

REPUBLIQUE DU SENEGAL

PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE
SECRETARIAT GENERAL DE LA PRESIDENCE

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

ANNE ACADEMIQUE 1987-1988

DIVISION JUDICIAIRE

3e ANNEE

Le détournement de deniers publics

Mémoire présenté par

AHMED DIOUF

République du Sénégal

PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE
SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DE LA PRÉSIDENCE

ÉCOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION ET DE MAGISTRATURE
(ENAM)

DIVISION JUDICIAIRE



MEMOIRE DE FIN D'ETUDES



LE DETOURNEMENT DE DENIERS PUBLICS

présenté par : Ahmed DIOUF

SECTION MAGISTRATURE :
3^e Année Judiciaire

ANNEE ACADEMIQUE : 1987 - 1988

Je dédie ce travail à mon épouse, Aminata THIAW
pour la consideration portée à ma modeste personne , et à
ma fille Oumoul Khaïry DIOUF avec l'espoir qu'elle fera mieux
que son père, en pensant à ma mère, sans qui ce travail n'au-
rait jamais été, et à mon père qui n'a pu vivre l'espoirttant
caressé de voir ses enfants gravir les paliers de l'instruction

F L A N

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

Première Partie :

La notion de détournement de deniers publics

Section I: Les éléments constitutifs

I: Le détournement frauduleux

A/ L'élément matériel :

B/ L'élément moral: l'intention frauduleuse

II/ La victime du préjudice

1e Les personnes publiques

2e Les personnes privées

3e Les sociétés d'économie mixte

III L'objet de l'infraction

Section III La disqualification du délit ou abus de confiance

§ I Le refus de la disqualification

II La possibilité de la disqualification

III La nature de la faute de l'article 457-2 C.P.P

Deuxième Partie

L'instruction des faits qualifiés de détournement de deniers publics.

Section I Portée de l'article 140 C.P.P

I Portée relative à la ~~presomption~~ d'innocence

II Portée relative à la liberté d'appréciation du juge

III Portée de l'article 140 C.P.P relatives aux personnes.

A/ Les receleurs de deniers publics peuvent-ils faire l'objet de la procédure de l'article 140 C.F.?

B/ La complicité de détournement de deniers publics tombent-elle sous le coup de l'article 140 C.F.P

C/ L'article 140 crée-t-il un risque social anormal

Section II Notion de contestation sérieuse et atténuation de la rigueur de l'article 140?

I Atténuation de la rigueur au stade de l'inculpation

II Atténuation de la rigueur de l'article 140 C.F au stade de la main-levée des mandats.

III Atténuation de la rigueur de l'article 140 C.F.P au stade du jugement.

Section III Interdiction de disqualifier In limine litis

Troisième Partie

Le régime juridique du détournement de deniers publics

Section I Tentative et complicité de détournement

Sect I Tentative de complicité

II Tentative

II Complicité

III L'action civile

Section II Prescription de l'action publique et repression du delit

I La prescription

II La repression

III Les mesures d'incitation ou remboursement

IV La circonstance aggravante

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

Le détournement des deniers publics est certainement l'une des infractions qui pose davantage problèmes au juge, tant par ~~per~~ la complexité de la notion que par la rigueur exceptionnelle des procédures de poursuite, d'instruction et de jugement. S'il en est ainsi, c'est parce que la conception que le législateur se fait de l'infraction a évolué dans le temps, par conséquent la notion de détournement de deniers publics a connu plusieurs acceptions, et le concept juridique mérite encore aujourd'hui d'être précisé. En effet l'ancien article 152 de la loi 65-20 du 21/07/1965, se faisait une conception restrictive du délit, seul l'Etat ou une collectivité publique pouvait en être victime, et seul l'agent civil ou militaire des personnes sus-indiquées pouvait commettre l'infraction, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. C'est dans un tel contexte législatif que s'est posée devant les juridictions, en 1973, la question de savoir si un établissement public pouvait être considéré comme susceptible d'être victime du préjudice.

La jurisprudence, contrairement à la législation en vigueur ~~avait~~ procédé à l'extension du délit^{de} détournement de deniers publics à certaines catégories de personnes qui n'étaient pas dans le champ d'application des articles 152 et 153 du code pénal notamment aux établissements publics jugement du 26.06.1975.

Tb. CORR.DKR. M.P. et ONCAD c/ D.S et comforts

La "portée historique" de ce jugement n'a pas échappé au législateur qui a procédé par la loi 77-33 du 22/02/1977 à la réforme des articles 152 et 153 du code pénal, par l'extention légale du délit à certaines catégories de personnes qui n'étaient pas dans leur champ d'application.

La loi 77-33 du 22/02/1977 va ajouter à l'Etat et à la collectivité publique seules personnes énumérées jusqu'à alors comme susceptibles d'être victimes du préjudice, les établissements publics, les sociétés d'économie mixte soumises au contrôle de l'Etat, ou dans lesquelles une collectivité publique possède la majorité du capital social, des organismes de droit privé bénéficiant du concours financier de l'Etat, des ordres professionnels des organismes privés chargés de l'exécution d'un service public, des associations ou fondation reconnues d'utilité publique.
(Article 153 ancien du C.P.)

Il faudra attendre la loi 79-68 du 28/02/1979, pour voir une acception très large du détournement de deniers publics. En effet la loi 1979 donne une conception très large de l'auteur du délit, il n'est plus question de "tout agent civil ou militaire" mais de "toute personne qui aura détourné ou soustrait" la qualité de l'agent n'est plus qu'une circonstance aggravante de l'infraction concernant le nombre des personnes susceptibles d'être victimes du préjudice l'article 152 C.P nouveau y ajoute la société nationale et certaines personnes privées victimes des officiers publics ou ministériels à l'occasion de l'exercice de leur fonction.

La question se pose encore aujourd'hui, de savoir si les personnes citées, sont limitativement énumérées par la loi.

Le problème s'est surtout posé à l'égard des organismes internationaux ou ~~communautaires~~ qui reçoivent les cotisations de l'Etat.

Le droit sénégalais a-t'il rompu avec la conception de l'ancien droit français qui, concevait de détournement de deniers publics comme une atteinte aux intérêts pécuniaires ou financiers de l'Etat ou des collectivités publiques. Ou, fait il du détournement de deniers publics une sorte d'abus de confiance aggravée par la fonction du prévenu ?

Nous ~~tenterons~~ d'élucider ces questions en étudiant

la notion de détournement de deniers publics qui fera l'objet de notre première partie.

Cette longue évolution, par laquelle l'incrimination du détournement de deniers publics est passée d'un crime (ancien article 169 C.P. français) à, un délit, est fondée sur la nécessité de rechercher une législation appropriée pour la protection des deniers ~~de l'Etat~~ mais aussi d'assainir certaines professions publiques.

La correctionnalisation légale du détournement de deniers publics semble être due à la réticence du juge d'assises à connaître à côté des crimes de sang, des crimes de caractère économique. S'il est vrai que le juge d'assises était peu habitué aux infractions à caractère économique, nous pensons néanmoins que des raisons sociologiques, et des raisons tenant à une bonne distribution de la loi pénale, n'étaient pas étrangères à la correctionnalisation.

Cependant cette correctionnalisation est "inachevée" dans la mesure où la matière est régie par des dispositions dérogatoires du droit commun, En ce qui concerne la délivrance des mandats de dépôt et d'arret, ... de la main levée et le renouvellement des dits mandats.

En effet, l'article 140 du code de procédure pénale (loi n°77-32 du 22/02/1977), et sa modification intervenue avec la loi 85-25 du 27 février 1985, portent atteinte à un certain nombre de principes généraux, notamment la présomption d'innocence, la liberté d'appréciation du juge et son ~~corollaire~~ l'indépendance du juge. Les atteintes qui sont portées à la liberté d'appréciation du juge au stade de l'instruction posent, en dernière analyse, le problème de la constitutionnalité des lois; ces questions feront l'objet de notre deuxième partie que nous intitulons : L'instruction des faits qualifiés de détournement de deniers publics.

En étudiant le régime juridique du delit qui fera l'objet de la troisième partie, on ^{se}rendra compte qu'à ce niveau aussi la liberté d'appréciation du juge est fortement affectée.

A l'évidence, les difficultés se rencontrent aussi bien au stade de l'instruction, qu'à celui de la repression, la définition de l'infraction est aussi le siège de beaucoup de difficultés juridiques. Cependant la notion des détournements est relativement claire en ce sens qu'elle s'analyse comme un changement de

La destination d'une chose, c'est à dire plus juridiquement, le détournement consiste en un acte d'appropriation, ou de dissipation, le possesseur ou le détenteur à titre précaire a changé les caractères de sa possession qui jusque là était précaire en possession à titre de propriétaire animo domini. Cet acte de maître, par lequel se définit l'élément matériel du vol, se rapproche du détournement, chacun de ces deux actes constituent une "Usurpation de possession", c'est pourquoi la loi assimilé la soustraction au détournement de deniers publics. Mais assimilation n'est pas identité. Lorsque la loi aligne le mot soustraction à côté du détournement c'est en vue de l'extension des faits incriminés.

Première Partie

La notion de détournement de deniers publics.

Il convient avant tout de souligner que l'article 152 C.P. assimilé le détournement à la soustraction. D'une part il déclare coupable "toute personne qui aura détourné ou soustrait..." paraissant ainsi incriminer à côté du détournement la soustraction. D'autre part l'article 152 reste muet sur le caractère frauduleux du détournement

Selon certains auteurs l'emploi du mot "soustraction" dans l'article 152 est la conséquence d'une erreur. Jacqueline COSTA LASCoux soutient dans ce sens, dans l'encyclopédie juridique de l'Afrique, Tome 10, page 160, que le détournement n'est rien d'autre qu'un abus de confiance qualifié qui doit être distingué du vol, de l'escroquerie et du faux.

Selon toujours ces auteurs, le comptable ou le dépositaire ne peut pas soustraire au sens précis du mot dans la mesure où il ^aentre ses mains les fonds ou les objets qu'il s'approprie. Il ne se met pas en possession contre le gré du propriétaire ou du détenteur légitime.

Ces différents arguments ne semblent pas résister à l'analyse, d'abord parce qu'en droit sénégalais l'abus de confiance c'est l'inexécution pénalement sanctionnée de certains contrats, ensuite l'article 152 C.P. ne vise pas le comptable ou le dépositaire public mais "toute personne...", mieux et enfin, si l'on considère la soustraction comme l'usurpation de la possession, elle reposera comme le détournement sur l'appropriation de la chose d'autrui, et aboutira au même résultat que le détournement: la dépossesion du propriétaire.

Ainsi, comme on le voit, la soustraction et le détournement

ont une même nature, à savoir, l'appropriation de la chose d'autrui

et, par conséquent, ils sont punis de la même peine, à savoir, la réclusion

à perpétuité ou à temps, selon les cas, et la confiscation des biens

La jurisprudence sénégalaise, en se fondant sur une interprétation littérale de l'article 152 C.F, dont nous avons dit qu'il reste muet sur le caractère frauduleux du détournement, avait considéré pendant longtemps que, le manquant constaté constituait un détournement. Ce faisant, la jurisprudence avait créé une présomption de détournement de deniers publics qui tenait essentiellement au défaut de représentation des fonds ou à l'absence de justification du manquant. En conséquence il appartenait au prévenu de justifier le manquant:

Il y avait un véritable renversement de la charge de la preuve. A l'évidence une telle position était illégale tant dans la mesure où l'article 152 parle de détournement et ce n'est pas le prévenu qui doit justifier le déficit, mais c'est le ministère public et la partie ^{civile} qui doivent amener la preuve que le manquant procède d'un détournement frauduleux ou d'une soustraction.

