

PROTECTION DES LIBERTES PUBLIQUES : QUELLES SOLUTIONS JURIDIQUES, INSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES ?

**Par
Demba SY
Agrégé des Facultés de Droit
Professeur des Universités**

Le thème de vos journées est d'une grande importance car les libertés sont au cœur de la démocratie et de l'Etat de droit. Tout d'abord, la démocratie pluraliste et libérale suppose l'affirmation formelle du respect des libertés individuelles par le pouvoir et l'institution effective d'organes juridiques chargés de faire respecter ces libertés. Juridiquement un système de libertés c'est l'assurance pour les citoyens de certaines garanties juridiques et par conséquent d'un certain degré de sécurité politique (protection contre les arrestations arbitraires, liberté d'opinion, etc.). Il existe par conséquent une relation certaine entre un recul des libertés et une régression de la démocratie. Les systèmes les plus protecteurs des libertés publiques sont en même temps les démocraties les plus libérales. En d'autres termes, à un progrès des institutions démocratiques correspond généralement un progrès du système des libertés publiques. Le rôle principal d'un système de libertés publiques c'est aussi d'assurer le respect d'un certain pluralisme des forces sociales et politiques

Les libertés sont également indispensables à l'Etat de Droit. En effet, l'Etat de droit est le seul régime qui respecte les libertés publiques, définies justement comme les libertés consacrées par des règles juridiques et soumises à une garantie juridictionnelle. Remettre en cause des libertés garanties par la loi revient ainsi à contester l'existence même de l'Etat de droit.

C'est ainsi qu'au Sénégal, il existe un système de libertés publiques qui trouvent leurs sources dans les conventions internationales, dans la Constitution et dans les lois.

Le sujet que vous m'avez demandé de traiter est une sorte d'introduction au thème général. Il prendra donc un tour plus théorique. Mais comme pour toute introduction, il faut en préciser les termes. Le premier terme c'est « les libertés ». Mais doit-on parler seulement des libertés ou faut-il aussi parler des droits ? La liberté peut avoir trois sens : philosophique, social et politique.

Au sens philosophique plus précisément ontologique, la liberté est un pouvoir d'autodétermination en vertu duquel l'homme choisit lui-même son comportement personnel. La liberté s'oppose ainsi au déterminisme.

Au sens social, la liberté est la marge d'autonomie que la société réserve à l'individu tant dans ses rapports avec la société que dans ses rapports avec la puissance publique. C'est donc le champ de l'indépendance, de l'intimité de chacun.

Au plan politique, la liberté est abordée sous l'angle du rapport entre l'homme et le pouvoir. Il consiste à présenter la liberté comme la sphère d'action qui échappe à la contrainte étatique. Ainsi définie, la liberté s'oppose à la servitude. A partir de ces définitions, il est possible de voir quels sont les rapports entre liberté et droit.

Si on part de la définition ontologique, on constate que droits et libertés ne sont pas synonymes. Les libertés sont toujours des pouvoirs d'autodétermination,

c'est-à-dire les pouvoirs que l'homme exerce sur lui-même. Autrement dit, les libertés s'exercent sans que l'intervention d'autrui soit nécessaire. Théoriquement, elles n'exigent d'autrui qu'une attitude d'abstention, de non entrave. En revanche, les droits recouvrent deux types de pouvoirs. Il s'agit tantôt de pouvoirs d'autodétermination : les droits apparaissent alors comme des libertés. Ainsi, on peut utiliser indifféremment droit d'aller et de venir et liberté d'aller et de venir. Tantôt, il s'agit de pouvoir que l'homme n'exerce pas sur lui-même mais sur autrui. Ainsi, les droits se distinguent des libertés car ils se rapportent à des pouvoirs d'exiger d'autrui un comportement positif ou négatif. A partir de là, on constate qu'il y a deux catégories de droits : les droits-autonomies et les droits-créances.

C'est pourquoi, de plus en plus on parle des droits et libertés qui ont donné naissance à trois grandes catégories : les droits de l'Homme, les libertés publiques et les droits fondamentaux.

La notion de Droits de l'Homme est surtout rattachée au droit international alors que celle de libertés publiques est liée à l'importance attachée à la Loi dans l'aménagement du régime des Libertés. Quant aux droits fondamentaux, l'accent est mis sur les incidences de la constitutionnalité des droits et libertés. Mais il y a des liens entre droits de l'Homme, droits fondamentaux et libertés publiques.

