES CAS D'EXCLUSION TEXTUELLE DU SURSIS
EN DROIT POSITIF SÉNÉGALAIS

PARAGRAPHE I : ENUMERATION DE QUELQUES DISPOSITIONS INTERDISANT
L'OCTROI DU SURSIS

PARAGRAPHE II : COMMENTAIRES

SECTION II : L'OCTROI DU SURSIS SUBORDONNE A LA
REALISATION DE CERTAINES CONDITIONS

PARAGRAPHE I : ENUMERATION DE QUELQUES CAS

PARAGRAPHE II : COMMENTAIRES

SECTION III : LES FORMALITES PRESCRITES PAR LA LOI
EN CAS D'OCTROI DU SURSIS PAR LE JUGE

CONCLUSION

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

La peine est un châtement infligé par la société, selon la loi, à l'auteur d'une infraction.

Cette peine remplit plusieurs fonctions :

D'abord elle remplit une fonction d'expiation (ou de rétribution). En effet en infligeant une punition à l'auteur de l'infraction, on essaie de calmer à la fois le ressentiment de la victime qui a subi un dommage et l'opinion publique parce que la société, du fait de l'infraction commise, a subi un trouble.

De ce point de vue, derrière la sanction infligée à l'auteur, le but de la peine est de satisfaire non seulement la victime mais aussi l'opinion publique.

La peine remplit aussi une fonction d'intimidation soit spéciale ou générale. Cette intimidation spéciale s'exercera sur le délinquant en suscitant la crainte d'un châtement futur, ce qui l'empêchera de commettre un acte prohibé par la loi chaque fois que l'occasion se présentera à lui.

Quant à l'intimidation générale, elle s'exercera sur toutes les autres membres de la société, qui devant la punition d'un délinquant, tenteront de freiner en eux-mêmes toute impulsion tendant à la réalisation d'une infraction quelconque, ceci pour ne pas subir à leur tour un châtement.

La troisième fonction de la peine est celle d'élimination : la peine peut rejeter le condamné hors de la société, et faire obstacle à sa "nuisance".

Enfin, derrière l'idée de punir le délinquant, la peine va favoriser aussi son reclassement social d'où la fonction de réformation de la peine. On ne cherche plus à éliminer le délinquant de la société mais à le rendre utile à cette dernière, à le ressocialiser.

A travers les époques le législateur a mis au premier plan telle ou telle autre fonction de la peine compte tenu de la politique répressive adoptée.

Cependant en analysant le droit criminel à travers les époques, on se rend compte que celui-ci est passé par trois phases : la phase religieuse, la phase politique et la phase juridique qui en est à sa phase sociale.

Force est de constater que les idées de LOMBROSO qui faisaient fureur à une certaine époque, ne constituent désormais plus que des souvenirs à jamais révolus. Car à l'état actuel du droit criminel l'accent est mis sur la ressocialisation du délinquant et non sur son élimination de la société.

Aussi avec l'école de la défense sociale de Marc ANCEL qui à l'heure actuelle s'impose avec ses idées, le délinquant n'est plus le "quiconque" mais un homme avec sa dignité et son honneur qu'il faut respecter et à qui on doit donner une chance de se reclasser dans sa société.

Ainsi devant la rigueur de la loi déjà exprimée dans l'adage "dura lex, sed lex", le seul moyen de donner une chance de ressocialisation au délinquant, passe nécessairement par l'individualisation de la sanction pénale.

En effet le juge devra appliquer au délinquant une peine proportionnée, bien dosée, en tenant compte bien sûr de l'infraction commise mais aussi et surtout de la personnalité du délinquant, de sa situation sociale, matérielle, des conditions dans lesquelles l'infraction a été commise etc... En somme le juge devra apprécier les facultés d'amendement du délinquant.

Ce faisant il sera amené souvent, devant les possibilités réelles d'amendement du délinquant, à atténuer la sanction pénale prévue par la loi qui se présente comme une règle abstraite parce qu'ayant nécessairement un caractère général.

Par conséquent pour que la peine puisse jouer le rôle qui lui est désormais attribué ; celle de reformation, il faudrait inévitablement accorder au Juge, à qui il appartient d'individualiser la sanction pénale, de très larges pouvoirs d'appréciation quant à la fixation définitive de la peine.

Or on relève actuellement une contradiction formelle dans le droit positif usité dans les différents systèmes modernes expérimentés de part et d'autre dans le monde.

En effet comment peut-on atteindre le but visé c'est-à-dire la ressocialisation du délinquant si de l'autre côté on se soucie de limiter les pouvoirs du Juge dans l'appréciation de la sanction pénale ? Ce sont là à nos yeux deux impératifs antinomiques.

Aussi il est regrettable qu'au Sénégal que le législateur, pour des raisons d'opportunité, ne cesse de lier le juge qui, impuissant, assiste à l'effritement progressif de son pouvoir d'appréciation dans la fixation de la sanction pénale. Ce dernier parfois ne peut même^{peut} recourir à des motifs criminologiques pour atténuer la sanction pénale et ainsi individualiser la peine, tellement il est "muselé" par le législateur obnubilé parfois par d'autres impératifs sociaux que celui d'adapter cette peine à la personnalité du délinquant.

C'est ainsi que devant le foisonnement, inquiétant, de textes portant atteinte au pouvoir d'appréciation du juge dans tous les domaines du droit, on est tenté de se poser la question de savoir : Quels sont les pouvoirs d'appréciation du juge dans l'atténuation de la sanction pénale ? ou plutôt que reste-t-il de ce pouvoir qui jadis était presque illimité (code de 1670) et permettait chemin faisant d'atténuer le châtiment infligé au délinquant en vue de donner à celui-ci la chance de redevenir un citoyen parmi tant d'autres ?

C'est pourquoi dans le souci d'apporter quelques éléments de réponse à ces questions, nous avons choisi de traiter dans ce mémoire du "Pouvoir d'appréciation du juge dans l'atténuation de la sanction pénale".

L'étude des pouvoirs du juge dans l'atténuation de la sanction pénale, a depuis l'avènement du code de 1810 suscité des débats fort intéressants dont le droit en a tiré beaucoup de profit. A l'heure actuelle devant la persistance du législateur à vouloir à tout prix limiter le juge dans ses pouvoirs en général, le débat se trouve relancé sans pour autant en perdre de son intérêt d'antan.

Devant l'ampleur et l'intérêt d'un tel sujet, il serait présomptueux de notre part de vouloir faire le tour de la question, mais néanmoins nous essayerons de nous cantonner dans l'essentiel.

Cependant pour atteindre ce but visé, il est à notre avis important d'identifier le juge dont les pouvoirs d'appréciation sont soumis à notre attention.

- D'abord dans ce mémoire nous serons amené à parler du juge sénégalais, donc du système sénégalais. Mais l'étude du système sénégalais ne peut se concevoir d'une manière isolée parce que s'inspirant très profondément du modèle français, par conséquent nous serons aussi amené à parler du système français donc du juge français.

- Ensuite il est important de remarquer que le mot "juge" est un terme générique pour désigner à la fois le magistrat du parquet, celui de l'instruction et le juge du siège. Compte tenu du fait que seul le juge du siège est habilité à atténuer la sanction pénale, dans ce mémoire nous ne nous appesantirons pas outre mesure sur les pouvoirs de ces juges du parquet et d'instruction.

Néanmoins il est d'ores et déjà important de noter que les pouvoirs de ces derniers n'ont pas aussi échappé à la censure du législateur.

En effet le législateur sénégalais, à l'instar du législateur français, est intervenu à maintes reprises pour porter atteinte à la liberté d'appréciation de ces derniers : nous pensons entre autres aux articles : 245 du code des douanes, 140 du code de procédure pénale, 139 du même code.

Pour mieux appréhender le pouvoir d'appréciation du juge dans l'atténuation de la sanction pénale, il est à notre avis important d'étudier deux institutions permettant au juge d'accorder son pardon au délinquant : les circonstances atténuantes et le sursis.

A ce niveau nous estimons qu'il ne serait pas inutile, pour expliquer notre démarche, d'apporter deux précisions.

- D'abord nous avons volontairement écarté l'étude des excuses atténuantes, parce que le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation sur celles-ci. En effet le juge ne fait que constater et elles sont limitativement énumérées par la loi. En outre lorsqu'elles existent, elles s'imposent au juge qui ne peut pas ignorer leurs influences sur la fixation de la peine.

- Ensuite nous avons choisi de traiter du sursis dans ce mémoire pour des raisons que nous tenterons d'exposer ci-après :

Les circonstances atténuantes interviennent, après la déclaration de la culpabilité de l'auteur de l'infraction, dans la fixation de la peine à subir qui sera prononcée en définitive par le tribunal, et non dans celle encourue. (Cette dernière ayant déjà été fixée par la loi).

Autrement dit elles interviennent après coups pour atténuer la peine encourue.

Par ailleurs les problèmes engendrés par l'exécution de la peine ou son inexécution, dépassent largement le cadre du droit pénal général. Mais toujours est-il que, dans le souci d'une individualisation de la sanction pénale, les effets de la peine prononcée peuvent être suspendus par le juge au moment de la condamnation. Alors on peut dire qu'en pareil cas, en paralysant les effets de la peine, le juge ne fait qu'atténuer la peine d'une manière plus poussée que s'il s'agissait de circonstances atténuantes.

Cependant on pourrait chemin faisant nous rétorquer qu'en accordant le sursis, le juge n'atténue pas la sanction pénale mais plutôt empêche celle-ci de produire ses effets ; qu'en outre c'est d'ailleurs pour cette raison que l'étude du sursis a toujours été envisagée dans le cadre de l'exécution

des peines qui échappe aux pouvoirs du juge, parce que rentrant dans le cadre des attributions du pouvoir exécutif ; qu'enfin le sursis ne modifie pas la peine, c'est pourquoi on ne peut pas le considérer comme un moyen d'atténuation de la sanction pénale.

Certes ces arguments avancés sont tout a fait fondés en ce qu'ils mettent en exergue le caractère suspensif du sursis. Mais d'un autre côté, prétendre d'une manière péremptoire que le sursis ne peut en aucune manière être considéré comme un moyen d'atténuation de sanction pénale, résulte à la fois d'une mauvaise analyse des effets du sursis qui ne l'oublions pas sont limités et d'une vision étriquée sur la peine prononcée.

En effet c'est à tort que la peine prononcée soit souvent perçue dans son sens restrictif, c'est-à-dire que souvent on ne prend en considération que la peine principale (emprisonnement ou amende pénale).

Il faut à notre avis l'appréhender, dans son sens le plus large, comme étant composée de peine principale d'une part et de peines complémentaire et accessoire, si elles sont prononcées par le juge, d'autre part.

Il résulte de cette analyse que le juge en accordant le sursis atténue la peine prononcée par le tribunal (cette peine peut être composée d'une peine principale et des peines complémentaire et accessoire) dans la mesure où le sursis ne sera applicable qu'à la peine principale, les autres peines continuant à produire leurs effets.

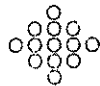
En conséquence le sursis, par delà sa vocation première qui est d'empêcher l'exécution de la peine, se présente aussi comme un moyen d'atténuation de la sanction pénale.

Il résulte de tout ce qui précède que la possibilité de suspendre la sanction pénale dérive d'un pouvoir accordé au juge allant dans le sens de la mansuétude, de l'atténuation de la sanction pénale. Cependant il convient de remarquer que si le sursis peut être conçu comme un moyen d'atténuation de la sanction pénale à l'instar des circonstances atténuantes, il n'intervient pas au même degré que celles-ci.

En effet tandis que les circonstances atténuantes diminuent la peine encourue, le sursis va jouer sur la peine prononcée par le tribunal : Autrement dit ce sont tous les deux des moyens d'atténuation de la sanction pénale qui interviennent à des degrés différents

D'ailleurs c'est en gardant en esprit cette conception du sursis, que nous nous sommes permis de consacrer, dans ce mémoire, une partie à son étude.

Ces précisions étant faites, nous envisagerons dans ce mémoire d'étudier successivement les circonstances atténuantes (première partie), puis le sursis conçu comme moyen d'atténuation de la sanction pénale (deuxième partie).



PREMIERE PARTIE
- 1 -
DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

Pour mieux saisir la portée du pouvoir d'appréciation du juge, dans le domaine des circonstances atténuantes, il est à notre avis nécessaire de cerner cette institution dans ses différentes manifestations d'abord : ce qui nous amènera à étudier successivement sa nature, son domaine d'application et ses effets. Ensuite nous nous pencherons sur l'étude des limitations apportées au pouvoir d'appréciation du juge dans l'octroi des circonstances atténuantes en droit positif sénégalais.

CHAPITRE I : LA NATURE DES CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES

SECTION 1 : HISTORIQUE ET NECESSITE D'UN SYSTEME DE CIRCONSTANCES ATTENUANTES

Nous nous proposons à ce niveau de faire l'historique des circonstances atténuantes d'abord, puis nous nous interrogerons sur sa raison d'être, sa nécessité.

PARAGRAPHE I : HISTORIQUE DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

L'institution des circonstances atténuantes est intimement liée à une conception autoritaire de l'organisation des sanctions pénales. Déjà dans le système français, le code pénal de 1810 prit le juste milieu entre la législation de 1670 qui donnait tous les pouvoirs au juge pour prononcer à son gré la peine dans le sens de l'atténuation comme dans celui de l'aggravation et la législation de 1791 qui, s'agissant des matières soumises au jury, établissait toujours des peines fixes.

Cependant le code de 1810 ne prévoyait les circonstances atténuantes que dans des cas limités, ceci du fait que ce code se caractérisait par sa sévérité et qu'en outre le législateur n'avait pas suffisamment confiance au juge, pour lui laisser une marge de manoeuvre acceptable pour atténuer la peine. C'est ainsi que l'institution n'existait pas en matière de crime.

Cette sévérité du code conduisit à l'époque les jurys à se livrer à des acquittements systématiques. En effet lorsque la peine était trop sévère, le jury appliquait le système dit du "pieux mensonge" et rendait un verdict qu'il savait ne pas refléter la vérité, dans le but de porter remède à la loi, en déclarant l'accusé non coupable des faits. Et pour arriver à ce but, il préférait nier un élément constitutif de l'infraction commise par l'accusé.

