

REFLEXIONS SUR LA NOUVELLE LEGISLATION SENEGALAISE ANTITERRORISTE

Thierno Amadou NDIOGO¹

Résumé : « *La récente réforme de la législation pénale sénégalaise est justifiée par la volonté d'une plus grande efficacité de l'action judiciaire dans la lutte contre le terrorisme. Le modèle sur lequel s'est fondé le législateur semble conduire cependant à celui que l'on dénomme "droit pénal de l'ennemi". En effet, si le terrorisme est un vrai danger pour les États de droit, la lutte effrénée contre le terrorisme l'est tout autant. Or, l'on voudrait que notre modèle de référence pour le droit pénal futur soit encore l'État de droit* ».

Mots-clés : *Criminalité, Terrorisme, Ennemi, Légalité, Culpabilité.*

Abstract : « *The recent reform of Senegalese criminal legislation is justified by the desire for greater effectiveness of judicial action in the fight against terrorism. The model on which the legislator relied seems to lead, however, to the so-called "criminal law of the enemy". Indeed, if terrorism is a real danger for the rule of law, the frantic fight against terrorism is just as dangerous. However, we would like our reference model for future criminal law to be still the rule of law* ».

Keywords : *Crime, Terrorism, Enemy, Legality, Guilt.*

¹ Docteur en Droit privé et Assistant Titulaire à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (Sénégal), e-mail : thiernondiogou@gmail.com

Introduction

« *La peur brouille les frontières entre le droit, les risques et les menaces, nous condamnant à des réponses inadéquates dans un temps politique nécessairement pensé trop court et trop rapide* »².

S'il ne fait aucun doute que le système répressif sénégalais³ revendique l'étiquette du libéralisme, en revanche, l'économie générale de sa législation pénale nous invite à une plus grande prudence dans l'analyse des options de la politique pénale sénégalaise⁴. Il n'est donc pas inutile de rappeler qu'au Sénégal les politiques publiques en matière pénale⁵ ont évolué tout en s'articulant sur le modèle français dont l'édification s'est faite autour de logiques opposées⁶ avec d'un côté la logique de l'État dont le corollaire est la dynamique de l'ordre et l'autre, la logique de l'être humain ayant pour corollaire la dynamique de la liberté⁷. C'est dans cette perspective que le droit pénal sénégalais s'est ouvert au consensus suivant lequel, dans la mobilisation du *ius puniendi*, un constant équilibre doit être recherché entre les impératifs de répression et la prise en compte de la dimension humaine du justiciable ayant enfreint la norme pénale. À cet effet, le droit pénal sénégalais en tant que droit pénal libéral doit être celui de l'acte, puisque le droit pénal de l'auteur est autoritaire. La légitimation théorique d'une peine imposée à quelqu'un pour ce qu'il est, n'est pas admissible ; elle n'est admissible que pour ce qu'il a fait. Dans cette lancée, le droit répressif a copieusement hérité des principes résultant du droit pénal moderne, tel que l'a énoncé la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 inspirée par la pensée de Cesare Beccaria⁸. Il s'agit de principes fondamentaux garantissant le respect des droits humains et la primauté du droit à

² P. CURRAT, « Le criminel dangereux et l'émergence d'un "droit pénal de l'ennemi" », *Revue LE TEMPS* du 18 septembre 2013, disponible sur le site : <https://www.letemps.ch/opinions/2013/09/18/criminel-dangereux-emergence-un-droit-penal-ennemi> (consulté le 21 janvier 2017).

³ C'est-à-dire un ensemble d'éléments interactifs qui se veut cohérent.

⁴ En droit Sénégalais, l'on constate une bifurcation des écoles de pensées de la politique criminelle.

⁵ S. ENGUÉLÉGUÉLE, *Les politiques pénales (1958-1995)*, L'Harmattan, 1998, pp. 22 et s. ; M. DELMAS-MARTY, « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres ? », *RSC 1994*, p. 152.

⁶ R. DE GOUTTES, « Droit pénal et droit de l'homme », *RSC 2000*, pp. 133 et s. ; N. DIOUF, « Procès pénal et droits de l'homme : L'exemple du Sénégal », *RASDP*, n° 2, juillet-décembre, 1995, p. 1.

⁷ F. R. BIKIE, « Le droit pénal à l'aune du paradigme de l'ennemi. Réflexion sur l'État démocratique à l'épreuve de la loi camerounaise n° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme » *Revue des droits de l'homme*, 11/2017, n° 2, pp. 2.

⁸ Voir C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, ouvrage réédité par G.- Flammarion, 2006. 187 pages.

l'instar du principe de la légalité criminelle⁹, du principe de la présomption d'innocence¹⁰, du principe de la culpabilité¹¹, du principe de nécessité¹², du principe de la proportionnalité¹³, du principe de respect de la dignité humaine¹⁴, entre autres.

Cette fonction *d'ultima ratio* reconnu au droit répressif acheva la démocratisation du procès pénal, en ce sens qu'il aura aussi dans la même veine pour mission, le renforcement de l'État de droit. Seulement, de nos jours, certains choix législatifs tendent à ébranler la véritable logique de symbiose pour la réalisation d'un droit pénal largement acquis aux idéaux des droits humains. Ce postulat de base est anéanti, pour reprendre Fabrice Roland Bikie, par des expressions tantôt de débordement, tantôt de rupture, systématisées, mieux conceptualisées par la doctrine sous différentes figures¹⁵. C'est dans ce sillage qu'émerge un droit pénal inspiré d'une idéologie punitive orientée vers la neutralisation de l'« ennemi ». Cet ennemi est identifié, d'une façon générale, avec un « *type criminologique* » d'auteur dangereux¹⁶, le terroriste auquel est réservée une politique répressive extraordinaire et qui se caractérise par une rigueur très élevée. Malheureusement, le Sénégal ne semble pas échapper à cette mouvance.

Ébranlement de la véritable logique de la politique pénale sénégalaise ? – Déjà en février 2007, le législateur sénégalais avait réaménagé son arsenal répressif pour être en phase

⁹ A. GUIDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français, aspect logistiques et jurisprudentiels », *RSC* 2007, p. 509 ; Décision, n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Rec. D.* 1997, Jurisprudence, p. 69, note B. MERCUZOT.

¹⁰ H. M. MONEBOULOU MINKADA, « La crise de la présomption d'innocence : regard croisé sur la procédure pénale camerounaise et de la Cour pénale internationale », *Juridical Tribune*, Vol. 4, Issue 2, Décembre 2014, p. 69 ; J. PRADEL, « La présomption d'innocence : un colosse au pied d'argile ? Droit de la France et droits d'ailleurs », in *Mélanges Jacques-Henri ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 605.

¹¹ A. BLANCHOT « De la responsabilité à la culpabilité », in *L'honnête Homme et le droit*, Mélanges en l'honneur de Jean Claude SOYER, LGDJ, 2000, pp. 27 et s. ; R. OTTENHOF, « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », *Archives de politique Criminelle*, 2000, n° 22, p. 76 ; Y. MAYAUD, « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *D.* 1997, 7^{ème} Cahier, Chron., p. 47 et s.

¹² F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC* 2015, p. 257.

¹³ G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 2013, p. 51 ; S. ORFANOUDAKIS, *Le principe de proportionnalité*, éd. Sakkoulas Athènes-Thessalonique, 2003, p. 24 ; D. ALLIX, « De la proportionnalité des peines », in *L'honnête Homme et le droit, op. cit.*, p. 4.

¹⁴ H. M. MONEBOULOU MINKADA, « La protection juridique de la dignité du détenu au Cameroun », *RASJ Yaoundé* 2017, p. 51 ; M. DELMAS-MARTY (Dir.), « Criminalité économique et atteinte à la dignité de la personne », in *La Maison des Sciences de l'Homme*, 7^{ème} éd., Paris, 2001 ; R. KOERING-JOULIN, « La dignité de la personne humaine en droit pénal », in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. PAVIA et T. REVET (Dir.), coll. Études juridiques, 1999, Économica, p. 67 ; B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *D.* 1996, chron. 282.

¹⁵ F. R. BIKIE, *Op. cit.*, n° 5, pp. 2.

¹⁶ S. FIORE, « La construction de l'ennemi. La réforme de la récidive en Italie », in *Le nouveau droit de la récidive*, B. LAPÉROU-SCHENEIDER (Dir.), Actes de colloques du 25 janvier 2007, Université de Franche-Comté, L'Harmattan, 2008 p. 62.

avec le combat mené par la communauté internationale contre le terrorisme¹⁷. Près de dix ans après, ledit législateur n'a de cesse de vouloir adapter cet arsenal aux évolutions du terrorisme¹⁸. Il a entendu corriger les tares originelles de son dispositif pénal en apportant des améliorations techniques importantes à la législation répressive. C'est ainsi, qu'au terme d'une discussion parlementaire tronquée, des lois portant modification du Code pénal¹⁹ et du Code de procédure pénale²⁰ ont été promulguées en novembre 2016. Les textes réprimant le phénomène du terrorisme ne sont pas, loin s'en faut, les seuls à avoir amorcé l'évolution de la politique antiterroriste : ont été adoptées des dispositions relatives au traitement des infractions liées aux TIC et aux interceptions de correspondances téléphoniques ou émises par voie électronique. Parallèlement, la nouvelle législation est loin de ne contenir que les articles des Code pénal et de procédure pénale²¹ puisque l'on y retrouve de nombreux cavaliers législatifs notamment la loi relative aux services de renseignement²². Cependant, une radioscopie assez raffinée de ce nouveau dispositif antiterroriste semble consacrer insidieusement la figure de l'ennemi, conduisant à un dédoublement du droit pénal : un « *droit pénal du délinquant* », destiné aux « *personnes* », régi par le principe classique de la culpabilité ; et un « *droit pénal de l'ennemi* », adressé aux « *ennemis* » et fondé sur la dangerosité, justifiant ainsi la perte du statut de « *personne* » pour devenir un « *ennemi* », puni à travers une répression anticipée et dont la dangerosité criminelle justifie la relativisation jusqu'à la suppression de ses droits et libertés fondamentaux.

¹⁷ Loi n° 2007-01 du 12 février 2007 modifiant le Code pénal, *JO n° 6332* du 10 Mars 2007, pp. 2375 à 2377 ; Loi n° 2007-04 du 12 février 2007 modifiant le Code de procédure pénale, *JO n° 6332* du 10 Mars 2007.

¹⁸ M. MASSE, « La criminalité terroriste », *RSC 2012*, p. 89.

¹⁹ Loi n° 2016-29 du 08 novembre 2016 modifiant la loi n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant Code pénal, *JO n° 6975* du 25 novembre 2016, p. 1613 : Extrait de l'exposé des motifs de la Loi n° 2016-29 du 08 novembre 2016, précitée : « *En vue de mettre la loi pénale nationale en conformité avec les traités ratifiés par le Sénégal et de sanctionner ainsi les faits répréhensibles non pris en compte dans la loi actuellement en vigueur, des modifications du Code pénal s'avèrent nécessaire par la création de nouvelles incriminations [...] pour lutter efficacement contre le terrorisme [...]* ».

²⁰ Loi n° 2016-30 du 08 novembre 2016 modifiant la loi n°65-61 du 21 juillet 1965 portant Code de procédure pénale, *JO n° 6976* du 25 novembre 2016, p. 1627 : « *Des mesures normatives tendant à lutter efficacement contre le phénomène du terrorisme ont été prises dans le Code pénal et le Code de procédure pénal, en vue, d'une part, de réprimer plus efficacement les actes terroristes et leur financement, d'autre part de permettre la mise en place d'institution destinées à prévenir les actes de terrorisme. Avec l'acuité particulière que revêt le phénomène du terrorisme au regard de ses manifestations récentes aussi bien sur le plan international que dans la sous-région, il est apparu nécessaire d'améliorer certains aspects de la législation pour une plus grande efficacité de l'action judiciaire dans la lutte contre cette forme de criminalité. C'est ainsi qu'il est envisagé des réaménagements susceptibles d'améliorer le dispositif de lutte contre le terrorisme, avec notamment [...]* ».

²¹ CP, Arts. 279-1 à 279-19 ; CPP, Arts. 677-24 à 677-31.

²² Loi n° 2016-33 du 14 décembre 2016 relative aux Services de renseignement, *JO n° 6984* du samedi 07 janvier 2017. Dans le même sillage, l'on peut citer la Loi uniforme n° 2009-16 du 2 mars 2009 relative à la lutte contre le financement du terrorisme, *JO n° 6557* du Samedi 20 novembre 2010. Par rapport à la lutte contre le financement du terrorisme, Voir Christian Ousmane CISS, *La lutte contre le financement du terrorisme*, Thèse, FSJP-UCAD, 2016 ; N. CAMARA, *La lutte contre le terrorisme en Afrique : Contribution à l'étude de la pertinence des instruments juridiques de lutte contre le terrorisme en Afrique*, Thèse, FSJP-UCAD, 2013.

Paradigme de l'ennemi en droit pénal. – L'importance particulière acquise par le paradigme de l'ennemi en droit pénal remonte vers la fin des années 90²³, avec la publication du célèbre essai du Professeur allemand Günther Jakobs²⁴. Disciple de l'école finaliste de Hans Welzel et précurseur du fonctionnalisme systémique radical, Günther Jakobs soutenait que l'individu qui n'entend pas rejoindre un état de citoyenneté ne peut participer aux bénéfices du concept de personne. Selon lui, l'État doit considérer les délinquants comme des *personnes humaines* qui commettent des infractions ou comme des *individus* (ennemis) qui représentent un danger réel pour l'État lui-même²⁵. Suivant sa théorie, un État doit procéder de deux façons contre les auteurs d'infraction, ce qui débouche sur le dédoublement du droit pénal, voire la coexistence de régimes répressifs²⁶. Au fil d'écrits et de conférences, la pensée de cet auteur s'est affinée, mais la polémique suscitée²⁷ par son analyse du droit pénal de l'ennemi est véritablement marquée depuis les attentats de New York du 11 septembre 2001²⁸, entraînant la destruction des tours jumelles²⁹. Plus précisément, « *mis à part la*

²³ L'expression « *ennemi* » était déjà entrevue par les philosophes des Lumières. Selon Jean Jacques Rousseau, l'individu qui déclare la guerre à l'État devient un traître de la patrie et, par conséquent, cesse d'être membre de l'État, une fois qu'il a rompu le contrat social. Il découle de sa pensée, à tort ou à raison, que tout homme qui rompt avec le contrat social n'est pas une *personne*, mais un *ennemi* (J. J. ROUSSEAU, *Le Contrat social*, (Livre II, Chapitre V), éd. VRIN 2012, p. 52). Pour Thomas Hobbes, celui qui rompt avec l'État déchoit dans un état de nature, condition de l'homme qui vit dans un état de guerre, où il n'existe aucun État ni loi. De ce fait, comme il a décidé de ne pas se soumettre à la loi, il n'est pas un citoyen, mais un ennemi (T. HOBBS, *Léviathan*, (Chapitre XIV – Lois naturelles et Contrats), Traduction FOLIOT, 2001, p. 78). Quant à Emmanuel Kant, il faisait valoir que celui qui ne participe pas à la vie d'un État *Communitario-légal*, doit se retirer c'est-à-dire être expulsé ou détenu à travers une mesure de sécurité (E. KANT, *Fondation de la métaphysique des mœurs*, 1785, traduction d'Alain Renault, Paris, GF Flammarion, 1994, cité par A. HANNACHI, « La théorie du droit pénal de l'ennemi - « Feindstrafrecht » de Günther JAKOBS », Disponible sur le site : <http://hannachiahlemlaw.canalblog.com/archives/2015/06/07/>, (consulté le 21 janvier 2017). Mais, c'est avec Carl Schmitt et Julien Freud, théoriciens du droit nazi, que l'on a accédé au fonctionnement même du Politique qui se réalise à travers la dialectique ami/ennemi (C. SCHMITT, *La notion de politique – Théorie du partisan*, Paris, Coll. « Champs classiques », 2009, p. 64 ; J. FREUND, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, [1965], 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2004, 867 pages ; du même auteur, « Préface », in Carl SCHMITT, *op. cit.*, pp. 7 à 38.