Dans l'arrêt n°223 du 19/04/1971, il ressort sans discussion que, le juge en se fondant sur l'existence du manquant, établissait une présomption d'intention coupable; en effet en énonçant "que le seul élément constitutif du détournement de denrées ou de deniers residait dans l'existence du manquant de ses deniers ou denrées et dans l'impossibilité de justifier de leur destination prévue", la cour tire de l'impossibilité de justifier la destination prévue des deniers, la présomption de l'intention coupable. Cette présomption ne pouvait être battue en brèche que si le prévenu avait justifié le manquant. La jurisprudence considérait sans le dire que le delit de l'article 152 du C.F. était une ~~sorte~~ ^{forme} d'abus de confiance, cela ne semble exact comme il ressortira des lignes qui vont suivre.

Section I Les éléments constitutifs

L'élément légal du détournement de deniers publics est prévu par l'article 152 du code pénal. Il faudra en conséquence distinguer ce délit à l'escroquerie portant sur les deniers publics prévue par l'article 153 du C.P.

g I le détournement frauduleux

A/ L'élément matériel: le manquant, la personne doit avoir matériellement détourné ou soustrait les objets qu'il détenait parfois la détention des objets n'est pas nécessaire, dans la mesure où l'article 152 parle aussi de soustraction, et ne vise pas seulement les détenteurs, comptable et dépositaire.

La simple constatation comptable du manquant ne constitue pas l'acte matériel de détournement. Le manquant doit être la conséquence d'un détournement c'est à dire l'usage, la disposition, ou la dissipation d'objets à une fin qui ne leur était pas destinée.

La preuve de l'acte matériel de détournement incombe au Ministère public. L'^{élément} matériel est un acte positif cet acte matériel qui est le manquant consécutif d'un détournement est un élément essentiel du délit, parce qu'il consomme l'élément matériel de l'infraction. Pour établir que le manquant procède d'un acte matériel de détournement, la jurisprudence recourt à des arguments de fait, c'est ainsi que le tribunal régional de Dakar relève que le prévenu. "D.S. en accordantdes acomptes fictifs à Khoussy, sur la simple déclaration de celui-ci qui ne présentait aucune facture ou qui donnait des renseignements inexacts, a dissipé volontairement des fonds appartenant à l'ONCAD"

B/ L'élément moral: l'intention frauduleuse

L'article 152 dans ses différentes moutures ne retient ni un état d'esprit spécial ni un élément moral quelconque. En effet l'article 152 ne parle ni d'intention frauduleuse, ni d'une simple faute pénale, il n'établit pas non plus une présomption d'intention coupable.

Cependant la jurisprudence a retenu que les actes imputables au prévenu ne sont pas constitutifs d'un détournement frauduleux s'ils témoignent d'une négligence même incroyable ou d'une erreur même grave. C'est à croire d'après cette jurisprudence qu'une simple erreur ou négligence ne constitue pas l'élément moral de l'infraction, cet élément moral n'est pas non plus constitué par une simple faute pénale. Les tribunaux refusent de condamner pour deniers publics détournés lorsqu'il ya déficit de caisse, vol, lorsque la preuve du vol est rapportée, ou perte de fonds ou d'objets, lorsque la perte semble être due à la négligence.

L'arrêt de la cour suprême du 29/05/1971 a cassé l'arrêt n°201 rendu le 13 avril 1970 par la cour d'appel de dakar qui avait déclaré le prévenu coupable de détournement de deniers publics au seul motif, "que par son incroyable négligence il se trouve dans l'impossibilité de justifier de la destination des deniers et les représenter", l'arrêt de la cour d'appel qui a été cassé ne manque pas de logique. En effet, souvent la négligence supposée du prévenu cache l'intention frauduleuse. Le mérite de l'arrêt de cassation du 29/05/1971 c'est d'avoir posé que l'intention frauduleuse est un des éléments constitutifs de l'infraction. Cet arrêt sera d'ailleurs confirmé par l'arrêt du 18/12/1971 qui énonçait que le manquant et l'impossibilité de le justifier ne constituaient pas le

le délit à l'absence de l'intention frauduleuse.

A notre connaissance la cour suprême n'a pas défini l'intention les tribunaux correctionnels se sont livrés à ce travail de manière très empirique. L'intention de fraude est tirée des présomptions de fait, du comportement du prévenu ou est induite de l'acte matériel de détournement.

L'intention frauduleuse est tirée de présomptions de faits:

- faits positifs factures irrégulières, usage multiples d'une même pièce comptable, acomptes fictifs (sans pièces justificatives, sans facturation) perception indue de chèques, lettres les voiture fictives...

- faits négatifs omission de passer certaines recettes dans les écritures comptables, inobservation des principes comptables.

La jurisprudence tire aussi l'intention de l'acte matériel de détournement, c'est ainsi que le tribunal correctionnel de Dakar dans le jugement du 26/06/1975 énonçait que "l'élément intentionnel du délit résulte suffisamment du fait que S. et K en procédant comme il l'ont fait, ont agi en toute connaissance de cause qu'ils ont eu la capacité de comprendre l'acte et de vouloir l'acte et ses conséquences"

L'intention criminelle telle qu'elle est dégagée par la jurisprudence ne consiste pas seulement dans la volonté d'accomplir un acte que l'on sait défendu par la loi. la jurisprudence subordonne l'existence de l'infraction à une volonté criminelle plus précise que la doctrine appelle : la fraude.

La portée historique des arrêts du 29/05/1971 et du 18/12/1971 c'est d'avoir posé que l'intention ne se présume plus

comme en matière d'abus de confiance, mais qu'elle est un élément constitutif du délit dont la preuve incombe au Ministère public . L'accusation doit en définitive prouver non seulement le manquant, la fraude et l'imputabilité mais aussi établir que la victime du préjudice fait partie de celles qui sont énumérées par la loi.

II La victime du préjudice.

L'article 152 énumère les personnes susceptibles d'être victimes du préjudice. Il s'agit aussi bien de personnes morales de droit public (Etat, collectivité publique, établissement public sociétés nationales) que de personne morale de droit privé (une personne morale de droit privé bénéficiant du concours financier de l'Etat, ordre professionnel; organisme privé chargé de l'exécution d'un service public, des associations ou fondations reconnues d'utilité publique.) Les victimes peuvent aussi être des personnes privées dans les cas où celles-ci subissent des préjudices du fait de certaines personnes à l'occasion de l'exercice de leur fonction. La détermination des personnes victimes du préjudice permet de délimiter le champ d'application de la loi relative au détournement de deniers publics. Cela voudrait-il dire que les personnes visées par la loi sont limitativement énumérées comme les seules susceptibles d'être les victimes du préjudice. La question s'était posée avant 1977, lorsque l'ONCAD victime d'un lourd préjudice en tant qu'Etablissement public n'était pas protégé par l'ancien article 152 qui ne visait que l'Etat et les collectivités publiques. Il a fallu le jugement du tribunal correctionnel de Dakar rendu le 26/6/1975, (déjà cité) pour admettre que les établissements publics devraient être protégés en violation de la loi, de 1965 relative au détournement de deniers publics.

La loi 77-33 du 22/02/1977 va étendre considérablement le nombre des personnes victimes du préjudice en mettant le droit en harmonie avec le fait (avec le développement considérable des établissements publics.)

S'il ne^{se} pose aucun problème pour la détermination des victimes, en ce qui concerne les personnes publiques il en va tout autrement pour les personnes privées.

1° Les personnes publiques

Il s'agit de l'Etat, des collectivités publiques, des sociétés nationales, des établissements publics.

L'Etat s'entend comme l'administration centrale et territoriale mais aussi comme les services publics non personnalisés.

Les collectivités publiques comprennent l'ensemble des collectivités locales urbaines ou rurales.

La loi 77-89 du 10/08/1977 en ses articles 2 et 4 définit respectivement les Etablissements publics et les sociétés nationales. Les établissements publics constituent des personnes morales de droit public spécialisées, dotées d'un patrimoine propre et de l'autonomie financière et ne bénéficiant d'aucune participation privée. On distingue les établissements à caractère administratif, à caractère professionnel, industriel ou commercial.

Les sociétés nationales sont des sociétés industrielles ou commerciales par action dont le capital est intégralement souscrit par l'Etat et le cas échéant par d'autres collectivités publiques.

2°/ Les personnes privées

Il peut s'agir aussi bien de personne morale que de personne physique. L'extension des victimes du préjudice à des personnes privées prouve si besoin en était que, les deniers publics ne se définissent pas comme les deniers appartenant à l'Etat si non, ce serait une définition incomplète. En effet les deniers publics ce sont aussi les deniers appartenant à certaines personnes privées. Les personnes privées que la loi retient essentiellement sont celles qui présentent un intérêt public, une utilité publique ou qui sont chargées d'exécuter un service public. Il en est ainsi des personnes privées citées par l'article 152 C.P. "une personne morale de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique, d'un ordre professionnel d'un organisme privé chargé de l'exécution d'un service public, d'une association ou fondation reconnue d'utilité publique." Il s'agit donc pour l'essentiel de personnes privées qui ont pour mission la satisfaction d'intérêt général ou public.

L'article 152 al.2 C.P. prévoit cependant le cas particulier où la personne privée n'exécute aucun service d'intérêt général ou public dans l'hypothèse où tout agent de l'Etat ou tout officier public ou ministériel aura détourné des deniers ou pièces au préjudice de personnes privées à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Dans cette hypothèse il faudra établir le lien entre le détournement et l'exercice des dites fonctions.

3e Les sociétés d'économie mixte

Alors que la loi 77-33 du 22/02/1977 ne parlait que des sociétés d'économie mixte soumise au contrôle de l'Etat, la loi 79-68

du 28/02/1979 portant le nouvel article 152 parle de contrôle de plein droit S'agit-il d'un changement d'optique ou d'une simple erreur terminologique ? Nous pensons plutôt qu'il s'agit d'un changement^{de} politique législative dans la mesure où la loi 77-89 du 10/08/1977 prévoit deux types de contrôle dans son article 5 :

-Le contrôle de plein droit si la participation de l'Etat et des collectivités publiques est égale ou supérieure à 50% du capital social.

-Le contrôle par décret individuel si la dite participation est supérieure ou égale à 10% et inférieure à 50% du capital social. Ainsi nous voyons bien que le législateur distingue deux types de contrôle, le contrôle de plein droit et le contrôle par décret individuel. Lorsqu'une personne est poursuivie pour détournement de deniers publics au préjudice d'une société d'économie mixte placée par décret individuel sous le contrôle de l'Etat le prévenu devrait être relaxé du chef de ce délit. En effet le contrôle par décret individuel est différent du contrôle de plein droit, et la^{loi} 77-89 du 10/08/1977 fait clairement cette distinction. Il ne pouvait en être autrement car à cet argument de texte s'y ajoute un argument théorique, le contrôle de plein droit suppose une certaine automaticité, il se fait ipso jure, il découle même du statut juridique en soi de la société en conséquence le contrôle de plein droit ne peut passer par le détour, par le recours d'un décret individuel, comme c'est le cas par exemple du décret 87-701 du 27 mai 1977 soumettant au contrôle de l'Etat les Nouvelles Editions Africaines.