Depuis lors le législateur est intervenu à plusieurs reprises dans le sens de l'extension aussi bien du domaine des circonstances atténuantes que des pouvoirs du juge en l'espèce : tel est le but des lois du 28 Avril 1832, 13 Mai 1863 et 29 Décembre 1928.

Néanmoins avec la survenance de la guerre dans les années 39-45, des lois avaient interdit l'octroi des circonstances atténuantes concernant certaines infractions telles que l'infanticide et l'avortement.

Cependant la loi du 11 Février 1951, en supprimant ces restrictions créées pour des motifs d'opportunité, a restitué aux circonstances atténuantes leur généralité.

Enfin l'intervention d'une ordonnance du 4 Juin 1960, qui étendait le domaine d'application des circonstances atténuantes de façon sensible en matière criminelle, a été accueillie d'une manière favorable parce que jusque là le législateur n'avait pas voulu étendre dans ce domaine le pouvoir d'appréciation du juge.

Le système sénégalais, s'inspirant profondément du système français qu'il a hérité de la colonisation, a ménagé une place non négligeable à cette institution permettant d'adoucir la sanction pénale.

Mais doré et déjà nous noterons l'existence de la loi n° 51-144 du 11 Février 1951, applicable à l'Afrique occidentale française et qui dans ses articles 1 et 2 abrogeait toute restriction légale à l'application de la loi du 26 Mars 1891 sur le sursis et les circonstances atténuantes : nous citons ;

- Article 1 "Toutes les dispositions des lois, décrets ou ordonnances qui ont pour objet de restreindre ou de supprimer la faculté donnée aux juges par l'article 463 du code pénal de reconnaître l'existence en faveur du coupable de circonstances atténuantes ou de lui accorder le bénéfice du sursis par la loi du 26 Mars 1891, sont abrogées".

- Article 2 "Sont abrogées toutes dispositions contraires à la présente loi et notamment les dispositions supprimant l'atténuation des peines et des circonstances atténuantes".

Il convient de remarquer hélas, que cette loi, depuis l'accession des pays d'Afrique occidentale française à la souveraineté internationale, a été battue en brèche par des restrictions par les législateurs concernés.

Le législateur sénégalais n'est pas de son côté resté inactif : En effet tout en admettant l'institution des circonstances atténuantes, ce dernier a estimé bon d'apporter des correctifs, des restrictions à ces circonstances atténuantes.

PARAGRAPHE II : LA NECESSITE D'UN SYSTEME DE CIRCONSTANCES ATTENUANTES

Dans les systèmes législatifs qui laissent au juge la liberté de fixer la peine, selon les cas, sans restriction aucune, l'institution des circonstances atténuantes est superfétatoire : La loi précise la nature de la peine applicable à l'infraction commise, en indiquant le maximum à ne pas dépasser mais n'indique pas le minimum légal impératif.

Par contre dans les systèmes qui lient le juge en prévoyant des peines fixes ou des peines souples avec un maximum et un minimum, l'institution des circonstances atténuantes trouve sa raison d'être, puisque le juge ne peut sortir des limites légales pour adoucir la peine que lorsque des textes l'autorisent à le faire : Ce sont ces textes qui prévoient, entre autres, les circonstances atténuantes.

L'individualisation judiciaire de la sanction pénale ne peut, à notre avis, se faire sans la consécration de l'institution des circonstances atténuantes. En effet pour appliquer au délinquant une peine adéquate, il est nécessaire de laisser au juge le soin d'examiner la personnalité de ce dernier, son environnement social, sa situation matérielle etc... Ceci pour pouvoir doser la peine selon les cas particuliers et au besoin l'atténuer en admettant des circonstances atténuantes. Aussi deux individus ayant commis la même infraction, dans les mêmes circonstances, n'auront pas à subir la même peine.

C'est d'ailleurs pour cette raison (individualisation de la sanction pénale) que la conception du code de 1791 qui

faisait du juge "un simple distributeur mécanique des peines fixes" fut rapidement abandonnée parce que constituant une entrave à l'institution des circonstances atténuantes et par delà un obstacle pour aboutir à l'individualisation de la sanction pénale.

Par ailleurs le problème du "sentencing", bien connu des criminalistes britanniques et qui consiste dans la recherche de procédés et techniques d'élaboration de la sanction pénale, qui depuis 1945 fait l'objet d'une célérité croissante à travers les différents systèmes répressifs de part le monde, ne saurait trouver un cadre idiomatique que dans le contexte d'un système répressif accordant une place très importante aux circonstances atténuantes. Cette nécessité des circonstances atténuantes, dans les systèmes répressifs à peines souples (comportant à la fois un maximum et un minimum), a conduit aussi bien le législateur français que sénégalais à adopter cette institution.

C'est dans ~~le~~ sens que le code pénal français dans son article 463 autorisera le juge à atténuer la peine prévue par la loi dans tous les cas où il existerait des circonstances atténuantes en faveur du délinquant.

QUID du code pénal sénégalais qui, à l'article 433 consacrant l'existence des circonstances atténuantes, stipule expressément dans son alinéa premier : "Sauf dispositions contraires et expresses de la loi, les peines prononcées contre celui ou ceux des prévenus reconnus coupables, en faveur de qui il aura été déclaré exister des circonstances atténuantes, seront modifiées ainsi qu'il suit : ..."

SECTION II : DEFINITION ET CARACTERES DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

PARAGRAPHE I : DEFINITION DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

Les articles 463 et 433 des codes pénaux français et sénégalais, ne définissent pas les circonstances atténuantes, ils se contentent seulement "d'autoriser le juge à atténuer la peine prévue par la loi dans tous les cas où il existerait des circonstances atténuantes en faveur du délinquant".

Cette absence de définition pourrait s'expliquer par la contradiction existant entre la vocation générale de la loi et le caractère trop particulier des circonstances atténuantes qui varient suivant les cas.

Par conséquent ne pouvant pas prévoir tous les cas de circonstances atténuantes, il s'avère impossible au législateur de proposer une définition acceptable sans risquer de limiter et le juge dans ses pouvoirs et l'institution des circonstances atténuantes dans sa généralité.

C'est pour cette raison que le juge, dont la fonction consiste à appliquer les peines, doit trouver selon son intime conviction, le moyen d'identifier les circonstances atténuantes et d'adapter la peine à la culpabilité individuelle du délinquant.

Cependant l'obligation de motivation dans ce domaine n'est pas imposée au juge qui accorderait des circonstances atténuantes. En effet il suffit simplement à ce dernier de constater leur existence pour pouvoir adoucir la peine. Aussi on verra dans les jugements des formules stéréotypées et imprécises sur la définition des circonstances atténuantes telles que : "Attendu qu'il existe des circonstances atténuantes" ou "Attendu qu'il y a lieu de faire au prévenu une application modérée de la loi" ou bien encore "Attendu qu'il y a lieu de faire bénéficier au prévenu des dispositions de l'article 433" (ce dernier attendu s'inscrit bien sûr dans le cadre du droit sénégalais).

Même la cour et les jurés d'assises doivent simplement répondre, sans donner de détails sur les circonstances atténuantes, par l'affirmative à la question posée à ce propos.

Mais à ce niveau on pourrait penser qu'il ne pouvait en être autrement, précisément dans le système sénégalais. En effet si parallèlement, comme le dispose l'article 330 du code de procédure pénale en ce qui concerne la culpabilité de l'accusé, les juges et les jurés de la cour d'assises doivent répondre seulement par l'affirmative ou par la négative à la question de la loi : "Avez-vous une conviction", sans pour autant rendre compte des "moyens par lesquels ils se sont convaincus", il sera par conséquent tout à fait logique qu'on n'exige pas de ces derniers de préciser les circonstances atténuantes reconnues en faveur de l'accusé.

En réalité rien n'interdisait au législateur de demander à ces juges (magistrats plus jurés) de préciser les circonstances atténuantes qu'ils auraient reconnues en faveur de l'accusé et s'il ne l'a pas fait jusqu'à présent, c'est plus dans un souci de ne pas limiter les pouvoirs d'appréciation de ces juges, que dans celui d'être en conformité avec la "formule de la conviction" de l'article 330 code de procédure pénale.

Il résulte de tout ce qui précède qu'un contrôle sur l'appréciation judiciaire de cette notion s'avère impossible ; d'ailleurs les juridictions suprêmes aussi bien en France qu'au Sénégal (cour de cassation ; cour suprême) n'ont jamais manifesté le désir de le faire.

Néanmoins d'un autre côté certains auteurs, en faisant intervenir le principe qui domine tout le droit pénal : celui de l'interprétation restrictive des lois pénales, ont pensé que ce principe évoqué limitait les pouvoirs d'appréciation du juge dans le domaine des circonstances atténuantes et ce faisant ont avancé que seules devraient être prises en considération les circonstances qui ont joué un rôle dans la commission de l'infraction ; autrement dit celles qui sont antérieures ou concomitantes à l'infraction (exemple : âge, sexe, situation matérielle, familiale, état d'esprit au moment de la commission de l'infraction etc...)

Cependant fort heureusement cette idée n'a pas prévalu. Dès lors le juge pourra toujours sans violer le principe de l'interprétation stricte des lois pénales, analyser des faits postérieurs à l'infraction lorsque ceux-ci s'avéreront utiles pour renseigner par exemple sur le caractère du délinquant.

Nous noterons par la même occasion que cette conception extensive des circonstances atténuantes est en parfaite harmonie avec l'école de la défense sociale de Marc ANCEL qui clame que le choix de la peine doit se faire non seulement en tenant compte du passé du délinquant mais aussi de son avenir. L'idée certes d'une possibilité de ressocialisation du délinquant est évoquée ici en filigrane.

Après avoir tenté d'évoquer l'imprécision des circonstances atténuantes du fait de l'absence d'une définition adéquate, nous essayerons de contourner la question en étudiant ses caractères.

PARAGRAPHE II : LES CARACTÈRES DES CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES

Les circonstances atténuantes sont, au même titre que les excuses atténuantes, des moyens d'obtenir des peines mitigées.

Mais tandis que les excuses atténuantes sont limitativement énumérées par la loi, les circonstances atténuantes par contre ne font l'objet d'aucune énumération expresse de la loi, par conséquent d'aucune limitation.

Les caractères des circonstances atténuantes se résument dans cette phrase de R. GARRAUD : "Les circonstances atténuantes ne sont pas limitativement déterminées par la loi mais résultent de toute cause qui diminue soit la gravité objective du délit, soit la culpabilité subjective de l'agent et qui échappe nécessairement à raison de la variété des espèces à toute prévision du législateur et qu'elles n'ont pas besoin d'être déterminées par le juge".

Cependant il ne faut pas perdre de vue que s'il est largement fait usage des circonstances atténuantes parce qu'elles se présentent comme le meilleur moyen d'individualisation judiciaire de la sanction pénale, il n'en demeure pas moins vrai qu'elles peuvent prêter à des abus de la part des juges qui, n'ayant pas le droit de refuser d'appliquer la loi, sous peine de deni de justice, au motif qu'elle est trop sévère, font une application systématique des circonstances atténuantes pour aboutir à des peines moins lourdes : donc moins intimidantes.

5

Aussi pour se prémunir contre de tels abus, certaines législations ont cru résoudre la difficulté en énumérant explicitement les circonstances atténuantes : Article 62 du code pénal italien ; article 64 du code pénal suisse ; article 48 du code pénal soviétique....

D'autres législations toujours dans ce sens, imposent au contraire que le jugement, admettant les circonstances atténuantes, soit motivé : Burundi, Rwanda.

Malgré toutes ces raisons, la majorité des législations font confiance au juge en s'abstenant de porter une atteinte aux caractères des circonstances atténuantes.

CHAPITRE II : LES DOMAINES D'APPLICATION DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

Le législateur n'a pas voulu donner une définition aux circonstances atténuantes, pour ne pas porter atteinte au caractère général de celles-ci. Cependant il a pris le soin de délimiter le champ d'application des circonstances atténuantes. Ici trois questions méritent d'être posées et examinées : A quelles infractions les circonstances atténuantes sont-elles applicables ? Quels sont les délinquants qui vont bénéficier de ces faveurs du juge ? Et enfin quelles sont les juridictions qui peuvent les accorder ?

Nous envisagerons de répondre à cette série de questions en étudiant tour à tour le domaine des circonstances atténuantes quant aux infractions et le domaine des circonstances atténuantes quant aux délinquants et aux juridictions.

SECTION I : LE DOMAINE DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES QUANT AUX INFRACTIONS

Le champ d'application des circonstances atténuantes quant aux infractions se pose à trois niveaux.

PARAGRAPHE I : L'APPLICATION DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES EN MATIERE CRIMINELLE

Il est maintenant admis que l'institution des circonstances atténuantes s'applique sans distinction aux crimes. Mais ceci est le fruit d'une longue évolution, ainsi pendant longtemps le législateur a hésité avant d'admettre l'application des circonstances atténuantes aux crimes. En France on a assisté depuis 1810 progressivement à l'extension des circonstances atténuantes dans ce domaine. En effet avec la loi du 26 Juin 1824 les circonstances atténuantes ont été étendues d'abord à certains crimes seulement, puis avec la loi du 28 Avril 1832 à tous les crimes prévus dans le code pénal sans aucune distinction, sous réserves cependant de ceux prévus par les lois spéciales.

La loi du 11 Février 1951, en abrogeant le nombre considérable des dispositions exceptionnelles qui supprimaient ou limitaient jusqu'alors l'application des circonstances atténu-

antes, a parachevé cette évolution. Depuis, on ne distingue plus entre les crimes prévus par le code pénal et ceux prévus par des lois spéciales : l'institution s'appliquant à tous les crimes.

Mais nous verrons plus loin, que ce principe d'application des circonstances atténuantes à tous les crimes sans exception, est très largement battu en brèche par les systèmes répressifs admettant l'extension des circonstances atténuantes aux crimes.

PARAGRAPHE II : L'APPLICATION DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES
EN MATIERES CORRECTIONNELLE ET DE POLICE

L'application des circonstances atténuantes était limitée à l'origine, comme en matière de crimes, aux seuls délits prévus par le code pénal.