Pour rester dans le thème général, seuls seront pris en compte ici les libertés publiques et les droits fondamentaux. D'une manière générale, les libertés publiques et les droits fondamentaux peuvent être distingués en partant de leur rapport avec la légalité et la constitutionnalité et en prenant en compte leur protection. La doctrine a constaté que l'apparition des droits fondamentaux correspond à un changement structurel qui s'explique et qui se rattache au phénomène de la mutation globale de l'ordre juridique, mutation qui se traduit par le remplacement du principe de légalité par le principe de constitutionnalité comme axe majeur de cet ordre juridique. Ainsi, les libertés publiques correspondent à l'Etat légal, c'est-à-dire au règne de la loi ; alors que les droits fondamentaux correspondent à l'Etat de droit et à la suprématie des normes supra législatives. On pourrait donc dire en gros que les libertés publiques appartiennent au Droit administratif alors que les droits fondamentaux appartiennent au droit constitutionnel. Mais à l'heure actuelle, on note une mutation du droit des libertés publiques au profit d'un droit des Libertés fondamentales dans la mesure où de plus en plus de libertés sont reconnues par la Constitution. Ainsi, le droit des libertés publiques n'est plus seulement l'affaire du droit administratif ni même plus seulement l'affaire du seul droit public ; par conséquent toutes les branches du droit sont concernées et chaque juge possède sa propre part de responsabilité dans la protection. Cela s'explique par la mutation de la hiérarchie des normes, notamment avec la montée des normes constitutionnelles, communautaires et internationales. Il en résulte une baisse de la prééminence de la loi et du règlement, notamment depuis l'apparition du juge constitutionnel. Ainsi, le juge de l'administration n'a plus de place prééminente dans la protection des libertés.

Le deuxième terme c'est « la protection ». Le problème est de savoir comment protéger les libertés et les droits contre l'abus d'intervention ou l'inaction coupable. C'est au fond le problème des procédures et des procédés par lesquels les droits et libertés sont concrètement défendus. Ces procédures et procédés constituent autant de garanties dans l'exercice des droits et libertés. Généralement, on distingue entre les garanties dans l'ordre interne et les garanties dans l'ordre international. Mais pour les besoins de cette communication, des choix seront faits. Dans l'ordre international, les garanties se trouvent dans les différents instruments internationaux relatifs aux

droits de l'Homme et dans les instruments régionaux comme la charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Ces garanties ne seront pas prises en compte.

Dans l'ordre interne, Il y a des garanties de fond tirées des textes, des garanties juridictionnelles et des garanties non juridictionnelles comme l'existence des autorités administratives indépendantes, l'autoprotection des libertés, la résistance à l'oppression et le droit de pétition). Ces garanties non juridictionnelles ne seront également pas abordées.

Le troisième terme concerne les « solutions ». S'il y a solution, il y a problème. Peut-on parler des solutions sans poser les problèmes ? N'est-il pas plus indiqué de parler de la protection et des problèmes qu'elles posent et de présenter les solutions au fur et à mesure ?

C'est ce parti qui sera pris ici. Ainsi l'analyse du système de libertés au Sénégal montre que la protection est réelle en situation normale (I), atténuée en cas de situations exceptionnelles (II) et affaiblie dans certaines situations particulière (III).

I. UNE PROTECTION REELLE

D'une manière générale, il y a des garanties textuelles (A) et des garanties jurisprudentielles (B).

A. Les garanties textuelles ou garanties de fond

On distingue ici les garanties constitutionnelles et les garanties législatives et réglementaires.

1. Les garanties constitutionnelles

Elles reposent sur des bases théoriques et trouvent leur source dans le droit positif

a) Les bases théoriques

Il s'agit de la théorie constitutionnelle de la garantie des droits. Le problème est de savoir comment asseoir le respect des libertés et des droits fondamentaux. On peut dire que les libertés et droits fondamentaux peuvent être considérés comme garantis lorsque deux séries de conditions sont réunies.

Il y a d'abord les conditions relatives à l'étendue de la garantie : il faut alors distinguer entre la création (l'institution initiale du droit et de la liberté) et l'aménagement (les règles relatives à l'exercice effectif) du droit ou de la liberté. Ainsi, la garantie des Droits doit s'étendre non seulement à leur création mais aussi à leur aménagement. Autrement dit, il ne suffit pas d'inscrire un droit dans le texte de la Constitution pour qu'il soit garanti de ce seul fait ; il importe aussi d'examiner dans quelles conditions il est aménagé. L'aménagement peut se borner à restreindre le droit créé ou à préciser sa portée ou son champ d'application. L'aménagement peut aussi aboutir indirectement à la suppression du droit créé. C'est pourquoi, l'organe qui crée le droit doit autant que possible l'aménager lui-même ou au moins indiquer positivement dans quel sens ce droit pourra être aménagé.

