

Le principe de la légalité de la répression au Sénégal

Par Babacar NIANG
Docteur en droit, Enseignant à
l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Principe fondateur du droit pénal moderne, la légalité de la répression a certes subi les vicissitudes du temps en traversant le XIX^e et le XX^e siècle, mais il garde toute sa pertinence dans l'ère contemporaine. Considéré comme le principe « le plus important » de tous les principes du droit pénal¹ ou encore comme « une première clef de lecture du droit pénal »², le principe de la légalité de la répression est intimement associé à l'Etat de droit³.

La signification du principe est formulée par Ludwig Feuerbach sous les vocables « *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* ». Un comportement ne tombe sous le coup de la répression que lorsqu'une norme claire et précise préexistait au jour de la commission des faits. Il en découle, d'une part, une prohibition de l'application rétroactive d'une loi créant une incrimination et une sanction, sauf s'il s'agit d'une loi plus douce ; d'autre part, l'interdiction d'une interprétation extensive de la loi pénale au détriment d'un mis en cause. Dans le cadre de cette contribution, l'accent ne sera pas mis sur la problématique de l'application de la loi pénale dans le temps, encore moins sur celle de l'individualisation de la peine ou de la mise en œuvre du principe de la légalité en droit international pénal. Ces volets du principe de la légalité, d'égale importance, mériteraient une analyse spécifique sous le prisme du droit sénégalais.

Aux origines du principe de la légalité, on cite les œuvres philosophiques des auteurs du siècle des Lumières⁴ qui ont inspiré Cesare Beccaria dans son traité *Des délits et des peines*, où il relève que « *les lois seules peuvent déterminer les peines des délits et que ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un*

¹ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, tome 1, 7^e éd., Cujas, 1997, p. 235.

² Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 4^e éd., PUF, 2013, p. 21.

³ A. Chauveau, F. Hélie, *Théorie du code pénal*, T. 1, 5^e éd., Cosse & Co, Paris 1872, p. 19 : « Les théories, quelque fortes que fussent leurs lois, seraient impuissantes sous le despotisme. Il y a une liaison intime entre les progrès des institutions politiques et ceux des lois criminelles ; elles croissent, elles se perfectionnent ensemble ; celles-ci sont la conséquence presque immédiate des autres ».

⁴ C.-L. de S. Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, 1748, T. 1 & 2, Paris J. de Bonnot, 1999 ; J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762, Librairie générale française, éd. 19, 2016 ; Voltaire, *Traité sur la tolérance*, 1763, Paris éd. Belin, 2017.

contrat social »⁵. C'est tout naturellement que la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 servira de premier réceptacle juridique du principe par une consécration aux articles 7 et 8. Le « *retentissement immense du principe au niveau international* »⁶ se traduira par de nouvelles consécutions aussi bien dans des normes supranationales que nationales⁷.

Au Sénégal, le principe de la légalité a une double consécration constitutionnelle. D'abord, le Préambule, « *partie intégrante* »⁸ de la Constitution, fait référence à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Ensuite, l'article 9 de la Constitution précise que « *nul ne peut être condamné si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant l'acte commis* »⁹.

Malgré son caractère fondamental, le principe de la légalité a connu une évolution que certains décrivent comme une transformation en « *principe de textualité* »¹⁰, voire un déclin¹¹. La loi votée par le pouvoir législatif ou par référendum est concurrencée par la norme émanant du pouvoir exécutif, du droit conventionnel et du droit communautaire. « *Le législateur n'est (...) que l'une des incarnations du normateur* »¹², « *l'une des figures pouvant légitimement édicter des règles pénales* »¹³. A cette diversification des sources des incriminations et des sanctions, s'ajoute une inflation législative à l'origine de difficultés

⁵ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764, Flammarion 1991, trad. par M. Chevalier, préface de R. Badinter, p. 65.

⁶ W. Jeandidier, « Principe de légalité criminelle », *JurisClasseur Pénal Code*, Fasc. 10, 2011, mise à jour nov. 2015, §9.

⁷ De la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 (articles 9, 10 et 11,) à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples de 1981 (articles 6 et 7), en passant par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950 (articles 5 et 7) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (articles 9, 14 et 15) on retrouve énoncé le principe de la légalité.

⁸ Constitution du Sénégal du 22 janv. 2001, loi n° 2001-03 du 22 janv. 2001, JO n° 5963 du 22 janv. 2001, p. 27.

⁹ Ibid.

¹⁰ Cl. Lombois, *Droit pénal général*, Hachette supérieur, 1994, p. 13. Pour l'auteur, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire en matière pénale dans la Constitution française de 1958 a élargi le sens du principe de la légalité contenu dans l'ancien code pénal français de 1810. Le « principe classiquement dénommé de légalité » est substitué « au principe de la textualité » qui est présenté comme le « nouveau nom du principe de la légalité ».

¹¹ P. Maistre du Chambon, « Le déclin du principe de la légalité », *Mélanges en l'honneur du Doyen Roger Decottignies*, PUG, 2003, p. 209 ; C. Lazerges, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016, p. 649. V. aussi Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7^e éd., A. Colin, 2004, n° 149, Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., p. 32.

¹² A. Giudicelli, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », *RSC* 2007, p. 509, §6.

¹³ Idem.

d'intelligibilité et d'accessibilité. Dès lors, le rôle croissant du juge dans le contrôle de la qualité et de la validité de la norme apparaît comme un « *renforcement* »¹⁴ ou un « *affaiblissement* »¹⁵ du principe de la légalité, notamment à travers l'exigence de prévisibilité. Ainsi, l'évolution du principe ne remet pas en cause sa fonction substantielle qui consiste en « *la soumission de l'application du droit pénal à une prédétermination textuelle* »¹⁶.

Au Sénégal, si l'existence de sources diverses de la norme pénale caractérise l'évolution du principe, les difficultés d'accessibilité et de prévisibilité demeurent une préoccupation. Il semble redondant de préciser que le code pénal n'est plus le seul catalogue des incriminations et des sanctions. A côté des incriminations spécifiques incorporées dans le code pénal ou dans d'autres codes comme celui des douanes, le code forestier, le code de l'urbanisme, il importe de relever la diversité des textes communautaires qui se juxtaposent au droit commun répressif.

Ainsi, des incriminations sont prévues par les Actes uniformes de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), notamment l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique¹⁷ que la loi de 1998¹⁸ est venue compléter par l'édition de sanctions qui leur sont applicables. Des lois uniformes créant des infractions¹⁹ ont été adoptées pour transposer des directives de l'Union monétaire ouest africaine (UMOA).

¹⁴ D. Rebut, « Le principe de la légalité des délits et des peines », *Rev. pénit.*, 2001, p. 260. L'auteur évoque « le renforcement paradoxal du principe de la légalité » ; D. Zerouki, *La légalité criminelle, Enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, Thèse, Lyon III, 2001..

¹⁵ P. Maistre du Chambon, « Le déclin du principe de la légalité », *Mélanges en l'honneur du Doyen Roger Decottignies*, art. précité, p. 210.

¹⁶ *Ibid.*, §6.

¹⁷ Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, acte adopté le 17 avr. 1997, JO OHADA n° 2 du 1^{er} oct. 1997, acte modifié par l'acte adopté le 30 janv. 2014, JO OHADA n° spécial du 4 fév. 2014, p. 1 et s.

¹⁸ Loi n° 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenus dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, JO du 25 avril 1998, p. 303.

¹⁹ Ex. Loi uniforme n° 2004-09 du 6 février 2004 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, JO n° 6154 du 27 mars 2004, p. 505 ; Loi uniforme n° 2008-48 du 3 septembre 2008, relative à la répression des infractions en matière de chèque, de carte bancaire et d'autres instruments et procédés électroniques de paiement, JO, n° 6453 du 7 février 2009 ; Loi uniforme n° 2009-16 du 2 mars 2009 relative à la lutte contre le financement du terrorisme, JO n° 6557 du 20 novembre 2010, p. 1233.

Certains textes comme le Protocole Maputo relatif aux droits des femmes²⁰, ou le Règlement n°05/CM/UEMOA relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'avocat dans l'espace de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)²¹, remettent en cause la légalité de textes en droit pénal²² et en procédure pénale²³.

Ces difficultés relatives à la légalité formelle et matérielle se juxtaposent au problème soulevé par l'office du juge dans le contrôle de la qualité de la loi. Ce rôle d'inspection du travail du législateur est certes nécessaire à la consolidation d'un système normatif hiérarchisé, mais il est source d'inquiétude sous forme de questionnement sur la légitimité de l'autorité judiciaire à contrôler l'action du pouvoir législatif²⁴, et sur la marge dont disposerait le juge pénal dans l'interprétation des énoncés contenus dans les normes répressives. En même temps, le souci de modernisation et d'adaptation de la législation pénale face à diverses contingences sociales, politiques, financières et sécuritaires, justifie pleinement une constitutionnalisation²⁵ du droit pénal par un renforcement du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des lois, ainsi qu'un contrôle de légalité des actes administratifs. A ce titre, l'office du juge dans la préservation des libertés individuelles apparaît comme une évidence. Ce contraste dans la mise en œuvre judiciaire du principe de la légalité ne serait pas paradoxal.

Dans ce contexte, il n'est pas sans intérêt de faire un point sur l'état de la question du principe de la légalité au Sénégal. Ainsi, comment est mis en œuvre le principe de la légalité de la répression dans le processus d'élaboration et celui de l'application de la norme pénale au Sénégal ?

²⁰ Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes, adopté par la 2^{ème} session ordinaire de la Conférence de l'Union, Maputo, le 11 juillet 2003.

²¹ Règlement en date du 25 septembre 2014 à Lomé, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

²² Les articles 305 et 305 bis du code pénal prévoient et répriment l'avortement, la tentative d'avortement, la provocation à l'avortement et la fourniture de moyens en vue d'un avortement. Or, le Protocole Maputo ci-dessous référencé dispose à l'article 14, 2°, c) que « Les Etats prennent toutes les mesures appropriées pour : (...) protéger les droits reproductifs des femmes, particulièrement en autorisant l'avortement médicalisé, en cas d'agression sexuelle, de viol, d'inceste et lorsque la grossesse met en danger la santé mentale et physique de la mère ou la vie de la mère ou du fœtus ». V. aussi F. Kiné-Camara, « Les nouveaux défis de la codification au Sénégal : Harmonisation et accessibilité - Le cas du droit pénal », in M. Badji, O. Devaux et B. Guèye (Sous la dir. de), *Droit, politique et religion*, Actes du colloque des 16 et 17 juil. 2009, Presse de l'université de Toulouse 1, 2009, p. 227 et s. L'auteur évoque aussi bien le cas de l'avortement que la non-conformité de l'article 319 alinéa 3 du code pénal relatif à la répression de l'homosexualité par rapport à la Constitution.

²³ Article 55 in fine du code de procédure pénale.

²⁴ V. P. Maistre du Chambon, « Le déclin du principe de la légalité », *Mélanges en l'honneur du Doyen Roger Decottignies*, art. précité, p. 210.

²⁵ V. L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », *Mélanges A. Vitu*, Cujas, 1989, p. 169 ; L. Philip, « La constitutionnalisation du droit pénal français », RSC 1985, p. 711.