Ce n'est que quelques années plus tard que l'on étendra l'application de celles-ci à tous les délits même à ceux qui sont prévus par des lois spéciales. Le législateur n'a pas longtemps hésité dans ce domaine, comme ce fut le cas en matière de crimes.

D'emblée, en accueillant l'institution des circonstances atténuantes, ce dernier a admis son application aux délits.

C'est sans doute parce que ce domaine est moins important par sa gravité que celui du crime (l'échelle des peines le montre d'ailleurs), qu'il faut par conséquent réprimer moins sévèrement en accordant des circonstances atténuantes.

Ici on cherche à soustraire le délinquant des peines correctionnelles trop longues et ainsi l'aider à s'amender en vue d'un reclassement nécessaire dans la société.

Les circonstances atténuantes s'appliquent à tous les délits même aux délits militaires.

Quant aux contraventions les circonstances atténuantes sont applicables sauf les cas où la loi en dispose autrement. Le principe d'application des circonstances atténuantes en matières correctionnelles et de police est formulé d'une manière générale.

SECTION II : LE DOMAINE DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES
QUANT AUX DELINQUANTS ET AUX JURIDICTIONS

PARAGRAPHE I : LE DOMAINE DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES
QUANT AUX DELINQUANTS

En principe tous les condamnés sans distinction peuvent bénéficier des circonstances atténuantes : mineurs, majeurs, récidivistes, délinquants primaires et même multiples, étrangers.

Il est généralement admis que tous les délinquants peuvent bénéficier des circonstances atténuantes et même cela est admis aussi bien pour ceux qui sont jugés contradictoirement, que ceux qui le sont par défaut.

Cependant, pour les délinquants jugés par défaut, il convient de remarquer que dans la pratique, les tribunaux sont hostiles à leurs égards quand il s'agit de leur appliquer des circonstances atténuantes. Sans doute parce que les praticiens que sont les magistrats pensent que celui qui volontairement tente de se soustraire à la justice par la fuite ou bien, pour une raison ou pour une autre, n'a pas daigné déférer à une convocation de celle-ci, ne doit pas faire l'objet d'aucune mesure de clémence.

Mais n'est-ce pas là une manifestation de l'instinct de préservation qui pousse toujours l'homme à vouloir se dérober des situations périlleuses pour sa vie et sa liberté d'aller et de venir.

La règle comporte aussi une exception, à l'égard des accusés condamnés par contumace, mais à ce niveau on a voulu avancer une toute autre explication. En effet le bénéfice des circonstances atténuantes leur est refusé sous le prétexte qu'ils sont jugés sans le concours du jury ; or c'est seulement à la cour assistée du jury qu'il est donné le droit d'accorder des circonstances atténuantes.

A vrai dire, cette explication simpliste ne doit pas être retenue, car dans ce cas particulier, la cour a hérité incontestablement de tous les pouvoirs du jury.

PARAGRAPHE 11 : LE DOMAINE DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES QUANT
AUX JURIDICTIONS

Le droit de prononcer une atténuation de la peine "est de l'essence du juge pénal et disciplinaire" comme le précise l'arrêt de la cour de Paris (du 7 Novembre 1956 D.1957-95 avec la note de Lindon).

En effet ce droit d'accorder des circonstances atténuantes n'appartient qu'aux juridictions de jugement. Cependant en droit comparé l'exemple de la Belgique, qui donne aux juridictions d'instruction ce pouvoir, est un cas isolé et opposé au principe admis par la presque totalité des systèmes répressifs mondiaux.

Cette faculté est donnée sans exception aussi bien aux juridictions de droit commun, qu'aux juridictions d'exception tels que par exemple les tribunaux militaires.

CHAPITRE III : LES EFFETS DES CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES

Les circonstances atténuantes conçues comme un pardon partiel du délinquant, ont incontestablement une influence non moins importante sur la pénalité.

Cependant elles peuvent intervenir soit seules, soit concurremment avec d'autres circonstances aggravant ou atténuant la peine. Dans ce dernier cas on assiste à des techniques très complexes mais aussi controversées d'évaluation de la peine finale.

SECTION I : LES EFFETS DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES SUR LA PENALITE

Les peines se divisent en deux grandes catégories : les peines principales et les peines adjointes. La question qui se pose alors, est celle de savoir quels seront les effets des circonstances atténuantes sur ces peines ainsi catégorisées ?

PARAGRAPHE I : LES EFFETS SUR LES PEINES PRINCIPALES

Les peines principales sont celles qui sont prévues à titre principal pour chaque infraction donnée. Par exemple l'emprisonnement et l'amende correctionnelle peuvent être les peines principales de l'abus de confiance.

Cependant les peines principales peuvent être des peines criminelles, correctionnelles ou de police et les effets des circonstances atténuantes ne seront pas les mêmes suivant la nature de la peine.

A - Incidence des effets des circonstances atténuantes sur les peines criminelles

Jusqu'en 1960 les pouvoirs d'appréciation de la cour d'assises dans l'octroi des circonstances atténuantes étaient strictement réglementés et limités. En effet celle-ci ne pouvait descendre que de deux degrés dans l'échelle des peines. Le premier degré était obligatoire dès que la cour avait reconnu l'existence de circonstances atténuantes et le second étant facultatif, la cour pouvait ne pas le pratiquer.

Cependant cet abaissement devait se faire à l'intérieur de l'échelle à laquelle appartenait la peine encourue. Pour illustrer nos propos, nous donnerons l'exemple d'un accusé qui encourt la peine de mort.

Si la cour relève l'existence de circonstances atténuantes, elle devra descendre jusqu'aux travaux forcés à perpétuité (cela représente le premier abaissement obligatoire). Mais elle a aussi la faculté de descendre encore d'un degré autrement dit jusqu'aux travaux forcés à temps de 10 à 20 ans.

Ce système de double degré a été amélioré par l'ordonnance du 4 Juin 1960, parce que trop rigide et s'opposant à une véritable individualisation judiciaire de la peine (aussi dans certains cas la cour et les jurés préféreraient acquitter plutôt que d'appliquer une peine encore sévère malgré l'intervention des circonstances atténuantes : Cette idée a été déjà évoquée.

Donc depuis l'ordonnance de 1960 l'abaissement obligatoire d'un degré dans l'échelle des peines n'existe plus. La loi de 1981, maintenue par celle du 10 Juin 1983, a confondu, les deux degrés de pénalités qu'étaient la réclusion criminelle et la détention criminelle, en une pénalité unifiée (5 à 20 ans) et ce faisant la règle ancienne de l'abaissement obligatoire d'un degré ne se justifie plus (avant il y avait deux degrés : la réclusion et détention criminelle de 5 à 10 ans et la réclusion et détention criminelle de 10 à 20 ans ; ce qui d'ailleurs expliquait la règle ancienne de l'abaissement obligatoire d'un degré).

Par conséquent en retenant désormais des circonstances atténuantes en faveur de l'accusé, le juge peut descendre jusqu'à 5 ans.

Parallèlement au Sénégal on constate, comme en droit français, l'abandon du système du double degré. En effet le législateur a unifié, comme le montre le tableau ci-après, les sanctions que représentent les travaux forcés à temps de 5 à 10 ans et la détention criminelle ou dégradation civile.

Ainsi le juge sénégalais en reconnaissant des circonstances atténuantes à ces niveaux, peut descendre jusqu'à 2 ans.

En outre en droit sénégalais, si le juge accorde de circonstances atténuantes à un accusé qui encourt la peine des travaux forcés à temps de 10 à 20 ans, il ne pourra descendre que d'un degré c'est-à-dire jusqu'à celui des travaux forcés de 5 à 10 ans.

Tableau illustrant les effets des circonstances atténuantes sur la peine principale criminelle en droit sénégalais

Peine encourue	1er abaissement obligatoire	2ème abaissement facultatif
(1) Mort	Travaux forcés à perpétuité	Travaux forcés à temps de 10 à 20ans
(2) Travaux forcés à perpétuité	Travaux forcés à temps de 10 à 20ans	Travaux forcés à temps de 5 à 10 ans
(3) Travaux forcés à temps de 10 à 20 ans (1)	Travaux forcés à temps de 5 à 10ans	Impossible
(4) Travaux forcés à temps de 5 à 10 ans	Détention criminelle 5 à 10 ans	Emprisonnement de 2 à 5 ans (2)
(5) Détention criminelle ou dégradation civique	Emprisonnement de 5 à 10 ans	Emprisonnement de 2 à 5 ans (2)

(1) Pour les travaux forcés à temps de 10 à 20 ans, les effets des circonstances atténuantes sont limités: On ne peut pas descendre en dessous des travaux forcés à temps de 5 à 10 ans.

(2) Pour les peines des n°s 4 et 5 en cas d'octroi des circonstances atténuantes le juge peut descendre indistinctement jusqu'à l'emprisonnement de 2 à 5 ans (unification).

Il faut enfin prévoir une dernière difficulté. Dans certains cas particuliers la loi ordonne l'application, au criminel, du maximum d'une peine afflictive, alors elle prononce une peine fixe.

Dans pareil cas les circonstances atténuantes ne vont pas jouer comme habituellement, ceci pour ne pas ôter à la loi sa sévérité voulue par le législateur.

Aussi l'abaissement au lieu de se faire de degré en degré, se fera plutôt de maximum en minimum de la peine initialement encourue.

Exemple : Si la peine de travaux forcés à perpétuité doit obligatoirement être prononcée, par le jeu des circonstances atténuantes, la cour appliquera la peine de 20 ans de travaux forcés.

Cette technique a été d'ailleurs adoptée par le droit sénégalais qui la consacre dans l'article 432 du code pénal :

- Alinéa 7 de l'article sus-visé : "Dans le cas où la loi précise que la peine des travaux forcés à perpétuité sera obligatoirement prononcée, la cour appliquera la peine de 20 ans de travaux forcés".

- Article 8 du même article : "Dans le cas où la loi prononce le maximum d'une peine afflictive ou infamante, s'il existe des circonstances atténuantes, la cour appliquera le maximum de cette peine ou même la peine immédiatement inférieure".

B - Incidence des effets des circonstances atténuantes sur les peines correctionnelles et de police

S'agissant des peines correctionnelles et de police, la loi donne encore plus de pouvoirs au juge.

En effet il ne lui est pas fait obligation de ne pas dépasser un quantum, comme en matière criminelle.

Il lui est seulement interdit de prononcer le maximum de la peine encourue au cas où il reconnaîtrait des circonstances atténuantes. Il peut soit appliquer une peine se situant entre le minimum et le maximum, soit descendre en dessous du minimum légal selon sa conscience.

En outre lorsque la loi prévoit une peine d'emprisonnement ou une peine d'amende ou les deux à la fois, il peut soit appliquer une peine et écarter l'autre, soit appliquer les deux peines en abaissant l'une au minimum et appliquer l'autre dans son maximum.

Autrement dit il ne pourra faire jouer les circonstances atténuantes que pour une peine.

Malgré ces pouvoirs étendus du juge, il est bien évident que ce dernier ne peut se dispenser de prononcer une peine lorsque la loi le prévoit, ou encore se contenter de condamner uniquement le délinquant au paiement des frais de justice (les circonstances atténuantes n'ont pas d'effet absolutoire).

C - Les effets des circonstances atténuantes sur la nature même de l'infraction

Par le jeu des circonstances atténuantes qui abaissent nécessairement la peine, une peine de police peut remplacer une peine correctionnelle ou bien même, une correctionnelle peut prendre la place d'une peine criminelle.

La possibilité de substitution des peines ne changera en rien la nature de l'infraction, même s'il nous vient à l'esprit que la classification traditionnelle des infractions, en crime, délit et contravention, dépend en partie des peines qui les sanctionnent.

Aussi les circonstances atténuantes n'ont aucun effet sur la nature de l'infraction ceci pour ^{les} raisons suivantes :

- La nature de l'infraction dépend plutôt de la peine que la loi prononce, que de celle que le juge applique effectivement.

- Les circonstances atténuantes n'ont aucun effet sur la culpabilité, sur l'existence ou non de l'infraction ; elles interviennent après coups une fois l'infraction constituée et cette fois pour atténuer la peine encourue.
- Le juge pour appliquer la peine, peut tenir compte de faits entièrement extérieurs à l'infraction, comme par exemple l'environnement social du délinquant : ces faits ne peuvent pas changer la nature de l'infraction.

PARAGRAPHE II : LES EFFETS SUR LES PEINES ADJOINTES

Il faut faire ici la distinction entre les peines complémentaires et accessoires.

A - Les effets sur les peines complémentaires

Les peines complémentaires sont celles qui, dans des cas particuliers prévus par des textes, viennent s'ajouter à la peine principale : Par exemple la confiscation, l'interdiction légale, l'interdiction de certains droits, l'amende criminelle etc... Cependant elles ne sont exécutoires que si elles sont prononcées par le juge.

Les peines complémentaires à leur tour se subdivisent en peines complémentaires obligatoires et en peines complémentaires facultatives.

Pour les peines complémentaires facultatives, le juge n'a pas besoin de recourir aux circonstances atténuantes pour ne pas les appliquer ; il peut les écarter d'office en l'absence de toute circonstance atténuante.

A Fortiori il peut les écarter en faisant jouer les circonstances atténuantes.

Mais quand il s'agit de peines complémentaires, l'amende par exemple, le principe de l'inopérance des circonstances atténuantes sur ces dernières a été retenu.

Pour ces dernières le juge n'a pas le pouvoir de les réduire, ni de les écarter.

Ce principe d'inopérance des circonstances atténuantes sur les peines complémentaires obligatoires comporte néanmoins des exceptions :

En matière correctionnelle on admet que le juge puisse dans son pouvoir général d'appliquer des peines de police, le pouvoir d'écarter une peine complémentaire qui serait incompatible avec une peine principale de police : Exemple l'interdiction de certains droits civiques et de famille est parfois une peine complémentaire obligatoire qui ne peut plus être prononcée lorsque, du fait de l'admission des circonstances atténuantes, la peine principale devient une peine de police.

Cependant lorsque la peine complémentaire est une mesure de sûreté, les circonstances atténuantes n'auront aucun effet sur elle, car elle est fonction de l'état par exemple dangereux du délinquant et ne peut disparaître qu'avec la cessation de cet état.