²⁴ P. VARJÃO CRUZ, *Le « droit pénal de l'ennemi » : Du phénomène au paradigme*, Éditions universitaires européennes, 2011, p. 2.

²⁵ G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC 2009*, p. 7.

²⁶ S. FIORE, « La construction de l'ennemi. La réforme de la récidive en Italie », *Op. cit.*, pp. 58 et 59.

²⁷ C'est pourquoi, dans son article « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi » ci-dessus, il commence à expliquer sa démarche « *Je traite mon sujet comme un scientifique du droit. Je ne le traite pas comme un praticien du système juridique : comme un juge, un avocat ou un exégète du droit positif ; Je ne parle pas non plus en tant que politicien. J'observe simplement le système juridique de l'extérieur et j'essaie de comprendre pourquoi ce système est ainsi, comme il est. Mon objectif n'est absolument pas d'inventer ou de construire un droit pénal de l'ennemi ; je pense plutôt qu'on peut trouver un droit pénal de l'ennemi dans le droit allemand actuel ; qu'il y a aussi des raisons claires et qu'on ne peut pas simplement laisser ces raisons de côté* ».

²⁸ John Lear, ex-agent de la CIA, a affirmé que les tours ont été abattues par des démolitions contrôlées et non par des avions qui auraient été détournés par des pilotes amateurs. Il a non seulement fait une déclaration sous serment en tant que témoin expert, mais il a également produit des preuves concluantes qui réfutent le récit officiel selon lequel les tours jumelles ont été détruites par des avions qui ont été volés et pilotés par des terroristes. Disponible sur le lien suivant : http://www.alterinfo.net/Un-agent-de-la-CIA-declare-sous-serment-Nous-avons-detruit-les-tours-jumelles-le-11-septembre_a132367.html. (Consulté le 15 juillet 2017).

sensation d'insécurité qui [...] est infligée à presque tous les citoyens du monde »³⁰ contre l'ascension du phénomène du terrorisme, plusieurs États de droit ont adopté des mesures normatives extrêmes de protection et surtout une réaction juridico-pénale très sévère³¹. À ce stade d'analyse, un constat s'impose et participe de la pertinence de notre réflexion : le droit criminel a presque toujours légitimé le droit pénal de l'auteur et le passage à l'ennemi³². Il serait trop long de revenir ici sur la façon dont il l'a fait, mais il est certain que si « *parfois, il s'est limité à légitimer un droit pénal de l'auteur, à d'autres occasions, la légitimation d'un droit pénal de l'auteur a conduit directement à celle d'un droit pénal de l'ennemi* »³³. Mais, si aujourd'hui des voix de la doctrine criminelle³⁴ peuvent soutenir un « *droit pénal de l'ennemi* », la difficulté sera celle d'être confrontée à la question qui consiste à établir des critères objectifs et inflexibles de la définition du paradigme de l'ennemi. Malgré les efforts allant dans le sens de répertorier objectivement les critères définitionnels, les risques « *constatant des changements de l'évolution du scénario politique peuvent porter sur la question qui va au-delà d'une inévitable casuistique politique pour provoquer une délégitimation du discours juridico pénal* »³⁵. C'est pourquoi, la terminologie « *ennemi* » n'aura ici qu'un sens formel et sémantique pour mener à bien notre réflexion.

Serait ainsi considéré comme « *ennemi* », celui qui persiste à commettre des crimes contre l'entité étatique ou qui met en danger l'existence même de l'État, voire celui qui non seulement menace la sécurité du territoire de l'extérieur, mais également l'intérieur même de la société, en semant la terreur, la violence et la destruction. De là, ce n'est pas purement le

²⁹ J.-F. DREUILLE, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence - Revue critique (J-RC)*, décembre 2012 n° 3, Chronique des idées, p. 150.

³⁰ A. HANNACHI, *Le dédoublement du droit pénal. « Le droit pénal du citoyen et le droit pénal de l'ennemi ». Contribution à une approche critique de la doctrine de Günther JAKOBS*, *op. cit.*, pp. 2 et s.

³¹ Le régime retenu est sévère. Le mobile dont parle la loi n'a nullement entraîné un régime de rigueur. L'on peut avoir un éclairage sur la question si on examine le droit pénal de fond et le droit pénal de forme. Par rapport au droit pénal de fond, les peines applicables aux actes de terrorisme sont criminelles (travaux forcés à perpétuité) et pour les peines prononcées, la prescription est de 40 ans. S'agissant du droit pénal de forme, la garde à vue peut aller jusqu'à 12 jours contrairement au droit commun ; l'action publique se prescrit par 30 ans ; l'instruction, la poursuite et le jugement sont centralisés à Dakar ; la chambre criminelle du TGI de Dakar est seule compétente pour connaître du crime de terrorisme.

³² S. AUBERT, « L'ennemi dans le livre IV du Code pénal français : approches comparées », *Revue électronique de l'AIDP*, 2012, 22 pages. Disponible sur le lien suivant : <http://www.penal.org/sites/default/files/files/article%20l'ennemi%20dans%20le%20CP.pdf>, (Consulté le 15 juillet 2017).

³³ E. RAUL ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *RSC 2009*, p. 43.

³⁴ F. R. BIKIE, *op. cit.*, pp. 1 à 21 ; O. CAHN « Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre. Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi » in *Archives de politique criminelle*, 2016/1, n° 38, pp. 89 à 121 ; A. HANNACHI, *Le dédoublement du droit pénal. « Le droit pénal du citoyen et le droit pénal de l'ennemi ». Contribution à une approche critique de la doctrine de Günther JAKOBS*, Thèse, Université de Panthéon Sorbonne, 2014, p. 17 et s.

³⁵ *Ibidem.*, p. 17 et s.

préjudice consommé ou la tentative contre le bien juridique protégé par la norme qu'il est désigné en tant que tel, mais principalement pour la menace de danger qu'il est capable de perpétrer. À partir de là, le qualificatif d'ennemi ne s'applique qu'à la grande criminalité ou à la délinquance organisée et particulièrement au terrorisme³⁶. Ce qui explique que l'ennemi appelle une lutte, une guerre impropre à un processus judiciaire serein et perturbateur des garanties fondamentales³⁷. Si le citoyen est considéré comme l'auteur d'un crime occasionnel, même dans l'extériorisation du fait délictuel, il ne sera appréhendé qu'à travers une réponse pénale légale ; l'ennemi doit, en revanche, être intercepté promptement, en raison de sa dangerosité extrême³⁸. Pour cela, l'ennemi est devenu une référence pour la construction d'un droit pénal postmoderne³⁹, impliquant et justifiant concrètement la multiplication d'interventions *ante delictum* en réponse à la crise des États qui seraient dans l'impossibilité d'assurer le contrôle du crime et de la sécurité⁴⁰.

Intérêts de la réflexion. – Ce thème que nous nous sommes proposé d'étudier, n'est pas dénué d'intérêts. Le premier eût suffit à lui seul : la modernisation du droit pénal sénégalais en 2016 semble s'inscrire dans la tendance générale des politiques publiques pénales qui vise à neutraliser le terroriste parce qu'ennemi de la société⁴¹. La structure globale de l'arsenal répressif peut s'interpréter comme la mise en mouvement du modèle autoritaire de la politique pénale fondée sur des formes dégradantes de punitions et pratiques pour humilier. Plus exactement, l'analyse de plusieurs dispositions dénote timidement un régime répressif destiné au citoyen normal dont l'application de la loi pénale est garantie, respectant tous les droits de la personne humaine qui en découlent et un régime répressif inhérent au citoyen ennemi, dont l'application des droits humains et des garanties pénales et procédurales sont relativisées car destinées à l'élimination du danger qu'il représente. Mieux, l'on est confronté à une quantité de dispositions textuelles qui se développent contre les droits

³⁶ Le qualificatif d'ennemi ne s'applique pas au seul terroriste. Sont aussi concernés, les auteurs des crimes contre l'Humanité, des crimes de guerre et des crimes de génocide, les criminels économiques, les auteurs des délits sexuels. La doctrine du combattant ennemi illégal s'inscrit dans une perspective de lutte globale contre le terrorisme et ne concerne pas le seul champ pénal. En ce sens, Voir J. CANTEGREIL, « La doctrine du "combattant ennemi illégal" », *RSC 2010*, p. 81.

³⁷ Sur ce point, il semble que la théorie du « droit pénal de l'ennemi » diverge de celle du combattant « ennemi illégal », puisqu'ici le concept d'ennemi remplace celui de délinquant, mais il demeure dans la sphère juridique et dans le champ pénal en particulier, même s'il s'agit d'un droit d'exception.

³⁸ C. LAZERGES et H. HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemie », *RSC 2016*, n°3, p. 655.

³⁹ Voir M. MASSE, J. P. JEAN et A. GIUDICELLI (Dir.), *Un droit pénal postmoderne ?*, PUF 2009, 400 pages.

⁴⁰ C. DA AGRA, « La probation et ses contextes socio-historiques », *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, octobre-décembre 2011, vol. LXIV, p. 403.

⁴¹ J. PRADEL, « Les infractions de terrorisme : un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », in *Recueil Dalloz, Sirey*, 1987, 7^{ème} Cahier, Chronique, p. 46.

humains et consacrent anxieusement l'idée d'ennemi : la répression des « *actes préparatoires des actes préparatoires* » ou du moins d'actes préparatoires très éloignés de la consommation avec des limites conceptuellement floues, l'inclination de l'isolement des détenus, l'autorisation d'infiltrer les organisations criminelles⁴². Tout ce recul vers la législation pénale postmoderne apparaît en réalité dans la législation actuelle.

Le second intérêt réside dans l'appréciation du degré de l'État de droit. L'histoire et les différentes philosophies pénales nous ont légué trois principes directeurs qui forment aujourd'hui l'ossature du droit criminel. C'est le principe de la personnalité, le principe de légalité et le principe de culpabilité⁴³. Aussi, il existe des principes supérieurs qui gouvernent l'ordre juridique tout entier et qui s'appliquent au droit pénal. Il en est ainsi des principes de nécessité, de proportionnalité, de dignité humaine, d'effectivité du droit et de l'égalité devant la loi. La considération de tous ces principes se trouve au cœur même de la conception démocratique du procès pénal⁴⁴; tant il est vrai que quand les droits fondamentaux garantis par la loi ne sont pas assurés, les libertés ne le sont pas non plus.

Question de fond. – Dès lors, en raison des défis tentaculaires de la dialectique liberté/sécurité, la question de l'articulation de la réponse pénale contre le phénomène du terrorisme demeure pour tout juriste, privatiste comme publiciste, spécialiste ou non du droit criminel, un sujet d'une intéressante curiosité. L'idéal serait donc, dans une perspective constructive et évolutive, de ressortir la physionomie du régime répressif antiterroriste. Autrement dit, *quels sont les caractéristiques du régime répressif sénégalais contre le phénomène du terrorisme ?*

Plan. – En vue de proposer une réponse, à cette interrogation, un diagnostic minutieux du nouveau dispositif antiterroriste permet de constater une construction imparfaite de la logique répressive (I) entraînant ainsi une garantie fuyante des droits et libertés fondamentaux, comme ceux touchant le délinquant de droit commun (II).

⁴² Néanmoins, certains principes fondamentaux du procès pénal n'ont pas changé : assistance d'un avocat dès l'interpellation jusqu'à la fin de la procédure, jugement rendu contradictoirement en audience publique par des juridictions « normales » et non militaires ou spéciales, exercice des voies de recours en appel et en cassation.

⁴³ X. PIN, *Droit pénal général 2016*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2015, pp. 20 et s.

⁴⁴ A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, PUF, 2009, p. 290.

I. Une construction imparfaite de la logique de réponse pénale au phénomène du terrorisme

Méthode d'analyse. – Nous devons d'emblée insister sur l'absolue nécessité d'une démarche critique en analysant la nouvelle législation renforçant la lutte contre le terrorisme. À l'analyse, la réforme s'inscrit, à tort ou à raison, vers « *un processus de contradiction permanente entre l'État de droit et l'État de police qui reste enfermé à l'intérieur de l'État de droit, encapsulé, contenu mais avec des pulsions constantes essayant de perforer et, si possible, de faire éclater la capsule. Aussitôt que la contention s'affaiblit, l'État de police émerge avec la tendance à dériver vers un État absolu [...]* »⁴⁵. Cette appréhension est soutenue par l'édiction de règles pénales dont l'ambition qualitative initiale a été sacrifiée à celle d'intégrer dans le droit répressif certaines mesures d'exception marquant un affaiblissement incontestable de certains principes classiques du droit pénal et partant des droits et libertés fondamentaux⁴⁶. L'idéal serait donc dans une perspective constructive et évolutive, de ressortir les caractéristiques de la théorie du « *droit pénal de l'ennemi* » tant au regard de la politique pénale législative (A) qu'au regard de la politique pénale procédurale (B).