C'est donc en violation de l'article 152, que les juridictions condamnent les personnes poursuivies pour détournement de deniers publics, lorsque la société d'économie mixte est placée, par décret

individuel sous le contrôle de l'Etat. Dans ces especes les faits ne tombent même pas dans le champ d'application de la loi.

En effet la mise en oeuvre des dispositions de l'article 152 et suivants du C.P. dépend du statut juridique de la victime.

Il est temps de revenir au "contrôle" tel qu'il était prévu par la ^{loi} 77-33 du 22/2/1977 à moins d'ajouter à l'article 152 C.P. "le contrôle par décret individuel".

S III L'objet de l'infraction

Pratiquant le système ^{de} l'énumération l'article 152 C.P. punit les détournements que "toute personne" commet sur les deniers ou effets en tenant lieu, les pièces, titres de paiement, valeurs mobilières, actes contenant ou opérant obligation ou décharge effets mobilières, denrées, oeuvres d'art, ou objets quelconques.

Le terme deniers, synonyme d'especes métalliques ou de billets de banque n'appelle aucune observation. La dernière modification de l'article 152 C.P ne précise pas "deniers publics ou privés".

Les "effets en tenant lieu" sont des valeurs qui remplacent la monnaie (chèques, lettre de change, billet à ordre...)

L'expression "pièces" désigne tout acte ayant une valeur pécuniaire (par exemple un mandat de paiement.) Le terme "pieces" se confond dans une certaine mesure avec celui de titres de paiement, il peut traduire aussi un document administratif. Les "valeurs mobilières" désignent les valeurs émises actions, obligations, bons divers. Le terme "actes" doit s'entendre comme désignant les écrits authentiques, ou sous-seing privé constatant un droit appréciable en argent (par exemple une cédule hypothécaire).

Les effets mobiliers soulèvent quelque difficulté d'interprétation. On pourrait y voir les "valeurs mobilières" déjà citées dans l'article 152.

On pouvait cependant y avoir tous les objets mobiliers ayant une valeur pécuniaire et qui peuvent faire l'objet d'un dépôt: toutes les marchandises, denrées alimentaires, matières premières, fournitures quelconques.

Dans cette acception, les effets mobiliers comprennent aussi les denrées, pourtant citées par l'article 152 comme étant des biens susceptibles d'être détournés.

L'énumération, malgré son souci d'étendre le plus possible l'incrimination ne semble pas limitative car l'article 152 C.F. vise aussi tout "l'objet quelconque".

La méthode de l'énumération ne semble pas exempte de toute critique, il aurait mieux fallu, au lieu de procéder à cette longue et laborieuse citation, viser le détournement de tout bien meuble corporel ou incorporel.

L'article 152 ne vise que les biens immeubles, la question peut se poser de savoir si un immeuble par destination peut faire l'objet d'un détournement. A notre avis rien ne s'y oppose dans la mesure où il figure dans l'énumération la notion "objets quelconques".

Les objets qui sont visés par l'article 152 ont la caractéristique commune d'avoir une valeur pécuniaire.

Selon Mr Dial GUEYE (2. S.D n° , le détournement des "pièces effet tenant lieu, titre de paiement, documents ou écrits contenant ou opérant obligation ou décharge

ou opérant obligation ou décharge

ou opérant obligation ou décharge

ou opérant obligation ou décharge

ou opérant obligation ou décharge

ou opérant obligation ou décharge

ne peut s'analyser que sur le caractère irrégulier ou la nature fautive des pièces ou document, le non respect de procédure ou le faux utilisé, qui en somme vise les manœuvres et autres moyens utilisés prévus par les alinéas 2 et 3 de l'article 152 (Aujourd'hui 153).

Car.... les dites pièces ou documents faut-il que l'agent pour en bénéficier utilise du faux pour "détourner à son profit et en toucher ainsi les sommes contenues dans les dits documents."

Les observations de Mr DIAL GUEYE pour pertinentes qu'elles soient n'en écartant pas moins la possibilité que ses pièces titre de paiement, documents ou écrits fassent l'objet d'un détournement. Il en est ainsi dans l'hypothèse de destruction d'actes, de titres ou de pièces dans ce cas l'agent ne fait rien d'autre que changer la destination des biens sans utiliser ses dites pièces comme moyen frauduleux.

Nous l'avons dit, des difficultés nombreuses sont relatives à la notion de détournement de deniers publics, aussi d'une juridiction à une autre, on peut se faire une conception différente de la disqualification du délit, en abus de confiance; et certaines juridictions continuent à connaître de la faute de gestion en application de l'article 457 Al 2 du C.P.P.

SECTION II La disqualification du délit en abus de confiance

Les juridictions répressives ne sont pas liées, par la qualification qui leur est proposée. Il est en effet une importante —

régle procédurale aux termes de laquelle, toute juridiction pénale a le droit et le devoir d'examiner la qualification du fait qu'il lui est soumis et au besoin de la modifier lorsque celle-ci paraît inexacte; ce pouvoir d'appréciation est indispensable. La règle énoncée se double d'ailleurs d'une autre règle qui vient dans une certaine mesure réduire la portée de la première: il est interdit à la juridiction saisie de modifier la prévention, c'est à dire de statuer sur les faits autres que ceux dont elle est saisie. Mais il n'y a pas que la qualification des faits, il y a aussi la qualification des infractions. Après avoir qualifié le fait il faut aussi qualifier l'infraction constituée par ce fait, car chaque infraction particulière s'intègre à son tour dans ^{une} classification plus large qui influence son régime juridique. C'est ainsi qu'on distingue ces infractions "de droit commun" et les infractions ^{de} "droit spécial".

L'infraction de droit commun est celle ^{qui} est soumise aux règles de fond, de compétence ou de procédure généralement applicables aux crimes, aux délits et aux contraventions. Lorsque par l'effet de dérogations législatives, une infraction est soustraite à ces règles générales sur des points nombreux et importants au point que, ces dérogations lui confèrent un statut particulier, on parle d'infraction "de droit spécial". Il en est ainsi des délits militaires, fiscaux, douaniers.

Cependant certaines infractions qui ne sont soustraites aux règles générales que sur quelques points particuliers, demeurent des infractions de droit commun. C'est le cas de détournement des deniers publics.

La qualification de l'infraction "de droit spécial" réduit les possibilités de disqualification d'une infraction de droit spécial en une infraction de droit commun (voir MERLE-VITU TRAITE DE DROIT criminel) Lorsqu'une telle disqualification est opérée, le juge procède à une substitution de qualification ce qui lui est interdit. Pourtant certaines juridictions continuent à refuser la disqualification du détournement de deniers publics, (lorsque les éléments constitutifs du dit délit ne sont pas présents) en abus de confiance, alors que ceux de ce délit existent. S'il en est ainsi, c'est parce qu'elles considèrent le détournement de deniers publics comme un délit spécial.

I Le refus de la disqualification

Nous avons dit plus haut que la victime du préjudice permet de delimitier le champ d'application de l'article 152 C.F en ce sens que lorsque la victime ne fait pas partie de celles énumérées par la loi (Etat, collective publique, société internationale, société d'économie mixte placée de plein droit sous le contrôle de l'Etat..) les faits ne tombent pas dans le champ d'application de la loi, le prévenu ne peut être maintenu dans les liens de la prévention pour détournement de deniers publics. Dans ce cas et si sans modification de la prévention les faits constituent un abus de confiance le tribunal requalifie en ce sens. C'est le seul cas de disqualification que connaît la 1ère chambre du tribunal correctionnel de Dakar. Dans la récente affaire Ministère public et caisse nationale de crédit agricole contre J.S.C. le tribunal a eu à disqualifier. En l'espèce les faits ne tombaient pas dans le champ d'application de l'article 152 dans la mesure où la caisse nationale de crédit agricole dont l'Etat détient 28% du capital social n'a pas été soumise

par le décret individuel au contrôle de l'Etat. Le tribunal a déclaré constant non le délit de détournement de deniers publics mais l'abus de confiance au motif que, J.S.C chef de caisse a reçu 2.000.000F CFA à titre de mandat et a omis de les représenter après simple mise en demeure, et n'a pas prouvé que l'inexécution de son obligation est due à une cause étrangère qui ne lui est pas imputable.

A en croire la jurisprudence de la 1ère chambre correctionnelle la disqualification n'est pas possible lorsque les faits tombent dans le champ d'application de la loi même à l'absence d'un élément constitutif de l'infraction, lors même que les faits peuvent revêtir la qualification d'abus de confiance. Pour le tribunal, disqualifier dans ces conditions c'est procéder à une substitution de qualification, ce qui est contraire au principe de l'interprétation restrictive de la loi pénale. Nous ne partagerons pas cette vision car la première chambre raisonne comme si le détournement de deniers publics est un délit spécial. En effet la notion de substitution de qualification n'est possible qu'en matière de délit spécial. Or nous l'avons dit, ce n'est pas quelques dérogations aux principes qui gouvernent le droit commun qui font un délit spécial. C'est pourquoi on ne peut considérer le détournement de deniers publics comme un délit spécial (sans le dire)

Cette démarche conduit à des décisions absurdes relaxer un prévenu du chef de détournement de deniers publics et refuser la requalification, alors que les faits constituent un autre délit. Dans l'affaire Pap Sadien DIAW c/ LONASE, le tribunal, a refusé de requalifier alors qu'il était constant que le prévenu a reçu à titre de mandat des fonds et a omis de les représenter

et n'avait pas prouvé que l'inexécution de son obligation est due à une cause étrangère qui ne lui est pas imputable. (En l'espece le prévenu alleguait le vol). La décision de relaxe dans ces jugements est discutable.

II La possibilité de la disqualification

La disqualification du détournement de deniers publics en abus de confiance est possible des lors qu'il apparait qu'il manque un élément constitutif du delit de l'article 152. CP, alors que les faits tels qu'ils sont articulés dans la prévation, peuvent revêtir la qualification d'abus de confiance. Pour nous peu importe que les faits tombent ou non dans le champ d'application de l'article 152. En effet le juge n'est pas lié par la qualification du parquet qui, du reste est provisoire.

Certains juristes ont soutenu que la disqualification en abus de confiance ne s'imposait pas lorsque des faits ne résulte pas l'intention frauduleuse : car l'abus de confiance est aussi un delit intentionnel, ils oublient que l'intention en cette matière est présumée.

Il existe cependant, les cas ou même en l'absence de l'intention frauduleuse la disqualification n'est pas possible C'est dans l'hypothèse courante de poursuite des peseurs de coopérative; lorsqu'il résulte des faits que le manquant n'est pas imputable au prévenu. Prenons à titre d'illustration le jugement n° 846 du 5/08/1986 confirmé par la cour d'appel dans cette espece les graines n'ont pas été criblées avant leur évacuation, à la reception des graines, le prélèvement pour abattement, les ajustements pour dechets de route n'ont pas été faits de manière contradictoire, les procès verbaux et les lettres de voitures n'ont jamais été signés par le prévenu. Il faudra regretter que dans de telles situations le juge n'ordonne pas un supplément d'inform

mation aux fins d'entendre et d'inculper les contrôleurs chargés de procéder aux opérations de contrôle orillage et abattement.