B - Les effets sur les peines accessoires

Comme les peines complémentaires, les peines accessoires s'ajoutent à la peine principale.

Mais elles se particularisent par leur automaticité : Elles sont attachées de plein droit à la prononciation de certaines peines principales. Leur sort est intimement lié à celui de la peine principale, mais le juge n'a pas pour autant le pouvoir de les modifier. C'est le cas par exemple de la dégradation civique.

Ces peines ne présentent pas de difficultés particulières en cas d'application des circonstances atténuantes :

- Ou bien le juge, par l'octroi des circonstances atténuantes, réduit la peine principale dans son taux ou sa durée, auquel cas la peine principale subsiste et par conséquent la peine accessoire va subsister aussi ;
- Ou bien, si par l'effet des circonstances atténuantes la peine principale se mue en une autre peine, alors la peine accessoire qui était uniquement attachée à la peine initiale disparaît avec celle-ci.

En matière criminelle par exemple souvent, la peine principale des travaux forcés à perpétuité est complétée par la peine accessoire de la dégradation civique (article 23 c.p. sénégalais).

Dans cette dernière hypothèse, si le juge par le jeu des circonstances atténuantes prononce une peine d'emprisonnement, la dégradation civique va disparaître par manque de support juridique (parce qu'elle n'est pas l'accessoire de la peine d'emprisonnement).

En définitive les peines accessoires disparaissent ou apparaissent en même temps que la peine principale à laquelle elles se rattachent.

SECTION II : LE CONCOURS DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES AVEC D'AUTRES CIRCOSNTANCES, AGGRAVANT OU ATTENUANT LA SANCTION PENALE

PARAGRAPHE I : LE CONCOURS DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES ET DES CIRCONSTANCES AGGRAVANTES DE LA PEINE

La conciliation entre les effets des circonstances atténuantes et ceux des circonstances aggravantes pose des problèmes différents selon que les circonstances atténuantes sont associées à la récidive ou lorsque l'on se trouve dans l'hypothèse du cumul réel d'infractions.

A - Circonstances atténuantes et récidive

1°/ - Précisions sur la notion de récidive

Un délinquant est en état de récidive lorsque, après avoir subi une condamnation définitive pour une première infraction, il en commet une ou plusieurs autres dans les délais définis par la loi.

En ce qui concerne les délais de rechute plusieurs solutions peuvent être retenues selon les systèmes répressifs. En effet dans certains systèmes on ne tient pas compte du délai qui a séparé les infractions commises par le délinquant ou le criminel : On parlera alors de récidive perpétuelle.

C'est ainsi que dès qu'un individu a été condamné une première fois, il se trouve exposé à tomber en état de récidive par l'accomplissement d'une deuxième infraction.

Par contre dans d'autres systèmes, le législateur peut opter en fixant un délai très court entre les infractions.

Enfin d'autres systèmes encore font l'amalgame de ces deux premières solutions déjà retenues, ceci en fonction de la gravité de l'infraction commise, en posant par exemple en matière de crime le caractère perpétuel de la récidive et en matière de délit le caractère temporel (délai de 5 ans, par exemple).

Cependant cette solution doit être nuancée, en effet s'agissant de récidive de crime en délit ou de délit en crime, le législateur appliquera ici non pas un délai perpétuel mais un délai temporel.

C'est ce système d'amalgame qu'ont choisi le législateur français et sénégalais. Plus précisément au Sénégal le code pénal, dans ses articles 42, 43 et 44, confirme ce choix.

2°/ - La démarche à suivre pour la fixation de la peine

Le concours des circonstances atténuantes avec la récidive pose un problème important : celui de la démarche à suivre par le juge pour fixer en définitive la peine.

Ce problème perd un peu de son intérêt en matière correctionnelle, car à ce niveau les pouvoirs d'atténuation du juge sont tellement larges qu'il peut tout se permettre. Par contre c'est en matière criminelle que les difficultés surgissent et la peine prononcée va changer suivant l'ordre adopté par le juge.

Si nous prenons par exemple en droit français le cas d'un individu qui, après avoir été condamné à 5 ans de reclusion, commet un second crime possible de travaux forcés à temps pour lequel il bénéficie des circonstances atténuantes :

- Si on commence d'abord par atténuer la peine on pourra descendre jusqu'à l'emprisonnement correctionnel qui sera ensuite aggravé; tout se passerait alors comme s'il y avait eu récidive de peine criminelle à peine correctionnelle. Autrement dit l'individu va encourir une peine d'emprisonnement de cinq ans au minimum et dix ans au maximum.
- Si à l'opposé on commence par aggraver la peine initiale de travaux forcés à temps, cela donnera vingt à quarante ans de travaux forcés et si ensuite on opère l'atténuation sur cette base, on obtiendra au minimum cinq ans de travaux forcés et au maximum cinq ou dix ans de réclusion.

Cette exemple montre bien que la démarche à suivre pour la fixation de la peine n'est pas indifférente en matière criminelle.

Faut-il aggraver et ensuite atténuer ou faut-il procéder par l'inverse ?

Devant le silence du législateur sur l'ordre à suivre (en France et au Sénégal), beaucoup de solutions ont été proposées par les doctrinaires.

En effet certains pensent qu'il faut atténuer et ensuite aggraver, pour d'autres il faut procéder par l'inverse.

La cour de cassation est venue pour mettre fin à un débat fort intéressant, en avançant qu'il fallait d'abord aggraver la peine en fonction de la récidive.

Cette solution a été proposée en tenant compte de la fonction initiale des circonstances atténuantes qui se présentent comme un correctif, un moyen d'alléger la peine trop sévère, par conséquent elles doivent intervenir en dernier lieu, une fois la peine fixée compte tenu des éléments aggravants comme par exemple la récidive.

Cependant la cour de cassation a tempéré la solution adoptée, en procédant par la démarche inverse, dans l'hypothèse de récidive de peine correctionnelle supérieure à un an d'emprisonnement à peine criminelle.

En effet dans pareil cas aucune aggravation n'est envisagée par les textes, aussi le juge sera obligé d'appliquer d'abord les circonstances atténuantes, ce qui aura pour conséquence de descendre jusqu'à une peine correctionnelle et ce faisant l'aggravation résultant de la récidive correctionnelle pourra jouer. Ici tout ce que l'on cherche, c'est de faire jouer l'aggravation : cette aggravation n'étant pas prévue à un niveau supérieur, on la fera jouer qu'après avoir atténué la peine jusqu'à obtenir une peine correctionnelle susceptible d'être aggravée.

B - Circonstances atténuantes et cumul réel d'infractions

1°/ - Distinction entre concours réel d'infractions et concours idéal d'infractions

Le concours idéal d'infraction se présente lorsqu'un fait unique accompli par un délinquant tombe sous le coup de plusieurs textes répressifs ; autrement dit lorsque pour ce même fait on retient plusieurs qualifications.

Par contre on dit qu'il y a concours réel d'infractions lorsque le même individu réalise successivement, dans un espace de temps plus ou moins long, plusieurs infractions distinctes non séparées les unes des autres par une condamnation.

Cet individu se distingue d'une part du délinquant primaire parce qu'il a commis plusieurs infractions, d'autre part du récidiviste parce qu'un délai de rechute n'a pas été fixé à son égard, ceci du fait de l'absence d'une condamnation antérieure.

2°/ - L'appréciation des circonstances atténuantes en cas de cumul réel d'infractions

Ici le vœu du législateur est certes de réprimer sévèrement, le cumul réel d'infractions étant conçu comme une cause d'aggravation de la peine, mais néanmoins pour un besoin d'équité et de justice sociale il doit aussi procéder par un dosage de la peine.

Aussi si l'individu à qui l'on reproche un cumul réel d'infractions, doit être puni plus sévèrement que le délinquant occasionnel, il doit tout de même l'être moins qu'un récidiviste.

Ainsi le juge sera obligé de combiner les effets des circonstances atténuantes avec la règle de non cumul des peines.

Par conséquent l'idée qui doit être mise en exergue est celle-ci :

"Le coupable qui obtient des circonstances atténuantes, ne doit pas voir sa situation s'améliorer du fait qu'il a commis plusieurs délits au lieu d'un seul".

La règle de non cumul des peines s'oppose à ce que plusieurs peines soient cumulées, mais postule en revanche qu'une seule peine sera appliquée : la plus forte.

Il résulte de cela que si les circonstances atténuantes diminuent l'une des pénalités en la rendant plus faible que l'autre, cette peine atténuée ne sera pas appliquée, mais c'est l'autre, qui par le jeu des circonstances atténuantes devient maintenant la peine la plus forte, qui sera en définitive prononcée.

L'idée est nettement affirmée dans un célèbre attendu de la cour de cassation : "Il est impossible d'admettre qu'un homme coupable d'un premier crime, qu'^{circumstance} aucune ~~infraction~~ n'atténue, cesserait de mériter la peine de la loi, parce qu'il en aurait ensuite commis un autre avec circonstances atténuantes".

Cependant il faut admettre que ce principe posé par la cour de cassation soulève des problèmes qui doivent être analysés à deux niveaux :

- a) - En cas de concours de délits compatibles avec les
circonstances atténuantes et de délits spéciaux
qui n'admettent pas les circonstances atténuantes

La règle du concours d'infractions étant générale, il n'est donc pas exclu la possibilité d'un concours d'un délit ordinaire avec un délit spécial.

Dans pareil cas la peine prononcée (la plus forte) peut-elle être atténuée par les effets des circonstances atténuantes ?

La réponse positive dépendra de la nature du délit qui est le plus sévèrement réprimé : si c'est le délit spécial, les circonstances atténuantes seront inopérantes, mais si par contre c'est le délit ordinaire qui offre une sanction plus sévère, le juge pourra alors faire jouer les circonstances atténuantes mais toutefois il ne pourra pas descendre en dessous du minimum légal fixé pour le délit spécial.

- b) - En cas de concours d'infractions qui admettent
toutes l'application des circonstances atténuantes

Ici la solution à retenir et l'application des circonstances atténuantes dépendent de la procédure suivie ; d'où trois hypothèses à envisager.

Première hypothèse : Les crimes et délits sont compris dans la même poursuite.

La déclaration de circonstances atténuantes peut être collective ou spéciale.

A ce propos le code de procédure pénale sénégalais dans son article 329 ne précise pas si la déclaration de circonstances atténuantes doit être collective ou spéciale, tout au plus il stipule expressément que "le président est toujours tenu de poser la question des circonstances atténuantes toutes les fois que la culpabilité de l'accusé aura été retenue".

Dès lors s'agissant de cumul réel d'infractions, rien n'empêche dans cette hypothèse le jury, après avoir reconnu l'accusé coupable de divers crimes, de poser par une formule unique la question des circonstances atténuantes. Là le calcul de la peine avec le concours des circonstances atténuantes ne pose pas de problème : il s'agit de rechercher le crime qui comporte la peine la plus forte et de l'atténuer ensuite conformément au principe d'atténuation de la peine (voir à ce propos les effets des circonstances atténuantes sur la pénalité : Section I du présent chapitre).

La seule difficulté surgit quand il y a concours d'un crime puni d'une amende complémentaire, par exemple le faux, avec un autre crime ou délit.

En l'espèce la jurisprudence a retenu une solution, qui n'emporte pas l'adhésion totale des doctrinaires, consistant à écarter l'amende lorsque le faux n'est pas le crime le plus grave.

Deuxième hypothèse : Plusieurs crimes ou délits sont compris dans la même poursuite et qu'en sus la déclaration de circonstances atténuantes peut ne concerner que l'un ou quelques uns des faits délictueux.

Dans cette hypothèse la cour ne pourra en aucune manière atténuer la peine des faits délictueux pour lesquels le jury a refusé d'accorder des circonstances atténuantes.

Cependant il convient de nuancer cette solution, et dès lors trois cas de figures peuvent se présenter.

~ Si deux crimes comportent la même peine et que des circonstances atténuantes soient retenues seulement pour l'un des deux, alors en pareil cas les circonstances atténuantes ne pourront pas jouer.

Par conséquent la peine prévue pour les deux crimes sera nécessairement appliquée sans qu'on puisse l'atténuer ;

PARAGRAPHE II : LE CONCOURS DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES
AVEC L'EXCUSE DE MINORITE

A - La notion d'excuse de minorité

L'excuse de minorité est une cause d'atténuation de la sanction pénale comme les circonstances atténuantes.

Elle procède d'un dosage de la peine fixée par le législateur lorsque l'auteur de l'infraction est un mineur. Ainsi elle se présente comme une présomption légale de responsabilité atténuée.

C'est une excuse atténuante, donc prévue expressément par le législateur contrairement aux circonstances atténuantes qui sont laissées au pouvoir d'appréciation souverain du juge.

Mais cependant c'est la seule excuse atténuante générale, parce que jouant pour toutes les infractions qualifiées crime ou délit commises par le mineur.

Aussi elle peut jouer concurremment avec les circonstances atténuantes, alors se posera inévitablement au juge le problème de la démarche à suivre pour la fixation de la peine.

B - La démarche à suivre pour fixer la peine

Faut-il faire précéder l'excuse de minorité ou faut-il réduire d'abord la peine encourue en faisant intervenir en premier lieu les circonstances atténuantes ?

Pendant longtemps, les deux solutions ont été appliquées par les juges selon les besoins de la criminalité.

La cour de cassation est intervenue, pour éviter des errements et dans un souci d'unification, en apportant une solution qui mit fin à un long débat fort controversé.

En effet la cour de cassation est intervenue définitivement pour poser le principe que la question des circonstances atténuantes devrait être posée avant celle de l'excuse de minorité ; autrement dit faire jouer les circonstances atténuantes avant l'excuse de minorité.
autrement dit faire jouer les circonstances atténuantes avant l'excuse de minorité.