Il y a ensuite les conditions relatives à la sanction de la violation du droit garanti. La première condition est que le droit fondamental doit être un droit subjectif

de l'individu lui donnant le pouvoir juridique de provoquer l'annulation des lois dont le contenu viole les droits fondamentaux. La seconde condition c'est que l'interdiction de violer le droit fondamental doit constituer une obligation juridique positive de l'organe législatif. Lorsque ces deux séries de conditions ne sont pas réunies, la doctrine considère qu'il n'y a pas de garanties juridiques des droits fondamentaux. L'aménagement de ces droits est alors laissé à la discrétion de l'organe législatif.

b) Le Droit positif

Pour le droit positif, il y a garantie constitutionnelle lorsque la Constitution elle-même crée le droit, l'aménage ou indique positivement dans quel sens il doit être aménagé. Ainsi, dans certaines constitutions modernes, il y a d'abord, l'applicabilité directe des normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux dès lors que ces droits sont prévus expressément par le texte constitutionnel. Par ailleurs, les normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux peuvent également être posées et exigées par le juge constitutionnel. Il en est ainsi de la réserve de compétence législative, qui signifie que le législateur se voit constitutionnellement réserver un domaine dont le contenu et les contours ne peuvent être méconnus ni par les autres autorités, ni par lui-même. Cette réserve de compétence est particulièrement surveillée par le juge constitutionnel. Il en est également ainsi de la garantie de la substance du droit fondamental. Ainsi, une loi ne peut pas porter atteinte à la substance d'un droit fondamental. Elle doit respecter le contenu essentiel d'un droit fondamental. La loi ne peut pas non plus restreindre l'étendue et la portée des droits fondamentaux. La difficulté pour le Juge, c'est de déterminer ce qu'est le contenu essentiel ou la substance du droit fondamental. Il faut signaler que le Conseil constitutionnel français utilise la notion de *non dénaturation du droit fondamental*. La question est aussi de savoir ce qu'on entend par *non dénaturation*.

2. Les garanties législatives et réglementaires

Ce sont bien entendu celles qui sont assurées par le législateur ordinaire et celles qui sont assurées par l'exécutif, soit en vertu de compétences propres définies par la Constitution, soit lorsque la constitution délègue certaines compétences au législateur ordinaire. Ainsi, lorsque la constitution prévoit que tel droit existe dans les limites fixées par la loi, cela veut dire que la constitution a délégué au législateur le pouvoir de déterminer le contenu ainsi que les limites du droit dont il s'agit. Par exemple, la constitution sénégalaise proclame des droits et libertés en son article 8 et prévoit que ces libertés et ces droits s'exercent dans les conditions prévues par la loi.

Il faut rappeler que dans notre constitution, il y a une répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir exécutif (article 67 et 76). Et c'est la loi qui fixe les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Il faut signaler que le juge constitutionnel a tendance à élargir la compétence du législateur. Mais, surtout il soumet la compétence élargie du législateur au respect de certaines dispositions à caractère constitutionnel. Ainsi, la mise en cause des libertés ne doit pas compromettre leur existence, elle ne doit pas restreindre leur exercice, et elle doit respecter les situations acquises.

Le constat est qu'il y a d'abord une dispersion des textes. On trouve des garanties et des limites des droits et libertés dans le code pénal, dans le code de la famille, dans le code des obligations civiles et commerciales, dans le code de la presse, dans des lois spécifiques (loi n° 78/02 du janvier 1978 sur les réunions). Il y a ensuite une inadéquation des textes. C'est le cas par exemple des textes qui régissent la

liberté de manifestation qui sont prévues dans le code pénal (articles 92 à 100), bien avant la Constitution de 2000 qui proclame la liberté de manifestation. Ce qui constitue une situation favorable à la restriction de cette liberté fondamentale. Il y a aussi des lois liberticides notamment dans le code pénal. Il y a ainsi un problème de lisibilité des garanties législatives et réglementaires.

Ne devrait-on pas adopter des lois spécifiques venant appliquer l'article 8 de la Constitution ? Ne serait-il pas plus judicieux d'adopter une charte des libertés qui aurait valeur constitutionnelle ?