En effet aux termes de l'article 21 du décret n°85-178 du 18/02/1985, fixant les normes de commercialisation de l'arachide et les modalités de contrôle de la qualité, le réceptionnaire des graines (SONACOS), le gérant-peseur et le contrôle économique doivent être représentés au moment de la réception. Cette procédure contradictoire a pour but de protéger les parties, surtout le peseur. C'est pourquoi l'article 13 du contrat-type qui lie le peseur à la coopérative, et indirectement à la SONACOS, stipule qu'une "contre expertise pourra être organisée, séance tenante, à la demande d'une ou des parties, sous l'arbitrage du contrôle économique" chaque fois que le taux d'impuretés constaté est supérieur à 1,505%. On comprend aisément pourquoi, lorsque la procédure contradictoire organisée pour la réception des graines n'est pas respectée, les juridictions refusent la disqualification et prononcent la relaxe.

Souvent, lorsque les faits paraissent constants, c'est le prévenu qui sollicite la disqualification des faits en abus de confiance ou en abus de prêt. Il soutient à l'appui de la demande que suivant le contrat type qui lie le peseur à la coopérative, Cette dernière recrute le peseur pour un travail salarié, pour un mandat salarié, qu'ainsi il n'existe aucun rapport juridique entre la SONACOS ou l'ex ONCAD et le peseur; il soutient aussi que la coopérative n'est pas un organisme chargé de l'exécution d'un service public. A ces moyens la jurisprudence répond aisément, en ce qui concerne la nature du lien juridique entre le peseur et coopérative, la jurisprudence se limite à constater

que le peseur est un agent de la coopérative; (jugement n° 280 du tribunal régional de Diourbel du 29/06/1976).

Ce qui importe c'est que le magistrat précise les fonctions du prévenu, (le peseur) et de montrer clairement que le peseur est un agent de la coopérative.

Concernant la nature juridique de la coopérative, la jurisprudence retient qu'il s'agit d'un organisme privé bénéficiant d'un concours financier de l'Etat. La question de la nature de la coopérative ne s'est posée que depuis que la loi ne vise plus la coopérative comme personne susceptible d'être victime du préjudice

Il est de jurisprudence que lorsque la cour d'appel a procédé à la disqualification la partie civile ne saurait faire grief à cette disqualification, faute d'intérêt, dès lors que celle-ci est sans influence sur l'étendue de sa créance indemnitaire:

La cour suprême déclare irrecevable le pourvoi de la partie civile (arrêt n° 44 du 29/06/1977/U.S.B.C/P.J.B et D.S R.S.D. n° 31 17e année 1983.)

Cet arrêt ne semble pas très convaincant, car on peut toujours se demander si l'application correcte de la loi pénale ne présente pas un intérêt pour la partie civile, d'autant que la procédure de l'article 152 est plus protectrice.

Il est courant cependant, pour réparer le préjudice de la partie civile lorsque le délit n'est pas constitué que le magistrat fasse jouer les dispositions de l'article 457 alinea 2 du C.P.F. La question se pose de savoir si la faute prévue par l'article 457 est une faute civile ou une faute de gestion.

III La nature de la faute de l'article 457-2 C.P.P

S'agit il d'une faute de gestion ou d'une faute civile ?

Les deux types de faute sont-ils identiques; assimilables ?

La faute de gestion est une infraction de la compétence de la cour de discipline budgétaire, elle s'analyse comme une faute commise par un agent de l'Etat dans l'exécution des dépenses et des recettes les différentes catégories de faute sont limitativement énumérées par la loi. Elle est sanctionnée par une amende.

La faute civile se définissant comme la violation d'une obligation de quelque nature qu'elle soit est sanctionnée par les dommages-interêts. La faute civile contrairement à la faute de gestion n'est pas prévue par un texte. Nous sommes donc en face de deux fautes de nature différente. Pourtant la jurisprudence opère une assimilation explicite ou implicite pour connaître de la faute de l'article 457 al .2 du C.P.P. qui dispose que "la partie civile dans le cas de relaxe, peut demander réparation du dommage résultant de la faute du prevenu telle qu'elle découle des faits qui sont l'objet de la prévention".

Lorsque la faute prévue par l'article 457-2 du code de procédure pénale, est une faute de gestion, c'est à dire une faute relative à l'exécution des dépenses et des recettes de l'Etat, telle qu'elle est prévue par l'article 5 de la loi 76-91 du 2/07/1976, qui énumère les différents cas de faute, la juridiction pénale doit se déclarer incompétente et non à l'instar du tribunal repressif de Dakar qui, dans son jugement n° 493 du 4/03/1976 motivait comme suit la demande fondée sur l'article 457-2 du CPP "qu'il ne fait aucun doute que le manquant que voilà provient d'une faute caractérisée de gestion imputable à X ;

Qu'en transgressant tous les principes qui gouvernent la comptabilité notamment en faisant des dépenses dont il n'a pas été en mesure de rapporter la moindre preuve s'est rendu coupable d'un ensemble de faits générateurs d'une faute au moins assimilable à une faute civile ;

...qu'il appert de ce qui précède que la demande formulée par par l'O.P.T.S. pour autant qu'elle se fonde sur l'article 457 alinéa 2 du C.P.P. est parfaitement justifiée..."

Il arrive souvent que le prevenu poursuivi en vertu de l'article 152 du C.P. soulève une exception d'incompétence articulée sur la base d'une faute de gestion qu'il aurait commise. La jurisprudence rejette cette exception au motif que les faits "ont été exactement qualifiés de détournement d'objets et de matériels et de biens appartenant à l'Etat et poursuivis sur la base de l'article 152 C.P....., ce qui ne préjuge pas des erreurs de gestion relevées par l'inspecteur d'Etat en sus de ces faits, ni la compétence spécifique de la cour de discipline budgétaire à leur égard."M.F et Etat du Sénégal c/H.L.T. arrêt n° 394 cour d'Appel du Sénégal.

Cet arrêt est parfaitement justifié, car les poursuites devant la cour de discipline budgétaire ne font pas obstacles à celles devant les juridictions repressives. Cependant il arrive que ^{la} faute de gestion sanctionnée devant la cour de discipline budgétaire fasse l'objet d'une autre sanction en cas de relaxe; devant le juge repressif, sur la base de l'article 457-2 C.P.F; en violation de la règle non bis in idem.

On peut en outre se poser la question de savoir s'il n'y a pas cum ul idéal, lorsque les faits revêtent la qualification de détournement de deniers publics et de faute de gestion.

La réponse est négative, car il n'y a pas deux qualifications pénales, dans la mesure où la faute de gestion est une infraction administrative. Lorsqu'il arrive que les faits sur lesquels instruit le juge d'instruction, constituent indubitablement une faute de gestion il doit pouvoir prendre une ordonnance de non lieu.

DEUXIEME PARTIE

Article : L'instruction des faits qualifiés de détournement de deniers publics.

L'instruction de cette matière pose surtout des problèmes en rapport avec l'article 140 C.F.F en ce que cette disposition porte atteinte à la liberté d'appréciation du juge, et au principe général de la présomption d'innocence. On a pu dire qu'il enferme le juge dans un carcan. L'article 140 du C.F.F a fait l'objet de plusieurs montures qu'il serait intéressant de passer en revue, pour mieux comprendre la portée exacte de l'article. On peut signaler cependant, d'ores et déjà que le législateur cherche la difficile conciliation entre les intérêts de l'Etat et les libertés individuelles.

Aux termes de l'article 72-3e de la loi 64-28 du 7 avril 1964, (J.O. du 23/05/1964 n° 3683) le mandat de dépôt est obligatoirement décerné lorsque le montant des sommes ou objets manquants ressort d'un rapport de vérification versé au dossier ou ne fait l'objet d'aucune contestation sérieuse, et qu'il n'a pas été remboursé ou restitué en totalité.

Aux termes de cette loi, a contrario, si le manquant ne ressort pas d'un rapport de vérification, ou fait l'objet de contestation sérieuses, ou enfin a été restitué en totalité, le mandat de dépôt cesse d'être obligatoire, dans ces trois hypothèses le juge d'instruction retrouve son pouvoir d'appréciation.

Il faut cependant noter que le rapport de vérification a été depuis longtemps prévu par la loi, ce qui heurtait l'esprit du juriste parceque le rapport de l'inspecteur liait le juge.

Il faut signaler que la notion de contestations sérieuses, tant controversée était présente dans la loi de 1964 qui a constitué la première monture de l'article 140.

L'article 140 de la loi 65-61 du 21/07/1965 portant code de procédure pénale n'a apporté aucune modification aux dispositions de l'article 172-3^{ea} de la loi 64-28 du 7 avril 1964. Il faudra attendre la loi 69-46 du 16/7/1969 pour voir intervenir les modifications qui vont rendre draconien^{nt} les dispositions de l'article 140 ainsi libellée: "A l'encontre des personnes pour suivies en vertu des articles 152 à 155 du code pénal, le mandat d'arret est immédiatement délivré par le juge d'instruction contre les inculpés en fuite et le mandat de dépôt est obligatoirement décerné lorsque le montant des sommes ou objets manquant ressort d'un rapport de vérification versé au dossier ou, ne fait l'objet d'aucune contestation sérieuse et qu'il n'a pas été remboursé ou restitué en totalité. Toutefois, même en cas de remboursement ou de restitution, le mandat de dépôt est obligatoirement décerné dans les conditions fixées ci dessus lorsque le montant des manquants est supérieur à 100.000 F..."

Il résulte du dit article que deux cas de détournement sont prévus: l'hypothèse où le montant du manquant est inférieur ou égal à 100.000F, et celle où le manquant est supérieur à 100.000F.

Le législateur s'est voulu plus sévère et le pouvoir d'appréciation du juge a été substantiellement réduit, en effet le juge d'instruction qui retrouvait son pouvoir d'appréciation dès lors ~~que~~ le manquant ne ressortait pas d'un rapport de vérification ou s'il y avait contestation sérieuse ou remboursement ne le peut plus des lors ~~que~~ le manquant dépassait 100.000F

Alors que dans le cas d'un détournement inférieur ou égal à 100.000F, le juge conserve son pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité du mandat de dépôt, dès lors qu'avant l'ouverture de l'information il y a eu remboursement, dans l'autre hypothèse le juge devra délivrer obligatoirement mandat de dépôt "même en cas de remboursement".

On note la même sévérité au stade de la liberté provisoire. En effet aux termes de la loi 64-28 du 7 avril 1964, la demande de mise en liberté devrait être déclarée irrecevable si, par réquisitions écrites le parquet s'y oppose. D'autre part, la main levée du mandat de dépôt était subordonnée au versement d'un cautionnement au moins égal au montant des sommes et objets non encore remboursés ou restitués. Sur le plan textuel la main levée du mandat ne pouvait être ordonnée que sous la double condition de non opposition du parquet, et du versement du cautionnement. Cependant, la jurisprudence avait estimé que le juge d'instruction pouvait passer outre à l'opposition du parquet, au motif que lorsqu'il y a remboursement ou restitution de la totalité du manquant les conditions requises pour le placement obligatoire sous mandat de dépôt ne sont plus réunies..