Ce principe a été repris dans un arrêt du 29 Janvier 1970. (Recueil Dalloz Sirey 1970 - Page 630)

En l'espèce la cour devait statuer sur les pourvois, de 1°/ Visomblain Jean-Paul, 2°/ Janik Georges, 3°/ Nicolaï Antoine, 4°/ Trapon Jacques, contre un arrêt de la cour d'Assises des mineurs de Paris du 13 Février 1969 qui les avait condamné tous pour vol qualifié et en outre Janik et Nicolaï pour coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner ;

A ce propos la cour avait condamné Visomblain, mineur de 18 ans, à 12 ans d'emprisonnement. A cet effet la cour et le jury avaient décidé qu'il y avait lieu de lui appliquer une peine compte tenu des circonstances atténuantes et ensuite faire jouer l'excuse de minorité.

La cour de cassation avait estimé que la cour et le jury s'étaient conformés au principe qui voulait que les circonstances atténuantes précédassent l'excuse de minorité. En effet la cour de cassation avait décidé dans un attendu : "Que l'atténuation de la peine dérivant de la minorité de l'accusé a pour base la détermination préalable de la peine par lui encourue, compte tenu des circonstances atténuantes, indépendamment de sa qualité de mineur ; que spécialement lorsque le crime dont un mineur s'est rendu coupable a entraîné la peine de mort et que cette peine à raison des circonstances atténuantes, doit, en application de l'article 463 du code pénal, être réduite au moins à celle de la réclusion criminelle à perpétuité ; que la peine de la réclusion criminelle encourue doit elle-même, suivant l'article 66 alinéa 2 du code pénal, être réduite à celle de 10 à 20 ans d'emprisonnement à raison de la minorité".

Il faut remarquer qu'en l'espèce, la solution ne serait pas évidemment pas la même si la question des circonstances atténuantes venait après l'excuse légale atténuante (excuse de minorité) ; ceci surtout lorsque la peine encourue est la mort.

CHAPITRE IV : LES ATTEINTES, EN DROIT POSITIF SÉNÉGALAIS, AU POUVOIR D'APPRÉCIATION DU JUGE DANS L'OCTROI DES CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES

Il s'agit ici d'examiner si les trois postulats suivants sont respectés :

- 1°/ - Les circonstances atténuantes sont applicables à tous les crimes, tous les délits et toutes les contraventions ;
- 2°/ - Les circonstances atténuantes peuvent être accordées à tous les délinquants, qu'ils soient sénégalais, étrangers, majeurs, mineurs, délinquants primaires ou récidivistes ;
- 3°/ - Les circonstances atténuantes peuvent être prononcées par toutes les juridictions de jugement, qu'elles soient de droit commun ou d'exception, mais jamais par les juridictions d'instruction.

Nous examinerons dans ce présent chapitre les limitations s'attachant au domaine d'application des circonstances atténuantes (Section I), ensuite nous nous pencherons sur les limitations apportées aux effets des circonstances atténuantes sur la pénalité (Section II).

SECTION I : LES ATTEINTES PORTEES AU DOMAINE D'APPLICATION DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

En limitant le domaine d'application des circonstances atténuantes, en les excluant dans certains cas ou bien en subordonnant leur intervention à certaines conditions dans des infractions déterminées, le législateur sénégalais a porté une atteinte au pouvoir d'appréciation du juge.

PARAGRAPHE I : L'EXCLUSION DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

A - Énumération de quelques cas d'exclusion des circonstances atténuantes en droit sénégalais

- Loi 76-02 du 25 Mars 1976, modifiant l'article 288 alinéa 1 du code pénal, écarte le bénéfice des circonstances atténuantes lorsque les tortures ou les actes de barbarie ont entraîné la mort de la victime ;
- Loi 76-02 du 25 Mars 1976, ajoutant un article 337 bis du code pénal, à l'alinéa 3, interdit l'application des circonstances atténuantes aux accusés reconnus coupables du crime de prise d'otage entraînant la mort soit pendant la séquestration soit par suite des blessures subies par la victime ;
- Loi 76-02 du 25 Mars 1976, modifiant les articles 367 et 368 du code pénal, dans son alinéa 4, interdit l'octroi des circonstances atténuantes pour les vols et criminels spécifiés dans ses trois précédents alinéas.

B - Commentaires

Le législateur, en refusant à l'accusé le bénéfice des circonstances atténuantes en ce qui concerne certains crimes, a porté atteinte à l'un des postulats évoqués ci-haut et qui veut que les circonstances atténuantes s'appliquent à tous les crimes sans distinction ; ceci en vue d'une bonne individualisation de la sanction pénale.

En effet en écartant le jeu des circonstances atténuantes dans certains domaines, ce même législateur a limité le juge dans son pouvoir d'atténuation de la sanction pénale.

Certes devant la criminalité croissante et même devant la naissance de certains crimes jusqu'alors inconnus du droit sénégalais, le législateur a voulu réprimer plus sévèrement que d'habitude en élaborant des textes qui excluent toute possibilité d'atténuation de la peine. Ce faisant, il a lié le juge dans un de ses pouvoirs souverains : celui de fixer la peine compte tenu des circonstances.

A notre avis il n'était pas indispensable de lier le juge dans ses pouvoirs par un texte ayant un caractère répressif trop accentué. En effet la peine étant un moyen de régulation sociale, le juge chargé de la prononcer est suffisamment conscient de la recrudescence et même de l'apparition de certains crimes pernicioeux pour fixer cette dernière compte tenu à la fois des circonstances et de la politique criminelle menée ce niveau.

Par conséquent devant ces crimes n'importe quel juge, éclairé sur les problèmes engendrés par ces fléaux sociaux que constituent ces crimes, appliquerait incontestablement une peine qui tout en étant vraiment dissuasive serait aussi bien dosée en tenant compte de la personne de l'auteur, ceci même malgré l'inexistence d'un texte trop répressif.

Il résulte de ce qui précède que le législateur au lieu de prendre des textes "draconiennes" devrait plutôt faire preuve de plus de confiance à l'égard du juge et partant empiéter moins dans les pouvoirs d'appréciation de celui-ci quand il s'agit de déterminer la peine qui sera en définitive prononcée.

Reconnaître en faveur de l'accusé des circonstances atténuantes, n'empêche pas dans une certaine mesure l'application d'une peine suffisamment dissuasive et conforme à la politique criminelle du moment.

PARAGRAPHE II : L'OCTROI CONDITIONNE DES CIRCONSTANCES ATTENUANTES

A - Enumération de quelques textes sénégalais conditionnant l'octroi des circonstances atténuantes

- L'article 155 alinéa 1 du code pénal, subordonne, s'agissant du délit de détournement de deniers publics, l'application des circonstances atténuantes, à la restitution ou au remboursement avant jugement du tiers au moins de la valeur détruite ou soustraite ;

- La loi 71-49 du 28 Juillet 1971, qui complète la répression du délit de contrebande, dans son article 3 à l'alinéa 1 soumet l'octroi des circonstances atténuantes au paiement intégral des droits éludés ;
- La loi 71-85 du 28 Décembre alinéa 3, intervenant en matière d'infractions concernant les impôt ou taxe, subordonne le bénéfice des circonstances atténuantes au paiement avant jugement respectivement du tiers et des trois quarts au moins des impôt ou taxe fraudés.

B - Commentaires

Concernant ces délits à caractère plutôt économique, l'Etat est plus soucieux de récupérer ses biens que de respecter les pouvoirs d'appréciation du juge, encore moins le principe de l'individualisation de la sanction pénale.

Dans ces délits tous les pouvoirs du juge quant à l'atténuation de la sanction pénale sont paralysés par des conditions expressément énumérées par la loi : c'est dire que le juge ne pourra pas ignorer en aucune façon l'existence de ces conditions qui s'imposent à lui.

Dès lors l'octroi des circonstances atténuantes n'est plus, comme il est de principe, l'affaire du juge.

Mieux encore, si le juge doit apprécier objectivement les faits dans leur matérialité et fixer le préjudice total en tenant compte des pièces justificatives produites au débat, il serait mal vu que ce même juge puisse prononcer une condamnation sans pour autant attendre que la partie civile (l'Etat) prouve ou chiffre le montant exact de son préjudice.

Ces mesures du législateur démontrent nettement la position de ce dernier qui par institution interposée (juge) rend indirectement des décisions de justice.

Ceci est d'autant plus vrai que ces dispositions édictent une conduite au juge à qui on demande de faire telle ou telle autre chose si certaines conditions sont réunies ou non.

SECTION II : LES ATTEINTES PORTEES AUX EFFETS DES
CIRCONSTANCES ATTENUANTES SUR LES PENALITES

Le législateur sénégalais ne s'est pas contenté de limiter les pouvoirs d'appréciation du juge concernant l'atténuation de la sanction pénale, en excluant du domaine des circonstances atténuantes certaines infractions, il est allé plus loin en limitant le juge dans des domaines où ce dernier est habilité à octroyer des circonstances atténuantes.

En effet d'un côté le législateur permet au juge d'atténuer la peine mais de l'autre il ferme les robinets en indiquant expressément soit un maximum, soit un minimum en dessous duquel le juge ne devra pas descendre.

A - Enumération de quelques textes limitant les effets
des circonstances atténuantes sur la peine

- L'article 320 alinéa 2 du code pénal, relatif au viol commis sur la personne d'un enfant en dessous de l'âge de 13 ans, prévoit que le coupable subira le maximum de la peine (10 ans) ;
- L'article 321 du code pénal, relatif au viol par ascendant, fixe l'emprisonnement à 10 ans ;
- La loi 66-16 du 1er Février 1966 ajoutant un alinéa 3, à l'article 319 du code pénal relatif à l'attentat à la pudeur, stipule que quiconque commet un acte impudique avec un mineur de 21 ans subira toujours le maximum de la peine (ici 5 ans) ;
- Loi 66-48 du 27 Mai 1966 article 9 alinéa d. prévoit une peine d'emprisonnement obligatoire de 10 mois à 2 ans contre ceux qui auraient fabriqué, importé ou vendu des denrées ayant entraîné des indispositions chez un ou plusieurs consommateurs. ; En outre lorsque les denrées auront entraîné la mort, l'emprisonnement sera de 2 à 10 ans et sera toujours prononcé.

- L'article 375 code pénal stipulant qu'en cas de récidive concernant les articles 368, 370 et 372 du même code (vol et extorsion de Fonds), l'application des circonstances ne peut avoir pour effet de réduire, l'emprisonnement devenant obligatoire, au dessous du minimum de la peine encourue à l'état simple ;

- La loi 76-02 du 25 Mars 1976 modifiant l'article 288 du code pénal :

Alinéa 2 : Lorsque les tortures ou les actes de barbarie n'auront pas entraîné la mort de la victime et lorsque les circonstances atténuantes auront été accordées aux accusés reconnus coupables, la peine de travaux forcés à perpétuité sera obligatoirement prononcée nonobstant les dispositions de l'article 432 alinéa 2 du code pénal.

Alinéa 4 : Lorsque la prise d'otage n'aura pas entraîné la mort de la victime l'application du bénéfice des circonstances atténuantes ne pourra écarter la peine de travaux forcés à perpétuité qui sera obligatoirement prononcée nonobstant les dispositions de l'article 432 alinéa 2.

- La loi 77-33 du 22 Février 1977 modifiant les articles 34 et 433 alinéa 2 du code pénal :

Alinéa 3 : Lorsque la peine d'emprisonnement prononcée sera supérieure à 5 ans, l'interdiction définitive de tous les droits devra obligatoirement être prononcée.

Article 433 alinéa 2 : Si la peine prévue est supérieure à 5 ans d'emprisonnement le tribunal appliquera l'emprisonnement de 2 ans au moins sauf lorsque le minimum prévu est inférieur à 2 ans, dans lequel cas il retrouve sa liberté d'abaissement de la peine.

- L'article 374 du code justice militaire, stipulant que :
"Lorsqu'il s'agit d'une infraction prévue par le présent code et que les circonstances atténuantes ont été déclarées, en aucun cas une peine d'amende ne peut être substituée à une peine d'emprisonnement".

B - Commentaires

Le législateur sénégalais est intervenu d'une manière beaucoup plus accentuée dans la fixation des peines, pour limiter les effets des circonstances atténuantes.

Ce faisant il a ôté au juge son pouvoir d'appréciation sur les effets des circonstances s'attachant aux peines.

En effet le foisonnement des textes restrictifs dans ce cas, montre que le législateur sénégalais s'il ne l'a pas exprimé expressément, veut à tout prix supplanter le juge dans une de ses fonctions fondamentales.

Ce dernier même en accordant dans certains cas des circonstances atténuantes, ne pourra pas atténuer la peine encourue.

Ceci va à l'encontre même des principes généraux qui interdisent au juge d'appliquer le maximum de la peine encourue après avoir déclaré l'existence de circonstances atténuantes.

Cependant la critique concernant la violation de ces principes fondamentaux du droit, doit être adressée au législateur qui, dans son besoin de réprimer sévèrement, viole non seulement ces principes fondamentaux mais aussi porte atteinte à la liberté d'appréciation du juge dans la fixation des peines et même aux libertés individuelles dans une certaine mesure.

Par ailleurs il convient d'apporter des éclaircissements pour lever tout quiproquo sur les limites, des effets des circonstances atténuantes sur la peine, apportées par le législateur :

1°/ - Lorsque le législateur stipule que "le maximum de la peine sera prononcée ou la peine de... sera obligatoirement prononcée". Cela ne veut pas dire que malgré le bénéfice des circonstances atténuantes, l'auteur de l'infraction devra nécessairement subir le maximum de la peine ou celle qui est obligatoirement désignée.

En effet dans ce cas le juge pourra prononcer le maximum de la peine ou la peine immédiatement inférieure. Prenons l'exemple dans lequel le législateur stipule que : "la peine de mort sera obligatoirement prononcée" ; si le juge accorde des circonstances atténuantes, il pourra appliquer la peine de travaux forcés à perpétuité (peine inférieure immédiate)

2°/ - Parfois le législateur dans une formule décide que telle peine sera appliquée monobstant les dispositions de l'article 432 du code pénal.

c'est Dans pareil cas que l'on assiste à une véritable atteinte du pouvoir d'appréciation du juge dans l'atténuation de la sanction pénale.

Le juge étant "muselé", il ne pourra pas procéder par une individualisation de la sanction pénale pourtant nécessaire pour une bonne politique criminelle.