B. Les garanties juridictionnelles

On considère généralement que le juge est un rempart contre les violations des libertés et des droits. Autrement dit, les voies de recours représentent l'ultime rempart contre les limitations ou restrictions arbitraires dont peuvent faire l'objet les libertés. Il existe trois grandes garanties juridictionnelles : il y a les garanties contre la loi, les garanties contre l'administration et les garanties contre les personnes.

1. Garanties contre la loi : le contrôle par le juge constitutionnel

C'est à l'occasion du contrôle de constitutionnalité que le juge constitutionnel est appelé à se prononcer sur des normes attentatoires aux droits fondamentaux. Si au départ, le contrôle était abstrait et la protection indirecte du fait de la restriction de la saisine, actuellement, le contrôle devient plus concret parce que les citoyens ont désormais, dans un certain nombre de cas, le droit de saisir la justice constitutionnelle par voie d'action ou par voie d'exception. Cette saisine directe du juge par les citoyens ainsi que la technique des questions préjudicielles permettent d'assurer une protection plus proche des citoyens. Les garanties générales de la protection résultent du contrôle juridictionnel des lois a priori ou a posteriori. Autrement dit le contrôle des normes est devenu un moyen de garantir les droits fondamentaux.

Les droits fondamentaux étant proclamés dans des instruments juridiques internationaux et régionaux et par la Constitution, le rôle du juge va être décisif car c'est lui qui interprète celle-ci en se fondant aussi bien sur le préambule que sur le texte constitutionnel. D'une manière générale, il faut indiquer que le juge fait preuve d'une grande audace ; il utilise son pouvoir d'interprétation pour renforcer la protection des droits fondamentaux. D'une manière générale, la protection couvre d'une part les droits économiques et sociaux tels par exemple le droit de propriété (*CC du Sénégal, 3/C/96 et 4/C/96 du 3 juin 1996, Exception d'inconstitutionnalité de la loi du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique, in Les avis et décisions du conseil constitutionnel du Sénégal, p. 145*), d'autre part les droits civils comme la liberté d'association, la liberté individuelle, d'opinion, d'expression, de réunion, de manifestation mais aussi les garanties procédurales comme le droit à un procès équitable ou le respect des droits de la défense et enfin des droits politiques comme par exemple le droit à des élections libres ou le droit à la liberté politique. A cela, il faut ajouter le principe d'égalité et de non-discrimination (*CC du Sénégal, 1/C/2007 du 27 avril 2007*). La tendance générale est à l'extension des garanties. Le juge s'efforce de concilier l'exercice de ses libertés et l'intérêt général.

Par ailleurs, le juge peut être amené à l'instar du Conseil constitutionnel français à utiliser la technique des objectifs à valeur constitutionnelle. Dans sa décision du 19 juin 1995, il estime que le législateur peut apporter des restrictions à l'exercice de

libertés fondamentales comme les droits de la défense ou la présomption d'innocence « en invoquant d'autres principes de valeur constitutionnelle tels que la préservation de l'ordre public ou la sauvegarde de l'intérêt général, objectifs que poursuit précisément l'article soumis à l'examen du Conseil constitutionnel » (Conseil constitutionnel n° 18/95 du 19 juin 1995, *Exception d'inconstitutionnalité de l'article 140 du Code de procédure pénale, Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal, CREDILA, 2008, p. 129*).

Finalement, le juge constitutionnel s'érige en gardien des libertés et des droits fondamentaux. La fonction juridictionnelle est donc de plus en plus au service des justiciables. Cependant, le juge ne peut ignorer ni le développement de la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO en matière de droits de l'Homme ni les avis et recommandations des instances de l'ONU en la matière.