C.S. : 1ère section 18/02/1967. M.P. C/X Recueil ANNALES Africaines 1968. P. 178..

Les dispositions de la loi de 1964 vont être renforcées par la loi 69-46 du 16/07/1969, en effet la main levée du mandat de dépôt n'est plus possible lorsque le montant du manquant est supérieur à 100.000f, et la demande de liberté provisoire doit être déclarée irrecevable à l'absence de toute opposition du parquet . Ces dispositions de la loi 69-46 du 16/7/1969 ont fait l'objet de beaucoup de critiques c'est pourquoi la loi 77-32 du 22 février

1977 a adouci le régime : le rapport de vérification qui liait le a été supprimé, au stade de la liberté provisoire le juge d'instruction n'est plus lié par les réquisitions du parquet. L'article 140 avec la loi 77 continue toujours à prévoir deux cas de détournement, le détournement inférieur à 250.000 et celui supérieur ou égal à 250.000F.

La loi 85-25 du 27/3/1985 a repris la distinction entre les deux cas de détournement. Par ailleurs elle a supprimé l'alinéa 2 l'ancien article 140 qui disposait que la main levée des mandats d'arrêt et de dépôt ne peut être prononcée que si l'information fait apparaître que les inculpés ne se trouvent plus dans les conditions qui ont rendu le mandats obligatoire. Sans le législateur a voulu rendre les conditions de la main levée plus difficile en rendant le cautionnement nécessaire.

L'article 140 du C.P.P. mérite d'être étudié sous deux rapports fondamentaux: la portée de l'article 140 et ses atténuations

Section I Portée de l'article 140 C.P.P.

Aux termes de l'article 140 C.P.P alinéa 1 "A l'encontre des personnes poursuivies par l'application des articles 152 du code pénal, le juge d'instruction délivre obligatoirement :

1° mandat d'arrêt si l'inculpé est en fuite

2° mandat de dépôt, lorsque le montant du manquant initial est égale ou supérieur à 250.000F et ne fait pas l'objet d'une contestation sérieuse.

3° mandat de dépôt, lorsque le montant du manquant initial bien qu'étant inférieur à 250.000F n'a pas été remboursé ou ne fait pas l'objet d'une contestation sérieuse."

Il ressort nettement de ce texte que le mandat est obligatoire s'il y a deux conditions cumulatives.

- Un manquant initial égal ou supérieur à 250.000F
- Une absence de contestation sérieuse .

Si l'une des conditions fait défaut la mandat^{cesse} d'être obligatoire au stade de l'inculpation, le juge d'instruction retrouve son pouvoir d'appréciation. Quid des contestations sérieuses au cours de l'information ? L'alinéa 2 de l'article 140 dispose qu'elles doivent être assorties nécessairement du cautionnement du *montant* des sommes dont le détournement est contesté. La loi fait deux poids deux mesures. En effet alors qu'au stade de l'inculpation le mandat cesse d'être obligatoire, des lois que l'une des conditions cumulatives saute, au cours de l'information les contestations sérieuses doivent nécessairement être assorties d'un cautionnement, nous reviendrons sur cette question en étudiant la jurisprudence de la chambre d'accusation et de la cour suprême à propos de la main levée du mandat de dépôt.

Il convient d'étudier maintenant, la portée exacte de l'article 140

I Portée relative à la présomption d'innocence.

Un principe général de droit veut que l'auteur présume d'un délit soit présumé innocent tant que sa culpabilité n'est pas établie c'est le principe de la présomption d'innocence que vient bouleverser sur l'article 140, en obligeant l'inculpé à établir la preuve de l'absence ou l'insuffisance des charges en faisant des contestations sérieuses qui seront appréciées par le magistrat instructeur . En obligeant l'inculpé à faire la preuve de contestations sérieuses qui peuvent ruiner tant l'élément matériel que moral de l'infraction, le législateur a bouleversé le droit de la preuve.

Suivant le principe, le mandat est l'exception et la liberté est la règle, le juge d'instruction ne doit pas être amené à faire usage systématiquement des mandats de dépôt. Pourtant dès lors que les conditions cumulatives du mandat obligatoire ou alternatives (3e de l'article 140 1er) sont réunies le juge doit faire usage systématique du mandat; peu importe que l'inculpé présente les garanties suffisantes de représentations en justice, ou que sa détention ne soit plus nécessaire à la manifestation de la vérité.

Le caractère obligatoire du mandat est d'autant plus grave que le mandat peut intervenir même en cas d'erreur sur la personne et en cas d'erreur sur la qualification des faits. Le juge est-il pour autant enfermé dans un carcan ?

II Portée relative à la liberté d'appréciation du juge

L'atteinte portée à la liberté d'appréciation ne pose pas seulement un problème pratique de modulations des décisions du juge en fonction de la gravité des faits et de la personnalité de la personne poursuivie, mais aussi et surtout un problème de constitutionnalité de la loi dans la mesure où les restrictions portées au pouvoir d'appréciation du juge constituent une atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Cependant tant au niveau de l'inculpation qu'au stade de la liberté provisoire, les restrictions portées à la liberté d'appréciation du juge sont relatives et fondées. C'est dire qu'elles n'enferment pas le juge dans un carcan.

Mais le juge d'instruction ne peut pas pour éviter le mandat disqualifié un limine litis. Il convient de signaler que les dispositions de l'article 140 C.P.F. peuvent amener le juge à des dérobades constituant à rendre des ordonnances d'incompétence ou de refus d'informer.

III Portée Idé l'article 140 relative^{ment} aux personnes.

La question s'est posée, en *droit*, de savoir si les receveurs de deniers publics tombent sous le coup des dispositions de l'article 140. On peut par ailleurs s'interroger sur la question de savoir si les complices ou co-auteurs peuvent faire l'objet de la procédure de l'article 140. En outre la jurisprudence dans la célèbre affaire Seybatoutou NDIOUR, a tenté de régler un problème juridique important et nouveau dans notre droit positif, en l'occurrence la question de l'indemnisation d'un prévenu qui a été provisoirement détenu à la suite d'une procédure de détournement de deniers publics, terminée par une décision de relaxe ou de non lieu

A/ Les réceleurs de deniers publics peuvent-ils faire l'objet de la procédure de l'article 140 ?

La jurisprudence de la chambre d'accusation, considérant que le recel de deniers publics est "un acte de participation consciente à la dissipation des deniers détournés", (Arret n° 34 MF c/ Karamokho SAKHO du 13/02/1986.) en tire la conséquence que, les dispositions exceptionnelles de l'article 140 sont applicables en cette matière. Dans l'affaire sus indiquée, l'inculpé avait fait appel d'une ordonnance de refus de mise en liberté provisoire. Au bout d'un mois la chambre d'accusation ne s'étant pas prononcée l'appelant par une demande subséquente concluait à sa mise en liberté d'office en vertu des dispositions de l'article 187, alinéa 2. C.P.F. La chambre d'accusation a rejeté la demande de mise en liberté d'office aux motifs que "le silence du législateur sur l'inapplicabilité de l'article 187. 2 en matière de détention préventive pour détournement, complicité ou recel de deniers publics ne saurait être pour la jurisprudence un empêchement de combler

une telle lacune, donc de donner à cet article une interprétation excluant de son champ d'application non seulement les auteurs principaux mais également les complices et les receleurs de deniers publics."

Ainsi, en dépit du fait que, l'article 140 ne vise que les personnes poursuivies en vertu des articles 152 et suivants, la chambre d'accusation étend l'article 140 au recel de deniers publics (notons que notre code pénal ne connaît que le recel correctionnel, ou criminel.)

Cette jurisprudence ne manque pas de séduire car il ne faut pas l'oublier même si la loi en fait un délit distinct, le recel *était* une forme de complicité; et la chambre d'accusation à juste titre l'a défini comme un "acte de participation consciente à la dissipation des deniers détournés".

La cour suprême, cependant a refusé de confirmer cette jurisprudence en cassant l'arrêt sus indiqué de la chambre d'accusation aux motifs que: "le droit pénal est d'interprétation restrictive; que notamment lorsque le législateur a entendu étendre au recel la même peine que l'infraction criminelle qui a procuré la chose recelée il l'a expressément prévu dans l'article 431 du C.P..."

Attendu en conséquence, qu'en décidant d'étendre au recel de deniers publics puni d'une peine correctionnelle les rigueurs de la loi reprimant le détournement de deniers publics, l'arrêt de la chambre d'accusation a violé la loi 77-32 du 22/02/77 article 187 alinéa 2-3 C.P.F et 140 C.P.F)..." arrêt n° 72 du 17/12/1986.

Il reste cependant, il me semble tout au moins que, si la cour suprême s'est d'avantage conformée à la lettre des textes la chambre d'accusation s'est d'avantage préoccupée de l'esprit des textes, notamment le renforcement de la protection des deniers de l'Etat.

Ce recel, même légalement incriminé est une forme de complicité ne pouvait-on pas faire jouer la théorie de la criminalité d'emprunt

B/ La complicité de détournement de deniers publics tombe-t-elle sous le coup de l'article 140 ?

Les articles 152 suivants ne visent que les auteurs matériels, et ceux qui ont tenté le délit. Le complice n'est pas visé. La question donc se pose de savoir si, le complice doit être placé obligatoirement sous mandat de dépôt, dès lors que les conditions cumulatives de l'article 140, ou alternatives sont réunies. Rien ne s'y oppose par application de la criminalité d'emprunt.

La complicité, on le sait, requiert pour qu'elle soit établie un fait principal punissable, une intention et un acte matériel de complicité. Le juge doit trouver les charges suffisantes de complicité pour mettre l'inculpé sous mandat de dépôt. Les seules déclarations du co-inculpé non confortées par des éléments tirés de la procédure ne doivent pas suffire à placer sous mandat, le parquet tourne souvent la difficulté en évitant de viser la complicité.

C/ L'article 140 crée t-il un risque social anormal ?

Au cours d'une procédure terminée par une décision de relaxe ou de non lieu devenue définitive, l'inculpé pouvait-il valablement actionner l'Etat en indemnisation du fait d'un préjudice né de

la détention provisoire ?

La question s'était posée dans la célèbre affaire Seybatou NDIOUR, qui a eu à recherché la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement defectueux des services judiciaires, et pour risque anormal et spécial. Devant le tribunal de 1^{ère} instance, Seybatou NDIOUR avait introduit une action indemnisation dirigée contre l'Etat, en faisant prévaloir à l'appui de sa demande que les dispositions de l'article 140 C.P.F créent pour les citoyens un risque social anormal, et en invoquant en outre le fonctionnement defectueux du service judiciaire.

La demande du sieur Seybatou NDIOUR même si elle est fondée en équité, si le juge l'avait favorablement ^{accueilli}, allait l'amener à apprécier la qualité de la loi qui a donné la forme actuelle à l'article 140, ce qui lui est interdit en vertu de la séparation du pouvoir judiciaire et législatif. C'est pourquoi le tribunal de première instance avait débouté le demandeur aux motifs que: la "séparation des pouvoirs a pour conséquence, qu'il n'appartient pas au juge de rechercher si l'article 140 C.P.F. peut être considéré comme instituant un risque social anormal dont les conséquence dommageables devraient entraîner réparation en cas de décision relaxe, pour la seule raison qu'elle formule des dispositions particulières en matières de détournement de deniers publics que le cas où il est imparti au juge de réparer le préjudice causé par l'intervention de la loi est celui visé par l'article 142 du code des obligations de l'administration..."