A. Une politique pénale législative défaillante

Faiblesses formelles. – La modernisation du droit répressif sénégalais laisse apparaître une dynamique d'application dissimulée du droit pénal de l'ennemi. Les ressorts de notre analyse tendant à la démonstration de l'exacerbation des exceptions aux principes directeurs du droit répressif tiendront à l'affaiblissement particulier de la « *clef de voûte du droit criminel* »⁴⁷. L'on pourrait légitimement reprocher à cette modernisation le grief de l'éclipse du principe de la légalité criminelle. Si ce principe se trouve sauvegardé dans sa dimension formelle, l'appréciation analytique de sa qualité soulève, en revanche, quelques problèmes en rapport avec sa dimension substantielle. En effet, c'est un principe qui impose à tout

⁴⁵ E. R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit, il n'y a que des délinquants, *RSC 2009*, p. 45.

⁴⁶ A. VIANDIER, « La crise de la technique législative », *Droits*, n° 4, 1986, p. 75.

⁴⁷ Cass. crim., 1^{er} février 1990, *RSC 1991*, 555. Obs. André VITU.

législateur comme une exigence logique de sa fonction normative⁴⁸, la rédaction de textes définissant sans ambiguïté les comportements qu'ils érigent en infractions et les sanctions qui leur sont attachées ainsi que la procédure à suivre⁴⁹. Or, à partir d'une lecture attentive de la réforme, l'on peut faire le constat d'une atténuation de cette exigence. L'accessibilité et l'intelligibilité⁵⁰ semblent être malmenées dans l'incrimination du terrorisme en raison de la multiplicité à l'infini des cas dans lesquels on est en présence d'un acte de terrorisme (1). Mais également, l'on constate que le résultat autour duquel la théorie de l'infraction⁵¹ s'est construite, fait l'objet d'une politique d'évitement. Les choix du législateur sénégalais développent des techniques d'incrimination qui autorisent l'intervention du droit pénal en dehors de toute référence au résultat ou dommage⁵² ; leur seul risque de survenance devient une composante suffisante pour définir une infraction⁵³ (2).

1. Un affinement ambigu et arbitraire des incriminations de terrorisme

Terrorisme, une notion élastique. – Si l'on s'en tient au titre entier de la nouvelle législation portant modification du Code pénal, la volonté du législateur pénal sénégalais paraît inachevée puisqu'il laisse planer un doute sur la notion même de terrorisme⁵⁴. Celui-ci

⁴⁸ Voir Ch.-L. De SECONDAT MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Présentation de Jean-François MATTEI, Flammarion, t. 4 2008, 1184 pages ; C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Préface Robert BADINTER, 1764, GF, Paris, Flammarion, 2006, 188 pages.

⁴⁹ Exprimé depuis fort longtemps, le principe de légalité est tellement important qu'il figure dans les Déclarations de Droit humains (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Art. 8 ; Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, Art. 11 ; Convention Européenne des Droits de l'Homme de 1953, Art. 7, §1 ; Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981, Art. 7-2). Il est également en bonne place dans de nombreuses Constitutions d'obédience libérale (Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001, Art 9, al 1).

⁵⁰ X. PIN, *Droit pénal général 2016*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2015, pp. 55 et s. ; Voir M. PLANÇON, *Le flou en droit criminel*, Presses Universitaires Européennes, 2010, 488 pages ; A. AKAM AKAM, « *Libres propos sur l'adage "nul n'est censé ignorer la loi"* », RASJ Yaoundé II, Vol. 4, n° 1, 2007, p. 51 ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et droit public*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002, p. 238.

⁵¹ Voir J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction*, L'harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003.

⁵² Voir S. DESTRAZ, « Le délit de préparation d'infractions en lien avec une entreprise individuelle terroriste », *Gaz. Pal.* 2015, n° 55, p.4 et s.

⁵³ S. GRUNVALD, « A propos de l'élément matériel de l'infraction ; quelques questions de frontières », in *Le champ pénal*, Mélanges en l'honneur du Professeur Reynald OTTENHOF, Dalloz, 2006, pp. 131 et s.

⁵⁴ Phénomène complexe au sein des différentes manifestations de la criminalité internationale, celui-ci peut être étudié depuis différents points de vue, à la fois politique, sociologique, historique ou juridique. Quelle que soit l'approche privilégiée, le problème de sa définition est et demeure la pierre d'achoppement des études sur le sujet. Plus récemment, un travail de recherche a relevé l'existence de quelques 212 définitions du terrorisme à travers le monde, dont 90 sont utilisées officiellement (J. D. SIMON, *The Terrorist Trap*, Bloomington, Indiana University Press, 1994, p. 29). Dans le même sens, Voir G. CHALIAND et A. BLIN (Dir.), *Histoire du terrorisme: De l'Antiquité à Al Quaida*, Paris, Bayard, 2006.

préfère, en lieu et place d'une définition *express verbis*, une énumération comme son titre l'indique : « *Des actes de terrorisme et des actes assimilés* ». Si les dispositions de l'article 279-1 du code pénal semblent proposer cependant de façon exhaustive une définition des éléments constituant des actes de terrorisme, les articles suivants ne peuvent que compléter cette première définition par un inventaire. Significativement, les articles 279-2, 279-3 et 279-4 dudit Code, commencent par « *Toute personne qui* ». Pour une raison inconcevable, les dispositions des articles 279-5 à 279-7 du même texte visent plutôt « *toute entente* », « *toute organisation ou préparation* », « *toute participation* », « *celui qui distribue ou met à disposition* », « *ceux qui ont sciemment* », « *ceux qui, ayant connaissance* ». De même, il faut se rendre compte pour le regretter, le législateur ne renseigne guère sur certains concepts comme « *actes* », « *menaces* », « *ayant pour but d'intimider [...] troubler gravement l'ordre public [...] fonctionnement normal des institutions* ». L'usage de ces concepts vagues procède, certes, à alléger le préalable légal mais il porte tout de même atteinte à la qualité de la loi⁵⁵. Au surplus, face à l'impossibilité de définir objectivement la notion de terrorisme, le législateur sénégalais a opté pour une incrimination élargie. Plusieurs comportements déjà réprimés en droit commun, sont repris sauf que c'est la finalité qui les fait basculer dans le champ matériel des infractions terroristes. Il est clair alors qu'on a du mal à saisir avec précision la structure des incriminations de terrorisme par rapport à son objet, son sujet et son domaine d'application. S'il est unanimement admis qu'aucune législation ne fournit une définition convenable⁵⁶, l'on ne saurait occulter qu'une telle option d'incrimination affaiblit le principe de la légalité, et partant l'État de droit.

Par ailleurs, la modernisation a cherché à incriminer la préparation individuelle de certains actes de terrorisme. La logique anticipatrice de l'association de malfaiteurs⁵⁷ est ainsi étendue à celui agissant sans l'appui d'une structure. Même si les investigations mettent toujours en exergue le fait qu'un terroriste n'agit jamais seul, il peut parfois être difficile d'attirer les comparses dans la sphère terroriste : « *aider un voleur à soustraire un véhicule est une chose ; souscrire au mobile terroriste en est une autre* »⁵⁸. Afin d'appréhender au plus tôt le « *loup solitaire* », est réprimé ce qui jusque-là s'apparentait à de simples actes préparatoires, exclusifs, le plus souvent, de toute répression⁵⁹. Donc, la répression de l'entreprise individuelle permet de pénaliser celui qui envisage de commettre les actes de

⁵⁵ J.-P. MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », *RSC 1990*, p. 1.

⁵⁶ F. R. BIKIE, *op. cit.*, n° 24, p. 5.

⁵⁷ R. DANIAULT, « L'association de malfaiteurs », *JCP Ed.G*, 1952, I, 1062

⁵⁸ N. CATELAN, « La lutte contre le terrorisme », *RSC 2015*, n° 2, p. 427.

⁵⁹ J. ALIX, « Réprimer la participation au terrorisme », *RSC 2014*, p. 849.

terrorisme tels que les crimes commis par participation à un mouvement insurrectionnel, les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité de la personne, le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou composants alimentaires ou dans les eaux une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux, la dégradation des biens appartenant à l'État et les infractions liées aux TIC. Au sujet des infractions relatives aux TIC⁶⁰, un simple abus de la liberté d'expression suffit pour porter le manteau de l'ennemi⁶¹. À vrai dire, la répression de celui qui porte « *un jugement favorable sur les infractions terroristes ou sur leurs auteurs* »⁶² ou provoque au terrorisme⁶³ n'est pas exempte de critique puisqu'en « *matière de provocation non suivie d'effet ainsi qu'en matière d'apologie au terrorisme, c'est bien l'opinion, aussi choquante soit-elle, qui est réprimée, non la sécurité de l'État* »⁶⁴. Criminaliser des comportements qui ne présentent pas un réel danger et anticiper l'intervention du droit répressif pour ce type de comportements peut supposer la pénalisation de simples manifestations idéologiques, produit du droit à la liberté d'expression⁶⁵, transformant en délit certains faits comme celui de montrer publiquement sa sympathie envers certaines idéologies ou croyances⁶⁶.

Conséquences – Cette situation quelque peu complexe semble être le symptôme que le terrorisme n'est pas une notion par nature juridique mais plutôt politique. L'accumulation en vrac dans la définition du terrorisme des actes de violence contre notamment les personnes, les biens, des infractions de blanchiment, de recel, d'empoisonnement de personnes ou de l'environnement, contribue à accréditer que la définition même de l'acte terroriste relève pratiquement de l'arbitraire. Cela conduit à la constatation de l'inexistence du terrorisme, tant juridiquement qu'historiquement et à la conclusion selon laquelle existent en réalité des terrorismes⁶⁷. Dès lors, le concept de terrorisme n'est-il pas une incongruité, un cynisme instrumentalisé par les États ? Il appartiendra aux spécialistes des Sciences politiques et du droit international public de dire si objectivement l'on ne peut pas procéder à une

⁶⁰ CP, Arts. 431-7 à 431-62 issus de la Loi n° 2016-29 du 08 novembre 2016, précitée.

⁶¹ D. LIGER, « Analyse de la jurisprudence en construction », in *Non à la société de surveillance ! Non aux lois d'exception !*, Actes de colloque organisé par le syndicat des Avocats de France à Bayonne le 12 juin 2015, cité par C. LAZERGES et Hervé HENRION-STOFFEL, *op. cit.*, p. 656.

⁶² C'est la définition de l'apologie retenue par la Cour de cassation française (Y. MAYAUD, « Obs. sous Crim. 25 avril 2017 », *AJ Pénal 2017*, pp. 349 à 350).

⁶³ CP, Art. 279-6 issus de la Loi n° 2016-29 du 08 novembre 2016 précitée.

⁶⁴ C. GODEBERGE et E. DAOUD, « La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? », *AJ Pénal 2014*, p. 563.

⁶⁵ Voir N. NDOUR, *L'activité de presse au Sénégal*, Thèse, FSJP-UCAD, 2017.

⁶⁶ F. MUÑOZ CONDE, « Le droit pénal international est-il un "droit pénal de l'ennemi" ? », *RSC 2009*, p. 19.

⁶⁷ L. REVERSO, *Op. cit.*, n° 27.

classification du terrorisme⁶⁸. Pour notre part, nous nous bornerons à tenter de répondre à la question de savoir si la régression juridique impliquée par le développement du concept de terroriste est à l'origine des mesures d'exception, devenues habituelles avec le temps. À cet égard, nous estimons qu'une réponse positive s'impose. Du point de vue juridique, le développement de cette pénalité d'un genre très particulier, dont on constatera d'ailleurs l'inefficacité, a pour résultat la régression voire la remise en cause de nombreux principes directeurs du droit pénal classique.

En fin de compte, cette logique résultant de ce droit d'exception finit par contaminer l'ensemble du système répressif, au point que l'on perde tout sens des mots⁶⁹. L'infraction de prévention⁷⁰ prend aujourd'hui un autre visage. D'abord, les formes se diversifient, voire s'automatisent⁷¹. Ensuite, leur multiplication, quelque peu désordonnée, mène du dérogatoire au général, et il en va à nouveau de la cohérence du droit pénal. Enfin, et consécutivement, le fondement préventif bat en retraite devant l'exigence d'efficience et d'efficacité de la poursuite et de la répression. De la sorte, le droit pénal est peut-être davantage préoccupé par la recherche d'instruments répressifs efficaces qui passe plus par une dénaturation de la matérialité, que par une véritable théorisation du risque en droit pénal⁷².

2. Un brouillage des éléments constitutifs des infractions de terrorisme

Rupture de la rationalité pénale. – Une infraction pénale est presque toujours le résultat d'une longue préparation. L'agent pénal n'atteint le résultat interdit qu'au terme d'un cheminement complexe. Ce processus criminel encore appelé *iter criminis* se décompose en plusieurs étapes : d'abord, l'idée du crime c'est-à-dire la résolution de l'accomplir, ensuite, les actes préparatoires, et enfin l'exécution de la consommation. Toutefois, lorsque l'agent pénal n'a pas été jusqu'au bout de son chemin, le moment d'intervention du droit pénal ne se

⁶⁸ Il semble être impossible de tracer la frontière entre insurrection, résistance à l'oppression et terrorisme. Pour amples informations, voir G. RABINOVITCH, « Terrorisme et résistance : refuser la confusion », in *Colloque du MPCT « Terrorisme et Résistance, la leçon d'Albert Camus »*, 23 octobre 2013, disponible sur le site du MPCT.

⁶⁹ L. REVERSO, *op. cit.*, n° 42.

⁷⁰ A. PONSEILLE, « Les infractions de prévention, argonautes de la lutte contre le terrorisme », RDLF 2017, Chron. n° 26, disponible sur le lien suivant : <http://www.revuedlf.com/droit-penal/les-infractions-de-prevention-argonautes-de-la-lutte-contre-le-terrorisme/> (consulté le 03 avril 2018) ; J. P. DOUCET, « Les infractions de prévention », *Gaz. Pal.* 1973, II Doct., p. 764.

⁷¹ En effet, il ne s'agit plus d'une prise en compte de la dangerosité d'une personne mais d'autonomiser cette dangerosité pour la prendre seule en considération.