3°/ - Enfin dans bien d'autres cas, le législateur tout en laissant, il est vrai, une plus grande marge de manœuvre au juge, lui interdit même s'il déclare en faveur de l'auteur d'une infraction des circonstances atténuantes, de descendre en dessous d'un certain minimum légal.

DEUXIEME PARTIE
-:-
DU SURSIS SIMPLE

Dans cette partie nous procéderons d'abord par une approche générale sur le sursis (chapitre I) avant d'examiner les conditions d'application et les effets du sursis simple (chapitre II).

Enfin en dernier lieu nous nous proposerons de mettre en relief les limites apportées, dans ce domaine, au pouvoir d'appréciation du juge par le législateur sénégalais.

Nota bene

Dans cette présente partie, nous avons volontairement omis de traiter du sursis avec mise à l'épreuve, parce que cette forme de sursis n'est pas encore adoptée par le législateur sénégalais.

Néanmoins nous envisagerons son étude lors de nos développements ultérieurs.



CHAPITRE I : GÉNÉRALITÉS SUR LE SURSIS

SECTION I : DEFINITION DU SURSIS

Le sursis est une mesure de clémence que le juge a la faculté de prendre à l'égard d'un délinquant primaire ; c'est-à-dire d'un délinquant qui n'a jamais été condamné antérieurement à l'infraction pour laquelle il est poursuivi en justice.

Aussi le juge en prononçant la peine dit qu'il sera sursis à l'exécution de celle-ci, si pendant un délai d'épreuve de cinq ans, le condamné ne commet pas une autre infraction, la dispense de la peine deviendra définitive ; mais en contre partie si pendant ce délai le condamné rechute, le sursis sera révoqué et la peine devra être exécutée et s'ajoutée à la seconde laquelle d'ailleurs sera éventuellement aggravée du fait de la récidive.

Avant d'aller plus loin, il convient de remarquer, qu'en matière de suspension de l'exécution de la peine, de part le monde deux grands systèmes sont adoptés : le système anglo-américain et le système franco-belge.

En effet dans le système anglo-américain on suspend la condamnation elle-même. L'inconvénient de ce système c'est la durée du procès qui reste toujours ouvert.

Tandis que dans le système franco-belge, on admet la suspension que pour l'exécution de la peine, la condamnation étant prononcée.

SECTION II : LES ORIGINES DU SURSIS

Avant de faire son apparition dans le système français, le sursis fut d'abord créé et expérimenté dans le système anglo-américain.

En effet le sursis fit son apparition pour la première fois à Boston en 1870 mais à cette époque il ne s'appliquait qu'aux délinquants mineurs et on utilisait le terme de "mise en probation" pour le désigner.

En Angleterre, c'est une loi du 7 Août 1887 qui a introduit l'institution et pour parler du sursis, probation dans ce système, les Anglais le désignaient par l'expression "Probation of first offenders acts".

Dans le système anglais d'alors l'originalité du sursis, (probation) résidait dans le fait que le délinquant était mis en tutelle et confié à la garde d'un magistrat, appelé "probation officer", à qui il incombait le devoir de venir en aide à son protégé, de lui procurer du travail utile, de lui rendre visite à son domicile.

En France le sursis à l'exécution de la peine a été institué par une loi de 1891 : plus précisément par la loi Bérenger du 26 Mars 1891. Depuis lors cette loi a fait l'objet de beaucoup de modifications : lois du 17 Juillet 1970 et du 11 Juillet 1975.

Mais avant l'élaboration de ces lois modifiant la loi Bérenger, l'institution présentait l'inconvénient de laisser le délinquant à lui-même sans possibilité de surveillance ni d'assistance légalement organisées : on se contentait seulement de replacer le délinquant dans son milieu d'origine, d'où la possibilité d'une rechute.

Devant les échecs, l'idée est venue, en France après la Libération, d'imiter l'exemple du système anglo-américain dit de "la probation" dans lequel l'individu est soumis à un contrôle tutélaire (ou mis à l'épreuve surveillée) ; donc soutenu dans son effort de reclassement social.

Aussi après quelques expériences officieuses, le code de procédure pénale français, en 1958, institutionnalisa la probation tout en conservant l'ancien sursis de la loi de Bérenger appelé sursis simple.

Donc à côté du sursis simple, le système français a adopté un régime d'épreuve surveillée appelé sursis avec mise à l'épreuve qui a, d'ailleurs, été affiné par les lois des 17 Juillet 1970 et 11 Juillet 1975 déjà évoquées.

Au Sénégal le sursis a été adopté, d'ailleurs le code de procédure pénale prévoit son régime dans les articles 704 à 707, sans compter évidemment certaines dispositions du code pénal qui admettent ou rejettent son application quant à certaines infractions.

Cependant le système sénégalais n'a pas suivi l'évolution, en matière de sursis, vers la consécration du sursis avec mise à l'épreuve. Il se contente seulement d'admettre le sursis simple.

En effet l'article 704 du code de procédure pénale dispose expressément que : "Sauf disposition législative contraire, en cas de condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende, si le condamné n'a pas fait l'objet de condamnation antérieure à l'emprisonnement pour crime ou délit de droit commun, les cours et tribunaux peuvent ordonner, par le même jugement et par décision motivée, qu'il sera sursis à l'exécution de la peine principale" et dans les autres dispositions de ce code il n'est nulle part question du sursis avec mise à l'épreuve.

SECTION III : LES AVANTAGES DU SURSIS

Le but du sursis est d'empêcher que le délinquant commette une autre infraction après avoir été reconnu coupable d'une infraction antérieurement commise. En fait ici il s'agit d'une prévention de la récidive.

L'existence du sursis répond aussi à un souci d'individualisation de la sanction pénale. Aussi au lieu d'envoyer des délinquants primaires dans des prisons pour purger une peine qui n'est pas souvent trop longue (pas aussi assez intimidante), mieux vaut surseoir à l'exécution de cette peine ceci pour une bonne politique criminelle. Cette mesure aura pour conséquence d'éviter au délinquant le contact corrupteur de la prison qui va à l'encontre même d'une quelconque possibilité de réformation.

C'est dans ce sens que certains ont avancé : "qu'en envoyant un délinquant primaire en prison, on en fait un criminel en puissance".

L'efficacité de l'institution, qu'est le sursis, réside dans le fait qu'elle se présente comme une menace s'exerçant sur le délinquant pendant une certaine période durant laquelle ce dernier a tout intérêt à se tenir tranquille et par conséquent à refouler toute impulsion qui tendrait vers la commission d'une autre infraction.

SECTION IV : LES POUVOIRS DU JUGE EN MATIERE DE SURSIS

Le sursis est une faculté laissée au juge donc il peut l'accorder ou le refuser selon les circonstances de l'espèce et la personnalité du délinquant. Le sursis n'est donc pas un droit pour le délinquant qui remplit les conditions exigées.

Le juge a même la possibilité de ne prononcer le sursis que pour l'une des peines, ceci lorsque l'infraction commise prévoit à la fois, une peine d'emprisonnement et une peine d'amende.

Mieux encore depuis la loi du 17 Juillet 1970, le juge a le pouvoir de décider que le sursis ne s'appliquera qu'à une partie de la peine d'emprisonnement ou de l'amende dont il détermine le montant.

Il résulte de ce qui précède que le juge en matière de sursis a de très larges pouvoirs. En effet il lui appartient, selon son intime conviction de voir s'il faut ou non accorder le sursis, atténuer la peine en vue d'une reformation du délinquant.

Mais nous verrons plus loin, avec l'étude des atteintes au pouvoir d'appréciation du juge en matière de sursis que, ce dernier même dans l'octroi du sursis peut être très limité par un foisonnement de textes restrictifs.

CHAPITRE II : LES CONDITIONS D'APPLICATION ET LES EFFETS DU SURSIS SIMPLE

SECTION I : LES CONDITIONS D'OCTROI DU SURSIS SIMPLE

Trois conditions méritent d'être examinées à ce niveau : les conditions de fond, les conditions d'opportunité et enfin les conditions de forme.

PARAGRAPHE I : LES CONDITIONS TENANT AU FOND

A - La condition relative au passé pénal du délinquant

Dans l'octroi du sursis simple, le passé du délinquant constitue un obstacle de poids. En effet "le délinquant ne peut pas bénéficier du sursis, s'il a déjà été condamné au cours des cinq années précédant les faits, pour crime ou délit de droit commun, soit à une peine criminelle, soit à une peine d'emprisonnement de plus de 2 mois".

Cette condition posée par l'article 734 alinéa 1 du code de procédure pénale français appelle quelques observations : l'article 734 alinéa 1 interprété à contrario révèle que ne mettent pas obstacle à l'octroi du sursis :

- Une condamnation vieille de plus de cinq (5) ans par rapport à la nouvelle infraction.
- Une condamnation pour contravention car la loi parle de "crime ou délit".
- Une condamnation à l'emprisonnement n'excédant pas deux mois, puisque la loi parle "d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à deux mois".
- Une condamnation à l'amende, ceci du fait que l'article 734 vise les peines criminelles ou peine d'emprisonnement.
- Une condamnation pour infraction politique ou militaire.

Parallèlement, s'agissant de cette condition relative au passé pénal du délinquant, le droit sénégalais est beaucoup plus restrictif. En effet il ne pose pour la condamnation antérieure ni un délai, ni une durée sur la peine d'emprisonnement, contrairement au droit français.

L'article 704 du code de procédure pénale sénégalais permet le sursis "si le condamné n'a pas fait l'objet de condamnation antérieure à l'emprisonnement pour crime ou délit de droit commun".

Aussi il résulte de l'examen de cet article, contrairement à ce qui est admis en France : qu'une condamnation antérieure vieille de cinq ans ou plus par rapport à la nouvelle infraction et une condamnation à l'emprisonnement dont la durée n'excède pas deux mois, constituent des obstacles à l'octroi du sursis.

B - Quels sont les délinquants susceptibles de bénéficier du sursis simple ?

En principe le sursis n'est réservé qu'aux délinquants primaires. C'est dire que la qualité de l'agent fautif joue un rôle non moins important dans l'octroi du sursis, puisqu'elle en constitue une condition.

Cependant il ne faudrait pas perdre de vue que le sursis n'est pas seulement accordé aux délinquants primaires ; d'autres personnes déjà condamnées peuvent en bénéficier ce sont notamment :

- Celles qui ont été condamnées à une peine d'amende ;
- Celles ensuite qui ont été condamnées à une peine d'emprisonnement ou même à une peine criminelle pour une infraction politique ou pour une infraction militaire ;
- Celles qui ont été condamnées à l'emprisonnement mais pour une contravention ;

- Celles qui ont été condamnées à une peine d'emprisonnement n'excédant pas deux (2) mois (ces dernières ne peuvent bénéficier du sursis en droit sénégalais).

Il convient d'apporter une précision à ce niveau : la condamnation antérieure ne fait obstacle à l'octroi du sursis que si elle est définitive ; qu'en outre conformément au droit pénal international cette condamnation, selon le droit français, doit être prononcée par une juridiction française :

D'où il résulte de ce qui précède que les délinquants ayant fait l'objet d'une condamnation antérieure dans un pays étranger peuvent également bénéficier du sursis.

Le législateur sénégalais n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce cas mais dans la pratique les tribunaux sénégalais ne sont pas hostiles à l'idée d'octroi du sursis aux délinquants ayant été déjà condamnés sous d'autres cieux.

C - La condition relative à la condamnation prononcée

L'infraction commise par le délinquant joue un rôle important, en effet elle va entraîner l'application d'une peine qui selon sa nature sera susceptible ou non d'être assortie de sursis.

Aussi à ce niveau il est opportun de distinguer la nature de l'infraction commise de la nature de la peine prononcée.

1°/ - La nature de l'infraction commise

En principe la nature de l'infraction commise est ici indifférente quant à l'octroi du sursis. En effet toutes les infractions, quelle que soit leur nature ou espèce, sont susceptibles de donner lieu à une condamnation avec sursis.

Néanmoins une limite a été apportée par la jurisprudence en matière de contraventions, la cour de cassation estimant que la peine encourue dans ce domaine perdrait toute sa valeur intimidante s'il pouvait être sursis à son exécution.

2°/ - La nature de la peine prononcée

La distinction, entre peines principales et peines accessoires et complémentaires, déjà évoquée, trouve ici, entre autres, sa raison d'être.

a) - Les peines principales

Au niveau des peines principales susceptibles d'être assorties de sursis, les peines criminelles sont exclues. En effet les codes de procédure pénale français et sénégalais, n'autorisent la prononciation du sursis simple qu'en cas de condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende.

Seulement il convient aussi de ne pas perdre de vue pour autant que le sursis peut être accordé par la Cour d'Assises quand une peine correctionnelle a été prononcée.

Il faut ajouter à cela qu'en droit français s'agissant de contraventions, les condamnations à l'emprisonnement et à l'amende peuvent être assorties du sursis lorsque l'emprisonnement est supérieur à 10 jours ou lorsque l'amende dépasse 1 200 F (autrement dit le sursis sera possible pour les contraventions de la 5^e classe).

Le droit sénégalais n'a pas fait cette classification en matière de contravention, ce qui nous amène à dire, en l'absence de dispositions ~~tax~~uelles, que le sursis reste en principe écarté pour les contraventions.

b) - Les peines accessoires et complémentaires
.....

Le sursis n'est pas applicable aux peines complémentaires et accessoires. De même on admet généralement que le sursis n'est pas aussi applicable aux peines disciplinaires.

Cependant il faut remarquer que l'application du sursis en matière d'amende soulève quelques difficultés puisque celle-ci peut aussi bien intervenir comme peine principale, que comme peine complémentaire.

Aussi compte-tenu de cette distinction le sursis ne va s'appliquer qu'à l'amende envisagée comme peine principale, le sursis ne s'appliquant pas à la peine complémentaire que constitue aussi l'amende.

De surcroît le sursis ne s'applique pas au paiement des frais du procès de même qu'aux intérêts civils.

D - Les juridictions compétentes en matière de sursis

Dans le système français et les systèmes qui font référence à cette dernière comme par exemple le système sénégalais, seules les juridictions de jugement sont compétentes pour prononcer le sursis.

Contrairement, le système américain admet que le pouvoir exécutif peut prononcer un sursis postérieur à la condamnation.