Comme le dit si bien Mr l'avocat général Layti KAMA "affirmer donc....que les dispositions de l'article 140 du C.P.F... creent pour les citoyens un risque social anormal c'est raisonner

à posteriori et non à priori que ce risque dont fait état l'appelant n'est pas nécessairement encouru du seul fait des dispositions exorbitantes du droit commun de l'article 140 du C.P.P car encore une fois le juge d'instruction a toute latitude pour refuser de decerner mandat de dépôt lorsqu'il estime qu'il y a contestation sérieuse."

La cour d'appel par contre a admis le principe de la responsabilité de l'Etat pour risques exceptionnels et anormaux dans l'exercice de la fonction judiciaire à la condition que le requérant justifie d'un préjudice exceptionnel et grave. La portée exacte de l'arrêt de la cour d'appel n° 352 du 27/07/1979 c'est d'avoir admis que l'article 140 du C.P.P crée un risque anormal et spécial non pas en soi mais dans "certaines conséquences particulières de son application." Aux termes de cette jurisprudence de la cour d'appel pour le moins audacieuse et creative, l'article 142 du code des obligations de l'administration n'est plus le fondement exclusif de la responsabilité de l'Etat pour risque anormal et spécial. L'arrêt sus-cité de la cour d'appel a consacré le principe de la responsabilité de l'Etat du fait de la fonction judiciaire.

Section II La notion de contestations sérieuses et
atténuation de la rigueur de l'article 140
C.P.P.

La notion de contestation sérieuse a fait l'objet d'une abondante jurisprudence. Elle est librement appréciée par le juge sous le contrôle de la chambre d'accusation.

Il y a contestation sérieuse "toutes les fois que la culpabilité de l'inculpé apparaît douteuse".

Le juge tire des éléments de fait la preuve que la contestation est sérieuse. On peut donc dire avec la chambre d'accusation qu'il y a contestation sérieuse dès lors que l'inculpé fait naître un "doute sérieux sur l'authenticité du manquant.">>

Arret n °106 MP c/ A.D. du 17/07/1987

Arret n °103 M c/ M.L. du 17/07/1987

La jurisprudence de la chambre d'accusation retient constamment qu'il y a contestations sérieuses lorsque la nécessité d'un abatement contradictoire n'a pas été respectée dans les cas de poursuites contre les peseurs de coopératives.

Les dénégations sérieuses peuvent également ^{la} constituer lorsqu'un élément objectif puisé du dossier ne vient corroborer la participation de l'inculpé au délit. Arret n°14 du 17 janvier 1984 chambre d'accusation.

Cependant suivant la jurisprudence de la chambre d'accusation les simples dénégations ne constituent pas les contestations sérieuses.

Les atténuations se manifestent aussi bien au niveau ^{de l'inculpation qu'au stade de} l'interrogatoire au fond, lorsque les contestations sérieuses sont établies. Ainsi donc on peut dire que l'atteinte qui est portée à la liberté d'appréciation du juge, est relative. C'est donc à tort qu'on a pu dire que le juge était enfermé dans un carcan. En effet le juge reprend sa liberté d'appréciation dès lors qu'il y a des contestations sérieuses.

I Atténuation de la rigueur de l'article 140 C.P.P au stade de l'inculpation

L'article 140 alinéa 1 dispose qu'à l'encontre des personnes pour suivies par application des articles 152 à 155 du C.P., le juge d'instruction délivre obligatoirement :

1° Mandat d'arret si l'inculpé est en fuite

2° Mandat de dépôt, lorsque le montant du manquant initial est égal ou supérieur à 250.000F et ne fait pas l'objet d'une contestation sérieuse.

3° Mandat de dépôt, lorsque le montant du manquant initial bien qu'étant inférieur à 250.000F, n'a pas été remboursé intégralement ou ne fait pas l'objet d'une contestation sérieuse.

Il résulte de cet article que le mandat de depot est obligatoire lorsque deux conditions cummulativees sont reunies :

- un manquant initial égal ou supérieur à 250.000F
- Une absence de contestation sérieuse.

Si l'une des deux conditions saute le mandat cesse d'être obligatoire, le juge retrouve sa liberté d'appréciation, sa faculté de placer ou de ne pas placer sous mandat. Autrement dit, lorsque manque une des conditions, le mandat n'est plus obligatoire, le juge pourra toujours garder pour des raisons d'opportunité, l'inculpé. Lorsque le manquant initial est inférieur à 250.000F le mandat cesse d'être obligatoire s'il y a remboursement intégral ou contestation. La cessation du caractère obligatoire n'est pas liée à l'exigence des deux conditions de remboursement intégral et d'absence de contestations sérieuses. Il suffit que l'une de ces conditions survienne pour que mandat cesse d'être obligatoire. Dans cette hypothèse aussi on peut dire que l'atténue qui est portée à la liberté d'appréciation du juge n'est pas absolue.

II Atténuation de la rigueur de l'article 140 C.F au stade de la main levée

Avant la reforme, introduite par la loi n° 85-25 du 27/02/1985 qui a abrogé l'alinéa 2 de l'article 140 de la n° 77-32 du 22février 1977 la main levée des mandats d'arrê et de dépôt ne pourrait être prononcée que si les inculpés ne se trouvent plus dans les

conditions qui ont rendu les mandats obligatoires⁷⁷

la jurisprudence de la chambre d'accusation avait tendance à prononcer la main-levée des mandats, dès lorsqu'il y avait des contestations sérieuses nonobstant le fait que, l'alinéa 3 du même article subordonnait la main-levée au versement d'un cautionnement au moins égal au montant des sommes et objets non encore remboursés.

Les conditions cumulatives de la main-levée des mandats (contestations sérieuses+cautionnement) n'ont pas empêché la chambre d'accusation de juger qu'il n'y a lieu à versement d'un cautionnement chaque fois qu'il y a contestation sérieuse - arrêt

n° 1. u Arrêt n° 84112 D 9/06/1984 MP c/M. DIOUF

Arrêt n° 111 du 9/06/1984 MP c/A SOW

Cette position n'a pas empêché quelque fois que cette même chambre subordonne la main-levée au versement d'un cautionnement

Arrêt n° 175 du 12 novembre 1983 MP c/B. DIA

Arrêt n° 181 du 24 novembre 1984 MP c/O. DIEYE

Aux termes du dernier arrêt précité, la main-levée des mandats sans versement de cautionnement est une exception que "commande la raison objective " à la règle impérative posée par l'ancien alinéa 3 de l'article 140. C'est à croire donc que la jurisprudence a évolué. Cette évolution a été confortée par l'arrêt de la cour suprême du 26/03/1986. Dans cette affaire le procureur général près la cour d'appel a introduit un recours en cassation contre l'arrêt n° 71 rendu le 24/03/1984 qui a confirmé l'ordonnance du juge d'instruction du tribunal de Kaolack accordant la liberté provisoire à l'inculpé. Ce moyen invoqué par le Ministère public est pris de la violation de l'article 140 du C.P.F

en ce que la main-levée du mandat de dépôt decerné contre l'inculpé (de détournement de deniers publics) ne pouvait être ordonné sans le versement préalable d'un cautionnement au moins égal au montant des sommes non remboursées

La cour suprême a admis la légalité de la mise en liberté provisoire de l'inculpé aux motifs que par application des dispositions de l'article 140 C.P.F: "la main-levée du mandat de dépôt des personnes poursuivies pour détournement de deniers publics ne peut être, ordonné sans que soit notamment effectué le versement d'un cautionnement au moins égal au montant des sommes non encore remboursées ou restituées, ces dispositions cessent de recevoir application lorsque par suite de contestation sérieuse des faits reprochés les conditions requises par l'alinéa 1er de cet article (montant supérieur à 250.000F et absence de contestation sérieuse) ne sont plus réunies et que le mandat de dépôt cesse d'être obligatoire"

Cet arrêt de la cour suprême fondée sur l'équité et le bon sens est cependant contraire à la lettre de l'article 140-3. En effet il semble tout à fait illogique alors que les faits reprochés à l'inculpé sont sérieusement contestés : d'exiger de ce dernier un cautionnement. La cour suprême, pour arriver à ce résultat a raisonné a contrario sur la base de l'article 140 alinéa 1: après avoir reconnu que le versement du cautionnement est obligatoire la cour soutient que cette obligation saute et le mandat cesse d'être obligatoire lorsque par suite de contestation sérieuse les conditions requises par l'alinéa 1 de l'article 140, ne sont plus réunies, à savoir le montant supérieur ou égal 250.000F, l'absence de contestation sérieuse, (ou lorsque ce montant inférieur à 250.000F, il y a remboursement ou contestation sérieuse.)

Des lors que le mandat n'est plus obligatoire(140-1)
il n'y a plus lieu à verser un cautionnement.

Le caractère draconien des dispositions de l'article 140 conduit souvent à des acrobaties. En effet, alors que le texte de l'article 140 est formel et d'interprétation stricte (notamment en ce que le dernier alinéa de l'article 140 dispose qu'il n'y a d'exception aux dispositions des deux premiers alinéas que si, selon le rapport d'un médecin commis en qualité d'expert, l'Etat de santé du détenu est incompatible avec le maintien en détention même dans un centre hospitalier.")

La chambre d'accusation a été amenée à trouver une autre exception que celle légale. Malgré la résistance de la jurisprudence à la rigueur de l'article 140 Al.2 la loi 85-25 du 27/02/1985 qui a abrogé l'ancien alinéa 2, a joint au cautionnement l'adverbe "nécessairement ", ce qui laisse entendre que la loi n'a pas voulu consacrer la jurisprudence la cour suprême, mais a entendu la combattre. (Il semble que la cour suprême par un arrêt de janvier 1988 continue sa résistance).

La question s'est posée de savoir si, le délai de l'article 187. al.2 C.P.F dans lequel, doit se prononcer la chambre d'accusation saisie en matière de détention est applicable à la procédure de l'article 140 C.F.F Autrement dit, si la personne inculpée de détournement de deniers publics placée sous mandat de dépôt fait appel d'une ordonnance de refus de mise en liberté la chambre d'accusation est tenue de se prononcer dans les délais d'un mois. Selon l'article 187-2 si la chambre ne se prononce pas dans le délai d'un mois l'inculpé est mis d'office en liberté. A notre avis l'article 140 qui fixe les conditions de la mainlevée du mandat doit prévaloir sur les dispositions de 187-2.

Cette position s'explique pour trois raisons:

- l'article 140 fixe les règles exceptionnelles
- l'article 140 est plus récent que l'article 187.2 qui
qui est la loi 77-32 du 22/2/1977

l'article 140 prévoit les conditions de la main-levée des mandats. Cette position a la faveur de la chambre d'accusation qui, dans l'arrêt n° 61 du 26/03/1983 MP. c/ A. ND. a soutenu qu'il est de jurisprudence bien établie que le bénéfice de cette mesure (187-2) ne pouvait être requis à un inculpé qui poursuivi comme en l'espece du chef de détournement de deniers publics se trouve alors régi par les dispositions particulières de l'article 140 C.P.F fixant les strictes conditions pouvant seules entraîner la main-levée du mandat de dépôt à l'exclusion de toute considération de délais de procédure".