⁷² S. GRUNVALD, *op. cit.*, p. 133.

pose plus puisque l'article 2 du code pénal sénégalais exige un commencement d'exécution⁷³. Donc, sont exclus de simples projets psychologiques ou des actes préparatoires⁷⁴. Il n'est pas cependant inutile de relever que les actes préparatoires d'une infraction n'ont jamais laissé le législateur indifférent et c'est parce que ces agissements ne sont pas de simples actes de conscience mais des actes qui sont socialement inquiétants. Il en est ainsi de l'incrimination et de la répression de certaines menaces⁷⁵ ou formes de complot⁷⁶, ou encore de l'association de malfaiteurs⁷⁷. Mais avec l'actualisation de l'arsenal répressif afin de mieux réprimer les terroristes, l'on peut être amené à mesurer la rupture qui traverse la rationalité pénale. En réalité, si dans les modèles individualisés, on punit le fautif tantôt pour ce qu'il a fait (rétribution), tantôt pour qu'il ne recommence pas (dissuasion), tantôt pour l'aider à ne pas recommencer (réhabilitation), avec le modèle de précaution ou de prévention « *l'identité criminelle n'est plus vue du côté des individus mais de la catégorie des risques qu'ils incarnent. Il n'y a plus d'infractions mais de menaces, plus de délinquants mais des groupes cibles et des territoires à risque* »⁷⁸. Les éléments constitutifs des infractions relevant du terrorisme ont subi des transformations notables qui bousculent totalement les approches classiques de la matière. L'élément matériel au même titre que l'élément moral de l'infraction⁷⁹, subit lui aussi un brouillage de ses bornes ; celles-ci se déplaçant plus en amont de *l'iter criminis* pour accentuer l'inclination de la punissabilité anticipée⁸⁰.

Altération de la matérialité ou matérialité trop évasive. – La nouvelle matérialité de ces infractions sur certains fronts, rend obsolète les clivages habituels qui conduisaient à une casuistique cohérente des infractions. La distinction entre « *infraction consommée* » et « *infraction tentée* », un des piliers de notre théorie de l'infraction, articule l'appréhension de

⁷³ CP, Art. 2 : « Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a pas été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même ».

⁷⁴ La définition des actes préparatoires est assez problématique dans la mesure où le Code pénal n'en donne pas de définition. En l'absence de toute définition légale, la doctrine en se fondant sur *l'iter criminis* a essayé de tracer la frontière entre actes préparatoires et commencement d'exécution mais là encore les différentes théories ne sont pas unanimes (X. PIN, *Droit pénal général 2016*, Op. cit., pp. 165 et s.). La jurisprudence, au milieu de cette incertitude doctrinale, a adopté ce qu'on pourrait appeler une conception médiane : « *l'intention matérialisée* » afin de déterminer si les agissements effectués par la personne mise en cause sont situés dans la phase d'exécution de l'infraction ou s'ils ne constituent encore qu'une préparation de l'infraction (Cass Crim 2 décembre 1954, *Dalloz 1955*, 219 ; Cass Crim 27 mai 1959, *RSC 1959*, p. 842 ; Cass Crim 25 octobre 1962, *Dalloz 1963*, p.221. Cass Crim 3 mai 1974, *Bull Crim*, n° 157).

⁷⁵ CP, Arts. 290 à 293.

⁷⁶ CP, Arts. 72 à 84.

⁷⁷ CP, Arts. 238 à 240.

⁷⁸ D. SALAS, *La volonté de punir Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette-littérature, pp. 196-197.

⁷⁹ S. GRUNVALD, *op. cit.*, p. 133.

⁸⁰ Ou « *anticipation répressive* » selon Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, Coll. « Droit fondamental », 2004, n° 232.

l'élément matériel et fournit les clés de compréhension des fondements de la répression pénale au regard de l'exécution de l'acte⁸¹. N'est-il pas alors inquiétant de noter, aujourd'hui, que cette ligne de démarcation est mouvante, conduisant ainsi une rétraction du champ pénal de la tentative ? Ou bien, la gravité des actes de terrorisme peut justifier l'élargissement encadré, exceptionnel de la répression en amont et en dehors du terrain de la tentative⁸², s'accompagnant alors d'un rétrécissement de la matérialité ? En tout état de cause, l'on est en droit de s'alarmer dès lors que la répression de la simple cogitation, de la simple pensée ou de la conspiration ne relève plus de l'exception ni n'a plus pour critère d'existence la gravité de l'acte. En restreignant l'exigence de l'extériorisation de la pensée criminelle, l'on se satisfait des « *actes préparatoires des actes préparatoires* » ou du moins des « *actes préparatoires* » très éloignés de la consommation avec des limites conceptuellement floues, pour admettre l'application du droit pénal. La conception objective de la criminalité qui préside notre ordonnancement criminel classique, semble être battue en brèche⁸³. La matérialité d'une telle logique est manifeste au travers de la nouvelle législation relative à la lutte antiterroriste. À titre illustratif, sont réprimés le recrutement de personnes pour faire partie éventuellement d'un groupe ou pour participer vraisemblablement à la commission d'un acte terroriste⁸⁴, la proposition de fourniture de moyen⁸⁵, l'entente, l'organisation ou la préparation d'actes terroristes⁸⁶. Ces nouvelles incriminations laissent présager, à première lecture, qu'elles consacrent une nouvelle hypothèse d'actes préparatoires incriminés de façon autonome comme cela existe déjà en droit pénal. Du reste, le contournement le plus ostensible de l'interdiction de punir en amont d'un commencement d'exécution se manifeste à travers les dispositions de l'article 279-8 du code pénal. Ce texte dispose expressément que les comportements visés aux articles 279-1 à 279-7 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* ». L'utilisation du conditionnel (« *existerait* »), dans ce texte, dénote amplement la sanction des actes préparatoires en matière de terrorisme.

Imprécision de l'élément psychologique. – Par ailleurs, les dispositions de l'article 279-1 dudit code précise que les actes constitutifs de terrorisme doivent être « *commis*

⁸¹ S. GRUNVALD, *Op. cit.*, pp. 131 et s.

⁸² Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op.cit.*, n° 247.

⁸³ Cette situation serait-elle alors profitable à la conception subjective en renforçant les exigences d'ordre psychologique pour la qualification des infractions ? Une réponse affirmative s'impose.

⁸⁴ CP, Art. 279-2. Dans le même sens, Voir C. LAZERGES, « La participation criminelle », in *Réflexion sur le nouveau code pénal*, Pedone 1995, p. 11.

⁸⁵ CP, Art. 279-3.

⁸⁶ CP, Art. 279-5.

intentionnellement [...] ». Pour engager la responsabilité pénale, il est en effet important d'analyser si les faits répréhensibles sont intentionnels ou non⁸⁷. Le législateur pénal sénégalais admet cette distinction et précise même la nature de l'élément moral requise⁸⁸. Les composantes juridiques de l'intention frauduleuse peuvent donc être établies à partir d'une relation existante entre l'acte ou le comportement, d'une part et la volonté et la connaissance⁸⁹, d'autre part. De ce fait, pour qu'une infraction soit intentionnelle, il faut que l'acte ou le comportement interdit soit voulu et conscient⁹⁰. Toutefois, l'on constate que l'élément moral reste imprécis pour la répression de certains actes constitutifs de terrorisme en raison de ce que les actes accomplis isolément ne peuvent s'expliquer que par la volonté d'accomplir l'un des actes visés par la nouvelle législation⁹¹. Pour tenter de l'expliquer, nous reprendrons, ici, l'analyse opérée par les auteurs Christine Lazerges et Hervé Henrion-Stoffel dans leur article intitulé « *Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi* »⁹², pour la clarté d'exposé qu'elle permet. Selon ces auteurs, l'élément psychologique de l'infraction terroriste est, en soi, un élément « à tiroirs », produit complexe de l'imbrication d'une volonté, d'une intention et d'un mobile, eux même parfois fondés sur de simples présomptions de fait destinées à réduire les difficultés probatoires de cet élément. De même, plus on remonte dans le temps du minimum de criminalité, s'éloignant ainsi de l'instant de la commission de l'infraction finale, plus il devient délicat d'établir avec certitude la réalité de l'élément moral. En définitive, l'anticipation punissable d'un comportement probable à une peine de travaux forcés à perpétuité⁹³ ne peut être que source de perturbation de la sécurité publique sans prendre en compte les règles du droit pénal de la culpabilité. Il convient, maintenant de s'interroger sur la politique pénale procédurale.

⁸⁷ D. NZOUABETH, « *L'animus necandi* », *Revue de l'Association Sénégalaise de droit pénal*, n° 9, 2010, pp. 73-106 ; J.-C. BERREVILLE, « Quelques réflexions sur l'élément moral de l'infraction », *RSC 1973*, n° 4, p. 868 ; B. MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *RSC 1967*, p. 7.

⁸⁸ M. PRALUS, « Réflexions autour de l'élément moral des délits », *Dr. Pén.*, décembre 2002, p. 4.

⁸⁹ A. MARCHAND, « Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 2003 », *LAMY Dr. Aff.*, n° 63, août 2003, p. 51.

⁹⁰ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 179 ; P. A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », *JCP.*, éd. G., 1950-I-876, spéc. n° 4 : pour cet auteur, la volonté est indissociable de l'intelligence : « *l'homme conçoit, se décide, agit à la fois, avec toutes ses facultés : intelligence, volonté, mémoire, conscience, imagination, etc. [...] La volonté est présente à tous ces stades* ».

⁹¹ C. LAZERGES et H. HENRION-STOFFEL, *op. cit.*, p. 653.

⁹² *Ibidem.*, pp. 649 à 661.

⁹³ Les sanctions encourues par les auteurs, coauteurs et complices d'actes terroristes sont uniquement des peines « *des travaux forcés à perpétuité* » (CP, Arts. 279-1 à 279-6 et 279-9 à 279-19) ; pour les receleurs, il est prévu des peines d'emprisonnement de cinq à dix ans et d'une amende de 500.000 à 2.000.000 francs CFA (CP, Art. 279-7). Par ailleurs, pour maintenir le maintien du droit de punir, le législateur fixe le délai de prescription de l'action publique à trente ans et celui de la peine à quarante ans (CPP, Art. 677-25). Ce qui facilite les poursuites.

B. Une politique pénale procédurale désarçonnée

Accroissement des pouvoirs des autorités en charge des investigations. – Le développement du terrorisme et la nécessité de la protection de l'entité étatique ainsi que les valeurs humaines, ont conduit à une profonde réflexion pour développer des moyens de lutte antiterroriste⁹⁴. C'est ainsi que le dispositif répressif de 2016 renforçant cette lutte en améliorant l'efficacité et les garanties procédurales, invite à faire le point sur le volet procédural, notamment avec le renforcement des pouvoirs des enquêteurs en la matière. Ce renforcement se manifeste par le développement de nouvelles techniques mises à leur disposition, inaugurées par les fameuses écoutes téléphoniques⁹⁵, les perquisitions informatiques, la captation de données informatiques, la géolocalisation. C'est dans cette logique que les règles de procédure ne sont plus unes, pas même dédoublées mais plurielles. S'il a semblé difficile au législateur sénégalais de lutter efficacement contre le phénomène du terrorisme dans le cadre des règles de droit commun⁹⁶, cette difficulté ne peut nullement conduire à la désorientation de la procédure d'investigation des infractions terroristes (1) et au bouleversement du rapport entre enquêtes de police et instruction judiciaire⁹⁷ (2).

1. Une désorientation de la procédure de recherche et de constatation des infractions terroristes

Protection trompeuse des droits de la défense en garde à vue. – Pour lutter contre le phénomène du terrorisme, les autorités en charges des investigations disposent d'une vaste gamme de mesures exorbitantes du droit commun. Au cours des recherches et constatations de ces infractions, ces autorités sont amenées à poser plusieurs actes⁹⁸ dont certains peuvent porter atteintes à la liberté individuelle de la personne soupçonnée. Il serait vraiment

⁹⁴ M. CATHERINE, « La montée en puissance de l'enquête », *AJ pénal* 2004, p. 221.

⁹⁵ P. KAYSER, « L'interception des communications téléphoniques par les autorités françaises » in *Étude offertes à Jean VINCENT*, 1979, p. 169 à 191.

⁹⁶ Notamment, la garde à vue (CPP, Arts. 48, 68 et 85.) ; la détention provisoire (CPP, Arts. 127 et 576), les interceptions de correspondances (CPP, Arts. 90-15 et s., issus de la loi 2016-30 du 08 novembre 2016, *Op. cit.*, p. 1643), les perquisitions (CPP, Arts. 48 ; 68 et 85).

⁹⁷ O. CAHN, « Réflexion désabusés sur le Chapitre 1 du titre 1 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *AJ Pénal*, septembre 2016, Dossier terrorisme, p. 408.

⁹⁸ CPP, Art. 677-24 : « Les crimes visés à la section première du chapitre premier du titre premier du livre troisième du Code pénal, seront poursuivis, instruits et jugés selon les règles du Code de procédure pénale sous réserve des dispositions ci-après ».

prétentieux d'en donner la liste de manière exhaustive. Outre, le report de l'intervention du médecin qui n'est possible qu'en cas de prorogation de la mesure de garde à vue⁹⁹, la durée maximale de celle-ci est triplée par rapport à celle de la durée ordinaire. Relativement à la garde à vue¹⁰⁰, elle est une mesure contraignante privant la personne de sa liberté de mouvement pendant quelques heures ou quelques jours^{101/102}, comporte des désagréments accessoires¹⁰³ notamment la perturbation du travail, l'impossibilité de regagner son domicile, l'obligation de coucher à la geôle du poste de police¹⁰⁴. En raison de l'atteinte à la liberté individuelle et au principe de la présomption d'innocence qu'elle constitue, celle-ci est entourée de formalités afin de préserver l'intégralité physique et psychique de la personne gardée à vue et les droits de la défense, sous peine de nullité¹⁰⁵. Les seules garanties attachées à l'exercice de cette mesure résident dans le contrôle d'un juge et dans les causes de nullité textuelles relatives au déroulement des opérations¹⁰⁶.

Si le temps standard de droit commun de la garde à vue ne peut excéder une durée de quarante-huit heures¹⁰⁷, cette règle ne reçoit pas application dans les situations particulières¹⁰⁸ comme le terrorisme. En la matière, le législateur pénal sénégalais n'a pas modifié la durée initialement prévue par la loi n° 2007-01 du 12 février 2007 précitée, en fixant un délai

⁹⁹ CPP, Art 677-26, al 2 : « [...] , l'officier de police judiciaire, s'il y a lieu de proroger la garde à vue, informe la personne gardée à vue [...] en lui donnant connaissance des dispositions de l'article 56 [...] ».

¹⁰⁰ CPP, Arts. 55 et 69.

¹⁰¹ S'il s'agit d'un mineur, l'article 55, al. 4 CPP dispose expressément : « lorsque la personne gardée à vue est un mineur de 13 à 18 ans, l'officier de police judiciaire doit la retenir dans un local spécial isolé des détenus majeurs ». Dans le même sens, Voir Hamidou DEME, « Le mineur de moins de 13 ans devant la justice : entre théorie et pratique », *Revue EDJA*, n° 77, 2008, p. 25.