Toutes les juridictions de droit commun ou d'exception ou d'excession ont le pouvoir d'accorder le sursis.

Cette faculté est même donnée à la cour d'Assises ; c'est d'ailleurs dans ce sens que l'article 337 du code de procédure pénale sénégalais, dans son alinéa deux stipule expressément que : "Lorsque la cour d'assises prononce une peine correctionnelle, elle peut ordonner à la majorité qu'il soit sursis à l'exécution de la peine".

PARAGRAPHE II : LA CONDITION RELATIVE A L'OPPORTUNITÉ DU SURSIS

Le sursis n'est jamais un droit pour le délinquant primaire. C'est une faculté laissée au pouvoir souverain, d'appréciation du juge qui selon les circonstances de l'espèce, de la personnalité du délinquant peut l'accorder.

C'est à tort que l'opinion publique pense que le délinquant primaire a droit obligatoirement au sursis. Fort heureusement il n'en est pas ainsi; si le contraire était admis, la possibilité pour chacun de commettre son premier délit sans encourir aucune peine exécutée serait acceptée par le législateur. Un tel droit serait destabilisateur pour la société.

PARAGRAPHE III : LA CONDITION DE FORME RELATIVE A L'OCTROI DU SURSIS

Le sursis accordé doit, dans tous les cas être motivé. En outre au moment de la lecture du jugement ou de l'arrêt le président doit à peine de nullité avertir le condamné que si dans le délai de cinq (5) ans il commet une nouvelle infraction le sursis sera révoqué.

En pratique l'obligation de motivation est satisfaite, par la seule énonciation de la réunion des conditions légales d'application du sursis, sans que le juge soit tenu de s'expliquer sur les motifs d'opportunité qui l'ont inspiré.

SECTION II : LES EFFETS DU SURSIS SIMPLE

Dans la présente section nous nous proposons d'examiner successivement les incidences du sursis sur la condamnation, sur l'exécution des peines et enfin la révocation du sursis.

PARRAPHE 1 : INCIDENCE DU SURSIS SIMPLE SUR LA CONDAMNATION

L'application du sursis est subordonnée, entre autres, à l'existence d'une condamnation iniquant à la fois une déclaration de culpabilité et une prononciation d'une peine : il ne pouvait en être autrement.

En effet cette condamnation, par le jeu du sursis, verra nécessairement ses effets suspendus.

Il convient à ce niveau de faire certaines précisions : les effets de cette condamnation ne seront suspendus qu'en ce qui concerne l'exécution de la peine principale assortie du sursis, les autres composantes de cette condamnation étant immédiatement exécutoires dès que celle-ci passe en force de chose jugée.

Ainsi cette condamnation sera inscrite sur les bulletins n° 1 et n° 2 du Casier Judiciaire du délinquant à l'exception du bulletin n° 3, ceci même si le sursis ne s'applique qu'à une partie de la peine seulement.

L'existence du sursis n'affecte en rien les autres parties de la condamnation, autres que la peine principale. C'est ainsi que malgré le sursis prononcé, les peines accessoires et complémentaires d'une part et les dommages et intérêts alloués à la victime de même que les frais du procès d'autre part, resteront exécutoires, (d'où l'idée déjà évoquée : à savoir que le sursis est un moyen d'atténuation de la peine prononcée).

Cependant il faut noter que la condamnation, dont les effets sont suspendus, se présente comme une condamnation conditionnée en ce sens qu'elle ne sera considérée comme non avenue que si durant la durée de l'épreuve le délinquant ne commet pas une autre infraction de droit commun suivie d'une nouvelle condamnation soit à une peine criminelle, soit à une peine correctionnelle d'emprisonnement ou d'amende. Si la condition évoquée ci-dessus se réalisait, la condamnation disparaîtrait alors du bulletin n° 2 du Casier Judiciaire, mais elle subsisterait sur le bulletin n° 1.

De surcroît non seulement la condamnation ne pourrait plus jouer pour la récidive et pour l'octroi d'un nouveau sursis mais aussi les effets, des peines accessoires et complémentaires, cesseraient automatiquement. Seulement à ce niveau il est important de noter que les frais de justice, les dommages et intérêts et les amendes non assorties du sursis, ne seront non seulement pas répétés mais encore resteront dus s'ils n'ont pas été payés.

PARAGRAPHE II : LES EFFETS DU SURSIS SIMPLE SUR L'EXECUTION DE LA PEINE

L'exécution de la peine assortie du sursis est suspendue pendant toute la durée de l'épreuve.

Le juge, contrairement à certaines législations, ne pourra en aucun cas réduire ou augmenter la durée de l'épreuve même pour des particularités criminologiques liées à l'espèce.

Ce délai de suspension de l'exécution de la peine va courrir du jour où la condamnation est devenue définitive. C'est dire qu'en cas d'appel il va courrir soit du jour où le jugement a été rendu, si bien sûr celui-ci a été confirmé, soit dans le cas contraire, du jour de l'arrêt infirmatif.

Il suit de là que le condamné est libéré s'il était détenu ; que s'il s'agissait d'une peine d'amende, celle-ci ne pourrait pas être demandée en paiement au condamné ayant bénéficié de cette mesure de clémence qu'est le sursis.

Enfin le sursis en suspendant l'exécution de la condamnation, entraîne en même temps la suspension de la prescription de la peine.

PARAGRAPHE III : LA REVOCATION DU SURSIS SIMPLE

La révocation du sursis intervient lorsque la condition ne se réalise pas, lorsque le condamné durant la durée de l'épreuve commet une autre infraction de droit commun suivie d'une condamnation soit à une peine criminelle, soit à une peine correctionnelle d'emprisonnement ou d'amende.

Il est cependant admis tant en jurisprudence qu'en doctrine que, monobstant la commission d'une nouvelle infraction, le sursis peut ne pas être révoqué. Mais il faudra en pareil cas que le tribunal intervienne par décision spéciale et motivée.

Lorsque le tribunal n'avait pas expressément statué sur la dispense, la révocation est acquise de plein droit.

En cas de révocation du sursis la première peine qui était suspendue sera exécutée avant la seconde (qui d'ailleurs a entraîné la révocation du sursis), ceci sans qu'il puisse avoir de confusion possible de peines.

En outre la condamnation qui était suspendue par le jeu du sursis, sera inscrite sur le bulletin n° 3 du Casier Judiciaire du délinquant.

Enfin en cas de révocation du sursis la récidive pourrait être aussi retenue à l'encontre de l'agent fautif.

Par ailleurs nous noterons, qu'avec les dispositions du code de justice militaire sénégalais, notamment les articles 39 et 40, ~~stipulent~~ que l'infraction militaire commise pendant la durée de l'épreuve ne pourra être considérée comme une cause de révocation du sursis que si celle-ci constitue une infraction de droit commun.

En effet l'article 39 dispose que dans son alinéa 2 "Lorsqu'une condamnation prononcée pour un crime ou un délit de droit commun aura fait l'objet d'un sursis, la condamnation encourue dans le délai de 5 ans pour un crime ou, délit militaire ne fera perdre au condamné le bénéfice du sursis que si ce crime ou ce délit est punissable par les lois pénales ordinaires".

Cet article s'inscrit à nos yeux, en conformité avec les dispositions pénales ordinaires qui ne retiennent que la commission durant la durée d'épreuve d'une "infraction de droit commun", pour révoquer le sursis.

CHAPITRE III : LES ATTEINTES EN DROIT POSITIF SÉNÉGALAIS,
AU POUVOIR D'APPRÉCIATION DU JUGE EN MATIÈRE
DE SURSIS SIMPLE

Force est de constater qu'au Sénégal, de plus en plus, le législateur ne cesse de grignoter les pouvoirs du juge.

En effet on assiste à un foisonnement de dispositions légales prises dans le sens de la limitation des pouvoirs du juge dans certains domaines.

Le pouvoir d'appréciation du juge en matière de sanction pénale, ne cesse de diminuer, au fil du temps. Non seulement le juge en matière d'aggravation de la peine verra ses pouvoirs limités mais aussi, s'agissant de l'atténuation de la sanction il assistera, impuissant, à l'affrètement de son autorité.

En matière de sursis, le législateur est intervenu, comme il l'a fait pour l'octroi des circonstances atténuantes, pour limiter les pouvoirs du juge soit en interdisant formellement l'octroi du sursis pour certaines infractions (Section I), soit en le subordonnant à certaines conditions (Section II), soit enfin en imposant au juge l'accomplissement de certaines formalités (Section III).

SECTION I : DES CAS D'EXCLUSION TEXTUELLE DU SURSIS
EN DROIT POSITIF SÉNÉGALAIS

PARAGRAPHE I : ÉNUMÉRATION DE QUELQUES DISPOSITIONS INTERDISANT
L'OCTROI DU SURSIS

- L'article 305 du code pénal dans son alinéa 7 interdit l'octroi du sursis en matière d'avortement lorsque le coupable serait un médecin, pharmacien ou tout autre technicien médical, paramédical ou leur collaborateur.

- L'article 307 du code pénal écarte le sursis en matière d'homicide ou de blessures volontaires, lorsque l'infraction ainsi commise a été suivie du délit de fuite.
- L'article 322 du code pénal exclut le sursis en matière de viol, d'attentat à la pudeur sur un enfant de moins de 13 ans et lorsque l'attentat à la pudeur aurait été commis par un ascendant ou toute autre personne ayant autorité sur le mineur.
- L'article 368 du code pénal dans alinéa 2 écarte le sursis en matière de vols commis sur les chemins publics, ou dans un moyen de transport en commun, ou encore dans l'enceinte d'une gare, d'un port, d'un aéroport et aussi lorsque le vol a été commis avec effraction, escalade, sape ou usage de fausses clefs.
- La loi n° 74-46 du 18 Juillet 1974 (code forestier) dans ses article L.34 et L.35, interdit le sursis en matière de feux de brousse lorsque le feu aura détruit des plantations artificielles ou parcouru une superficie boisée d'au moins 500 hectares ou encore lorsque le feu aura été provoqué, volontairement dans un intérêt personnel de culture ou autre et enfin lorsque l'incendie volontaire aura causé des pertes de vies humaines.
- La nouvelle loi sur les stupéfiants, dispose que s'agissant des drogues dures, les trafiquants ne pourront pas bénéficier du sursis à l'exécution de la peine encourue. (Loi du 19 Avril 1972 modifiée).

PARAGRAPHE II : COMMENTAIRES

Vous remarquerez avec nous que dans cette énumération, de dispositions textuelles interdisant le sursis, n'est pas exhaustive.

En effet on pourrait toujours, à la lumière du code pénal sénégalais et des lois intervenant dans des matières spéciales, relever des cas d'exclusion du sursis.

Cette difficulté d'établir dans ce domaine une liste exhaustive découle du fait que le législateur sénégalais n'hésite pas de porter atteinte au pouvoir du juge chaque fois que le besoin s'en fait sentir. Aussi recenser toutes les dispositions limitant le sursis au Sénégal s'avère difficile parce que celles-ci ne figurent pas dans un même texte : elles sont éparpillées. C'est pourquoi devant cette difficulté de taille, nous avons opté en recensant uniquement quelques cas d'exclusion du sursis qui, à nos yeux, soulèvent des commentaires.

D'abord le législateur sénégalais en écartant le sursis en matière d'avortement, lorsque le coupable serait un médecin, n'a pas prévu l'hypothèse où l'avortement interviendrait pour des besoins thérapeutiques.

Fort heureusement, devant le silence du législateur sénégalais sur cette précision dans l'article 305 du code pénal, le code de déontologie des médecins a atténué les conséquences facheuses d'une telle omission en parlant de l'avortement comme moyen thérapeutique.

En outre dans l'article 307 le législateur écarte le sursis en cas de délit de fuite suite à un homicide ou à de blessures involontaires.

Là aussi le législateur dans sa précipitation d'élaborer un texte restrictif n'a pas cru devoir préciser si la fuite était guidée par un besoin de protection ; n'est-il naturel pour un délinquant, pour un homme, de prendre la fuite lorsque la commission d'une infraction quelconque l'expose à la vindicte populaire.

S'agissant de l'exclusion du sursis prévue par l'article 322 du code pénal, plus précisément l'exclusion du sursis lorsque l'attentat à la pudeur a été exercé par un ascendant ou toute autre personne ayant autorité sur l'enfant, il convient de remarquer à ce niveau que la peine non susceptible d'être assortie du sursis est trop forte : 10 ans obligatoirement.

Le législateur sénégalais en écartant le sursis a voulu réprimer d'une manière exemplaire toute infraction portant atteinte aux mœurs, aux valeurs culturelles de sa société et à l'harmonie au sein de la famille.

Cependant en prévoyant une peine trop lourde dans ce domaine, ce dernier a incontestablement raté l'objectif qu'il s'était assigné. En effet, n'importe quel juge, hésiterait longtemps avant de prononcer la peine obligatoire de 10 ans en matière d'attentat à la pudeur. Ceci parce que non seulement l'attentat à la pudeur est un délit difficile à caractériser mais aussi souvent dans la pratique, lorsque l'auteur nie les faits il subsistera toujours un doute. Aussi les juges, devant les dispositions de l'article 322 du code pénal qui ne leur laissent aucune alternative, préfèrent dans bien des cas exploiter ce doute pour ne pas aboutir à une condamnation certes trop sévère. Nous retrouvons là, hélas, le système dit du pieux mensonge jadis utilisé par la cour d'Assises pour éviter une sanction pénale trop lourde en conséquence.

Le législateur sénégalais en écartant le sursis pour l'attentat à la pudeur commis par un ascendant, n'est-il pas dans une certaine mesure revenu en l'espèce au système de la peine fixe antérieur au code de 1810 ? En tout état de cause recourir à un tel système, dans un souci seulement de réprimer plus fortement certaines pratiques deshonorantes, bouleverserait tout notre système répressif qui n'est plus basé sur le système de la peine fixe.

Enfin en matière de vol, le législateur a écarté le sursis lorsque ledit vol a été commis dans "certains" endroits et à l'aide de "certains" moyens.