Certes une telle entreprise reste périlleuse en raison de l'immensité de la littérature sur le principe de la légalité en droit pénal français²⁶ qui contraste avec la rareté d'études spécifiques consacrées au principe en droit positif au Sénégal. Ce nonobstant, l'objet de cette contribution est de procéder à une analyse de l'application théorique et pratique de ce principe au Sénégal. L'espoir d'une telle perspective nous guide vers une approche de la législation et de la jurisprudence sénégalaise en matière pénale, dans son fondement historique issu de l'influence française antérieure et postérieure au code pénal de 1994. « *Le désir de connaître empiriquement « l'état des choses », en l'occurrence « l'état de fait d'un système pénal », constitue avant tout une option épistémologique. Cette option, principalement méthodique, vise à la compréhension du droit en tant que phénomène historique, en tant qu'expérience concrète et factuelle* »²⁷.

Cette approche méthodologique trouve sa pertinence au moment où la diversification et la complexification des sources de la loi pénale soulèvent des difficultés en matière de qualité et de validité de la loi, tant au niveau interne qu'au niveau communautaire. En attestent les récentes affaires politico-financières qui ont entraîné la saisine du Conseil constitutionnel par le biais d'une exception d'inconstitutionnalité soulevée devant la Cour suprême.

Le principe de la légalité impose au législateur une soumission à une certaine rigueur de clarté et de précision au moment de l'édiction d'une norme pénale. Cette exigence vise à garantir une prévisibilité de la répression. Cependant, l'éclatement des sources de la loi pénale laisse place à un dualisme entre une conception large de la notion de loi et restrictive de la notion de règlement. Une telle configuration est génératrice d'un risque d'approximations au moment de l'édiction de la norme pénale (I).

Garant des libertés individuelles²⁸ dont le principe de la légalité est une des sources, le juge doit se préserver d'édicter des normes répressives par le biais d'une interprétation analogique.

²⁶ P. Maistre du Chambon, « Le déclin du principe de la légalité », art. précité, p. 209 : « Les travaux consacrés au principe de la légalité criminelle et à son déclin sont fort nombreux et souvent de grande qualité » ; A. Giudicelli, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », art. précité, p. 509 : « Tout a été dit ou presque en doctrine sur le principe de la légalité et sa mise en œuvre en droit pénal français ».

²⁷ M. Papa, « « A celui qui lit » : L'incipit visionnaire des délits et des peines », Arch. pol. crim. 2015/1, p. 265.

²⁸ Art. 91 de la Constitution : « Le pouvoir judiciaire est gardien des droits et libertés définis par la Constitution et la loi ».

C'est également pour les mêmes raisons qu'il lui appartient de veiller à la légalité des actes normatifs par le biais d'un contrôle de la qualité de la loi. Du contrôle de constitutionnalité au contrôle de légalité des actes administratifs, voire au contrôle de conventionnalité, le rôle du juge apparaît prépondérant sans pour autant que cette configuration ne frise un risque d'arbitraire (II).

I. La légalité dans l'édition de la norme répressive

Selon Hans Kelsen, le principe de la légalité « *n'est que la conséquence logique du positivisme juridique* »²⁹, en ce sens qu'un « *fait est un acte illicite ou délit au regard d'un certain ordre juridique, parce que celui-ci y attache une sanction ; ce même fait ne l'est au contraire pas au regard d'un ordre juridique, qui n'y attache pas de sanction* »³⁰. En même temps, l'incrimination et la sanction juridique d'un comportement précis pourraient être considérées comme un critère du positivisme juridique. En effet, l'existence d'un ordre juridique suppose la création des normes conformément aux prescriptions de la Constitution qui remet cette compétence à « *un parlement élu par le peuple mais permet que les lois soient précisées et complétées par des normes générales qu'édicteront certains organes administratifs ; il se peut même que la Constitution habilite le gouvernement à édicter à la place du parlement, toutes les normes générales nécessaires, ou au moins certaines normes générales* »³¹. Ce dualisme dans la création des normes juridiques se caractérise en matière pénale par un partage de compétence entre la loi et le règlement dans la détermination des infractions et des sanctions qui leur sont applicables (A). Cependant, aussi bien la loi que le règlement sont soumis à une exigence de qualité³² qui subordonne leur validité en termes de normes répressives appartenant au système juridique (B).

A. La légalité formelle de la norme répressive

Cesare Beccaria attribuait la fonction d'incriminer au pouvoir législatif³³. Mireille Delmas-Marty précise qu'« *incriminer, c'est définir un crime, au sens large d'infraction. Donc à la*

²⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, pp. 120-121.

³⁰ Ibid. p. 121.

³¹ Ibid. p. 231.

³² V. N. Cuzacq, « La qualité de la loi: un oxymore en droit contemporain », RRJ, 2012-1, p. 15 et s.

³³ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 65.

fois nommer et diviser. Nommer une situation, un comportement parfois innomé jusqu'alors. Diviser l'espace social en licite-illicite, et, plus précisément, restreindre l'espace de liberté par un nouvel interdit (ou une nouvelle obligation s'il s'agit d'un délit d'action) »³⁴. Dès lors, il semble logique de constater avec cette dernière que « seule la raison peut fonder une telle limitation de l'espace de liberté. Et la raison ne peut être exprimée que par une loi »³⁵ (1). Cette conception traditionnelle repose sur le postulat que ni le pouvoir exécutif qui dispose de la matière réglementaire, encore moins le pouvoir judiciaire à qui l'on proscrit de rendre des arrêts de règlement³⁶, ne peuvent créer des infractions et des sanctions. L'on sait que cette acception d'origine a connu un assouplissement avec l'élargissement du processus d'élaboration de la norme pénale au pouvoir réglementaire. C'est ainsi qu'au Sénégal, comme en France, si la loi détermine les incriminations graves classées crime ou délit, le règlement énonce et sanctionne les comportements asociaux de gravité moindre relevant de la matière contraventionnelle (2).

1) La diversité de la loi pénale

L'article 67 de la Constitution du Sénégal dispose que « *la loi est votée par l'Assemblée Nationale. La loi fixe les règles concernant (...) la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables, la procédure pénale, l'amnistie, la création de nouveaux ordres de juridictions et le statut des magistrats* ». Dans son sens formel, la loi désigne soit les normes juridiques générales en forme de loi, c'est-à-dire celles qui ont été votées par le parlement et promulguées par le Président de la République et publiées au journal officiel ; soit plus largement tout contenu quelconque qui apparaît en cette forme³⁷.

Au Sénégal, à l'attachement à la loi pénale nationale, un des attributs de la souveraineté étatique³⁸, se combine une volonté d'harmoniser le droit pénal des affaires par le biais de lois

³⁴ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 1986, 1^{ère} ed., « Quadrige », 2004, p. 56.

³⁵ Ibid., p. 57.

³⁶ Art. 1-6 du code de procédure civile issu du décret n° 2001-1151 du 31 décembre 2001 modifiant le code de procédure civile, JO n° 6052 du 22 juin 2002 : « le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Aussi, art. 5 du code civil : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

³⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 231.

³⁸ V. M. Massé, « La souveraineté pénale », RSC 1999, p. 905 ; P. Beauvais, « Les mutations de la souveraineté pénale », *Mélanges en l'Honneur de Robert Badinter*, Dalloz 2016, p. 71.

communautaires qui s'appliquent directement et qui peuvent soulever des difficultés en matière de légalité de la répression³⁹.

Cependant, rappelons que l'article 5 du traité créant l'OHADA⁴⁰ énonce que « *les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale, les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ». Par ailleurs, dans sa décision en date du 16 décembre 1993, le Conseil constitutionnel a précisé qu'aucune des dispositions du Traité de l'OHADA n'est contraire à la Constitution, au motif que dans le préambule de la Constitution, il est déclaré que « *la République du Sénégal ne ménagera aucun effort pour la réalisation de l'unité africaine* »⁴¹. En conséquence, selon le Conseil constitutionnel, « *la réalisation de l'Unité Africaine impliquant nécessairement un abandon de souveraineté de la part des Etats qui participent, le Peuple sénégalais, par cette « décision constitutionnelle », accepte d'accomplir un tel « effort » qu'il s'ensuit qu'un engagement international par lequel le Sénégal consentirait à abandonner sa souveraineté dans ce but, serait conforme à la Constitution, à la condition que cet abandon de souveraineté se fasse sous réserve de réciprocité et dans le respect des Droits de l'Homme et des Peuples, ainsi que des libertés fondamentales, garantis par les dispositions de valeur constitutionnelle* »⁴².

La notion d'incrimination au sens du traité signifie la détermination des éléments constitutifs des infractions avec un renvoi au droit national de chaque Etat membre pour la précision de la sanction applicable⁴³.

³⁹ Sur les dispositions pénales des Actes uniformes, v. N. Diouf, « Actes uniformes et droit pénal des Etats signataires du traité de l'OHADA : la difficile émergence d'un droit communautaire des affaires dans l'espace OHADA », *ohadata* D-05-41 ; N. Diouf, « La place du droit pénal dans le droit communautaire », *Nouvelles annales africaines*, n° 1, 2007, p. 161 ; E. L. Kangambega, « Observation sur les aspects pénaux de l'OHADA », *Penant* 2010, n° 834, p. 312 ; M. Mahouvé, « Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin », *Penant* 2004, n° 846, p. 87 ; H. Tchanchou, A. Akouété, « L'état du droit pénal dans l'espace OHADA », *ERSUMA* 2011, n° spéc., p. 25 ; A. Foko, « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA », *Penant* 2007, n° 859, p. 195 ; E. K. Yao, « Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit pénal des affaires dans l'espace OHADA », *Penant*, 2011, n° 876, p. 292 ; J. A. Ndiaye, « L'OHADA et la problématique de l'harmonisation du droit pénal des affaires : bilan et perspectives d'un modèle de politique criminelle communautaire », *Bull. d'information de la Cour Suprême* n° 3, pp-79-96. Pour un rapprochement avec le droit européen, v. M. Delmas-Marty, « La place d'un droit pénal commun dans la construction européenne », *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF 2001, p. 229.

⁴⁰ Traité relatif à l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires, adopté le 17 octobre 1993 à Port-Louis, publié dans le JO n° 04 du 1^{er} nov. 1997.

⁴¹ Cons. const., 16 déc. 1993, Traité OHADA, déc. n° 12/93-Affaire n° 3/C/93, considérant n° 9, in I. M. FALL (sous. la dir.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Préface du Professeur Babacar Kanté, op. cit., p. 97, obs. A. Sall.

⁴² Cons. const., 16 déc. 1993, Traité OHADA, déc. précitée n° 12/93-Affaire n° 3/C/93, considérant n° 10.

⁴³ H. Tchanchou, A. Akouété, « L'état du droit pénal dans l'espace OHADA », art précité. p. 23.

On retrouve des incriminations dans plusieurs actes uniformes⁴⁴ et principalement dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE)⁴⁵ dont la troisième partie est consacrée aux « dispositions pénales ». Ces incriminations communautaires ne sont pas nécessairement suivies de sanctions édictées par le législateur national⁴⁶.

De surcroît, dans l'hypothèse d'une consécration nationale de sanctions applicables, la révision d'un Acte uniforme n'entraîne pas de facto la modification de la législation nationale subséquente. En atteste la modification de l'Acte uniforme précité relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique en 2014, dont les dispositions pénales modifiées sont toujours soumises aux sanctions prévues par la loi n° 98-22 du 26 mars 1998⁴⁷. Ce manque de corrélation peut susciter la question de l'opportunité du partage de compétence entre incrimination et sanction, attribuée respectivement au législateur supranational et national.