L'atténuation des dispositions de l'article 140 C.P.F se retrouve aussi devant le juge correctionnel

III Atténuation de la rigueur de l'article 140 C.P.F au stade du jugement.

Il faut enfin observer que l'article 141 C.P.F prévoit que les dispositions de l'article 140 relatives à la liberté provisoire sont applicables à la juridiction de jugement et ce, tant qu'une décision définitive sur l'action publique n'est intervenue. Cette disposition de l'article 141 C.P.F tout en portant atteinte à la liberté d'appréciation du juge correctionnel lui accorde aussi implicitement la possibilité d'ordonner la liberté provisoire: les dispositions de l'article 140 "relatives à la mise en liberté provisoire, sont applicables même après la clôture de l'information jusqu'à l'intervention d'une décision définitive

sur l'action publique, dès lors que la durée de la détention préventive ne dépasse pas le maximum de la peine privative de liberté encourue."

Les atteintes portées à la liberté d'appréciation du juge d'instruction pouvaient être contournées si, ce dernier avait la possibilité de disqualifier in limine litis.

Section III L'interdiction de disqualifier In limine litis.

Cette interdiction n'est pas l'oeuvre de la loi, elle est issue de la jurisprudence. Pourtant beaucoup d'arrêts de la chambre d'accusation continuent à cultiver le flou dans ce domaine. A la question de savoir si, le juge est tenu par la qualification provisoire donnée au fait par le parquet, autrement dit si le juge peut disqualifier in limine litis la jurisprudence a eu deux réponses différentes. La première a été donnée par les tenants de l'indépendance du juge, pour ces derniers en effet, le juge n'est pas tenu par la qualification initiale et provisoire du parquet, il peut donner, à tout moment, au fait la qualification qu'il veut

Pour l'autre partie de la jurisprudence, celle à laquelle nous nous rangeons, le juge chargé de notifier les charges de l'inculpation, est tenu de retenir la qualification du parquet le temps que dure l'inculpation; étant entendu qu'il n'est nullement tenu lorsque son information lui permet de donner aux faits une autre qualification. Le fondement de sa disqualification doit se trouver dans son information.

Dans l'arrêt n° 2 du 7/01/1986, MF. c/J.A SYLLA la chambre d'accusation fait observer que le juge d'instruction juge de sa propre compétence doit in limine litis vérifier si les faits constituent une infraction à la loi pénale, il ne peut le faire sans rechercher en même temps quelle qualification les faits pourraient

ou devraient recevoir, ce qui continue la chambre, pourrait l'amener non pas à disqualifier ni même à modifier la qualification mentionnée dans le requisitoire introductif, le parquet n'ayant pas pouvoir de qualifier, mais simplement à choisir celle qui lui semble la plus appropriée.

Ainsi donc, en à croire cette jurisprudence de la chambre d'accusation que nous croyons isolée, le parquet n'ayant aucun pouvoir de qualification, le problème de la disqualification ne se pose pas le juge d'instruction a "simplement à choisir celle (la qualification) qui lui semble la plus appropriée"

Naturellement cette perception ne semble se justifier sur le plan juridique, si tant est que qualifier, c'est caractériser juridiquement un fait, c'est accrocher les faits à un texte car le parquet a bel et bien le pouvoir de qualifier, de donner une qualification provisoire.

Mais les conséquences de cette jurisprudence sont graves dans la mesure où, elle permet de contourner aisément les dispositions de l'article 140 en disqualifiant in limine litis alors qu'en principe, si la saisine in Rem du juge d'instruction autorise celui-ci à modifier la qualification indiquée par le parquet dans son requisitoire introductif, il ne peut le faire qu'en cours d'instruction mais pas avant et lors de l'inculpation.

L'instruction débouche naturellement sur une ordonnance de non lieu ou de renvoi, qui va permettre à la juridiction de jugement de connaître de l'affaire.

IIIe Partie

Le régime juridique du détournement de deniers publics.

Le détournement de deniers publics à défaut d'être un délit spécial connaît de nombreuses dérogations au droit commun qui se manifestent tant au niveau de la prescription que de la répression de l'exécution de la peine etc.....

Nous étudierons ces questions à propos du régime juridique qui fait l'objet de cette troisième partie.

section I Tentative et Complicité de détournement.

§ I La tentative

L'article 152 du code pénal prévoit la tentative comme le détournement de deniers publics est un délit, la tentative est punissable. Pourtant dans la pratique la tentative se conçoit quelque fois difficilement: on peut pas se séparer le commencement d'exécution du plein accomplissement de l'infraction, dans la mesure où dans de nombreuses hypothèses, le délinquant a déjà l'objet convoité entre ses mains.

Dans l'hypothèse de la soustraction, et dans celle où le délinquant n'a pas l'objet convoité entre ses mains, la tentative est parfaitement concevable.

§ II La complicité

Les crimes portés contre l'auteur principal s'étendent en principe, à son complice. On peut se poser la question de savoir si les peines applicables à l'agent de l'Etat seront appliquées à son complice. La qualité de l'agent n'est pas en principe un élément constitutif de l'infraction c'est une circonstance aggravante personnelle.

complice, en conséquence n'emprunte pas la criminalité de l'acte tout entier: il ne doit pas subir les mêmes peines que l'auteur matériel, agent de l'Etat

Une personne peut par des manoeuvres caractérisées, mener l'agent de l'Etat à commettre un détournement. Sera-t-il poursuivi pour escroquerie ou pour complicité de détournement? La jurisprudence retient souvent qu'il y a un concours de qualifications, et retient la qualification la plus forte.

Concernant le recel, dont nous avons accepté que c'est "un acte de participation consciente à la dissipation des deniers", et qui, à l'origine, était une forme de complicité, avant que le législateur en fît un délit distinct, la cour suprême a refusé de la soumettre aux dispositions exceptionnelles lorsqu'il porte sur des deniers publics détournés.

§ III L'action civile

Lorsque les fonds détournés ou dissipés par le comptable ou le dépositaire public appartiennent à un particulier, celui-ci peut porter son action civile dans l'instance pénale ouverte contre l'auteur de l'infraction ou mettre lui-même en mouvement les poursuites en^{se} constituant partie civile devant le juge d'instruction en application des règles du droit commun. Cependant le dépôt préalable d'une plainte n'est exigée, comme condition de mise en mouvement de l'action publique que pour des infractions limitativement énumérées par la loi, au nombre desquelles ne figure pas le détournement de deniers publics.

Section II La prescription de l'action publique et répression
du délit.

§ I La prescription.

Le détournement de deniers publics est un délit mais, la loi a porté la prescription à 7 ans, et non à trois ans comme en droit commun. Cette option est motivée par l'habileté de certains délinquants à jouer sur les techniques comptables pour empêcher la découverte des faits. La loi 77-32 du 22/02/1977 qui a porté la prescription à 7 ans, a fixé le point de départ du délais de prescription à compter de la date la commission des faits, et non à compter de celle qui était proposée par l'exposé des motifs c'est à dire celui où les organes de contrôle auraient pu constater les faits.

La position de la jurisprudence concernant le point de départ du délais de prescription, se rapproche de celle qui a été proposée dans l'exposé des motifs de la loi 77-32 du 22/2/1987. La jurisprudence, en effet, rejette souvent l'exception de prescription au motif: "qu'elle n'est pas acquise, car s'agissant de détournement, le point de départ de la prescription a été à bon droit fixé à la date où le délit a été porté avec certitude à la connaissance de la victime ou ce qui revient au même, à la date ou la reddition des comptes qu'il a été contraint de fournir n'a pas justifié la bonne exécution de son mandat et qui est celle de la vérification administrative..." Arrêt n°391 MP et Etat du Sénégal H.L.T. du 16/07/1973.

Cette jurisprudence est justifiée, elle retarde le point de départ du délais afin que les faits reprehensibles ne soient pas demeurés impunis.

Les juges d'instruction dans les cas où le présumé auteur du détournement est en fuite font certains actes d'information dans le but d'interrompre la prescription, et faire courir encore un nouveau délai .

§ II La Repression

Le droit positif sénégalais comporte des textes incriminateurs qui privent le juge de son pouvoir d'appréciation. Il en est ainsi lorsqu'ils subordonnent le sursis, et l'octroi des circonstances atténuantes à des conditions précises: c'est le cas en matière de détournement de deniers publics.

La juridiction de jugement, tout comme le juge d'instruction, a l'obligation en vertu de l'alinéa 5 de l'article 155 C.P de porter à la connaissance des prévenus les possibilités de bénéficier du sursis, des circonstances atténuantes et de la libération conditionnelle.

Cette politique législative fondée sur la nécessité de récupérer les deniers de l'Etat, se traduit par la distorsion de certains principes juridiques.

A/ Les peines principales

a/ La peine d'emprisonnement

La loi sénégalaise étend la repression à des particuliers, à des personnes qui ne sont pas agents de l'Etat. En effet aux termes de la loi n° 79-68 du 28/12/1979 modifiant l'article 152 C.P "toute personne qui aura détourné ou soustrait" est visée, et ce contrairement à l'ancien article 152 de la loi 65-69 du 21/07/1965 portant code pénal qui visait "tout agent civil ou militaire" de l'Etat, de ses démembrements etc.

Selon que l'on est agent de l'Etat ou non la repression s'en

trouvera renforcée: les particuliers subiront une peine d'emprisonnement de un an à 5 ans, alors que les agents de l'Etat subiront une peine de 5 ans à 10 ans, de même que les officiers publics ou ministériels qui auront détourné au préjudice de personnes privées à l'occasion de l'exercice de leur fonction. Il ressort de l'article 152 C.F que la qualité de l'agent est une circonstance aggravante personnelle, et n'est un élément constitutif du délit que, dans le cas exceptionnel de détournement commis au préjudice de personnes privées, par les officiers publics ou ministériels.

b/ La peine d'amende

Selon l'article 154 du code pénal, il sera toujours prononcé contre le prévenu condamné pour détournement de deniers publics une amende de 20.000F à 5.000.000F. Toute décision de condamnation doit prononcer l'amende sous peine d'encourir l'infirmité ou la cassation. L'exigence de la peine d'amende demeure même si le prévenu a remboursé la totalité de la somme détournée.

B/ La peine complémentaire obligatoire:

La confiscation.

L'article 154 modifié par la loi 69-47 du 16/7/1967 prévoit une confiscation générale des biens du condamné si les sommes ou objets détournés ou soustraits ne sont ni remboursés, ni restitués intégralement le jour du jugement.

Il convient d'observer que le principe de la confiscation générale est posée sans que la loi ne donne les moyens d'une évaluation des biens du poursuivi.

Le juge d'instruction, certes, peut en vertu de mesures conservatoires rendre indisponibles les biens de l'inculpé, mais il faudra souhaiter comme le propose le président Magatte DIOP, un "inventaire des biens confiscables" dès l'enquête préliminaire si non dès l'instruction. Pour ce faire il faudra "procéder à de sérieuses investigations" afin de permettre "au juge du fond de disposer d'éléments suffisants pour se prononcer utilement dans sa décision car la loi sur la confiscation est trop abstraite pour être efficace".