2. Garanties contre l'administration : le contrôle par le juge de l'administration

Le juge de l'administration joue un rôle important dans la protection des droits et libertés dans la mesure où c'est le pouvoir exécutif qui viole le plus les droits et libertés. Les citoyens ont plusieurs sortes de recours : un recours pour excès de pouvoir et un recours en exception d'illégalité. Mais il faut signaler que les citoyens peuvent également dans certains cas utiliser des procédures d'urgence, notamment le référé prévu par les articles 83 et suivants de la loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi organique 2008-35 du 08 août 2008 sur la Cour suprême. Il s'agit du référé suspension, du référé-liberté et du référé conservatoire. De même, le recours en responsabilité permet dans certains cas de protéger les droits et les libertés. Enfin, le représentant de l'Etat dans les collectivités territoriales peut également saisir le juge par voie de déféré (article 79 de la loi organique). Particulièrement, il peut, assortir son recours d'une demande de suspension. Mais lorsque l'acte attaqué est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique et individuelle, le premier président de la Cour suprême ou le magistrat qu'il délègue prononce la suspension dans les quarante-huit heures. Ce cas est prévu à l'article 247 du Code général des Collectivités territoriales du Sénégal. En matière de recours pour excès de pouvoir, le juge exerce un contrôle rigoureux, il procède à des vérifications minutieuses sur le bien-fondé des mesures restrictives des libertés. Pour le juge, toute atteinte aux libertés doit être justifiée et proportionnée. Il vérifie toujours si la limitation imposée aux libertés est nécessaire eu égard aux intérêts publics en cause. En matière de contrôle des actes de police, le juge vérifie si les mesures sont égales pour tous, nécessaires et raisonnables. C'est pourquoi le juge exerce un contrôle normal et même quelquefois maximum.

Le juge généralement exerce un contrôle intense qui permet de contrebalancer les atteintes injustifiées aux libertés. Ce contrôle peut aller du contrôle normal au contrôle maximum. Il en est ainsi par exemple en matière de réunion (*CS 13 octobre 2011 Alioune TINE c/ Etat du Sénégal, Bulletin des arrêts de la Cour suprême, n° 2-3, 2010-2011, p. 254*). Il en est ainsi également en matière de publications étrangères où le juge exerce le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (EMA). Il faut ajouter à cela que le juge est réservé envers les interdictions trop larges, trop générales et absolues ; aussi bien dans le temps, dans l'espace ou quant à leur objet. Le Conseil d'Etat sénégalais l'a rappelé en matière de liberté de manifestation dans la décision du 25 novembre 1999 LD/MPT (*Bulletin n° 2, 1999, p. 26*).

Mais, il faut dire que cette garantie comporte des limites. En effet, certaines limites affectent l'étendue du contrôle du juge. C'est le cas lorsque l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Dans ce cas, le juge exerce un contrôle minimum. On peut citer le cas de la police des étrangers notamment en cas d'expulsion, le cas des polices d'exception (situation de crise, circonstances exceptionnelles) ou encore le cas des polices spéciales, d'ordre technique et professionnelle comme par exemple l'autorisation de la vente de produits pharmaceutiques ou encore l'interdiction sanitaire d'importation d'aliments. Il faut d'ailleurs dire que ceci est valable pour toutes les activités dangereuses.

Il y a d'autres limites qui affectent l'efficacité du contrôle juridictionnel. C'est d'abord la question des garanties du respect par l'administration de la chose jugée, autrement dit, le problème de l'exécution des décisions de justice. Il y a aussi le risque que le juge et l'administration interviennent trop tard alors que l'atteinte aux libertés est irrémédiable. C'est cela qui justifie l'utilisation des procédures d'urgence, de sursis à exécution ou de référé.

3. Garanties contre les personnes : le contrôle par le Juge répressif

Il s'agit ici de la protection judiciaire des libertés. Dans notre Constitution, le pouvoir judiciaire est considéré comme le gardien des libertés individuelles. Cette garantie se réalise d'abord et avant tout par la compétence qui lui est en principe réservée pour la répression des abus individuels de comportement ; ensuite, pour décider des détentions, pour les confirmer et les contrôler dans de rapides délais s'agissant de garde à vue policière ou encore de rétention non pénitentiaire d'étrangers en instance d'éloignement ; enfin, pour les fouilles de véhicules ou toutes sortes d'atteintes au domicile. Ne devrait-on pas instituer un juge des libertés chargé de protéger les citoyens contre les arrestations arbitraires et les abus de la détention provisoire.

Il faut ajouter que le juge défend encore la liberté au travers de ses actions ou de ses contrôles sur l'action publique, il détient à cette fin le pouvoir répressif envers les infractions commises par les agents publics. C'est le cas notamment en cas d'emprise irrégulière ou de voie de fait. Cette garantie judiciaire doit s'accompagner du respect de la procédure et du respect des droits de toutes les parties.