Aux Actes uniformes, il convient de distinguer les lois uniformes qui sont des dispositions nationales d'origine communautaire, et qui visent à transposer à l'identique des projets de lois uniformes adoptés par le Conseil des Ministres de l'Union Monétaire Ouest Africaine

⁴⁴ Acte uniforme portant sur le droit commercial général, JO OHADA n° 23 du 15 fév. 2011 p. 1 et s., entré en vigueur le 15 mai 2011 ; Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, JO OHADA, n° 23 du 15 fév. 2011, p. 1 et s. ; Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, JO OHADA, n° 10 du 20 nov. 2000, p. 1 et s., Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, JO OHADA, n° spécial du 25 sept. 2015, p. 1 et s. ; Acte uniforme portant organisation des sûretés, JO OHADA n° 22 du 15 fév. 2011, p. 1 et s.

⁴⁵ Acte uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, acte adopté le 17 avr. 1997, JO OHADA n° 2 du 1^{er} oct. 1997, acte modifié par l'acte adopté le 30 janv. 2014, JO OHADA n° spécial du 4 fév. 2014, p. 1 et s.

⁴⁶ V. C. Moukala-Moukoko, « Le fondement juridique de la responsabilité pénale du dirigeant social : incidences entre droit pénal interne et droit pénal des affaires OHADA, Ohadata D-15-16 . Sur les 17 États signataires du traité de l'OHADA, 5 États ont adopté des textes répressifs en rapport avec les incriminations spécifiques. Il s'agit du Sénégal (Loi n° 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, JO du 25 avril 1998, p. 303), du Cameroun (Loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA), de la République Centrafricaine (Loi n° 10.001 du 6 janvier 2010 portant code pénal centrafricain, JORCA 2010, éd. spéc., 15 janv. 2010, v. spécialement le titre VI relatif aux infractions en matière commerciale) du Bénin (Loi n° 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin) et du Congo (Loi n° 12-2013 du 28 juin 2013 portant sanctions pénales aux infractions prévues par les Actes uniformes du traité de l'OHADA relatifs au droit commercial général, au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, au droit comptable, au droit des sûretés et au droit des procédures collectives d'apurement du passif).

⁴⁷ Loi n° 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, JO du 25 avril 1998, p. 303.

(UMOA). Les incriminations communautaires relèvent de la matière correctionnelle, domaine qui semble plus enclin à une harmonisation que la matière contraventionnelle qui est du ressort du règlement (2).

2) La singularité du règlement répressif

L'article 76 de la Constitution du Sénégal dispose que « les *matières qui ne sont pas du domaine législatif en vertu de la présente Constitution ont un caractère réglementaire* ». Cette disposition empruntée à l'article 37 de la Constitution française du 4 octobre 1958 consacre la compétence concurrente du pouvoir exécutif dans le processus de création de la norme pénale. En effet, de la combinaison des anciens articles 56 et 65 de la Constitution du 7 mars 1963, et désormais articles 67 et 76 de la Constitution du 7 janvier 2001, il découle que les contraventions sont du domaine réglementaire.

Cependant, l'ancien article 4 du code pénal sénégalais consacrait dans le même temps, comme dans l'ancien article 4 du code pénal français⁴⁸, le monopole de la loi dans la détermination des infractions et sanctions en disposant que « *nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis* ». Si cette dernière disposition était conforme à l'essence primaire du principe de la légalité⁴⁹ en ce sens qu'elle attache toute incrimination et sanction à une définition légale préalable, il convient de relever qu'elle n'a pas été suivie d'effet puisque les contraventions ont été déterminées et réprimées par décret n° 65-557 en date du 21 juillet 1965 portant code des contraventions. Par ailleurs, l'article 4 du code pénal issu de la loi n° 99-05 du 29 janvier 1999⁵⁰ dispose que « *nul crime, nul délit, nulle contravention ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prévues par la loi ou le règlement avant qu'il fussent commis* »⁵¹. La

⁴⁸ L'ancien article 4 du code pénal français était ainsi rédigé : « nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis ».

⁴⁹ Cl. Lombois, *Droit pénal général*, op. cit., p. 13.

⁵⁰ Loi n° 99-05 du 29 janv. 1999 modifiant certaines dispositions du code pénal, JO n° 5847 du 27 fév. 1999, p. 832.

⁵¹ L'exposé des motifs de la loi n° 99-05 du 29 janvier 1999 précise que « Le principe de la légalité selon lequel les incriminations et les peines qui leur sont applicables doivent être prévues par un texte de loi est un principe fondamental du droit pénal, nécessaire au respect des libertés. La nouvelle formulation proposée de l'article 4 du code pénal qui pose ce principe met en évidence les deux sources de la norme répressive (JO du 27 fév. 1999, p. 833 ».

compétence concurrente énoncée dans cette disposition⁵² est assez ambiguë en ce sens qu'elle laisse supposer une confusion du domaine de la loi et du règlement pour toute catégorie d'infraction, aussi bien contraventionnelle que délictuelle ou criminelle. Or, même s'il est admis dans la Constitution une dualité des sources du droit pénal, la loi a une compétence exclusive dans la détermination des crimes et délits au sens restrictif, ainsi que pour la fixation des règles de procédure pénale. Un règlement ne saurait déterminer que des contraventions ainsi que les peines qui leur sont applicables. L'article 4 du code pénal peut poser un problème de compatibilité avec la Constitution. Le risque d'immixtion du pouvoir réglementaire dans le champ législatif n'est pas que théorique. L'exemple du décret 2009-328 du 8 avril 2009 abrogeant et fixant certaines dispositions du décret n° 2002-1032 du 15 octobre 2002 fixant le statut des notaires en est une illustration. En violation de l'article 67 de la Constitution, l'article 27 alinéa 3 de ce décret avait introduit des règles de procédure pénale dérogeant au code de procédure pénale au bénéfice des notaires⁵³, alors que cette compétence relevait du pouvoir législatif.

Concernant le droit pénal de fond, rappelons que le Conseil d'Etat français avait admis la répartition bipartite des compétences entre loi et règlement, en procédant à une interprétation restrictive de la notion de « *crimes et délits* » prévue à l'article 34 de la Constitution française⁵⁴ dans l'arrêt Société Eky, en considérant qu'aucune disposition de la Constitution « *ne prévoit que la matière des contraventions appartient au domaine de la loi* »⁵⁵. Cependant, c'est par une décision rendue en 1973 que le Conseil constitutionnel français précisera que « *la détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables est du domaine réglementaire lorsque lesdites peines ne comportent pas de mesures privatives de liberté* »⁵⁶. Le code pénal français de 1994 intégrera ces considérations en procédant à une

⁵² Loi n° 99-05 du 29 janvier 1999 modifiant certaines dispositions du code pénal, loi précitée. Dans l'exposé des motifs, le législateur précise que « le texte antérieur était incomplet car il n'incluait pas les infractions et peines prévues par voie de règlement, prérogative de création de normes pénales dont dispose pourtant le Pouvoir exécutif » (JO du 27 fév. 1999, p. 833).

⁵³ Art. 27, al. 3 du Décret n° 2009-328 du 8 avril 2009 abrogeant et modifiant certaines dispositions du décret n° 2002-1032 du 15 octobre 2002 fixant le statut des notaires « Le notaire ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé en matière pénale, à raison d'actes ou faits commis à l'occasion de l'exercice de ses fonctions professionnelles, sauf le cas de flagrant délit ou de crime flagrant, qu'avec l'autorisation du Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, après avis de la Chambre disciplinaire prévue par l'article 106 ci-dessous ».

⁵⁴ Article 67 de la Constitution du Sénégal.

⁵⁵ CE, 12 fév. 1960, Société Eky, D., 1960, 263, note l'Huillier ; Dans le même sens, Cons. constit., 19 févr. 1963, D., 1964, 92, note L. Hamon.

⁵⁶ Cons. constit., 28 nov. 1973, D. 1974, 269.

répartition des compétences de la loi et du règlement⁵⁷ qui repose sur l'exclusion de la peine d'emprisonnement du domaine contraventionnel⁵⁸, et la fixation par la loi du montant des amendes correspondant aux cinq classes de contravention⁵⁹. Cette rétrocession de compétence confirme « *le caractère déplacé des peines privatives de liberté dans le domaine réglementaire, pour entraver dans ses fondements le principe même de la légalité pénale* »⁶⁰.

En droit positif sénégalais, la peine d'emprisonnement contraventionnel est toujours en vigueur, et elle est comprise entre un (1) et trente (30) jours⁶¹. Même si elle est de courte durée, une peine restrictive de liberté - qui réprime une incrimination prévue par le pouvoir exécutif - assouplit la quintessence du principe de la légalité dont le but est de préserver « *un enjeu de liberté, avec ce que cela implique de réserve quant à la possibilité de se satisfaire d'une compétence répressive entre les mains de l'autorité exécutive* »⁶². Il serait donc préférable de confier toute restriction de liberté à la loi qui devra présenter des garanties de qualité (B).

B. La légalité matérielle de la norme répressive

Puisqu'il vise à préserver la liberté, le principe de la légalité suppose que tout justiciable puisse connaître à l'avance le comportement actif ou passif incriminé, ainsi que la sanction encourue. La légalité implique une exigence de clarté, de précision et d'accessibilité de la loi, qui vise à garantir la prévisibilité de la répression⁶³. Comme le précisaient déjà Adolphe Chauveau et Fautin Hélie, « *les devoirs que le législateur prescrit doivent être tracés avec clarté par des lois vivantes, dans des textes précis et accessibles à tous les esprits. Toute incertitude sur la force obligatoire de la loi pénale, toute ambiguïté dans ses dispositions doivent se résoudre en faveur du prévenu, car une prohibition indéfinie et douteuse n'est point*

⁵⁷ Art. 111-2 du CP français : « La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les dispositions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants ».

⁵⁸ Décret n° 93-726 du 29 mars 1993, portant réforme du code pénal et modifiant certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale, JORF n° 75 du 30 mars 1993, p. 5569 ; Rect., JORF n° 0048 du 26 février 1994, p. 3200.

⁵⁹ Art. 131-13 du CP français.

⁶⁰ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., p. 73.

⁶¹ Art. 2 Code des contraventions.

⁶² Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., p. 73.

⁶³ F. Palazzo, « Précision de la loi pénale et certitude de la peine: principes et expériences », *Mélanges en l'honneur de Géneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz 2016, p. 633.

une raison suffisante de s'abstenir. C'est au législateur à se faire comprendre, s'il veut être obéi »⁶⁴.

La Cour européenne des droits de l'Homme a systématisé cette doctrine dans une jurisprudence constante sur le fondement de l'article 7 de la Convention EDH en considérant que « *la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale* »⁶⁵. Aussi bien le Conseil constitutionnel français⁶⁶ que la Cour de cassation⁶⁷ indiquent que le législateur est tenu de définir les éléments constitutifs des infractions en des termes clairs et précis. Il n'est donc pas inutile de s'intéresser à la pratique sénégalaise de la légalité matérielle (1).

1) La légalité matérielle dans la législation nationale

Au Sénégal, la jurisprudence sur le contentieux de la légalité n'est pas abondante. Or, il existe des incriminations qui posent des difficultés de clarté et de précision. Sans vouloir dresser une liste exhaustive, il convient d'en relever quelques exemples significatifs.