A notre avis cette disposition est d'une part sévère mais d'autre part aussi elle ne s'imprègne suffisamment pas de la réalité. En effet n'importe quel délinquant occasionnel pourrait tomber sous l'emprise de ces dispositions et si d'avanture l'hypothèse se réalisait, il ne pourrait pas éviter une peine minimum de 2 ans quelque soit l'octroi des circons-

tances atténuantes. Aussi nous disons que cette disposition porte aussi atteinte à l'individualisation de la sanction. En outre elle ne s'intéresse même pas à la valeur des objets volés qui peut être, dans souvent des cas, déterminante dans la fixation de la peine.

SECTION II : L'OCTROI DU SURSIS SUBORDONNE A LA REALISATION DE CERTAINES CONDITIONS

PARAGRAPHE I : ENUMERATION DE QUELQUES CAS

- L'article 155 alinéa² du code pénal subordonne l'octroi du sursis au remboursement avant jugement d'une partie des sommes détournées, car il dispose que "le bénéfice du sursis ne pourra être accordé qu'en cas de restitution ou de remboursement, avant jugement, des trois quarts au moins de ladite valeur".
- La loi 71-85 du 28 Décembre 1971 alinéa 8, subordonne le bénéfice des circonstances atténuantes au paiement, avant jugement, des trois quarts (3/4) au moins des impôts ou taxes fraudés.

PARAGRAPHE II : COMMENTAIRES

Ces dispositions dénotent de la part du législateur un souci de protéger les biens publics. Cette volonté de protection des biens publics est même exprimée d'une manière fort explicite lorsque le législateur sénégalais a étendu le champ d'application du délit de détournements publics tant aux personnes susceptibles d'être poursuivies qu'aux organismes.

Dans la hantise de voir ses fonds dilapidés, détournés de leur affectation par des agents véreux, le législateur sénégalais est intervenu d'une manière plus énergique pour la répression de ces délits grevant son patrimoine. Ce faisant il a porté, d'une manière plus accentuée, atteinte aux pouvoirs du juge.

Ce dernier est ici réduit à l'état de "robot distributeur de peines" déjà fixées par ce même législateur.

Le juge ne pourra même pas accorder des faveurs au prévenu pour l'amener à se resocialiser, si ce dernier ne rembourse pas les trois quarts des sommes détournées.

Le législateur sénégalais en musclant ainsi le juge, par ces dispositions draconiennes, préjudicie non seulement sur le jugement à venir, mais encore plus grave empiète sur un domaine qui jusque là était réservé au juge : celui d'apprécier souverainement la peine à prononcer en cas d'infraction.

Il va s'en dire qu'en précédant de la sorte le législateur a violé dans une certaine mesure, le principe de la séparation des pouvoirs que tout bon législateur s'efforce à respecter.

SECTION III : LES FORMALITES PRESCRITES PAR LA LOI EN CAS D'OCTROI DE SURSIS PAR LE JUGE

En soumettant l'octroi du sursis à l'accomplissement de certaines formalités le législateur sénégalais, une fois de plus, a limité le juge dans son pouvoir d'appréciation.

Car imposer au juge de motiver la décision de sursis reviendrait à exercer un contrôle sur son pouvoir d'appréciation dans ce domaine. Cette incursion du législateur dans les pouvoirs d'appréciation du juge en matière de sursis est beaucoup plus accentuée qu'en matière de circonstances atténuantes qui non seulement ne sont pas définies, mais le juge n'est pas astreint à l'obligation de motiver sa décision lorsqu'il prononce des circonstances atténuantes en faveur du délinquant.

La seconde formalité prescrite est l'obligation faite au président d'avertir le condamné que s'il commet une nouvelle infraction dans le délai de cinq ans, le sursis sera révoqué.

Ces formalités sont prescrites à peine de nullité du jugement ou de l'arrêt. C'est dire que la décision du juge lorsqu'il accorde le sursis est soumise à la censure.

CONCLUSION

Pour atteindre le but qu'il s'est fixé, plus précisément le maintien de l'harmonie au sein de la société, le législateur est obligé, conformément à un texte élaboré d'avance, d'infliger des sanctions aux membres de cette société qui, ont d'une manière ou d'une autre, transgressé les règles assurant la stabilité.

Ainsi le législateur va intervenir pour appliquer à ces derniers une peine qui sera suffisamment intimidante afin de décourager tout autre membre de la société qui serait animé d'un dessein perturbateur, pour ne pas dire criminel.

Mais cependant cette sanction pénale n'a pas pour but d'écarter purement et simplement le délinquant de la société, mais d'amener ce dernier à s'amender et ce faisant à préparer sa réintroduction au sein de cette communauté.

Toutefois cette ressocialisation du délinquant ne peut se faire, sans une individualisation de la sanction pénale qui permet au juge de doser la peine que doit subir le délinquant, au besoin en l'atténuant.

Dès lors, plusieurs moyens s'offrent au juge pour atténuer la sanction pénale.

Mais en dépit de tous ces moyens ce dernier ne retrouve, en réalité, son pouvoir souverain d'appréciation dans l'atténuation de la sanction pénale qu'au travers des deux institutions que sont les circonstances atténuantes et le sursis.

Encore que là, comme nous l'avons du reste essayé de démontrer, les pouvoirs du juge sont hélas aussi limités par le législateur sénégalais qui, on le sait dans ce domaine, s'est fortement inspiré du législateur français.

Les circonstances atténuantes sont, sans doute, le meilleur moyen d'individualisation de la sanction pénale, parce que laissées à la libre appréciation du juge.

En effet elles ne sont en principe ni énumérées, ni définies par le législateur : donc ne sont pas limitées contrairement aux excuses atténuantes.

De surcroît elles ont vocation à s'appliquer à la fois à toutes les infractions, à tous les délinquants et à toutes les juridictions de jugement de droit commun ou d'exception. Mais si le caractère général des circonstances atténuantes est consacré en principe, il n'en demeure pas moins vrai que ces dernières font l'objet d'une limitation de la part du législateur et à ce propos l'exemple du droit sénégalais en est un cas patent.

En effet d'une part le législateur sénégalais a limité le domaine d'application des circonstances atténuantes soit en les interdisant dans certains cas ou soit en subordonnant leur application à certaines conditions dans d'autres occasions.

D'autre part ce même législateur a estimé devoir intervenir pour limiter aussi les effets des circonstances atténuantes sur la pénalité, c'est d'ailleurs ce que nous avons tenté de faire ressortir, entre autres, dans ce mémoire en insistant sur les effets des circonstances atténuantes sur les peines complémentaires et accessoires.

Ces dernières, on le sait, si elles sont prononcées, échappent le plus souvent aux effets des circonstances atténuantes.

En outre le législateur sénégalais est allé même jusqu'à indiquer une peine fixe ou un minimum légal à ne pas dépasser, au cas où le juge accorderait des circonstances atténuantes ; sans compter maintenant les nombreuses dispositions qui, tout en admettant l'octroi des circonstances atténuantes, n'empêchent pas que le maximum de la peine soit prononcé.

Seul le dernier postulat des circonstances atténuantes, à savoir la vocation de celles-ci à s'appliquer à tout délinquant, n'a pas subi des atteintes notoires.

Par ailleurs malgré ces restrictions apportées dans le domaine des circonstances atténuantes, fort heureusement le législateur ne les a pas écartées dans les cas où il existerait des circonstances aggravantes de la peine.

En effet les circonstances atténuantes peuvent s'appliquer concurremment avec la récidive ou le cumul réel d'infractions et même encore avec d'autres circonstances atténuant la peine comme par exemple l'excuse de minorité.

A ce niveau nous retiendrons que tantôt les circonstances atténuantes sont appliquées avant les autres circonstances, tantôt c'est après l'application de celles-ci qu'elles interviennent pour diminuer la peine.

Mais toujours est-il que nous ne pouvons que déplorer, au Sénégal, cette "boulémie" de textes législatifs, allant dans le sens de l'atténuation des pouvoirs d'appréciation du juge dans le domaine des circonstances atténuantes.

C'est pourquoi, nous pensons qu'il ne serait pas sans intérêt de faire certaines suggestions qui, ont été sans nul doute, déjà mises en exergue par d'autres personnes plus compétentes en la matière.

Tout d'abord il serait souhaitable qu'au Sénégal que certains crimes, tel que l'infanticide (art.285 du C.P), soient correctionnalisés.

Car le droit comparé nous a montré que dans certains cas infliger une peine trop lourde au criminel, ne suffisait pas pour éradiquer le mal.

Il serait aussi souhaitable que le législateur fasse preuve de plus de confiance envers le juge qui aussi est conscient des impératifs que la règle de droit a vocation à mettre en avant.

Nous pensons en outre que le rôle de régulation sociale ne peut être restitué à la justice, que si le juge retrouve sa liberté d'appréciation de la sanction pénale.

Par conséquent le législateur devrait intervenir de moins en moins dans les domaines où les pouvoirs d'appréciation du juge doivent s'affirmer nettement.

Autrement on reviendrait au système du code de 1810 qui faisait du juge un simple "distributeur de peines fixes", ce qui rendrait impossible toute tentative d'individualisation de la sanction pénale.

Quant au sursis simple, il intervient au même titre que les circonstances atténuantes pour atténuer la peine, mais cependant à un degré différent de celles-ci.

Alors que les circonstances atténuantes interviennent pour diminuer la peine encourue (fixée par la loi) par le délinquant, le sursis simple s'applique de son côté à la peine prononcée par la juridiction de jugement pour suspendre son exécution. Il peut être conçu comme un moyen d'atténuation de la sanction pénale parce que s'attachant uniquement à l'une des composantes de la peine prononcée (peine principale), les autres composantes produisant momentanément leurs effets.

Donc la peine prononcée n'est paralysée provisoirement que dans une de ses composantes.

La conséquence que l'on peut tirer de là est que : le sursis en empêchant l'exécution de la peine se révèle comme un véritable moyen d'atténuation de la sanction pénale (c'est ce que nous avons essayé de démontrer dans ce mémoire).

De ce fait il est aussi un moyen offert au juge pour procéder à une individualisation acceptable de la sanction pénale.

Le sursis simple fait partie des domaines où les pouvoirs d'appréciation du juge sont consacrés : il fait partie "des domaines réservés" du juge.

C'est une dispense provisoire d'exécution de la peine et un bon moyen de prévention individuelle.

L'opportunité de son octroi est laissée à la libre appréciation du juge. Si cependant il est accordé au délinquant primaire, il ne constitue pas un droit pour ce dernier lorsqu'il réunit les conditions exigées par la loi.

Même lorsqu'il a été accordé à un délinquant, le juge peut le révoquer si celui-ci commet une autre infraction durant la période d'épreuve et à cette occasion la récidive pourra être appliquée.

C'est d'ailleurs pour éviter la récidive que le sursis simple a été aussi institué.

Mais comme pour les circonstances atténuantes, le sursis simple fait l'objet de limitations que nous n'avons pas manqué de relever dans ce mémoire.

Non seulement il n'a pas vocation à s'appliquer aux peines criminelles, mais aussi aux peines accessoires ou complémentaires, et encore même, généralement, aux peines disciplinaires. En outre le législateur est venu aussi avec ses dispositions pour limiter le sursis simple et porter atteinte, une fois de plus au pouvoir d'appréciation du juge.

Les dispositions de l'article 704 du code de procédure pénale nous montrent la volonté du législateur de vouloir battre en brèche les principes définis par l'institution que représente le sursis.

Car l'article 704 commence par : "Sauf disposition législative contraire...."

Ainsi le législateur a suivi la même démarche que pour les circonstances atténuantes, en excluant parfois le sursis comme par exemple dans les délits de sang et de mœurs, ou en subordonnant son octroi à certaines conditions dans par exemple les délits dits économiques.

Enfin le législateur sénégalais est allé plus loin qu'il ne l'avait fait pour les circonstances atténuantes, pour imposer au juge en cas d'octroi du sursis l'accomplissement de certaines formalités : l'obligation de motivation et l'avertissement du président de la Cour d'Assises.

Il ressort de notre modeste contribution, que le juge, face aux incursions du législateur dans son domaine réservé, reste impuissant devant l'effritement de son pouvoir d'appréciation de la sanction pénale qui jadis était protégé par ce même législateur. Cependant bien qu'il soit le meilleur moyen d'individualisation de la sanction pénale, le sursis simple fait l'objet de critiques.

En effet le délinquant est laissé à lui même, ce qui favorise une rechute : le milieu social ne constituant pas toujours un cadre idéal.

Aussi nous pensons qu'il serait souhaitable que le législateur sénégalais dans ce domaine, marche dans le sillage du législateur français en consacrant le sursis avec mise à l'épreuve ou probation.

Car, on le sait, le domaine du sursis avec mise à l'épreuve est plus large dans la mesure où il pourra être appliqué non seulement aux délinquants primaires, mais aussi à tout délinquant condamné à de courtes peines.

Même si le champ d'application du sursis avec mise à l'épreuve est réduit à l'emprisonnement correctionnel pour infraction de droit commun et à l'emprisonnement criminel avec circonstances ou excuses atténuantes, celui-ci se particularise par le fait qu'il met en œuvre des mesures de surveillance et d'assistance du délinquant. De ce point de vue la création d'un juge de l'application des peines serait souhaitable.

Car ce dernier comme dans le système anglosaxon, pourra suivre l'évolution du comportement du délinquant dans sa vie professionnelle et familiale. Il pourra même, au besoin, lui interdire de fréquenter certains milieux. (Nous pensons au rôle du probation officer tel que défini par la loi du 7 Août 1887 en Angleterre.

Nous pensons qu'il serait aussi souhaitable au Sénégal, de donner au juge la possibilité de prescrire la durée du sursis compte tenu des particularités criminologiques.

Enfin nous pensons qu'il ne serait pas aussi sans intérêt, au risque de nous répéter même, que le législateur intervienne de moins en moins dans le domaine du sursis pour limiter les pouvoirs d'appréciation du juge.

Vous voici aux confins de notre contribution, mais nous ne pouvons conclure sans pour autant, méditer cette pensée qui a été justement évoqué lors d'un séminaire "sur la liberté d'appréciation du juge" du 9 - 10 Décembre 1983 à Dakar :

"Il y a une science pour les législateurs comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne se ressemble pas à l'autre, la science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre pour une application sage et raisonnée aux hypothèses prévues et de ne pas s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle et à désobéir par esprit de servitude".