¹⁰² En droit sénégalais, aucun texte général ne précise le point de départ de la garde à vue. Cette imprécision entraîne souvent des difficultés pour déterminer avec exactitude le terme de la mesure.

¹⁰³ R. MERLE, « Le rôle de la défense en procédure pénale comparée », *RSC 1970*, p. 5 et s.

¹⁰⁴ M. KONATE, *Le temps et le procès pénal au Sénégal*, Thèse FSJP-UCAD, 2017, p. 160 ; C. DIAKHOUMPA, *Traité théorique et pratique de procédure pénale : la phase préparatoire du procès pénal*, tome 1, Septembre 2015, p. 105.

¹⁰⁵ Seul un officier de police judiciaire peut décider d'un placement en garde à vue, celui-ci ayant alors pour première obligation d'en aviser le procureur de la République ou le juge d'instruction (CPP, Arts. 55, al. 2, 69 al. 2 et 146).

¹⁰⁶ Voir C. DIAKHOUMPA, *Le régime juridique des nullités dans le Code de procédure pénale sénégalais*, Thèse, Université Cheikh Anta DIOP, 2012, pp. 17 et s.

¹⁰⁷ CPP, Art. 55 al.1 : « si, pour les nécessités de l'enquête, l'officier de police judiciaire est amené à garder à sa disposition une ou plusieurs personnes visées aux articles 53 et 54, il ne peut les retenir plus de 24 heures » ; CPP, Art. 55, al. 2 : « s'il existe contre une personne des indices graves et concordants, de nature à motiver son inculpation, l'officier de police judiciaire doit la conduire devant le procureur de la République ou son délégué, sans pouvoir la garder à sa disposition plus de 48 heures ».

¹⁰⁸ CPP, Art. 55, al. 8 : « les délais prévus au présent article sont doublés en ce qui concerne les crimes et délits contre la sûreté de l'État ; ils sont également doublés pour tous les crimes et délits en période d'état de siège, d'état d'urgence ou d'application de l'article 47 de la Constitution sans que ces deux causes de doublement puissent se cumuler ».

pouvant aller jusqu'à douze jours¹⁰⁹. Ce qui explique que l'imam Alioune Badara Ndao, arrêté le 27 octobre 2015 à son domicile à Ngane dans la commune de Kaolack, a été présenté onze jours après son arrestation, au juge d'instruction qui l'a inculpé ensuite pour association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste, blanchiment de capitaux dans le cadre d'activités terroristes en bandes organisées et complicité, entre autres chefs d'accusation. À partir de là, l'on serait fondé de partager la crainte exprimée par certaines organisations sénégalaises de promotion et de protection des droits humains¹¹⁰. À vrai dire, les personnes inquiétées dans une affaire de terrorisme doivent attendre douze jours¹¹¹ avant d'être présentées devant un juge instructeur, ce qui constitue une violation flagrante du droit à la liberté personnelle et les expose à toutes formes d'abus et d'atteintes à son droit à un procès équitable.

Concernant le report de l'intervention du médecin, l'article 677-26, al 2 du Code de procédure pénale dispose que « [...], l'officier de police judiciaire, s'il y a lieu de proroger la garde à vue, informe la personne gardée à vue des motifs de la prorogation en lui donnant connaissance des dispositions de l'article 56 [...] », notamment le droit de se faire examiner par un médecin dès qu'elle en exprime le désir¹¹². D'après ce texte, le médecin ne peut intervenir qu'en cas de prolongation de la garde à vue, c'est-à-dire aux quatre-vingt dix-sept heures. Dans ce cas, le report est susceptible d'affecter son droit d'être examiné par un médecin. Or, il serait plus intéressant de faire intervenir ledit médecin avant tout interrogatoire des officiers de police judiciaire. Ces prémisses du droit pénal de l'ennemi au Sénégal peuvent aussi à être décelées en dehors de la garde à vue.

Évincement des droits de la défense en dehors de la garde à vue. – Avec la modernisation de l'arsenal répressif, le législateur sénégalais s'est adapté au monde numérique qu'est l'internet. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, les techniques d'enquêtes numériques ne sont nullement limitées à la lutte contre la cybercriminalité¹¹³. À l'évidence, c'est contre le terrorisme et la criminalité organisée que se sont principalement

¹⁰⁹ CPP, Art. 677-28 issu de la loi de 2016-30, précitée : « Par dérogations aux dispositions de l'article 55 du présent code, le délai de garde à vue en matière de terrorisme est de quatre-vingt-seize heures. Ce délai peut être prorogé de deux nouveaux délais de quatre-vingt-seize heures chacun, sur autorisation du juge d'instruction ou du procureur de la République si le juge d'instruction n'est pas encore saisi ».

¹¹⁰ La Déclaration conjointe d'Amnesty International (AI Section Sénégal) et la Ligue Sénégalaise des Droits de l'Homme (LSDH). Cette Déclaration est disponible sur le lien suivant : http://www.pressafrik.com/Amnesty-international-et-LSDH-plaident-contre-la-loi-sur-le-terrorisme-et-la-cybercriminalite_a158082.html (consulté le 26 novembre 2017).

¹¹¹ CPP français, Art. 706-88-1 : la durée est de six jours.

¹¹² Ch. d'acc. de Dakar, le 10 Aout 1998, MP c/ Papa Alioune GUEYE et autres, inédit.

¹¹³ La criminalité de droit commun n'est pas pour autant exclue du domaine des techniques d'enquêtes numériques.

dirigées ces techniques. Notre propos ici n'est pas de prétendre à l'exhaustivité dans l'exposé des techniques d'enquête numériques. Bien au contraire d'ailleurs, il s'agit plutôt de présenter les atteintes qu'elles posent aujourd'hui¹¹⁴. En effet, les autorités chargées des investigations disposent des techniques d'enquête numériques disproportionnées du droit commun. Celles-ci vont de la surveillance et de l'infiltration à la captation de données informatiques, en passant par les perquisitions nocturnes et les écoutes téléphoniques dès la phase policière. Ce sont autant de mesures qui apparaissent particulièrement intrusives pour l'individu qui en fait l'objet, même si elles sont subordonnées, pour les plus dérogoires d'entre elles, à l'autorisation d'un juge.¹¹⁵

À travers ces techniques, l'on constate que la personne soupçonnée voit ses droits repousser jusqu'à l'issue de la mesure concernant l'accès au procès-verbal de transcription des écoutes. Aux termes des articles 90-10 et 90-11 du code de procédure pénale, le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire sur délégation judiciaire ou pendant l'enquête sur autorisation et sous le contrôle du procureur de la République, peut accéder à distance et à l'insu du mis en cause aux correspondances stockées par voie des communications électroniques ainsi que la saisie, l'enregistrement et la copie de ces données. Les données ainsi recueillies, si elles sont utiles à l'investigation, sont jointes au procès-verbal des opérations. Il apparaît que le législateur automatise le régime de la saisie de correspondance électronique en le rendant indépendant de celui des perquisitions¹¹⁶. La collecte de renseignements comme vecteur principal de la lutte contre le terrorisme repose essentiellement sur des pouvoirs renforcés, qui agissent en dehors du cadre des enquêtes pénales ordinaires¹¹⁷. À cet égard, des techniques d'enquêtes spéciales sont empruntées aux services de renseignement.

¹¹⁴ Sur les difficultés mêmes de ces techniques, Voir O. VIOLEAU, « Les techniques d'investigations numériques : entre insécurité juridique et limites pratique », *AJ Pénal* 2017, p. 324 à 327.

¹¹⁵ M. TOULLIER, « Les droits de la défense dans les procédures d'exception : une évolution "vent dessus, vent dedans" », *AJ Pénal* 2016, p. 122.

¹¹⁶ Cet acte d'investigation peut être effectué au cours de l'enquête de flagrance (CPP, Art. 48), de l'enquête préliminaire (CPP, Art. 68), ou au cours de l'information (CPP, Art. 85).

¹¹⁷ Loi n° 2016-33 du 14 décembre 2016 relative aux Services de renseignement, exposé des motifs du deuxième paragraphe : « *Bien qu'il soit unanimement admis que le renseignement, par son effet d'anticipation et de prévention, constitue à l'heure actuelle l'un des moyens les plus efficaces de lutter contre de telles menaces, cette mission régalienne reste encore non règlementée au Sénégal. Cette situation, qui doit être distinguée du nécessaire secret des activités de renseignement, peut entraîner des abus et devenir dès lors un danger aussi bien pour les personnels des services de renseignement que pour les citoyens dont les libertés individuelles consacrées par la Constitution doivent être respectées* ».

Par ailleurs, les perquisitions¹¹⁸ consistent à pénétrer dans un lieu privé pour y procéder à la recherche d'éléments utiles à la manifestation de la vérité¹¹⁹. Son objet fait d'elles une véritable atteinte au principe de l'inviolabilité du domicile garantie par la Constitution¹²⁰. Ainsi, pour limiter les atteintes qu'elles engendrent, la loi les entoure de formalités suffisantes¹²¹ notamment la délimitation de l'exécution de la mesure pendant le jour¹²² et non la nuit¹²³. Moment du sommeil et du rêve¹²⁴, la nuit de par son rattachement à l'inviolabilité du domicile, est perçue comme un espace de tranquillité¹²⁵. Mais par dérogation, les nécessités de renforcer l'efficacité de la lutte contre le terrorisme et les actes assimilés ont conduit le législateur sénégalais à les autoriser en dehors des heures prévues par l'article 51 CPP¹²⁶. Ces mesures peuvent être effectuées à toutes heures de jour et de nuit, sans le consentement de la personne au domicile de laquelle elles ont lieu ou de toute autre personne concernée, sous réserve d'une autorisation de l'autorité judiciaire en charge de l'enquête¹²⁷. Dans l'ensemble, les prérogatives dont sont dotées ces autorités en charge des investigations pour mener à bien leurs enquêtes ou information judiciaire en matière de terrorisme sont identiques, qu'ils agissent en enquête préliminaire ou de flagrance ou sur commission

¹¹⁸ La « fouille corporelle » ou « fouille à corps » est un acte judiciaire assimilé à la perquisition et la jurisprudence lui applique par conséquent le même régime juridique. (Crim., 22 janvier 1953, « Isnard », *Bull. Crim* n° 24 ; D., 1953.533, note C. LAPP ; *JCP*, 1953.II.7456, rapp. J. BROUCHOT ; Crim. 21 juillet 1982, *Bull. crim.*, n° 196 ; Crim., 15 octobre 1984, n° de pourvoi : 83-91514). Elle est en réalité une mesure préventive de police administrative. Selon la jurisprudence, la palpation de sécurité « *sauf abus invoqué et établi, est une mesure de sûreté de lui-même et du public abandonnée par la loi à la sagesse de l'officier de police judiciaire intervenant sur le terrain dans le cadre, notamment, d'un contrôle d'identité systématique sur réquisitions écrites du procureur de la République, conformément à la loi dans le but de rechercher la présence d'une arme* » (Grenoble 29 janvier 1997, *JCP*, 1997. IV.2054).

¹¹⁹ Crim., 6 mai 2002, n° 02-81.130 ; Crim., 22 mai 2002, n° 01-86.184 ; Crim., 29 mars 1994, *Bull. crim* n° 118.

¹²⁰ M. KONATE, *op. cit.*, pp. 193 et s.

¹²¹ CPP, Arts. 49 et 68.

¹²² J. MONTREUIL, « L'inviolabilité nocturne du domicile », *R.N.S* 1966, n°63, p. 24.

¹²³ J. M. DAUCHY, « Le Droit au sommeil », *Petites Affiches*, 23 août 2001, n° 168, p. 4 ; J. PAUL- JEAN, « La nuit et le droit pénal, définitions juridiques et représentations sociales », *Année Sociologique*, vol. 27, 1976, p. 524. Dans le même sens, Paris, 24 janvier 1952, S. 1952.2.93, concl. J.-C. COMBALDIEU. D'ailleurs, Claire ETRILLARD a soulevé une intéressante question : une perquisition de nuit autorisée par la personne concernée en parfaite connaissance de cause de l'irrégularité est-elle valide ? (Claire ETRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, 2004, p. 263). À cette question, des réponses doctrinales controversées ont été apportées. Pour plus de détail, Voir M. KONATE, *op. cit.*, pp. 196 et s.

¹²⁴ Aujourd'hui, le temps de nuit est compris entre vingt-et-une heures et cinq heures du matin (CPP, Art. 51). Le moment nocturne est désormais délimité par ces deux horaires. Ce qui était naturel et spontané devient rationnel et logique. Étant donné que l'article 51 du code de procédure pénale impose uniquement que la perquisition commence dans la tranche horaire précitée, il va sans dire qu'une perquisition commencée avant vingt-une heures peut se poursuivre au-delà.

¹²⁵ M. KONATE, *op. cit.*, p. 194.

¹²⁶ Cette limitation prévue par le CPP, Art. 677-26, al. 1, existait bien avant 2016, Voir CPP, Art. 594 ; Code des drogues, Arts. 124 ; Code des douanes, Art. 53.

¹²⁷ CPP, Art. 677-26, al. 1 et 3.

rogatoire. Seul varie le magistrat habilité à délivrer l'autorisation de celles-ci¹²⁸. D'où le bouleversement du rapport entre enquêtes de police et instruction en matière de terrorisme.

2. Un bouleversement du rapport entre enquêtes de police et instruction en matière de terrorisme

Spécialisation des enquêteurs en matière de terrorisme. – Les recherches et constatations des infractions de terrorisme ne doivent pas être longues eu égard aux conséquences déplorables qu'elles engendrent. Afin de rationaliser sa durée, le législateur sénégalais doit nécessairement miser non seulement sur l'optimisation des ressources humaines et financières, mais aussi sur l'accroissement de l'efficacité du déroulement des investigations¹²⁹. Concrètement, il s'agit d'augmenter le rendement de l'activité du personnel en spécialisant les investigateurs afin d'éviter que des affaires techniques et complexes ne ralentissent les affaires les plus simples¹³⁰. La technique de la spécialisation peut être un moyen efficace de répression et de célérité¹³¹ de la justice ; d'autant plus qu'une justice de qualité n'est pas uniquement celle qui rend des décisions conformes au droit mais aussi et nécessairement celle qui les rend en temps utile¹³² ; sinon, elle devient inefficace et inéquitable car ne répondant plus aux attentes des justiciables.