L'article 254 du code pénal dispose que « *l'offense au Président de la République par l'un des moyens énoncés dans l'article 248 est punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 100 000 à 1 500 000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement* ». L'alinéa 2 de la même disposition précise que « *les peines prévues à l'alinéa précédent sont applicables à l'offense à la personne qui exerce tout ou partie des prérogatives du Président de la République* ». Le renvoi à l'article 248 du même code est relatif à la publicité de l'offense par tous moyens de diffusion publique, à savoir « *la radiodiffusion, la télévision, le*

⁶⁴ A. Chauveau, F. Hélie, *Théorie du code pénal*, T. 1, 5^e éd., op. cit., p. 42.

⁶⁵ CEDH, 17 mars 2009, Ely Ould dah c/ France, req. n° 13113/03, RSC 2009, p. 659, obs. D. Roets; D. 2009, p. 1573, note Renucci. V. aussi F. Sudre, « Le principe de la légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », Rev. pénit., 2001, p. 357 et s. P. Beauvais, « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des Cours européennes », Arch. pol. crim. 2007/1, p. 3-18.

⁶⁶ Cons. const. , 18 janv. 1985, n° 84-183 DC. V. B. De Lamy, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Cah. Cons. const. 2009, n° 26.

⁶⁷ Cass. crim., 20 fév. 2001, pourvoi n° 98-84846 « La Cour d'appel énonce que « la possibilité pour chacun d'apprécier par avance la légalité de son comportement touchant, comme en l'espèce, à l'exercice de libertés essentielles, implique une formulation particulièrement rigoureuse des incriminations et ne saurait résulter que de définitions légales claires et précises » (...) la cour d'appel a justifié sa décision ».

cinéma, la presse, l'affichage, l'exposition, la distribution d'écrits ou d'images de toutes natures, les discours, chants, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, et généralement tout procédé technique destiné à atteindre le public ». Or, force est de constater que la notion « d'offense » est imprécise et elle introduit une subjectivité élastique dans la détermination de chaque élément constitutif de cette infraction. Par ailleurs, faut-il distinguer le Président de la République pris en sa qualité d'institution, du citoyen qui exerce les fonctions de Président de la République ?

Au titre des imprécisions de la norme pénale, rappelons que l'ancien article 320 du code pénal réprimait le viol sans définir les éléments constitutifs, en disposant que « quiconque aura commis un viol sera puni d'un emprisonnement de cinq à dix ans ». Ce n'est qu'en 1999 que le législateur sénégalais a adopté une définition du viol⁶⁸ empruntée à l'article 222-23 du code pénal français.

Aussi, l'article 330 du code pénal actuellement en vigueur dispose que « l'époux convaincu d'adultère sera puni d'une amende de 20 000 à 100 000 francs », sans pour autant préciser les éléments constitutifs de cette infraction. Seulement, l'alinéa 2 de l'article 329 du même code précise au préalable que « toutefois, pour les maris polygames, les usages tolérés par la coutume ne sauraient en eux-mêmes constituer l'adultère ». Dès lors, se pose la question de savoir quels sont « les usages tolérés par la coutume ». Au delà du dépassement de cette incrimination par l'évolution des mœurs, le manque de clarté et de précision dont elle fait l'objet est assez préoccupant.

Dans le même sillage, il importe de relever l'article 234 du code pénal qui prévoit et réprime « quiconque (...) se sera livré à des pratiques de sorcellerie, magie, ou charlatanisme susceptibles de troubler l'ordre public et porter atteinte aux personnes ou à la propriété ». Les termes « sorcellerie, magie ou charlatanisme » ne sont pas définis par le législateur⁶⁹.

Aussi, l'article 279-8 du code pénal dispose que « *les comportements visés aux articles 279-1 à 279-7 du présent code sont punissables alors même qu'il n'existerait pas un acte terroriste commis ou tenté, dès lors qu'un acte matériel tendant à les réaliser est entrepris* ».

⁶⁸ Loi n° 99-05 du 29 janv. 1999 modifiant certaines dispositions du code pénal, loi précitée, p. 832 et s.

⁶⁹ F. Dieng, « Le principe de la légalité en droit pénal à l'épreuve du mysticisme », *Nouvelles annales africaines*, 2007, p. 137.

Puisqu'une partie des incriminations visées sont des actes préparatoires érigés en infraction⁷⁰ autonome, cette disposition consacre la « répression d'actes préparatoires aux actes préparatoires »⁷¹. Faut-il le préciser, avec la réforme du code pénal et du code de procédure pénale de 2016⁷², le législateur sénégalais a introduit un droit d'exception qui s'inscrit dans la théorie du droit pénal de l'ennemi promue par Günther Jakobs⁷³.

Ce droit pénal d'exception est par essence prospectif⁷⁴ et se concilie difficilement avec le principe de la légalité. En effet, le fait de réprimer un comportement alors même qu'il n'est ni consommé, ni tenté, revient à sanctionner des comportements équivoques, même si l'existence de cette infraction est assujettie à un acte matériel tendant à réaliser un acte préparatoire. De surcroît, comme l'indique le Professeur Christine Lazerges, « l'incrimination d'actes préparatoires s'appuie nécessairement sur un élément matériel et un élément moral équivoques, ce qui révèle un affaïssement voire un écroulement du principe de la légalité »⁷⁵.

2) La légalité matérielle dans la législation pénale du droit de l'OHADA

Au plan communautaire, l'exigence de prévisibilité est également affaiblie par la technique de l'incrimination par renvoi, en raison de l'imprécision qui affecte la norme d'origine sur le sens et la portée de l'application de la norme finale. « Il y a renvoi quand une norme se réfère ou invite à se reporter à une autre norme, la consultation des deux textes étant nécessaire à l'achèvement de la règle de droit, à la parfaite compréhension de son objet ou de ses conséquences »⁷⁶. Cette technique permet de faire concourir le droit communautaire et le droit

⁷⁰ Par exemple, « le recrutement de personnes pour faire partie d'un groupe ou pour participer à la commission d'un acte terroriste » (art. 279-2 du CP) ; « l'entente, l'organisation ou la préparation d'actes terroristes » (Art. 279-5 du CP).

⁷¹ C. Lazerges, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », RSC 2016, p. 649.

⁷² Loi n° 2016-29 du 8 novembre 2016 modifiant la loi n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal, JO n° 6975 du 25 nov. 2016, p. 1613 ; Loi n° 2016-30 du 8 novembre 2016 modifiant la loi n° 65-61 du 21 juillet 1965 portant code de procédure pénale, JO n° 6976 du 26 nov. 2016, p. 1626.

⁷³ Pour un aperçu rapide de cette théorie v. G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », RSC 2009, p. 7.

⁷⁴ Loi n° 2016-30 du 8 novembre 2016 modifiant la loi n° 65-61 du 21 juillet 1965 portant code de procédure pénale, loi précitée. L'exposé des motifs de cette loi évoque « la mise en place d'institutions destinées à prévenir les actes terroristes ».

⁷⁵ C. Lazerges, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », art. précité, p. 649.

⁷⁶ A. Giudicelli, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », art. précité, §. 13.

interne dans le même processus de répression de l'ordre juridique d'un État membre⁷⁷. Le texte communautaire définit le comportement incriminé et le texte interne instaure la sanction applicable.

La pénalité par renvoi en droit pénal de l'OHADA se matérialise sous deux formes : le renvoi à un texte existant et le renvoi à des textes à créer⁷⁸. Si ce dernier procédé ne pose pas de difficultés majeures, il en est autrement de la référence à un texte existant. En effet, dans ce cas, comme le souligne le Professeur Ndiaw Diouf, « il est parfois impossible de déterminer avec précision la norme de sanction »⁷⁹.

A titre d'exemple, on peut citer l'ancien article 244 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui disposait : « *est puni des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque Etat-partie pour les infractions commises au préjudice d'un incapable, le créancier qui a :*

- *stipulé avec le débiteur ou avec toutes personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de masse ;*
- *fait un traité particulier duquel il résulterait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du débiteur à partir du jour de la décision d'ouverture de la procédure collective ».*

L'imprécision de ce renvoi se caractérisait en droit sénégalais, par la distinction de l'exposition et du délaissement d'un enfant ou d'un incapable en un lieu solitaire ou non solitaire. Ces faits sont respectivement punis, d'une part, d'un an à trois ans d'emprisonnement et de 20 000 à 200 000 francs⁸⁰, et d'autre part, de trois mois à un an d'emprisonnement et de 20 000 à 200 000 francs⁸¹. Ces deux catégories d'infractions simples peuvent être affectées d'un dol aggravé⁸². Dès lors, l'exigence de prévisibilité trouvait une

⁷⁷ Pour une comparaison avec le droit européen, v. P. Beauvais, *Le principe de la légalité dans le droit de l'Union européenne*, Thèse, Université Paris-Nanterre, 2006 ; v aussi C. Raynouard, « Effet positif du droit communautaire sur le droit pénal interne et technique d'incrimination par renvoi aux règlements communautaires », LPA , 6 oct. 2004, p. 47.

⁷⁸ N. Diouf, « La place du droit pénal dans le droit communautaire », art. précité, p. 173 et s. ; J. A. Ndiaye, « L'OHADA et la problématique de l'harmonisation du droit pénal des affaires : bilan et perspectives d'un modèle de politique criminelle communautaire », art. précité, p. 83.

⁷⁹ N. Diouf, « La place du droit pénal dans le droit communautaire », art. précité, p. 175.

⁸⁰ Art. 341 du CP.

⁸¹ Art. 344 du CP.

⁸² Art. 342, 343, 345 du CP.

certaine entorse à l'origine de critiques de la doctrine⁸³ qui ont été prises en compte lors de la révision du texte par le législateur OHADA en 2015.

S'agissant du renvoi à un texte à créer, un problème de légalité peut surgir en cas de modification des incriminations d'un Acte uniforme, dès lors que le législateur national manque de réactivité en vue d'adapter les sanctions antérieures aux dispositions modifiées. Il en est ainsi de l'Acte Uniforme modifié relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique entré en vigueur le 5 mai 2014. Ce texte a créé de nouvelles incriminations qui, bien évidemment, ne figuraient pas dans la loi sénégalaise de 1998 relative aux sanctions applicables aux dispositions pénales de cet Acte uniforme. A titre d'exemple, on peut citer le non-dépôt des états financiers annuels de synthèse au registre du commerce et du crédit mobilier⁸⁴, l'absence de publicité de la société sur les actes et documents⁸⁵, de même que l'apport ou la radiation de la succursale d'une société ou d'une personne physique étrangère⁸⁶, le non établissement des procès-verbaux d'assemblées générales⁸⁷, ainsi que l'émission des parts sociales d'une SARL sans libération de la moitié de leur valeur nominale⁸⁸. Toutes ces nouvelles incriminations ne sont pas assorties de sanctions en raison de l'absence de modification subséquente de la loi de 1998. Le désordre qui découle de cette absence de concordance entre incrimination et sanction apparaît mieux si l'on sait que la sanction prévue à l'article 7 de la loi précitée concerne l'ancienne incrimination de l'article 892 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, actuellement prévue à l'article 891-3 de cet Acte uniforme modifié. Cette modification de numérotation suscite un problème de cohérence avec la loi de 1998. A l'imprécision de la sanction applicable, s'ajoute le risque d'inexistence de l'infraction de référence dans le droit national⁸⁹.

En définitive, la pénalité par renvoi peut poser des difficultés par rapport au principe de la légalité. Ce nonobstant, en matière d'harmonisation de sanctions pénales, la souveraineté

⁸³ N. Diouf, « La place du droit pénal dans le droit communautaire », art. précité, p. 175; E. K. Yao, « Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit pénal des affaires dans l'espace OHADA », art. précité, p. 313.