Les garanties résultent traditionnellement de la compétence et plus précisément du monopole judiciaire pour infliger les sanctions et les punitions. Ainsi, l'efficacité du système dépend de l'existence de sanctions ainsi que de leur application. En effet, c'est l'existence de sanctions qui limite les libertés. Evidemment, cela suppose l'application du principe de la légalité des peines. Mais, il est capital que les sanctions soient appliquées par un juge qui par définition est indépendant. Il faut dire que cette garantie a été atténuée du fait de l'attribution de pouvoirs de punition à des instances administratives. Ainsi, l'Administration fiscale, l'Administration du Travail ou encore l'Administration de l'Environnement peuvent prononcer des sanctions. Il faut ajouter à cela le pouvoir de sanction accordé aux autorités administratives indépendantes comme le Conseil de la Concurrence.

Cependant, ce pouvoir administratif de sanction est encadré. En effet, seul le Législateur est compétent pour l'instituer. Aussi, ce pouvoir n'existe que dans certains domaines. De même, les garanties retenues pour la répression pénale sont applicables à ces sanctions. C'est ainsi que les exigences de légalité, de non rétroactivité et de proportionnalité s'étendent à toutes sanctions ayant un caractère de punition.

II. UNE PROTECTION ATTENUÉE

Dans des situations de crise, les droits et libertés peuvent être remis en cause. En effet, il s'agit de concilier les exigences de la liberté avec la sauvegarde de l'ordre public ; de plus en plus, dans les textes constitutionnels et législatifs il est prévu des régimes de limitation de libertés lorsque surviennent des circonstances exceptionnelles. Il existe également un régime jurisprudentiel appelé théorie des circonstances exceptionnelles.

A. Par Les Textes

Les textes législatifs et constitutionnels peuvent prévoir un certain nombre de régimes exceptionnels. Au Sénégal, l'état de siège et l'état d'urgence sont prévus par la Constitution (article 69) mais organisés par la loi (loi n° 69-29 du 29 avril 1969). Il y a également un régime qui est régi entièrement par la Constitution ; c'est l'utilisation par le Président de la République de ses pouvoirs exceptionnels, régime prévu dans quelques Etats de l'espace francophone (article 52).

1. L'état de siège et l'état d'urgence

a/ L'état de siège peut être déclaré en cas de péril imminent pour la sécurité intérieure et extérieure de l'Etat. Ce péril peut résulter d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée. Lorsque l'état de siège est déclaré, les compétences de police administrative sont transférées à l'autorité militaire. Les textes prévoient une extension des pouvoirs de police. L'autorité militaire pourra alors faire des perquisitions de jour et de nuit, éloigner les repris de justice, ordonner la remise des armes et munitions ou encore interdire les publications et les réunions si celles-ci sont de nature à exciter ou à entretenir le désordre. L'activation de l'état de siège a pour conséquence une remise en cause des droits et libertés. Les textes prévoient généralement des garanties administratives ou juridictionnelles. L'état de siège n'a pas encore été proclamé au Sénégal. On peut s'interroger sur son maintien dans l'ordonnement juridique.

b/ Quant à l'état d'urgence, il est déclaré soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant par leur nature et leur gravité le caractère de calamité publique, soit en cas de menées subversives compromettant la sécurité intérieure. En cas d'état d'urgence, le pouvoir de police reste à l'autorité civile mais, ces pouvoirs sont élargis. Ainsi, de plein droit, l'état d'urgence permet notamment les interdictions de circulation, des assignations à résidence, des interdictions de séjour, l'institution de zones de sécurité ou encore la fermeture des salles de spectacles ou de lieux de réunion. Sur habilitation spéciale de l'acte déclenchant l'état d'urgence, les autorités compétentes peuvent prendre toutes mesures propres à assurer le contrôle de la presse et des publications de toutes natures ainsi que celui des émissions radiophoniques, télévisuelles, des projections cinématographiques et des représentations théâtrales. En cas d'état d'urgence, des recours sont possibles devant le juge de l'administration mais le contrôle est généralement réduit ; le juge se limite à vérifier si la mesure n'avait pas été prise pour des motifs étrangers au champ d'application de la loi. Il ne recherche pas si la mesure restrictive des libertés est nécessaire. Signalons pour terminer que l'état d'urgence et l'état de siège sont déclenchés par décrets. Ils ne peuvent être prolongés au-delà de certains délais (12 jours) que sur autorisation de la loi. Mais

cette garantie législative peut se révéler illusoire du fait de la composition du Parlement. Il faut signaler que les citoyens, les individus ont encore la possibilité de saisir les instances internationales ou régionales. L'état d'urgence a été instauré au Sénégal à plusieurs reprises : crise Fédération du Mali pendant un an, en 1968 et 1969, en 1988 et 1989.