Le texte de l'article 154 C.F semble en contradiction avec les dispositions de l'article 30 du C.F. En effet aux termes de l'article 30 du C.F la confiscation est fonction de la situation de famille de condamné. S'il est marié, la confiscation ne portera que sur la moitié de ses biens. S'il a des descendants ou ascendants, elle portera sur le cinquième de ses biens. Cette contradiction n'est qu'apparente dans la mesure où l'article 154 CF renvoie pour la prononcé de la confiscation aux "conditions prévues aux articles 30 à 32."

Pour favoriser la récupération des biens qui se trouveraient entre les mains des tiers, l'article 32 prévoit "l'annulation à la requête de l'administration des domaines ou du Ministre public, de tous actes entre vifs ou testamentaires, à titre onéreux ou gratuit accomplis par le coupable depuis moins de trois ans au moment des

poursuites soit directement, soit par personne interposée ou par toute autre voie indirecte, s'ils ont été faits dans l'intention de dissimiler, détourner ou diminuer tout ou partie de sa fortune. Cette intention est présumée et il appartiendra à la personne intéressée d'en administrer la preuve contraire".

Le juge doit déterminer avec précision, les biens du condamné, à défaut la confiscation s'avère impossible. Le juge a-t-il des moyens? En tout cas la cour d'appel infirme les décisions prononçant la confiscation des biens non identifiées.

§ III Les mesures d'incitation au remboursement.

L'octroi du sursis et le bénéfice des circonstances atténuantes.

Les circonstances atténuantes sont des causes d'atténuation de la peine laissées à l'appréciation du juge, pour mieux adapter la repression aux circonstances de l'infraction et à la personnalité du délinquant.

Il en est de même du sursis, dispense conditionnelle de l'exécution de la peine, laissée à l'appréciation souveraine des juges.

Mais en matière de détournement de deniers publics le bénéfice du sursis est soumis à des conditions précises

A/ le bénéfice des circonstances atténuantes

Le bénéfice des circonstances atténuantes est, aux termes de l'alinéa 155 du code pénal, subordonnée à la restitution ou au remboursement, avant jugement du tiers au moins de la

valeur détournée, à défaut de remboursement de ce montant, le juge ne pourra pas faire bénéficier au prévenu des dispositions de l'article 432 et 433 du code pénal.

Si le juge viole les dispositions de l'article 155-1 sa décision encourt l'infirmité ou la cassation pour violation de la loi.
(C.S. Arrêt n° 11 du 6 avril 1977)

La particularité de la loi sénégalaise dénature l'esprit qui doit presider à l'attribution du bénéfice des circonstances ^{atténuantes}. En principe ces circonstances, ni juridiquement définies ni limitativement énumérées par la loi, sont laissées à l'entière appréciation du juge. Celui-ci doit les utiliser afin d'individualiser la peine, de l'adapter de la façon la plus judicieuse à la personnalité du délinquant. Le législateur a donné la primauté à la récupération des deniers publics faisant de ces circonstances une véritable excuse légale atténuante en matière de détournement.

Cependant, le remboursement du tiers du manquant ne confère pas ipso jure le bénéfice des circonstances atténuantes. Le juge garde encore un pouvoir d'appréciation, en ce sens la cour suprême a jugé: "qu'en tout état de cause, en cas de remboursement le bénéfice des circonstances atténuantes est facultatif et donc laissé à l'appréciation du juge du fait."

C.S. Arrêt n° 11 du 6/03/1985.

Le juge sera tenu de motiver les circonstances atténuantes contrairement au principe. Cette obligation est implicite. En effet le juge doit justifier les circonstances atténuantes en révélant que les conditions posées par la loi ont été satisfaites.

B/ L'octroi du sursis

Le sursis, dispense conditionnelle de l'exécution de la peine, est une mesure d'indulgence que le juge a la faculté d'accorder au délinquant primaire capable de s'amender. En matière de détournement de deniers publics, on peut accorder le sursis si la personne n'a pas remboursé avant jugement, les trois quarts au moins de la valeur détournée. L'octroi du sursis ou le bénéfice des circonstances atténuantes repose dans les faits sur ^{une} discrimination entre les délinquants fondée sur la fortune. La peine de prison n'est pas fonction du degré de culpabilité; mais de la capacité financière de remboursement du délinquant.

Cette discrimination peut être atténuée par le fait que le sursis reste une faveur que le juge peut ne pas accorder.

§ I La circonstance aggravante : la qualité de l'agent

Le tribunal doit relever que le délinquant a commis l'infraction dans l'exercice de sa fonction. Il peut s'agir de n'importe quel agent de l'Etat, qu'il soit ou non comptable public, dépositaire public, mandataire public.

C'est la qualité personnelle d'agent de l'Etat qui constitue la circonstance aggravante.

L'article 152 C.P dans un souci de moralisation de certaines fonctions a étendu la circonstance aggravante aux agents de certaines professions: l'officier ministériel ou public. N'oublions pas à titre d'exemple que le cabinet de notaire est une charge .

La loi n'envisage pas les circonstances aggravantes réelles (celles qui tiennent aux circonstances extérieures qui ont accompagné la commission de l'infraction) cela peut pourtant se produire dans l'hypothèse de soustraction de deniers publics avec effraction ou de détournement opéré la nuit ou en réunion pour ne prendre que ces exemples.

Qu'entend par comptable et dépositaire public?

Le dépositaire public, c'est celui qui reçoit à titre de dépôt des biens de l'Etat comme un caissier ou un "comptable matière". Aux termes de l'article 2 du décret n° 62-0195 du 17/05/1962, est comptable public tout fonctionnaire ou agent ayant qualité pour exécuter au nom de l'Etat, d'une collectivité publique, d'un établissement public des opérations de recettes, de dépenses ou de maniement de titres.

Le mandataire public est la personne qui agit pour le compte d'une personne publique.

Les agents de l'Etat peuvent-ils soutenir avec succès que, leurs agissements échappent à l'article 152 parce qu'ils avaient été nommés irrégulièrement ? Prenons à titre d'exemple le cas du fonctionnaire nommé mais dont l'acte de nomination est entaché de quelque irrégularité.

Cette situation peut avoir sur le plan du droit administratif quelques effets, mais elle doit être sans conséquence sur le plan du droit pénal, pour l'application de l'article 152 C.P car l'acte de nomination, le titre qui a investi l'agent à les apparences de la légalité, et cela suffit sur le plan du droit criminel en vertu de l'autonomie du droit pénal.

La libération conditionnelle est soumise en matière de détournement de deniers publics à des conditions particulières. En effet selon l'article ^{155 C.P} pour bénéficier de la libération conditionnelle le condamné doit rembourser l'intégralité des deniers détournés. Le remboursement n'est que la condition de recevabilité de la demande ou de la proposition de libération. Au fond, les conditions de l'article 699 du code de procédure pénale sont requises pour la libération conditionnelle à savoir les preuves suffisantes de bonne conduite et les gages sérieux de réadaptation sociale. Le souci de la récupération de deniers détournés traverse toute la procédure en la matière, mais cette législation a le défaut en elle même, de favoriser les condamnés plus fortunés.

En droit français l'examen du déficit imputé au comptable ou au dépositaire public échappe aux juridictions repressives. On estime en effet que le principe de la séparation des pouvoirs, impose qu'avant tout jugement d'un comptable public, l'inculpé ait été déclaré débiteur par l'autorité administrative dont il relève. L'examen des comptes est une question préjudicielle au jugement: le jugement du comptable n'est possible qu'après qu'a été prise la déclaration de debet, et le juge repressif doit surseoir à statuer jusqu'à cette déclaration.

En droit sénégalais, l'acte administratif constatant le montant de la somme due à l'Etat par le prévenu n'est pas préjudiciel au jugement des délits reprimés par les articles 152 à 154 du C.P (Art.155 dernier alinea)

Cette disposition devrait connaître une exception pour ce qui concerne les comptables publics, en raison du fait que la comptabilité publique soulève des difficultés techniques auxquelles le juge correctionnel n'est pas souvent préparé.

Nous l'avons montré tout au long de notre cheminement, les dispositions dérogatoires du droit commun sont nombreuses, il en est ainsi du défaut de renouvellement du mandat de dépôt au bout de 6 mois, de la notification à la partie civile de la demande de mise en liberté provisoire sous peine d'irrecevabilité de la demande. Les dérogations sont-elles suffisamment nombreuses au point d'en faire un délit spécial? Nous ne le pensons pas, mais il semble que des réformes sont venues à maturité.

C O N C L U S I O N

Au terme de notre étude, on croit pouvoir suggérer une nouvelle mouture des articles 152 C.P. et 140 du code de procédure pénale. Alors qu'en ce qui concerne l'article ¹⁵² il s'agira que revision formelle du texte, les propositions relatives à l'article 140 du code de procédure pénale, tout en cherchant à sauvegarder les intérêts de la Nation vont se préoccuper du respect des libertés individuelles et d'avantage de la liberté d'appréciation du juge.

La nouvelle rédaction possible de l'article 152 du C.P. tentera d'éviter l'énumération des objets du détournement. L'expression biens meubles corporels ou incorporels et objets quelconques pourront bien remplacer la longue et laborieuse énumération; quelques fois non sans redondance. L'expression "Agent quelconque de l'Etat à quelque titre que ce soit" au lieu d'énumérer les comptables dépositaires ou mandataires publics *suffit*.

L'article 140 code de procédure pénale au lieu de rendre le mandat de dépôt obligatoire, aurait dû rendre le contrôle judiciaire obligatoire dans les mêmes conditions. Le juge gardera sa liberté d'appréciation lorsqu'il estimera le mandat nécessaire de l'inculpation, le contrôle judiciaire sera mis en échec

En ce qui concerne l'alinéa 2 de l'article 140 il ne semble qu'on aurait pu dire "...il ne peut en être donné main-levée que si au cours de l'information il ressort des charges insuffisantes assorties...."

Ainsi la notion de contestation sérieuse devrait disparaître pour restaurer la présomption d'innocence. Ce faisant on épargnerait au juge une exegese pas toujours facile de l'article 140 dont l'arrêt n°100 du 29/8/1978 de la cour d'Appel enonce que les dispositions "doivent être appréciées en tenant compte du desir du législateur de protéger les deniers publics par des mesures exceptionnelles sévères relatives aux pénalités et aux conditions particulières de détention d'une part des caractères généraux du droit pénal relatifs à la présomption d'innocence ..." l'arrêt ajoute, il convient de relever que l'article 140 par le biais de la notion de contestation sérieuse qu'il introduit, restitue néanmoins au juge d'instruction sa liberté totale d'appréciation de manière à lui permettre de concilier le vœu du législateur avec les principes généraux du droit" l'arrêt oublie d'ajouter avec quelques entorses.

B I B L I O G R A P H I E

Traité de Droit criminel: Merle et Vitu Tome I

Manuel de Droit pénal Gesenal LEVARSEUR

Revue la défense. N° 2 février 1987

Revue sénégalaise de Droit N° 28 mars 1983

N° 31 décembre 1983, N° 33 juin 84.

Code pénal, code de Procédure pénale.