⁸⁴ Art. 890-1 AUSCGIE.

⁸⁵ Art. 891-1 AUSCGIE.

⁸⁶ Art. 891-2 AUSGIE.

⁸⁷ Art. 892 AUSCGIE.

⁸⁸ Art. 893-1 AUSCGIE.

⁸⁹ C'est l'exemple de l'ancien article 243 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives qui a été modifié également pour remédier à ce problème de corrélation avec une norme de référence.

étatique ne laisse qu'une marge de manœuvre assez réduite. Ainsi, le renvoi du droit communautaire à un texte à créer par le législateur national semble plus respectueux du principe de la légalité qu'un renvoi approximatif à un texte existant. En tout état, à l'égard du législateur, le principe présente un certain affaiblissement qui requiert un rééquilibrage dans la mise en œuvre de la loi pénale (II).

II. La légalité dans l'application de la norme répressive

Le principe de la légalité implique une appartenance de la norme répressive au système juridique en vigueur. La certitude de ce lien systémique s'acquiert par un contrôle de la qualité de la norme. Ce type de contrôle traduit d'une part, « le triomphe du normativisme juridique »⁹⁰ par la soumission de l'Etat au droit ; d'autre part, elle apparaît comme un processus de constitutionnalisation du droit pénal⁹¹ marqué par l'interventionnisme externe du juge dans le processus de fabrication de la norme pénale (A).

Certes le principe de la légalité implique que le juge pénal s'abstienne de s'improviser en législateur par une interprétation extensive de la norme pénale, mais il convient de relever que du point de vue du positivisme juridique, toute application d'une loi est source de création d'une norme individuelle⁹². « *Le juge pénal peut au moins apprécier si l'infraction a réellement été commise et choisir une peine entre un minimum et un maximum* »⁹³. A ce titre, le principe de la légalité ne s'oppose pas au pouvoir créateur du juge, dès lors qu'il intervient dans les limites d'une interprétation restrictive ou stricte de la norme pénale, mais aussi extensive lorsqu'une telle interprétation est favorable au mis en cause (B).

A. La légalité qualitative de la norme applicable

Dans la continuité de la tradition de la pyramide Kelsenienne des normes, le système juridique sénégalais, à l'image du système français, n'est pas « *un système de normes juridiques placées*

⁹⁰ A. Giudicelli, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », art. précité, §. 22.

⁹¹ V. L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale- vers un droit constitutionnel pénal », *Mélanges A. Vitu*, Cujas, 1989, p. 169 et s ; L. Philip, « La constitutionnalisation du droit pénal français », RSC, 1985, p. 529.

⁹² M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF 2003, p. 93.

⁹³ *Ibid.*, p. 93.

toutes au même rang »⁹⁴, mais un système qui obéit au principe hiérarchique, c'est à dire « certaines prescriptions doivent être considérées comme des normes en raison de leurs rapports à d'autres normes, qui sont alors dites supérieures »⁹⁵. Le contrôle de la qualité de la norme permet de garantir l'appartenance d'une règle de conduite au système juridique. A côté du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité, il importe de relever le contrôle de la légalité des actes administratifs. Au regard du principe de la légalité, ces divers contrôles relèvent d'une certaine singularité en ce sens que la répression doit être sujette à l'existence préalable d'un texte valide.

1) La validité intrinsèque de la norme pénale

Quelle est la signification du terme validité en théorie générale du droit ? Sans vouloir présenter une analyse exhaustive de la notion de validité dans la doctrine positiviste, il ne semble pas incongru de s'arrêter sur la position de tenants de la pensée.

La validité d'une norme, selon Hans Kelsen, « ne peut avoir comme fondement que la validité d'une autre norme. En sens figuré, on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle »⁹⁶. Ainsi, la norme dernière et suprême qui permet d'identifier la Constitution comme norme juridique, une norme valide, est ce que Kelsen nomme la norme fondamentale. Elle est supposée mais elle n'est pas posée, donc elle ne fait pas partie du droit positif⁹⁷.

A la différence de Hans Kelsen, Herbert Hart fait reposer pour sa part la validité, c'est à dire « l'existence ou l'appartenance d'une règle à un système »⁹⁸, en fonction de la règle de reconnaissance qui découle de la pratique effective des tribunaux et des autres autorités officielles. Cette règle de reconnaissance n'est pas présumée, mais reflète une pratique sociale.

⁹⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 224.

⁹⁵ M. Troper, *La philosophie du droit*, op. cit., pp. 77-78.

⁹⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 193.

⁹⁷ Ibid. p. 194.

⁹⁸ M. Troper, *La philosophie du droit*, op. cit., p. 53

Dans ses travaux sur le juspositivisme, Uberto Scarpelli apporte une synthèse de ces conceptions en considérant que « *la validité d'une norme signifie que cette norme satisfait aux normes qui règlent l'appartenance des normes au système, ce qui lui permet d'être reconnue comme existante dans le système où elle doit remplir sa fonction spécifique* »⁹⁹.

S'agissant des critères de validité juridique auxquels les normes doivent se conformer au sein d'un système, Hans Kelsen distingue le système statique du système dynamique. Dans le premier, l'appartenance d'une norme au système juridique dépend de son contenu. Dans le second, cette appartenance au système dépend du mode de production de celle-ci. En tout état, il importe de constater que la « validité obéit »¹⁰⁰ aussi bien au principe statique qu'au principe dynamique. A ce propos, Michel Troper précise que « *lorsque les tribunaux contrôlent la validité d'une norme, ils ne recherchent pas seulement si elle a été produite par une autorité compétente selon la procédure prescrite. Ils examinent aussi son contenu et ils annulent la norme si son contenu est contraire à celui d'une norme supérieure* »¹⁰¹.

2) Le contrôle de la validité de la norme pénale par l'autorité judiciaire

Au Sénégal, le Conseil constitutionnel est chargé aussi bien du contrôle de la validité des lois et des engagements internationaux par rapport à la Constitution, que du contrôle du caractère réglementaire des dispositions de forme législative¹⁰². Le contrôle de constitutionnalité peut s'effectuer a priori, ou a posteriori depuis 1992, par le biais d'une exception d'inconstitutionnalité¹⁰³ ayant une équivalence en droit positif français, avec la question prioritaire de constitutionnalité entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010¹⁰⁴. La jurisprudence constitutionnelle relative à la matière pénale est assez réduite en raison des saisines rares. La

⁹⁹ U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, LGDJ, 1996, p. 55, p. 39.

¹⁰⁰ M. Troper, *La philosophie du droit*, op. cit., p. 81.

¹⁰¹ Ibid. p. 81.

¹⁰² Art. 1, Loi organique n° 92-23 du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel, JO n° 5469 du 1^{er} juin 1992, pp. 240-242.

¹⁰³ Art. 20 modifié, loi organique n° 99-71 du 17 fév. 1999 modifiant la loi n° 92-23 du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel. Ce texte a été récemment modifié par la loi organique n° 2016-23 du 14 juil. 2016 relative au Conseil constitutionnel, JO n° 6946 du 15 juil. 2016, qui élargit le domaine de l'exception d'inconstitutionnalité à la Cour d'appel (Art. 22). A l'origine, elle n'était ouverte que devant la Cour suprême.

¹⁰⁴ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juil. 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, JORF n° 0171 du 24 juil 2008, p. 11890 ; complétés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF, 11 déc. 2009, p. 21379. Art. 20, Loi organique n° 99-71 du 17 fév. 1999 modifiant la loi n° 92-23 du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel. Ce texte a été modifié par la loi organique n° 2016-23 du 14 juil. 2016 relative au Conseil constitutionnel, JO n° 6946 du 15 juil. 2016.

saisine du Conseil constitutionnel par la voie de l'action est réservée au Président de la République et à un nombre de députés au moins égal au dixième des membres de l'assemblée nationale¹⁰⁵. Cette dernière forme de saisine ne s'exerce qu'occasionnellement, en fonction des répercussions politiques d'une loi. A ce titre, il n'est pas exagéré de relever que « *l'opposition parlementaire a tendance à ne saisir le Conseil constitutionnel que pour des lois ayant un enjeu politique considérable* »¹⁰⁶.

Le code pénal et le code de procédure pénale du Sénégal ont fait l'objet de plusieurs modifications majeures récentes¹⁰⁷ sans aucun contrôle de constitutionnalité¹⁰⁸. Or, avec l'adoption de la loi n°01/2005 du 7 janvier 2005 portant loi d'amnistie¹⁰⁹ ou loi EZZAN, le Conseil a été saisi par deux requêtes successives¹¹⁰ de l'opposition parlementaire.

Dans sa décision en date du 12 février 2005, le Conseil constitutionnel s'est contenté de préciser « *que ni la Constitution ni aucune norme de valeur constitutionnelle ne limitent le pouvoir du législateur d'amnistier des catégories quelconques d'infractions qu'elles soient punies de peines criminelles, correctionnelles ou contraventionnelles, ni des faits déjà amnistiés sous réserve du respect du principe de l'intangibilité des droits acquis* »¹¹¹. Bien

¹⁰⁵ Art. 74 de la Constitution.

¹⁰⁶ I. M. FALL, « Introduction », in I. M. FALL (sous. la dir.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Préface du Professeur Babacar Kanté, CREDILA, 2008, p. 27.

¹⁰⁷ Sans être exhaustif, on peut relever les lois suivantes : Loi n° 2017-22 du 22 mai 2017 modifiant la loi n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal, JO n° 7020 du 15 juin 2017 ; Loi n° 2016-29 du 8 nov. 2016 modifiant la loi n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal, JO n° 6975 du 25 nov. 2016, p. 1613 ; Loi n° 2014-27 du 3 nov. 2014 modifiant la loi n° 65-60 du 21 juil. 1965 portant code pénal, JO n° 6818 du 10 nov. 2014, p. 1359 ; Loi n° 2008-11 du 25 janv. 2008 portant sur la cybercriminalité, JO n° 6406 du 3 mai 2008 ; Loi n° 2007-01 du 12 fév. 2007 modifiant le code pénal, JO n° 6332 du 10 mars 2007, p. 2375 ; Loi n° 2007-02 du 12 fév. 2007 modifiant le code pénal, JO n° 6332 du 10 mars 2007, p. 2377 ; Loi n° 2004-20 en date du 21 juil. 2004 portant loi d'Amnistie (événements de la Casamance), JO n° 6181 du 11 sept. 2004 ; Loi n° 99-05 du 29 janv. 1999 modifiant certaines dispositions du code pénal, JO n° 5847 du 27 fév. 1999, p. 832.

¹⁰⁸ Toutefois, l'art. 29 de loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008 portant création de la Cour suprême, JO n° 6420 du 8 août 2008, prévoit que « la Cour suprême, réunie en assemblée générale consultative, donne au gouvernement un avis motivé sur les projets de loi et projets de décret soumis à son examen ». A ce titre « la Cour suprême donne un avis motivé sur la légalité des dispositions sur lesquelles elle est consultée ». La légalité des projets de lois serait appréciée à cette occasion.

¹⁰⁹ La loi votée a été publiée après la décision du Conseil constitutionnel sous la référence suivante: loi n° 2005-05 du 17 fév. 2005 portant loi d'amnistie, JO n° 6206 du 17 fév. 2005.

¹¹⁰ Req. n° 1/C/2005 et 2/C/2005 en date des 12 et 13 janv. 2005. Parmi les griefs formulés par les requérants, on peut relever notamment la violation du Préambule de la Constitution et précisément les articles 7 et 8 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen.