Face à la sophistication actuelle de la grande criminalité comme le terrorisme due au développement contemporain de certains fléaux qui menacent l'entité étatique ou qui met en danger l'existence même de l'État, la spécialisation devient une nécessité pour une réponse pénale efficace et efficiente¹³³. Elle doit favoriser une adaptation des moyens de la justice par le biais d'une concentration de compétences spécialisées. La spécialisation qui allie maîtrise de la réglementation et appropriation des bonnes pratiques constitue un levier explorable pour

¹²⁸ O. CAHN, « Réflexion désabusés sur le Chapitre 1 du titre 1 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *op. cit.*, p. 410.

¹²⁹ Voir M. TIMTCHUENG, *Le délai raisonnable en droit processuel camerounais*, Thèse, FSJP-UCAD, 2013 ; M. GUISSSE, *Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable en matière pénale : cas du Mali*, Thèse, FSP-UCAD, 2011 ; R. KEMAJOU DJILA, *Procès pénal et droits de l'homme dans le droit positif Camerounais*, Thèse, FSP-UCAD, 2001.

¹³⁰ A. MIHMAN, *Juger à temps, le juste temps de la réponse pénale*, Thèse, Université Paris 11 Sud, 2007, Harmattan, Logiques Juridiques, 2008, p. 230.

¹³¹ N. DIOUF, « Procès pénal et droit de l'Homme : l'exemple du Sénégal », *Op. cit.*, p. 1 ; J.-F. FLAUSS, « Le délai raisonnable au sens des articles 5§ 3 et 6§ 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence française », *RTDH*, 1991, p. 3 ; J. PRADEL et P. LEGER, « Pour un procès pénal dans un délai raisonnable. Suggestion pour un règlement rapide de l'instruction préparatoire », *D. 1982*, chron, p.105.

¹³² M. KONATE, *op. cit.*, pp. 137 et s.

¹³³ S. KABA, *Les droits de l'homme au Sénégal*, Dakar, Collection « Xaam sa youn », 1997, p. 271.

l'efficacité de la justice¹³⁴. Ayant compris cette nécessité, le législateur pénal sénégalais a renforcé les moyens d'investigations afin d'améliorer la lutte contre le phénomène du terrorisme. Ce renforcement se manifeste principalement par l'institution d'un pool antiterroriste spécialisé au tribunal de grande instance de Dakar¹³⁵. Ce pool est composé d'une section d'enquêteurs spécialisée, d'une section spécialisée au parquet et d'un ou de plusieurs cabinets d'instruction spécialisés¹³⁶. Il est donc loisible de noter que c'est une dérogation au régime procédural de droit commun¹³⁷. Dans cet ordre d'idées, si c'est pour exercer de l'action publique, seul le procureur de la République près de ce tribunal est compétent¹³⁸. À cet effet, tout procureur de la République saisi de faits terroristes est tenu, dans les soixante-douze heures de sa saisine, de transmettre le dossier au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Dakar¹³⁹. Toutefois, lorsque les circonstances l'exigent, il peut procéder à tous actes urgents, à charge d'en rendre compte au procureur de la République compétent¹⁴⁰. Parallèlement, si c'est pour conduire une information judiciaire, celle-ci relève de la compétence exclusive du cabinet d'instruction spécialisé près dudit tribunal¹⁴¹. Ainsi, tout juge instructeur d'un tribunal autre que celui de Dakar saisi, est dans l'obligation de se dessaisir au profit du cabinet d'instruction spécialisé sis à Dakar¹⁴².

Dérives. – À travers cette spécialisation, l'ambition du législateur sénégalais est d'accroître l'efficacité des investigations en matière de terrorisme, tout en renforçant les garanties afin de mettre la procédure pénale en conformité avec les exigences constitutionnelles, sans pour autant bouleverser les équilibres sur lesquels elle se fonde. Face à son ambition d'autosatisfaction, peut-être incantatoire¹⁴³, l'on peut se montrer très

¹³⁴ M. DIAKHATE, « Efficacité de la justice : Enjeux de la spécialisation », *op. cit.*, disponible sur www.iojt.org/library/Conferences/Bordeaux-2011, (Consulté le 22 juin 2017).

¹³⁵ De même, la procédure d'extradition concernant des personnes poursuivies ou condamnées pour actes de terrorisme, relève de la compétence exclusive de la Cour d'Appel de Dakar (CPP, Art. 677-31, al. 1^{er}).

¹³⁶ CPP, Art. 677-27, al. 1^{er}.

¹³⁷ Pour s'en convaincre, il suffit de lire les textes suivants : CPP, Art. 35 : « *Sont compétents pour exercer les attributions prévues à la présente section, le Procureur de la République du lieu de l'infraction, celui de la résidence de l'une des personnes soupçonnées d'avoir participé à l'infraction, celui du lieu d'arrestation d'une de ces personnes, même lorsque cette arrestation a été opérée pour une autre cause. Les conflits de compétence entre parquets sont réglés par le Procureur général près la Cour d'appel* » ; CPP, Art. 43 : « *Sont compétents le juge d'instruction du lieu de l'infraction, celui de la résidence de l'une des personnes soupçonnées d'avoir participé à l'infraction, celui du lieu d'arrestation d'une de ces personnes. Même lorsque cette arrestation a été opérée pour une autre cause* ».

¹³⁸ CPP, Art. 677-27, al. 2.

¹³⁹ CPP, Art. 677-27, al. 3.

¹⁴⁰ CPP, Art. 677-27, al. 4.

¹⁴¹ CPP, Art. 677-29, al. 1.

¹⁴² CPP, Art. 677-29, al. 2.

¹⁴³ P. MAZEAUD, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *La Semaine juridique EG*, n° 6, 9 février 2005, Act. 70.

critique¹⁴⁴. En effet, contrairement à toute idée de préservation de l'équilibre du droit pénal, le législateur bouleverse le rapport entre enquêtes policières et information judiciaire. Les nouveaux textes confèrent au procureur de la République des pouvoirs similaires à ceux octroyés au magistrat instructeur. Cette assimilation est perceptible à plusieurs niveaux¹⁴⁵. Il est hors de propos d'en faire une étude exhaustive. En matière de visites domiciliaires et de perquisitions nocturnes, par exemple, lorsque le magistrat instructeur n'est pas encore saisi, celles-ci peuvent être effectuées, « *sur autorisation du procureur de la République, dans les mêmes circonstances et selon les mêmes modalités* »¹⁴⁶. De même, lorsqu'elles sont effectuées dans le ressort d'un tribunal de grande instance autre que celui de Dakar, « *le magistrat saisi avise sur le champ le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Dakar. Celui-ci peut saisir l'officier de police judiciaire spécialisé dans la lutte contre les actes de terrorisme* »¹⁴⁷. À l'analyse, il en résulte une extension de la procédure pénale de droit commun d'un pouvoir abondamment utilisée, semble-t-il, au titre de l'urgence. De ce fait, le législateur pénal sénégalais semble bafouer un principe élémentaire du droit criminel : « *la notion d'urgence est essentiellement liée à l'enquête de flagrance* »¹⁴⁸. L'autre exemple le plus évocateur de cette assimilation est que le juge instructeur peut ordonner à un fournisseur de services offrant des prestations sur le territoire, de communiquer les données en sa possession ou sous son contrôle relatives à personne visée et sans son consentement. Ce fournisseur ou la personne détentrice de données susvisées est tenu de garder le secret sur l'exécution des opérations ainsi que sur les informations y relatives¹⁴⁹.

Bilan d'étape. – Au total, la logique de répression anticipative consécutive à la nouvelle législation dissimule, à tort ou à raison, une tendance de politique pénale de l'ennemi puisqu'elle fait nettement apparaître de nouveaux principes directeurs pénaux. L'analyse de la plupart des textes issus de la modernisation du droit pénal, fait nettement apparaître des principes directeurs du droit pénal de l'ennemi. Il s'agit du principe de précaution et du principe de la dangerosité. Donc, l'abandon du cadre du droit naturel aboutit à ce que le législateur sénégalais puisse décider qui est une personne humaine ou non.

¹⁴⁴ O. CAHN, *op. cit.*, p 409.

¹⁴⁵ Y compris la garde à vue (CPP, Art. 677-28).

¹⁴⁶ CPP, 677-26, al. 3.

¹⁴⁷ CPP, 677-26, al. 4.

¹⁴⁸ H. MATSOPOULOU, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée – A propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *JCP G. 2016. 707*, p. 1222

¹⁴⁹ CPP, Art. 90-12 issu de la loi n° 2016-30, précitée.

II. Une garantie fuyante des droits et libertés fondamentaux dans la réponse pénale au phénomène du terrorisme

Méthode d'analyse. – Un État ne peut restreindre certains droits et libertés fondamentaux que dans des circonstances exceptionnelles. Aussi, cette restriction ne sera justifiée que si elle est prévue par la loi, strictement proportionnée et absolument nécessaire pour répondre à un but légitime¹⁵⁰. S'il pèse donc sur l'État une obligation de protection des citoyens face aux menaces et attaques terroristes, il ne peut le faire qu'en respectant son obligation positive d'être le garant des droits et libertés fondamentaux¹⁵¹. C'est dans cette optique qu'un procès pénal ne doit pas avoir seulement pour objectif la répression des infractions terroristes, il doit aussi tenir compte des droits et libertés fondamentaux de la personne soupçonnée de terrorisme. La recherche de l'équilibre entre ces objectifs, en principe contradictoires, est sans doute difficile¹⁵², mais constitue la seule voie qui s'impose si on veut que ce procès soit conforme aux aspirations d'un État de droit¹⁵³. A-t-on pu écrire que réduire ou abolir les droits et libertés fondamentaux du justiciable dans le procès pénal peut signifier, par exemple, admettre que celui-ci n'ait pas droit à un procès équitable, admettre des preuves obtenues illégalement, même avec l'emploi de la torture, permettre que les autorités politiques ou administratives, sans intervention judiciaire, puissent ordonner l'internement ou la détention pour une durée indéterminée de personnes simplement soupçonnées¹⁵⁴. Pour autant, l'analyse de la nouvelle législation conduit au constat d'une dérive dans l'épanouissement de certains principes de droits humains¹⁵⁵ (**B**). Ce constat est également corroboré par la remise en cause de certains principes directeurs du procès pénal (**A**).

¹⁵⁰ La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, Arts. 5, 6, 10-1, 14 et 27-2.

¹⁵¹ Notamment, le respect à la vie privée, à la propriété, à la liberté de religion et de consciences, à la liberté d'expression, d'association, de réunion et de mouvement.

¹⁵² A. FAYE, « Le suspect dans les enquêtes de police », *Rev. ASDP*, 2010, n° 9, p. 18. A. FAYE, « Le procès juste et équitable au Sénégal », *Rev. EDJA*, n° 58, juillet, août, septembre 2003, p. 55 et s.

¹⁵³ M. KONATE, *op. cit.*, p. 150.

¹⁵⁴ F. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁵ M. L. CESONI (Dir), « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux », in *La normalisation de l'exception : étude de droit comparé (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, LGDJ, 2007, pp. 38 à 42.

A. Une remise en cause de certains principes directeurs du procès pénal

Manifestations d'un déclin. – L'on s'est rendu compte que l'identification et l'anticipation de certains risques d'atteinte à la sécurité intérieure et extérieure des États ne peuvent se réaliser qu'avec la mise en œuvre de systèmes de surveillance et d'interception sophistiqués, qui doit évoluer dans le sillage des garanties procédurales efficaces. La difficulté essentielle du droit répressif est d'établir une balance aussi exacte que possible entre l'intérêt de la société et l'intérêt de la personne poursuivie, pour y avoir porté atteinte ; d'où la nécessité de déclencher la machine judiciaire devant permettre d'aboutir à un jugement équitable. L'arsenal répressif devant être déployé doit être sous-tendu de principes directeurs au rang desquels figurent en bonne place la présomption d'innocence¹⁵⁶ et la loyauté procédurale. Malgré leur importance, ces deux principes semblent être négligés ou battus en brèche dans la réponse pénale contre le phénomène du terrorisme. Plusieurs atteintes peuvent être décriées car elles portent un gros coup sur l'équité procédurale et impactent négativement sur la conduite loyale de la procédure. Pour mieux appréhender la situation, il est plus digeste de revenir sur les mesures attentatoires du principe de la présomption d'innocence¹⁵⁷ (1) avant de s'appesantir particulièrement sur celles relatives au principe de la loyauté procédurale dans la conduite de la procédure pénale (2).

1. La présomption d'innocence, un principe protecteur en crise

La présomption d'innocence, une théorie claire obscure. – En matière pénale, la présomption d'innocence est un principe selon lequel toute personne poursuivie est censée être innocente aussi longtemps que sa culpabilité n'a pas été reconnue par une décision de justice irrévocable¹⁵⁸. Principe incontournable du droit pénal, la présomption d'innocence est affirmée par sa consécration aussi bien par des textes extranationaux¹⁵⁹ que nationaux¹⁶⁰, en

¹⁵⁶ P. MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, Paris, LGDJ, 1970, pp. 19 à 24.

¹⁵⁷ S. NGONO, « *La présomption d'innocence* », *Rev. ASJ*, Douala, vol 2, n° 2, 2001, p. 151.

¹⁵⁸ C. RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, Paris, Gualino éditeur, EJA, 2006, p. 35.

¹⁵⁹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, Art. 9 ; Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, Art. 11-1 ; Pacte International des Droits civiques et Politiques de 16 décembre 1966, Art. 14 ; Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 28 juin 1981, Art. 7-b.

¹⁶⁰ Par l'attachement du Sénégal aux principes dégagés par ces Conventions ci-dessus (Voir le Préambule de la Constitution). Aussi, l'article 7, al. 3 de la Constitution sénégalaise dispose que : « *Le peuple sénégalais*

raison des conséquences importantes qu'elle produise dans la protection des libertés individuelles¹⁶¹. Ces dernières peuvent s'apprécier de deux façons : la liberté d'aller et venir et la protection de la réputation de l'individu. Concernant la première, « *elle est comme la liberté individuelle constitutive de ce droit à la sûreté, qui peut être analysé comme une conséquence du droit à la présomption d'innocence* »¹⁶². Dès lors, peut-on être présumé innocent et en même temps prévenu, inculqué ou accusé ? L'interrogation est provocatrice, mais elle pourrait signifier une « *explosion* » de la procédure pénale des sociétés dites démocratiques, qui est gouvernée par le principe de la présomption d'innocence au sacrifice de la présomption de culpabilité¹⁶³. S'agissant de la seconde, le présumé innocent devrait jouir des mêmes droits que l'innocent en principe. Sur cette base, toute atteinte à sa réputation doit être sévèrement sanctionnée. Le présumé innocent ne doit pas être diffamé, calomnié, faire l'objet d'une publicité, si les preuves de sa culpabilité ne sont pas rapportées¹⁶⁴. Ainsi, le présumé innocent qu'il soit suspect, prévenu, inculqué ou accusé, devrait normalement subir un traitement équivalent à celui dont bénéficie une personne qui n'est pas en procès ou qui n'a rien à voir avec la justice. Il ne saurait être privé de sa liberté au cours du procès pénal.