2. Les pouvoirs exceptionnels du Président de la République

A l'instar de la Constitution française en son article 16, la Constitution sénégalaise a prévu non pas en tant que tel un régime de restriction des libertés mais plutôt un régime exceptionnel d'aménagement des pouvoirs avec une concentration des compétences de l'Etat entre les mains du Président de la République lorsque certaines conditions sont remplies. La première condition, c'est l'existence d'une menace grave et immédiate sur les Institutions de la République, l'intégrité du territoire ou l'exécution des engagements internationaux. La deuxième condition, c'est l'interruption du fonctionnement régulier des Pouvoirs publics. Lorsque ces conditions sont remplies, le Président prend toutes les mesures exigées y comprises, bien sûr des mesures de limitation ou de restriction des droits et des libertés. Les garanties sont minces. Du point de vue de la procédure, la Constitution prévoit seulement la consultation préalable du Premier Ministre, des Présidents des Assemblées et du Conseil constitutionnel. Les avis sont publiés.

Du point de vue juridictionnel, les garanties sont encore plus réduites. Le juge notamment, le Conseil d'Etat français a considéré que l'acte qui déclenche l'application de l'article 16 est un Acte de Gouvernement (insusceptible de REP). Les décisions prises par le Président dans le domaine de la Loi ont un caractère législatif, elles ne peuvent être déférées ni au Conseil d'Etat ni au Conseil constitutionnel ; le Juge exerce cependant un contrôle limité sur les mesures administratives. L'article 16 a été appliqué une seule fois en France, en 1962 (tentative de coup d'Etat par des généraux en Algérie, création de tribunaux militaires d'exception ; cf. Arrêt *Ruben de Servens*, in *G.A.J.A.*). Au Sénégal, ce régime n'a jamais été appliqué. Faut-il toujours le maintenir ? N'est-ce pas propre à la France ?

B. Par la jurisprudence : la théorie des circonstances exceptionnelles

C'est une théorie jurisprudentielle qui consiste de manière générale à excuser, voire légitimer des inégalités, y compris des atteintes aux Libertés qui seraient normalement répréhensibles mais qui sont nécessaires au nom d'impératifs supérieurs de l'ordre public et de la continuité de l'Etat.

Cette théorie est née à l'époque de la Première Guerre Mondiale, notamment avec deux arrêts : 28 juin 1918 *Heyriès*, 28 février 1919 *Dames Dol et Laurent* (cf. *G.A.J.A.*). A partir de ces deux décisions, on peut dire que trois conditions sont nécessaires. D'abord, les circonstances doivent être réellement exceptionnelles, ensuite, les circonstances doivent réellement exister au moment où l'Administration a pris l'acte (pas avant ni après), enfin, les mesures administratives doivent correspondre à un but d'intérêt public essentiel (intérêt général).

Cette théorie des circonstances exceptionnelles est appliquée dans beaucoup de situations ; par exemple en cas de troubles sociaux et politiques, en cas de cataclysme, en cas de catastrophes naturelles, en cas de grève générale, etc. Cette théorie, également permet toutes sortes d'illégalités, notamment, des violations des règles de forme, des règles de compétence ou de fond. Tout cela peut entraîner des atteintes directes aux droits et libertés : liberté de déplacement, liberté de commerce

et d'industrie, droit de propriété, etc. Les circonstances exceptionnelles supposent évidemment une extension des pouvoirs de police. Les populations disposent du recours pour excès de pouvoir pour défendre leur liberté. Mais dans les faits, les décisions du juge interviennent bien après les violations des droits et libertés.

Cette jurisprudence n'a pas été appliquée par le juge sénégalais.

III. UNE PROTECTION AFFAIBLIE

La protection des libertés et des droits est affaiblie par l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication et par l'avènement du terrorisme.

A. Par les nouvelles technologies

La protection est affaiblie du fait de menaces provenant des personnes et de menaces provenant de l'Etat.

1. Menaces provenant des personnes

Le développement de l'internet et surtout des réseaux sociaux, l'explosion des téléphones portables ainsi que la multiplication des télévisions et des radios constituent une avancée certaine pour l'humanité mais aussi une menace pour les libertés individuelles, particulièrement pour la vie privée : divulgations de fausses nouvelles pouvant porter atteinte à l'honneur d'autrui, publication d'images sans l'autorisation de la personne concernée, insultes, diffamation, étalage de la vie privée des citoyens, etc. Il existe certes une commission des données à caractère personnel mais elle semble mal armée pour lutter contre de nouvelles formes d'atteintes aux droits et libertés. Les autorités envisagent d'ailleurs de légiférer dans ce domaine.