¹¹¹ Cons. const., 12 fév. 2005, Loi d'amnistie, déc. n° 91/2005, affaire n° 1/C/2005, considérant n° 4, JO n° 6206 du 17 fév. 2005 ; in I. M. FALL (sous. la dir.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Préface du Professeur Babacar Kanté, op. cit., p. 474, obs. A. Dièye.

que non relevé, le principe de la légalité apparaît à travers la notion de droits acquis par le truchement du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale.

En matière pénale, la saisine du Conseil constitutionnel par le Président de la République est également rare. Cependant, au titre d'une telle saisine, la décision du Conseil constitutionnel relative à la conformité du traité de l'OHADA à la Constitution présente un intérêt particulier au regard du principe de la légalité, en ce sens que la haute juridiction fournit la justification de la légalité des incriminations contenues dans les actes uniformes de l'OHADA¹¹².

Le contrôle de la qualité de la loi par la voie de l'exception n'a pas non plus fait l'objet d'une jurisprudence abondante. D'ailleurs, ce n'est qu'à partir de 1995 que les premières exceptions d'inconstitutionnalité ont été relevées sans un succès réel¹¹³. Par la suite, l'institution a connu une période de veille avant un renouveau en fin 2012 dans l'affaire des douaniers grévistes¹¹⁴, puis en 2014 dans l'affaire politico-financière très médiatisée d'un ancien ministre d'Etat du Sénégal¹¹⁵.

Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel a brillé par une certaine hésitation devant des difficultés de mise en œuvre de principes qui gouvernent la procédure pénale. En effet, le Conseil a relevé que les dispositions de la loi contestée qui sont relatives à l'exercice du droit de recours « *ne semblent pas être en adéquation formelle avec le principe du double degré de juridiction, en vertu duquel tout justiciable a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la décision qui lui fait grief* »¹¹⁶. Cependant, se réfugiant derrière le pouvoir souverain du législateur dans la limite de l'exercice des droits de la défense et la nature de la juridiction en cause, le Conseil constitutionnel considérera que « *l'absence de double degré de juridiction n'est pas, dès lors, nécessairement contraire à la Constitution* »¹¹⁷.

¹¹² Cons. const., 16 déc. 1993, Traité OHADA, déc. précitée n° 12/93-Affaire n° 3/C/93, considérant n° 10.

¹¹³ Cons. const., 13 fév. 1995, déc. n° 16/95-Affaire n° 1/C/95, *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Préface du Professeur Babacar Kanté, op. cit., p. 121, obs. I. M. Fall ; Cons. const. 19 juin 1995, déc. n° 18/95-Affaire n° 3/C/95, *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Préface du Professeur Babacar Kanté, op. cit., p. 129, obs. A. Dieye.

¹¹⁴ Cons. const., 6 déc. 2012, Ndiaga Soumaré, déc. n° 2/C/2012, JO n° 6722 du 6 avril 2013 ; Cons. const., 18 juil. 2013, Pape Djigdiam Diop, déc. n° 2/C/2013, JO n° 6742 du 3 août 2013.

¹¹⁵ Cons. const., 3 mars 2014, déc. n° 1/C/2014, affaire Karim Meissa Wade.

¹¹⁶ Considérant n° 15.

¹¹⁷ Considérant n° 23.

Le Conseil constitutionnel était également interpellé sur la conformité à la Constitution de l'article 3 de la loi 81-53 du 10 juillet 1981 relative à la répression de l'enrichissement illicite¹¹⁸. Cette disposition était querellée sur le terrain de la présomption d'innocence en ce qu'elle opère un renversement de la charge de la preuve. Pour la déclarer conforme à la Constitution, le Conseil a considéré que *« la présomption d'innocence est préservée dès l'instant que la personne poursuivie n'est ni détenue arbitrairement, ni condamnée définitivement ; qu'elle a la possibilité de se défendre, d'apporter la preuve contraire, par tous moyens, des faits qui lui sont reprochés, et de se faire assister depuis la phase d'instruction jusqu'à la juridiction de jugement »*¹¹⁹.

La Cour constitutionnelle du Niger a eu l'occasion de se prononcer sur une exception d'inconstitutionnalité soulevée également devant la Cour suprême de cet Etat, et portant sur des dispositions similaires à l'article 163 bis du code pénal sénégalais, consacrées par les articles 4 et 5 de l'ordonnance n° 92-024 du 18 juin 1992 portant répression de l'enrichissement illicite¹²⁰. La requête se fondait également sur l'atteinte portée à la présomption d'innocence, en ce que la loi consacre un renversement de la charge de la preuve. Dans sa décision en date du 20 novembre 2008, la Cour constitutionnelle a considéré que la disposition attaquée, *« de par les obligations qu'il met à la charge de la personne incriminée et les conséquences qu'en tire l'article 5 alinéa 1 en cas de manquement, astreint celle-ci à concourir à l'accusation ; que le droit pour l'accusé de ne pas s'incriminer est un corollaire des droits de la défense (...) que les droits de la défense n'étant pas garantis, le législateur ne pouvait déroger à la présomption d'innocence »*¹²¹. La clarté de ce raisonnement contraste avec la pusillanimité du Conseil constitutionnel du Sénégal qui semble laisser le soin au législateur de modifier ou de supprimer cette incrimination.

En tout état, jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel en date du 2 mars 2015¹²², il apparaît qu'aucun contrôle a posteriori de la conformité d'une loi à la Constitution n'a donné lieu à une invalidation d'un texte, contrairement au contrôle de la conventionnalité des lois ayant donné lieu à un début de jurisprudence prometteur au regard du principe de la légalité.

¹¹⁸ Loi n° 81-53 du 10 juil. 1981 relative à la répression de l'enrichissement illicite, JO n° 4846 du 24 juillet 1986, p. 713-714. V. article 163 bis du CP.

¹¹⁹ Considérant n° 31.

¹²⁰ JO spécial n° 01 du 18 juin 1992.

¹²¹ Cour const. Niger, 20 nov. 2008, arrêt n° 07/08/CC/MC.

¹²² Cons. const., 2 mars 2015, déc. n° 1/C/2015, JO n° 6848 du 9 mai 2015.

Le contrôle de la conventionnalité s'exerce au Sénégal en vertu de l'article 98 de la Constitution qui dispose que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Dans sa décision relative à la loi portant amnistie ou loi EZZAN, le Conseil constitutionnel avait déclaré son incompetence pour apprécier la conformité de la loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international en vertu de l'article 74 de la Constitution¹²³. Ce pouvoir de contrôler la légalité d'une loi au regard d'un traité ou d'un accord international, est donc revenu au juge pénal qui l'exerce par la voie de l'exception.

Ainsi, dans un arrêt en date du 22 septembre 2015¹²⁴, la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar a eu l'occasion de se prononcer sur la conformité de l'article 55 in fine du code de procédure pénale, qui fixe le droit à l'assistance d'un avocat dans le cadre d'une garde à vue de droit commun à partir de la 48^e heure, par rapport à l'article 5 du Règlement n° 05/CM/UEMOA¹²⁵ relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'avocat dans l'espace UEMOA. En déclarant directement applicable le Règlement précité, la Chambre d'accusation a considéré que « (...) *l'article 55 in fine dudit code qui, inapplicable dorénavant en matière d'enquête préliminaire, demeure en vigueur en matière de flagrance* »¹²⁶.

La loi n° 2016-30 du 8 novembre 2016 modifiant la loi n° 65-61 du 21 juillet 1965 portant code de procédure pénale, précise que « *l'officier de police judiciaire informe la personne interpellée de son droit de constituer conseil parmi les avocats inscrits au tableau ou admis en stage* ». Force est de constater que cette nouvelle disposition censée corriger le problème de légalité de la garde à vue de droit commun se situe parmi les droits à notifier après la prorogation de la garde à vue. Ainsi, le législateur a remplacé simplement les termes « *la*

¹²³ Cons. const., 12 fév. 2005, décision n° 91/2005, affaire n° 1/C/2005, in I. M. FALL (sous. la dir.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Préface du Professeur Babacar Kanté, op. cit., p. 473. Cette décision a pour équivalence celle du Conseil constitutionnel français en date du 15 janvier 1975, D. 1975, p. 529.

¹²⁴ CA, 22 septembre 2015, arrêt n° 249, affaire Thione Seck.

¹²⁵ Règlement en date du 25 septembre 2014 à Lomé, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

¹²⁶ On remarquera que dans sa décision précitée en date du 3 mars 2014 qui intervient avant l'entrée en vigueur du Règlement susvisé, le Conseil constitutionnel avait décidé que « *si la présence d'avocat au niveau de l'enquête préliminaire peut s'avérer utile, son absence ne constitue pas pour autant une violation des droits de la défense, dès l'instant que la personne poursuivie est assistée à toutes les autres phases de la procédure* ».

personne gardée à vue » de l'ancien texte par les vocables « *la personne interpellée* ». Or, dans le projet de loi initial, l'alinéa 10 de l'article 55 précisait que « *l'officier de police judiciaire notifie à la personne gardée à vue, dès la prise de la mesure, son droit de constituer conseil parmi les avocats inscrits au tableau ou admis en stage* »¹²⁷. Ainsi, la suppression de la notification du droit de constituer avocat « *dès le début de la garde à vue* » est un recul assez regrettable en ce sens que le texte publié n'est pas assez précis.

L'exercice par le juge pénal de la plénitude de ses prérogatives en matière de contrôle de la qualité de la loi se manifeste également en matière de contrôle de la légalité des actes administratifs. En effet, le pouvoir du juge pénal à apprécier la légalité des actes administratifs apparaît à travers la loi n°65-557 du 21 juillet 1965 portant code des contraventions qui réprime à l'article 8 « *ceux qui auront contrevenu aux décrets et arrêtés légalement faits par l'autorité administrative ou aux arrêtés publiés par l'autorité municipale* ». La notion « *légalement faits* » laisse présager un contrôle de légalité¹²⁸. Aussi, la loi n°84-19 du 2 février 1984¹²⁹ fixant l'organisation judiciaire, modifiée par la loi n°2014-26 du 3 novembre 2014¹³⁰, consacre l'exception d'illégalité devant les juridictions pénales, à l'instar de l'article 111-5 du code pénal français¹³¹. La Cour suprême précise au surplus que « *les juridictions de fond ont, au cours des instances dont elles sont saisies, compétence pour interpréter et apprécier la légalité des décisions des diverses autorités administratives* »¹³².

Dès 1981, le Tribunal de 1^{ère} instance de Dakar avait jugé dans l'affaire Cheikh Anta Diop qu'« *aux termes de l'article 812 alinéa 3 du code des obligations civiles et commerciales, le refus d'enregistrement doit être motivé. En l'espèce, il ne peut être discuté que la décision*

¹²⁷ Projet de loi n° 26/2016 modifiant la loi n° 65-61 du 21 juillet 1965 portant code de procédure pénale ; Décret de présentation n° 2016-1626 du 17 oct. 2016 de Monsieur le Président de la République ; Ass. Nationale, XII^{ème} législature.

¹²⁸ J. Moreau, « De la compétence des juridictions pénales pour apprécier la légalité des actes administratifs. Bilan de dix années de jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation », Procédure, juin 2007, étude 7, §. 4. L'auteur cite l'article R. 26-15 de l'ancien code pénal français qui édictait également une peine d'amende à l'égard de ceux « qui auront contrevenu aux décrets et arrêtés légalement faits par l'autorité administrative et aux arrêtés publiés par l'autorité municipale ».