Dialectique liberté/sécurité, un enjeu de débat. – Toutefois, l'on ne perd pas de vue pour qu'il soit possible d'arrêter et de détenir provisoirement un présumé innocent, il faudrait que les exigences de l'instruction et de la sécurité publique rendent ces mesures nécessaires¹⁶⁵. Ce qui explique que la dialectique liberté/sécurité constitue un enjeu du débat que le principe de présomption d'innocence engendre aujourd'hui puisqu'elle est d'abord un équilibre à trouver entre le droit de la société à se protéger et celui du citoyen à se défendre, lorsqu'il est mis en cause. À cet égard, la présomption d'innocence n'est pas sans diviser la société entre les tenants de la liberté d'une part et les tenants de la sécurité d'autre part¹⁶⁶. Partout ailleurs, la recherche de plus de sûreté se paie du sacrifice d'une part de liberté, et la volonté de conserver le maximum de libertés amène de son côté à renoncer à certains éléments de sécurité. Tout semble être alors une question d'arbitrage et de choix politiques.

reconnait l'existence des droits de l'homme inviolables et inaliénables comme base de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde ».

¹⁶¹ S. NGONO, *op. cit.*, p. 151.

¹⁶² H. M. MONEBOULOU MINKADA, « La crise de la présomption d'innocence : regard croisé sur la procédure pénale camerounaise et de la Cour pénale internationale », *op. cit.*, p. 69.

¹⁶³ *Ibidem.*, p. 69

¹⁶⁴ *Ibidem.*, p. 84.

¹⁶⁵ *Ibidem.*, p. 151.

¹⁶⁶ A. de RAULIN, « La présomption d'innocence en droit interne et international : sur quelques évolutions récentes », in *La présomption d'innocence*, Rev. Institut de criminologie de Paris, 2003-2004, vol. 4, p. 109.

Si l'on examine la modernisation de l'arsenal tendant à lutter efficacement contre le phénomène du terrorisme, l'on se rend compte qu'elle peut créer des insatisfactions des deux côtés. Les uns, défenseurs inconditionnels des libertés individuelles pourront considérer comme liberticide cette modernisation¹⁶⁷. Ils ne manqueront pas forcément de constater un glissement vers un État autoritaire où les libertés de rassemblement pacifique et d'expression, et les garanties d'un procès équitable s'affaiblissent. Les autres qui se diront avant tout soucieux d'assurer une sécurité maximum à l'ordre social, trouveront au contraire les mesures bien trop timides. Sûrement, c'est dans cette logique que se sont inscrits nos gouvernants¹⁶⁸ qui ont pris conscience de la gravité de la situation et donc ont durci la loi pour le moment¹⁶⁹. Il va sans dire que les tenants de chaque camp n'hésiteront pas à dénigrer, parfois durement, les arguments de ceux qui appartiendront à l'autre.

Sentiments. – À supposer que cette présente analyse interpelle l'objectivité, l'humilité ne doit toutefois pas confiner à la capitulation puisque si l'irruption du risque comme fondement à une incrimination interroge les limites de la matérialité, il sollicite également la théorie de la faute pour pouvoir asseoir sa recevabilité en droit pénal. Au parcours de plusieurs dispositions issues de la nouvelle législation répressive, l'on constate que la réponse au terrorisme ne repose plus uniquement sur l'idée classique de la sanction d'une faute, mais aussi sur le traitement d'un état dangereux (ou de risque). La loi réprime, entre autres, celui qui publie un message dans l'intention d'inciter à la commission d'un acte terroriste « [...] lorsqu'il y a un risque qu'un ou plusieurs de ces actes soient commis »¹⁷⁰. Il en est de même pour celui qui utilise « [...] des matières radioactives ou des explosifs ou des armes biologiques, chimiques ou nucléaires, d'une manière qui provoque ou risque de provoquer la mort ou des dommages graves »¹⁷¹ ou celui qui « [...] livre, pose, ou fait exploser ou détoner

¹⁶⁷ La Déclaration conjointe d'Amnesty International (AI Section Sénégal) et la Ligue Sénégalaise des Droits de l'Homme (LSDH), précitée.

¹⁶⁸ C'est sur cette base que les Lois n° 2007-01 du 12 février 2007 et n° 2007-04 du 12 février 2007, précitées ont été abrogées et remplacées par celles de 2016, précitées.

¹⁶⁹ La volonté du Gouvernement sénégalais est récemment réaffirmée par le Premier Ministre Mahammed Boun Abdallah DIONNE : « [...] l'État, les familles et les communautés doivent être mieux protégés [...]. Cet effort a été accompagné du recrutement de plus de 5000 nouveaux personnels de police et de 13000 Agents de Sécurité de Proximité, déployés au niveau des services publics, parapublics et des collectivités locales [...]. Sur les trois prochaines années, le Gouvernement engagera la construction de 15 nouveaux commissariats de police à Dakar et dans les régions, de 22 postes frontaliers et de nouvelles casernes. Il est aussi prévu la construction d'une dizaine de brigades de gendarmerie, la réhabilitation de sept casernes et le déploiement d'escadrons de surveillance le long des frontières », in *Discours de politique générale du 5 décembre 2017*, publié dans le quotidien L'observateur, n° 4259 du mercredi 6 décembre 2017, p. 4.

¹⁷⁰ CP, Art. 279-6.

¹⁷¹ CP, Art. 279-10, al. 3-1.

un engin explosif ou tout autre engin meurtrier [...] lorsque ces destructions entraînent ou risquent d'entraîner des pertes économiques considérables »¹⁷².

Ces quelques illustrations suffisent à attester à elles seules que le principe de culpabilité c'est-à-dire « *pas de peine sans faute* », ancré dans notre tradition juridique¹⁷³, est mis à mal au profit du principe de la dangerosité¹⁷⁴, rendant ainsi la responsabilité pénale illimitée. L'on a déjà fait remarquer que le résultat autour duquel la théorie de l'infraction pénale s'est construite, fait l'objet d'une politique d'évitement. Le seul risque de survenance du résultat ou du dommage semble alors être une composante suffisante pour définir une infraction. L'agent pénal est sanctionné sur la base du danger ou de la menace qu'il représente pour l'État et ses concitoyens et non pas pour ce qu'il a fait. Dans ce contexte, le résultat ou le dommage devient indifférent au contexte légal¹⁷⁵, étant donné que la répression du présumé terroriste a lieu, comme indiqué ci-dessus, en raison de sa dangerosité et non de sa culpabilité¹⁷⁶. En clair, cette situation aboutit à une phagocytose théorique de la présomption d'innocence par la présomption de culpabilité¹⁷⁷. Parallèlement, une lecture pratique démontre aussi une application quotidienne des effets de la présomption de culpabilité tout en excipant de la présomption d'innocence¹⁷⁸. Celle-ci permet de considérer la personne présumée avoir participé à la réalisation de l'infraction, comme auteur ou comme complice, coupable jusqu'à la preuve de son innocence ou celle renforçant sa culpabilité soit établie¹⁷⁹.

Le constat établi à ce stade de l'analyse est que la présomption d'innocence promeut la liberté individuelle alors que la présomption de culpabilité remet en cause cette liberté individuelle au profit de la sécurité publique. Au-delà, l'on partage les réserves de certains praticiens du droit notamment Philippe Currat qui voit dans les politiques pénales limitées à des objectifs de maintien de l'ordre, une confusion bien souvent entre les rôles de la police et

¹⁷² CP, Art. 279-15.

¹⁷³ X. PIN, *Droit pénal général 2016*, Op. cit., p. 22.

¹⁷⁴ F. FIECHTER-BOULVARD, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de « dangerosité », in *Archives de politique criminelle*, 2009/1, n° 31, pp. 263 à 290.

¹⁷⁵ D. NZOUABETH, « *L'animus necandi* », op. cit., pp. 80 et s.

¹⁷⁶ A. HANNACHI, « La théorie du droit pénal de l'ennemi – ‘Feindstrafrecht’ de Günther Jakobs », précité : « *la situation devient antinomique puisque l'effet assuré est la référence aux actes futurs, qui ne dépendent pas de la culpabilité, il ne s'agit pas d'actes commis dans le passé, mais des actes futurs et de la dangerosité stricte de l'individu. Les peines appliquées, à leur tour – appelé dans le droit pénal de l'ennemi « mesures de sécurité » -, sont paroxystiques et disproportionnées. Ce qui aboutit, souvent, à atteindre des punitions non prévues dans la législation des États de droit* ».

¹⁷⁷ G. JUNOSZA-ZDROJEWSKI, « La présomption d'innocence contre la présomption de culpabilité », *Gaz. Pal.*, Juin 1989, p. 308.

¹⁷⁸ H. M. MONEBOULOU MINKADA, « La crise de la présomption d'innocence : regard croisé sur la procédure pénale camerounaise et de la Cour pénale internationale », op. cit., p. 76.

¹⁷⁹ A.-B. CAIRE, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Paris, Éditions, Pedone, 2012, p. 15.

de la justice¹⁸⁰. L'on n'imagine pas ainsi que l'on s'enferme, à ne penser qu'en termes sécuritaires, entre l'impunité et l'arbitraire. Ce faisant, la détention de sûreté¹⁸¹ constitue une rupture absolue avec le passé, un glissement bien moderne vers l'infraction virtuelle, celle qui pourrait advenir et que l'on n'ose pas affronter. La détention de sûreté est donc destinée à prévenir la dangerosité d'une personne déjà condamnée à l'expiration de sa peine, dès lors qu'elle a été attestée de manière régulière.

Au Sénégal, il n'existe pas encore la détention de sûreté après la condamnation. Toutefois les présumés terroristes sont soumis systématiquement à l'isolement dans les prisons. Il en était ainsi pour l'imam Alioune Badara Ndao et compagnies, à qui leurs familles ne cessaient de s'insurger contre les conditions de détention jugées inhumaines. Il apparaît que cette mesure attentatoire à la liberté individuelle en amont du prononcé du jugement, bien que nécessaire à la recherche de la vérité, pose problème au regard de la présomption d'innocence. En réalité, l'atteinte arbitraire à la sûreté de la personne portée par ceux qui détiennent une part de la puissance publique est naturellement perçue par les citoyens comme l'un des plus grands dangers qui puissent émaner de l'État. C'est pourquoi, la détention de sûreté, mesures coercitives, n'est tolérable que si elle est limitée dans le temps¹⁸². Bien plus critiquable sont surtout les mesures attentatoires au principe de la loyauté procédurale¹⁸³.

2. La loyauté procédurale, un principe protecteur malmené

À la recherche de loyauté. – Définir la notion de loyauté procédurale en matière pénale n'est pas des choses les plus simples. L'entreprendre est en effet difficile pour plusieurs raisons : d'un côté, le législateur sénégalais n'a pas bavardé sur une définition textuelle de cette notion ; de l'autre, les rares tentatives de définition de ce principe sont

¹⁸⁰ P. CURRAT, « Le criminel dangereux et l'émergence d'un "droit pénal de l'ennemi" », <https://www.letemps.ch/opinions/2013/09/18/criminel-dangereux-emergence-un-droit-penal-ennemi>, (consulté le 21 janvier 2017).

¹⁸¹ La détention de sûreté constitue une mesure qui découle du seul caractère dangereux de la personne. Les personnes sujettes à cette mesure peuvent demeurer en détention préventive pendant des mois. Durant cette période, aucune accusation formelle n'est déposée contre elles. Cette situation fait en sorte qu'elles ne bénéficient pas de garanties procédurales propres au processus criminel, mais se situent plutôt dans une zone grise entre le droit et le non droit. Dans de nombreux cas, les détenus ne sont pas informés de manière effective des actes qui leur sont reprochés et se voient nié le soutien des conseils d'un avocat et plusieurs autres garanties procédurales fondamentales.

¹⁸² J. F. BURGELIN, « La situation spécifique de la matière pénale » in, *Le temps dans la procédure*, Colloque organisé le 5 décembre 1995 par le TGI de Nanterre et l'Association française de philosophie du droit, Dalloz, 1996, p. 31.

¹⁸³ P. de COMBLES DE NAYVES, « A la recherche de la loyauté », *AJ Pénal* 2016, pp. 115 à 118.

l'œuvre de la doctrine¹⁸⁴ parfois accompagnée par la jurisprudence¹⁸⁵. Dès lors, en s'appuyant sur ces dernières, une tentative de la définir nous amène à considérer la loyauté procédurale comme l'obligation de probité, de sincérité et d'honnêteté dans la conduite de la procédure pénale¹⁸⁶. Dans ce cas, il y a loyauté procédurale toutes les fois qu'on use de procédés conformes aux principes fondamentaux de notre ordre juridique pour obtenir notamment des éléments de preuves¹⁸⁷. Il est généralement affirmé qu'en matière pénale la preuve est libre. Il est en tellement vrai que le code de procédure pénale ne liste pas les seules preuves admissibles et leur valeur probante est fixée d'après l'intime conviction du juge¹⁸⁸. Une telle présentation peut toutefois être jugée simpliste puisque ce code fixe le régime juridique de nombreux modes de preuves¹⁸⁹ et que la preuve doit respecter les droits et libertés fondamentaux¹⁹⁰. Il apparaît donc que « *ce paysage où le droit de la preuve se résume à peau de chagrin, la loyauté ne peut apparaître pour le plaideur comme l'ultime moyen d'échapper à une preuve* »¹⁹¹. La liberté de la preuve consacrée en matière pénale ne saurait autoriser le recours à toutes sortes de pratiques et d'excès¹⁹². Ainsi, toute atteinte à sa loyauté entraîne la nullité de la procédure¹⁹³. C'est ainsi que dans le cadre des enquêtes de police, il est prohibé compte tenu du respect à la vie privée d'utiliser des procédés déloyaux, des ruses, des artifices

¹⁸⁴ J.-C. MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps du procès », in *Rapport au Garde des Sceaux*, juin 2004, Doct., p. 42 ; S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du 3^{ème} millénaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz 2000, p. 1183 ; P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges Louis HUGUENEY*, Sirey 1964, p. 172.