2. Menaces provenant de l'Etat

Le développement des nouvelles technologies, notamment en matière d'informatique et de télécommunication offre un arsenal de moyens d'investigation et de repérage considérés comme efficaces. Il en est ainsi du développement des techniques de vidéos surveillance, du contrôle de l'immigration mais aussi du fichage, du contrôle d'internet, de la violation du secret des correspondances, etc.

Dans ce cas les garanties sont presque inexistantes. On peut se demander si les tâches nouvelles dans lesquelles l'Etat, du fait des bouleversements de la technique se trouve engagé, peuvent encore s'accommoder des exigences de l'Etat de droit?

B. Par la montée du terrorisme et de de la radicalité

A l'heure actuelle, devant le développement inquiétant du terrorisme, les organisations internationales, les organisations régionales et les Etats ont éprouvé le besoin d'adopter des dispositions antiterroristes de plus en plus corsées.

Est-il utile de renforcer l'arsenal législatif pour combattre le terrorisme? Faut-il modifier la Constitution, quitte à diminuer les libertés et à écorner l'Etat de droit, afin de tenter de mieux protéger les citoyens ? D'où le débat sur les rapports entre le terrorisme et l'Etat de droit. D'une part une menace directe par des attentats violents visant à répandre la terreur. D'autre part, une menace indirecte plus pernicieuse,

celle qui le conduit à considérer que la lutte contre le terrorisme s'accompagne nécessairement de restrictions apportées aux libertés individuelles.

Cette lutte est de plus en plus présentée comme la recherche constante d'un équilibre entre le désir de sécurité et le désir de liberté. Toute la difficulté pour un Etat de droit confronté au terrorisme consiste donc à riposter aux actes terroristes sans se nier lui-même, ce qui s'entend en un double sens : rétablir au plan pénal une proportion entre le crime et la peine que l'on ne trouve pas au niveau de l'acte entre l'intention et sa mise en œuvre et garantir au niveau législatif un équilibre entre la demande sociale de sécurité et l'exigence politique de liberté.

Cette dialectique entre sécurité et liberté est utilisée dans la plupart des démocraties occidentales et dans certains pays africains pour justifier les législations antiterroristes. Ces dernières sont alors présentées comme un simple glissement du curseur vers davantage de sécurité, au détriment d'une atteinte aux libertés, considérée comme une nécessité imposée par le caractère diffus et asymétrique de la menace.

En tout cas, les lois antiterroristes récemment entrées en vigueur ont toutes suscité de vives réactions des organisations de la société civile qui ont dénoncé des atteintes inacceptables aux libertés publiques. Les critiques les plus fréquentes portent sur l'allongement de la durée de la garde à vue, les atteintes à la liberté de la presse ou encore une définition du terrorisme jugée trop floue, ouvrant la porte à des dérives.

La législation antiterroriste ne vise plus le champ relativement restreint du droit humanitaire mais l'ensemble des droits et libertés : sûreté, liberté d'aller et de venir, liberté d'expression, droit au respect de la vie privée, libertés de réunion et d'association. Autrement dit, la dialectique liberté/sécurité est devenue une sorte de lieu commun susceptible d'être invoquée pour fonder toute une série de restrictions aux libertés publiques y compris le droit humanitaire d'autant plus que l'approche sécuritaire rencontre l'adhésion d'une opinion publique traumatisée par la violence des attentats. Cette extension est justifiée par la volonté d'accroître la sécurité des personnes et des biens en raison du caractère diffus d'une menace qui est susceptible de frapper n'importe où, n'importe quand. Ainsi le terrorisme devient une sorte d'alibi pour prendre des mesures destinées à combattre d'autres types de criminalité. C'est aussi un prétexte pour museler l'opposition politique et la société civile à travers des mesures de restriction des droits et libertés.

Au total, l'évolution du droit qui se mondialise, se communautarise et se constitutionnalise ainsi que l'apparition de phénomènes nouveaux comme le terrorisme constituent des défis pour les droits et libertés et pour le juge.

Nous ne pouvons pas, ne pas être pas attentifs à cette évidence qu'est la transformation de l'environnement politique national et international ; l'ampleur du phénomène, l'accélération de son rythme, nous imposent une incessante remise en question des constructions et des catégories juridiques que nous avons toujours connues. Au juge de s'adapter.