¹²⁹ Loi n° 84-19 du 2 fév. 1984 fixant l'organisation judiciaire, JO du 3 mars 1984, p. 124. L'art. 4 de cette loi dispose que « Les juridictions ont, au cours des instances dont elles sont saisies, compétence pour interpréter et apprécier la légalité des décisions des diverses autorités administratives ».

¹³⁰ V. P. A. Touré, *La réforme de l'organisation judiciaire du Sénégal*, Harmattan, 2016, p. 276.

¹³¹ Sur l'application jurisprudentielle de l'article 111-5 du CP, v. J. Moreau, « De la compétence des juridictions pénales pour apprécier de la légalité des actes administratifs.-Bilan de dix années de jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation », art. précité.

¹³² CS, 16 déc. 2010, arrêt n° 106, Abdoul Aziz Ndao c/ Ibrahima Ndiaye, Bull. des arrêts n° 2-3-2010-2011, déc. 2012, p. 125.

dont il s'agit n'est nullement motivée étant donné son caractère implicite ; dès lors, elle est manifestement illégale alors qu'elle sert de fondement aux poursuites dirigées contre le sieur DIOP. Le fait de faire fonctionner le Rassemblement National Démocratique (RND) sans enregistrement ou sans autorisation préalable découle indiscutablement de la décision susvisée qui porte une atteinte grave à la liberté d'association et par suite aux libertés individuelles garanties par la constitution. L'illégalité de la décision attaquée étant suffisamment établie, les faits reprochés au prévenu ne peuvent être pénalement réprimés »¹³³.

Dans la même acception, la Cour d'appel de Dakar avait écarté l'article 27 alinéa 3 du décret n° 2009-328 du 8 avril 2009 portant sur le statut des notaires, qui aménageait une procédure pénale spéciale dérogatoire aux règles fixées par le code de procédure pénale. Pour la Cour d'appel, en s'immisçant subrepticement dans les attributions relevant exclusivement du domaine du pouvoir législatif, le décret susvisé viole le code précité, ainsi que l'article 67 de la Constitution¹³⁴.

Il convient de relever qu'au niveau supranational, malgré le pouvoir d'incrimination pénale de l'OHADA, la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), contrairement à la Cour de justice de l'union européenne (CJUE)¹³⁵, n'est pas compétente pour des décisions appliquant des sanctions pénales¹³⁶. L'examen de la légalité des infractions issues des actes uniformes appartient au juge de fond des Etats membres, qui jouent un rôle croissant qui peut légitimement soulever la question du contrôle du législateur par le juge pénal¹³⁷. Cependant, une telle préoccupation pourrait être battue en brèche par la nécessité d'un renforcement de la

¹³³ Trib. 1^{ère} Inst. Dakar du 7 avril 1981, MP c/ Cheikh Anta Diop, GDJAS, Tome 1, n° 4, p. 29 et s. ; V. aussi CA Dakar, 11 sept. 2012, arrêt n° 357, SOCOICIM c/ CDS, inédit, cité par P. A. Touré, *La réforme de l'organisation judiciaire du Sénégal*, op. cit., p. 291. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Dakar précise que l'exception d'illégalité invoquée comme moyen de défense « ne peut prospérer que si l'acte est entaché d'une violation manifeste et prouvée des conditions de légalité interne ou externe d'un acte administratif ».

¹³⁴ CA de Dakar, 22 août 2012, arrêt n° 890, MP, Aïssatou Guèye Diagne, Bulletin des arrêts rendus par la CA de Dakar en matière pénale, 2014, p. 134.

¹³⁵ Les possibilités de contrôle de légalité de la CJUE se sont considérablement accrues avec le Traité de Lisbonne. V. A. Gogorza, « Le rôle de la CJUE en matière pénale », Dr. Pénal, sept. 2010, étude 19.

¹³⁶ CCJA, 7 juin 2012, arrêt n° 53/ 2012, pourvoi n° 59/2009/PC du 19 juin 2009, affaire Edouard Etonde Ekotto c/ Port autonome de Douala et MP : « La Cour de céans ne peut connaître, par la voie du recours en cassation, des affaires qui, bien que soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévus au Traité, concernent des décisions appliquant des sanctions pénales ». V. I. Sayeg, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des Actes uniformes de l'OHADA », Revue de droit uniforme, 1999, p. 5 ; R. Nemedeu, « Compétence matérielle de la CCJA », RTD Com. 2014, p. 222.

¹³⁷ D. Mayer, « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », D. 2001, p. 1643.

légalité formelle par la légalité matérielle à travers l'exercice d'un contrôle qualitatif de la norme, mais aussi par une application de celle-ci dans le cadre d'une interprétation stricte de la loi (B).

B. La légalité de la fonction interprétative de la norme applicable

Dans la conception initiale, le principe de la légalité de la répression est exclusif de la reconnaissance d'un pouvoir d'interprétation des lois pénales. Cette conception intimement liée à la théorie de la séparation des pouvoirs repose sur l'idée que l'interprétation est un acte de connaissance. Cela consiste à présupposer que dans un énoncé, il existe « *un rapport nécessaire entre les mots et leurs significations* »¹³⁸, de sorte que l'activité d'interprétation qui désigne « *l'opération par laquelle une signification est attribuée à un énoncé* »¹³⁹, a lieu uniquement lorsqu'un énoncé est elliptique. Dans ce cas, l'office du juge consisterait à découvrir la signification cachée.

1) Le fondement de la fonction interprétative de l'office du juge pénal

Dans la conception réaliste, le principe de la légalité est compatible avec un pouvoir d'interprétation des lois pénales par les juges, en ce sens que « *l'activité d'interprétation n'a pas lieu seulement lorsque le texte est obscur, mais à l'occasion de toute application* »¹⁴⁰. L'interprétation serait « *une fonction de volonté* »¹⁴¹ dans la mesure où le juge fait un choix entre les différentes possibilités issues de l'interprétation à base de connaissance¹⁴². En tout état, une interprétation préalable est nécessaire pour affirmer qu'un texte est clair¹⁴³. Même dans ce dernier cas de figure l'exercice d'un pouvoir d'interprétation est envisageable.

Cette conception réaliste accorde une marge d'appréciation au juge pénal, qui doit néanmoins exercer son office dans les limites d'une interprétation, restrictive ou stricte, garantissant le respect du principe de la légalité.

¹³⁸ M. Troper, *La philosophie du droit*, op. cit., p. 101.

¹³⁹ Ibid., p. 98.

¹⁴⁰ Ibid., p. 99. V. aussi, M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Léviathan, 2001, p. 74.

¹⁴¹ M. Troper, *La philosophie du droit*, op. cit., p. 99.

¹⁴² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 340.

¹⁴³ M. Troper, *La philosophie du droit*, op. cit., p. 101.

A ce titre, bien que le principe de la légalité soit une contrainte¹⁴⁴ pour le juge, il lui est permis d'appliquer aussi bien la méthode d'interprétation de l'exégèse¹⁴⁵, que la méthode d'interprétation de l'École de la libre recherche scientifique¹⁴⁶. En cas de vieillissement ou de l'absence d'un texte, « *le juge doit s'attacher au contexte de l'époque à laquelle il statue, en cerner les réalités sociales, économiques et psychologiques, et poser la règle qui semble la plus adaptée aux besoins actuels* »¹⁴⁷. Cependant, en matière pénale, le principe de la légalité proscrit l'éventualité d'une substitution du juge au législateur, par un rejet de l'argumentation par analogie lorsqu'elle contrevient aux intérêts du mis en cause (interprétation analogique *in malam partem*)¹⁴⁸.

Ainsi, face au vieillissement d'une norme pénale et à la nécessité de l'adaptation de celle-ci par rapport aux progrès techniques en vue d'apporter une réponse pénale à des comportements nouveaux, le juge pénal doit faire preuve d'ingéniosité par une mise en œuvre d'une méthode d'interprétation évolutive¹⁴⁹, qui n'est guère incompatible ni avec une interprétation littérale, ni avec une interprétation téléologique, encore moins avec une interprétation analogique *in favorem* ou *bonam partem*.

L'interprétation littérale n'exclut pas la latitude du juge à corriger des erreurs matérielles de rédaction¹⁵⁰. Ce procédé peut aboutir à faire primer la finalité sur la lettre, et par conséquent découler sur une interprétation téléologique. Bien que ce type d'interprétation soit susceptible d'être large, elle n'est pas synonyme d'arbitraire¹⁵¹ en ce sens que chez François Génay, l'interprète doit s'attacher au texte afin de « *réaliser l'équité objective par la combinaison de*

¹⁴⁴ V. M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak, (sous la dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

¹⁴⁵ Ph. Rémy, « L'éloge de l'exégèse », RRJ, 1982, p. 254.

¹⁴⁶ F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Essai critique, 1899, 2^e éd. 1932.

¹⁴⁷ P. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., LexisNexis, 2010, p. 104.

¹⁴⁸ W. Jeandidier, « Principe de légalité criminelle. Interprétation de la loi pénale », JCP Pénal Code, fasc. 20.

¹⁴⁹ M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, 3^e éd., PUF, coll. Que sais-je ?, 2016, p. 79.

¹⁵⁰ Cass. crim., 8 mars 1930, D. 1930.I.101, note Voirin: Affaire Bailly. L'article 78 d'un décret du 11 novembre 1917 relatif à la police des chemins de fer interdisait aux voyageurs « de descendre ailleurs que dans les gares et lorsque le train est complètement arrêté ». Dans ce célèbre arrêt, la Chambre criminelle de la Cour de cassation approuve logiquement la condamnation d'un voyageur descendu avant l'arrêt du train, alors qu'une interprétation à la lettre aurait pu permettre de censurer la décision de condamnation.

¹⁵¹ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, p. 389.

l'idée de justice avec celle de la plus grande utilité sociale »¹⁵². Il en fut ainsi pour la répression du vol d'électricité¹⁵³ qui n'était pas prévue dans le code pénal de 1810¹⁵⁴.

Toutefois, l'interprétation téléologique ne doit pas être confondue avec l'interprétation analogique qui relève de l'interprétation exégétique. « La technique de l'analogie évoque l'idée de glissement »¹⁵⁵. La recherche d'une efficacité de la répression poussée à l'extrême pourrait être source de dérives liberticides.

2) La portée de la fonction interprétative de l'office du juge pénal

Le risque d'une interprétation analogique suppose une lacune de la loi pénale ou son ambiguïté. « L'exemple le plus classique »¹⁵⁶ demeure la grivèlerie encore appelée la filouterie qui ne pouvait recevoir une qualification de vol, ni celle d'escroquerie, encore moins celle d'abus de confiance. Au Sénégal, toutes les formes de filouterie ont été prévues à l'article 374 du code pénal.

Par ailleurs, la Chambre criminelle de la Cour suprême du Sénégal n'hésite pas à censurer des glissements vers une interprétation analogique. Ainsi, dans un arrêt en date du 6 novembre 2014, elle a cassé et annulé un arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Dakar¹⁵⁷ pour violation de la loi, au motif que « *le contrat d'entreprise qui oblige l'entrepreneur à effectuer un travail pour le maître d'ouvrage, sans créer entre les parties un lien de subordination ne peut être assimilé à un contrat de travail non salarié* »¹⁵⁸. Rappelons qu'au Sénégal, l'article 383 du code pénal qui réprime l'abus de confiance a maintenu la délimitation de l'infraction dans le cadre de l'existence de l'un des six contrats limitativement énumérés. Ainsi, le fait pour une juridiction de fond d'assimiler un contrat d'entreprise à un contrat de travail non salarié est constitutif d'une atteinte au principe de la légalité.

¹⁵² F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., t.1, n° 68, p. 145.

¹⁵³ Cass. crim., 3 août 1912, S. 1913-1-337.

¹⁵⁴ Art. 311-2 CP de 1994. Au Sénégal, la jurisprudence française de 1912 précitée constituait un exemple de précédent qui servait de base à la répression du vol d'électricité jusqu'à l'adoption de la loi n° 2014-27 du 3 novembre 2014, modifiant la loi n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal, qui incrimine le vol d'électricité à l'article 368 bis du CP.

¹⁵⁵ W. Jeandidier, « Principe de légalité criminelle. Interprétation de la loi pénale », art. précité, §. 11.

¹⁵⁶ L. Accad, « Définition des comportements délictueux », in G. Mangin (sous la dir.), *Encyclopédie juridique de l'Afrique, Tome X, Droit pénal et procédure pénale*, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p. 25.

¹⁵⁷ CA Dakar, 2 sept. 2013, arrêt n° 1340, affaire Ousseynou Faye c/ MP et Mamadou Diop, inédit.

¹⁵⁸ CS crim., 6 nov. 2014, arrêt n° 124, affaire Ousseynou Faye c/ MP et Mamadou Diop, inédit.

Dans le même sillage, il importe de relever un arrêt infirmatif fort remarquable de la Cour d'appel de Dakar en date de 1981¹⁵⁹. Il s'agit d'une décision approuvée par la Cour suprême¹⁶⁰ et qui rappelle la nécessité d'une interprétation restrictive en ces termes: « (...) *Considérant que le juge pénal à cause du caractère strict d'interprétation de la loi pénale doit nécessairement veiller à ce qu'un rapport de conformité entre cette loi et ses actes s'applique parfaitement aux agissements qui lui sont soumis, qu'il ne peut raisonner par analogie ou juger en dehors du mobile légal, (...) le principe de la légalité ainsi compris interdit au juge pénal d'appliquer un texte au sens clair et précis, comme en l'espèce, en le détournant de sa signification, à des faits placés hors de son champ d'application même si l'intérêt social ou celui de la communauté appelle cette extension de la loi pénale à des cas voisins ou similaires ou cherchant à combler des lacunes de la loi, il veut punir "ad exemplum legis" »*¹⁶¹.

En France, le rejet de l'interprétation analogique défavorable apparaît à travers divers arrêts de la Cour de cassation parmi lesquels on peut relever ceux relatifs au refus de l'extension de l'homicide involontaire au cas de l'enfant à naître. En effet, il s'est posé la question relative à la mort d'un fœtus porté par une femme enceinte, causée par la faute d'un tiers. La chambre criminelle de la Cour de cassation avait refusé de retenir l'homicide involontaire¹⁶². Sa position a été confirmée par l'Assemblée plénière de la haute juridiction française qui a décidé que « *le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue à l'article 221-6 du code pénal réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus* »¹⁶³.

¹⁵⁹ CA Dakar, 27 avril 1981, arrêt n° 289, MP c/ Mbodj, inédit.

¹⁶⁰ CS crim., 21 déc. 1983, arrêt n° 59, inédit : Pour la Cour suprême, « le juge d'appel, en dépit de motifs surabondants, a fait une exacte application de la loi ».

¹⁶¹ En l'espèce, 15 individus étaient poursuivis et condamnés en première instance sur le fondement de l'article 232 du code pénal qui réprime la profanation d'un lieu servant à l'exercice d'un culte. Or, il a été établi que les protagonistes ont été interpellés sur la voie publique, dans des véhicules en stationnement ou dans des maisons d'amis, sur plainte du Khalife général de la ville de Touba. La prévention était relative au fait d'avoir bu ou fumé dans cette ville alors qu'il existe une interdiction de tels comportements édictée par l'autorité religieuse. La Cour d'appel n'a pas manqué de relever que personne ne peut soutenir valablement que la cité de Touba est dans l'intégralité de son territoire un sanctuaire où la pratique du culte est la seule préoccupation de ses habitants.

¹⁶² Cass. Crim. 30 juin 1999, n° 97-82351, Bull. Crim. n° 174, D. 1999, p. 710, note D. Vigneau, D. 2000, p. 27, obs. Y. Mayaud.

¹⁶³ Cass. ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. ass. plén. n°8; D. 2001, p. 2917, obs. J. Sainte-Rose; D. 2001, chron. J. Pradel, note Y. Mayaud; RSC 2002, p. 97, obs. B. Bouloc.

Le Tribunal correctionnel de Tarbes a tenté de faire évoluer cette position jurisprudentielle en décidant de condamner pour homicide involontaire l'auteur d'un accident qui a causé la mort d'un enfant à naître, en bonne santé¹⁶⁴. En l'espèce, l'intéressé avait même revendiqué à être puni pour avoir mis fin à la vie de cet enfant à naître. Sur appel du ministère public, l'affaire a été rejugée par la Cour d'appel de PAU qui décida d'infirmer le jugement en reprenant à son compte la solution précédemment dégagée par la Cour de cassation¹⁶⁵.

La condamnation de l'interprétation analogique apparaît à travers d'autres arrêts de la Cour de cassation française, remarquables par l'exemplarité¹⁶⁶. Par contre, l'interprétation analogique *in favorem* est admise en ce sens qu'elle n'est pas contraire aux libertés individuelles, et peut être mise en œuvre dans le cadre des causes objectives ou subjectives d'exonération de la responsabilité pénale. Au Sénégal, l'immunité familiale prévue à l'article 365 du code pénal en matière de vol devait logiquement s'appliquer, grâce à une interprétation analogique *in favorem*, aussi bien s'agissant de l'escroquerie, de l'abus de confiance, qu'en matière de chantage ou d'extorsion. Cependant, la Cour suprême en a décidé autrement en considérant lapidairement que « *l'immunité familiale, consacrée par l'article 365 du code pénal, s'applique uniquement au délit de vol* »¹⁶⁷.

En France, cette immunité familiale anciennement prévue en matière de vol par l'article 380 du code pénal de 1810, a été étendue aux autres principales atteintes contre les biens par la jurisprudence¹⁶⁸, avant de recevoir une consécration législative élargie dans le code pénal

¹⁶⁴ TC Tarbes, 4 fév. 2014, n° parquet 12021000029.

¹⁶⁵ CA PAU, 5 fév. 2015, pourvoi n° 14.00480, D. 2015, p. 378, obs. A. Mirkovic ; D. actualités 27 fév. 2015, obs. J. Gallois.

¹⁶⁶ Cass. crim., 4 janv. 2006, pourvoi n° 05-80960. En l'espèce, « *le prévenu a fait un geste obscène en direction d'une des personnes présentes en prenant son sexe entre ses mains à travers son short* » alors que, selon la Cour de cassation, « *le délit d'exhibition sexuelle suppose que le corps ou la partie du corps volontairement exposé à la vue d'autrui soit ou paraisse dénudé* ». V. aussi Cass. crim., 21 fév. 2007, pourvoi n° 06-89543, Bull. crim., n° 61 ; D. 2007, p.2632, obs. G. Roujou de Boubée ; RSC 2007, p. 301, obs. Y. Mayaud : « *pour être constitutive d'un viol, la fellation implique une pénétration de l'organe sexuel masculin de l'auteur et non par un objet le représentant* ». Aussi Cass. crim., 16 mars 2016, pourvoi n° 15-82676, Bull. crim. n° 86 : la Cour de cassation qui a cassé et annulé sur le visa des articles 111-4, 226-1 et 226-2 du code pénal un arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Nîmes du 26 mars 2015 qui a retenu que « *le fait, pour la partie civile, d'avoir accepté d'être photographiée ne signifie pas, compte tenu du caractère intime de la photographie, qu'elle avait donné son accord pour que celle-ci soit diffusée* ». La Cour de cassation a rappelé le rejet de l'interprétation analogique défavorable en précisant dans cet arrêt que « *n'est pas pénalement réprimé le fait de diffuser, sans son accord, l'image d'une personne réalisée dans un lieu privé avec son consentement* ».

¹⁶⁷ CS, crim., 16 déc. 2008, Affaire Ibrahima Baldé et autres c/ MP-Khaoussou Dramé, arrêt n° 15.

¹⁶⁸ Concernant l'élargissement à l'abus de confiance : Cass. crim., 28 avr. 1866, Bull. crim. n° 125 ; Cass. crim., 27 oct. 1916, Bull. crim. n° 225 ; Cass. crim., 4 janv. 1930, Bull. crim. n° 5.

actuel de 1994¹⁶⁹. Cet arrêt précité de la Cour suprême relative au refus d'un élargissement de l'immunité familiale aux autres principales atteintes aux biens traduit-il une volonté d'un retour vers une conception initiale du principe de la légalité marqué par une interprétation littérale de la loi ou reflète-t-il un manque d'audace dans l'application évolutive du principe ?

En définitive, il importe de relever la consécration au Sénégal du principe de la légalité de la répression comme un principe constitutionnel. Toutefois, comme en France, le principe a connu un assouplissement par une diversification et une complexification des sources de la loi pénale, ainsi qu'avec des errements législatifs dans la définition des incriminations et de leurs sanctions. Le renforcement du principe implique plusieurs considérations, notamment la suppression de la peine d'emprisonnement en matière réglementaire. Seul le législateur devrait délimiter la sphère de liberté dans un État de droit. En outre, il importe de rendre effectives et applicables les incriminations issues de l'OHADA par l'édition de sanctions précises.

A l'égard du juge, le principe de la légalité apparaît désormais comme un moyen de contrôler la qualité de l'activité pénale du législateur et un guide dans la mise en œuvre des textes en vigueur. Cependant, faudrait-il que le juge soit saisi et qu'il exerce son office afin de sauvegarder l'exigence de prévisibilité. Autrefois dressé comme un moyen de lutter contre l'arbitraire des juges, le principe de la légalité doit aujourd'hui son renforcement à l'intervention des juges qui sont des « acteurs de la politique criminelle »¹⁷⁰. En effet, « *au pouvoir judiciaire au sens le plus large incombe une tâche particulière d'interprétation, d'orientation et d'application. Des frontières sont marquées au-delà desquelles, au regard des droits de l'homme et des libertés publiques, aucun texte ou aucune pratique de politique criminelle n'est acceptable* ».¹⁷¹ Ainsi, au Sénégal, la rareté des saisines du Conseil constitutionnel en matière pénale est assez regrettable. Certaines approximations législatives devraient faire l'objet d'un recadrage afin de consolider la constitutionnalisation du principe de la légalité de la répression.

¹⁶⁹ Art. 312-9, al. 2 pour l'extorsion, art. 312-12, al. 2 concernant le chantage, art. 313-3, al. 2 pour l'escroquerie, art. 314-4 s'agissant de l'abus de confiance. D'autres infractions comme la non dénonciation de crime (art. 434-1, al. 2), l'omission de témoigner en faveur d'un innocent (434-11, al. 3), etc.

¹⁷⁰ C. Lazerges, « Le conseil constitutionnel, acteur de la politique criminelle », RSC, 2004, p. 725 et s.

¹⁷¹ C. Lazerges, *Introduction à la politique criminelle*, L'Harmattan, 2000, pp. 91-92.