¹⁸⁵ Crim. 27 février 1996, *bull. Crim.*, n° 93 ; JCP 1996, éd. G, II-22629, note Marie-Laure RASSAT ; Ch. d'acc. de Dakar, arrêt n° 330, du 30 décembre 1999, MP c/ Rassine CHEMELI ; CS du Sénégal, 29 février 1984, MP c/ TOURE, inédit.

¹⁸⁶ La loyauté procédurale se distingue de la légalité procédurale qui traduit la conformité à la loi. Ainsi, la légalité vise à sanctionner la violation d'une règle qui peut porter atteinte à la moralité telle que la loyauté. Elle doit être également distinguée de la déontologie des magistrats. Leur confusion tient sans doute au fait que cette dernière touche aussi la morale. Dans les règles de conduite des magistrats, le non-respect des règles de déontologie ou de leur serment n'ouvre droit qu'à de simples sanctions disciplinaires. Cette méconnaissance n'affecte pas les droits des parties aux procès.

¹⁸⁷ P. CONTE, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. Pén.*, Avril 2009, p. 13 et s. ; B. de LAMY, « De la loyauté en procédure pénale brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges Jean PRADEL, Cujas, 2006, p. 98 ; B. BOULOC, « La loyauté dans la recherche des preuves, in Problèmes contemporains de procédure pénale », *op. cit.*, p. 172.

¹⁸⁸ CPP, Art. 414 : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui ont été apportées au cours des débats et discutées devant lui* ».

¹⁸⁹ L'on trouve en effet, des modes de recherches de la preuve parmi les dispositions relatives à l'enquête dans les perquisitions par exemple ou dans le cadre d'une instruction pour les auditions des témoins. Au surplus d'autres du Code sont consacrées à l'administration de la preuve ou encore à la production de celle-ci (CPP, Livre II, Titre II, Section IV et Titre I, Section III).

¹⁹⁰ A. FAYE, « Le procès juste et équitable au Sénégal », *Rev. EDJA*, n° 58, 2010, p. 55 et s.

¹⁹¹ P. de COMBLES DE NAYVES, *Op. cit.*, p. 115.

¹⁹² S. P. ETEME ETEM, *Droit de l'Homme et police judiciaire au Cameroun : la protection du suspect dans le code de procédure pénale*, Ed. Harmattan Yaoundé, 2009, p. 122.

¹⁹³ Voir C. DIAKHOU MPA, *Le régime juridique des nullités dans le Code de procédure pénale sénégalais*, *op. cit.*, 355 pages.

ou des stratagèmes¹⁹⁴. L'accusation doit chercher la vérité mais pas de n'importe quelle façon¹⁹⁵. Bref, outil particulièrement utile, la loyauté procédurale est nécessaire dans un État de droit car imposant aux membres de la police judiciaire d'agir honnêtement¹⁹⁶. À ce propos, le Doyen Jean Carbonnier écrivait que « *les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas. Il y a dans le procès un combat, à tout le moins un match* »¹⁹⁷. Toute la question est alors de déterminer la limite entre les méthodes qui relèvent des « *coups bas* » et celles qui ne sont que des « *ruses de guerres* ». En tout cas, l'obtention de la preuve ne doit pas se faire au prix de violations de la loi et des libertés individuelles¹⁹⁸.

Loyauté procédurale dans la lutte anti-terrorisme, un défi dans les États de droit ? – Condition de droit à un procès équitable¹⁹⁹, la conduite des enquêtes doit être équitable et contradictoire²⁰⁰ et préserver les droits des parties²⁰¹. Par ce principe, l'autorité judiciaire en charge de l'enquête doit à tout prix garantir aux justiciables leur droit à un procès équitable²⁰² ; garantie qui doit s'étendre tout au long du déroulement du procès pénal, au stade de l'enquête et des poursuites en passant par le bénéfice d'un débat loyal au cours du jugement²⁰³. Ces exigences peuvent être justifiées par le droit au respect à la vie privée. Toute la question demeure maintenant de savoir si l'on doit continuer à méconnaître les droits et libertés fondamentaux des justiciables au nom de la sécurité. C'est en ce sens que le respect à la loyauté procédurale est, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, un défi pour tous les États de droit, y compris le Sénégal. Au titre des dispositions de l'article 10 de la loi n° 2016-

¹⁹⁴ M. BLONDET, « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958. I. 1419.

¹⁹⁵ A. FAYE, « Le suspect dans les enquêtes de police », *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁶ P. BELLOIR, « Déloyauté du stratagème et de la provocation policière dans la recherche d'une infraction sur Internet », *RLDI*, décembre 2006, n° 22, p. 34.

¹⁹⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF, Paris, 25^{ème} éd., 1997, n° 109 et 188.

¹⁹⁸ B. BOULOC, « Les abus en matière de procédure pénale », *RSC* 1991, pp 221-243.

¹⁹⁹ S. TELIKO, « Le droit à un procès équitable », Discours d'usage de la rentrée solennelle des Cours et tribunaux, année 2012-2013, disponible sur www.coursupreme.sn, (consulté le 05/02/2017) ; T. MASSIS et G. FLECHEUX, « Procédure équitable-requalification des faits-absence de réouverture des débats », obs. sous CEDH 25 mars 1999, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, p. 283.

²⁰⁰ Voir S. CLÉMENT, *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, Thèse, Université de NANTES, 2007 ; L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Université Toulouse I, 2003. P. NICOLOPOULOS, « La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire », *RSC* 1989, p. 1.

²⁰¹ O. NGOM, « L'intervention de l'avocat aux premières heures de la garde à vue », disponible sur le lien suivant : <http://www.igfm.sn/contribution-lintervention-de-lavocat-aux-premieres-heures-de-la-garde-a-vue-un-imperatif-dordre-legal/>, (consulté le 20 juillet 2017).

²⁰² P. TAVARNIER, « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *RTDH* 1996, p. 5.

²⁰³ Au stade du jugement, le juge doit jouer un rôle primordial surtout dans le domaine de la preuve. Il doit en effet écarter des débats les preuves obtenus au mépris de certains codes de conduite.

33 du 14 décembre 2016 relative aux services de renseignement²⁰⁴, les services spéciaux de renseignement, lorsqu'ils disposent d'indices relatifs à l'une des menaces prévues à l'article 2²⁰⁵ et en l'absence de tout autre moyen, de recourir à des procédés techniques, intrusifs, de surveillance ou de localisation pour recueillir les renseignements utiles à la neutralisation de la menace. Ce texte confère à ces services spéciaux la possibilité d'initier des enquêtes judiciaires lorsqu'ils disposent notamment d'une présomption de faits terroristes. Précisons que l'évolution des TIC a permis l'apparition de nouveaux modes de surveillance et, le cas échéant, de preuve. C'est notamment le cas avec la géolocalisation²⁰⁶. Ce nouveau procédé permet d'observer et d'enregistrer les données concernant la position géographique d'un appareil durant une période de temps déterminée et, par conséquent, de suivre les déplacements des personnes concernées, à leur insu, en temps réel ou *a posteriori*²⁰⁷. Outre, l'absence de consentement de la personne visée dans la mise en œuvre de ce procédé, notre problème se situe au fait qu'il puisse être réalisé non plus de façon ponctuelle et ciblée, mais aussi de manière générale et permanente. Il est clair que la loyauté procédurale est en crise²⁰⁸. Pour clore, l'affirmation d'un droit pénal de la dangerosité, également mentionné comme un droit pénal de l'ennemi, apparaît comme un droit sur des individus pour ce qu'ils sont et non ce qu'ils ont fait, mettant l'accent davantage sur la dangerosité et le risque que sur la culpabilité. Il s'agit donc, non pas d'un régime répressif rétrospectif, mais prospectif²⁰⁹. C'est ce qui explique que la dangerosité de l'agent pénal devient la caractéristique de l'ennemi, le distinguant de la figure du citoyen. La distinction entre citoyen et ennemi induit la dépersonnalisation de l'ennemi le privant de ses droits humains.

²⁰⁴ Loi n° 2016-33 du 14 décembre 2016 relative aux Services de renseignement, *JO n° 6984* du samedi 07 janvier 2017, p.

²⁰⁵ Loi n° 2016-33 du 14 décembre 2016 relative aux services de renseignement, précitée, Art. 2 : « *Les services de renseignement sont également chargés de la mise en œuvre des moyens spécifiques destinés à entraver les menaces visées à l'article premier ou à prévenir ou déjouer des activités d'ingérence dirigés contre les intérêts nationaux* ».

²⁰⁶ X. PEREZ LOPEZ, « La géolocalisation et la preuve pénale », *AJ Pénal 2014*, p. 67 ; Cass. Crim. 22 octobre 2013, n°13-81.945 et 13-81.949.

²⁰⁷ C. GREWE et R. KOERING-JOULIN, « De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes », in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Bruxelles, Bruylant, 2004, Vol. II, p. 894.

²⁰⁸ Même si l'Article 9 de la Loi n° 2016-33 du 14 décembre 2016 précité, dispose que les services de renseignement doivent s'assurer de la légalité des moyens employés et de leur proportionnalité à la gravité de chaque menace.

²⁰⁹ La combinaison nécessaire dans la mesure de la peine du juste et de l'utile fait qu'une peine n'est juste que tant que l'acte est reprochable à l'agent pénal.

B. Un frein à l'épanouissement de certains principes de droits humains

Données du problème. – Les droits humains renvoient à un « ensemble de droits, libertés et prérogatives reconnus aux hommes en tant que tels »²¹⁰, c'est-à-dire en leur seule qualité d'être humain²¹¹. Ce sont des droits inhérents à la nature humaine, donc antérieurs et supérieurs à l'État et que celui-ci doit respecter non seulement dans l'ordre des buts, mais aussi dans l'ordre des moyens²¹². Il s'en déduit qu'ils sont le fondement de la liberté, de la justice, de la paix²¹³ et dont le respect permet à l'homme de se développer. C'est pourquoi, la place des droits humains face à la lutte contre le terrorisme s'est toujours posée, bien qu'il ait fallu attendre la conférence mondiale tenue à Vienne du 14 au 24 juin 1993 pour que le lien existant soit enfin établi. Depuis cette date, les discours et pratiques ont tous un dénominateur commun, celui d'être justifiées par les États qui y recourent, par la situation d'urgence ou d'exception. Ils laissent entendre que dans une telle situation, le droit existant est inadapté ou que son application est inconciliable avec la situation à laquelle il faut faire face. Ces discours et pratiques seraient tout aussi critiquables. En réalité, dans un État de droit et respectueux de la dignité humaine, aucun individu ne saurait être défini comme « non personne », aucune contrainte physique ne saurait constituer un modèle pour imposer l'ordre social. Cette position est corroborée par l'article 5 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 28 juin 1981²¹⁴. Donc, toute politique pénale fondée sur le paradigme de l'ennemi conduit à un refus de l'universalité et de l'indivisibilité des droits humains et en conséquence

²¹⁰ M. GRAWITZ, *Lexique des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 7^{ème} Edition, 2000, p. 135.

²¹¹ B. KRIEGEL, *Cours de philosophie politique*, Paris, LGF, 1996, pp 118-119 ; E. KANT, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, Paris, Ladrangé, 1993, p 76 ; K. MBAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Pedone, 1992, p 76.

²¹² Cette conception de la démocratie libérale se distingue de celle de la « démocratie » autoritaire (marxiste), Selon les tenants de cette dernière, il s'agit de droits conquis par l'Homme à la suite de l'instauration d'une société sans classe et donc sans exploitation de l'Homme par l'Homme. Tout ce qui favorise cette libération est bon, même une dictature, car ce qui importe, ce n'est pas les droits et libertés actuels, mais les droits et libertés futurs, seuls authentiques. Par ailleurs, mettant l'accent sur le fait que l'homme est un individu, J. HERSCH les considère comme « des droits individuels, naturels, primitifs, absolus, primordiaux ou personnels. Ce sont des facultés, des prérogatives morales que la nature confère à l'homme en tant qu'être intelligent » (J. HERSCH (Dir.), « Le droit d'être un homme », in *Anthologie mondiale de la liberté*, Paris, JCL/Unesco, 1990, p. 129). Selon J.-J. VINCENSINI, il s'agit de « prérogatives gouvernées par les règles reconnues par le droit constitutionnel et le droit international qui visent à défendre les droits de la personne dans leurs relations avec le pouvoir de l'État et avec les autres personnes et qui tendent à promouvoir l'établissement des conditions permettant de jouir effectivement de ces droits » (J.-J. VINCENSINI, *Le livre des droits de l'homme*, Paris, Ed. Robert Laffont, 1985, p. 12).

²¹³ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, Premier considérant du Préambule.

²¹⁴ Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 28 juin 1981, Art. 5 : « Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites ».

le combat pour les rendre effectivement universels. L'État pourrait accomplir des actions qui ne seraient pas soumises, entre autres, au fondement de la dignité humaine (1) entraînant ainsi une atteinte au principe de proportionnalité des ingérences dans l'intimité de la vie privée²¹⁵ (2).

1. Une proscription du principe de primauté de la dignité humaine

Théorie de la dignité humaine. – L'appréhension de la dignité humaine par le droit pénal²¹⁶ vise à analyser l'intégration dans l'ordre juridique d'une notion dépourvue de définition rationnelle originellement extérieure au droit car d'influence philosophique²¹⁷ et religieuse²¹⁸. Si le droit pénal sénégalais est le domaine d'analyse retenu pour cette étude, le droit international entendu au sens des droits humains ne doit pas être occulté eu égard à son influence sur la matière pénale²¹⁹. C'est à cet égard, que le droit criminel s'est établi dans un État qui est démocratique et de droit, dont la dignité humaine est le repère d'ancrage et en même temps le point de départ de toute sa conceptualisation dans l'ordre juridique. Ainsi, toutes les personnes, sans distinction, sont couvertes par cet ordre juridique, y compris les suspects ou accusés de terrorisme. Cette conceptualisation intangible de la dignité humaine conduit à en rechercher une protection pénale effective car elle permettrait de prendre en considération l'individu en tant que personne²²⁰. Bien que sémantiquement variable²²¹, la

²¹⁵ Le Traité constitutif révisé de la CEDEAO à l'article 4-g qui a trait aux principes fondamentaux reprend la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples qui dispose à son article 4 que « *la personne humaine est inviolable. Tout être humain a droit au respect de sa vie* ».

²¹⁶ N. RAYÉ, *L'appréhension de la dignité humaine par le droit pénal*, Thèse Université Nice Sophia, 2008, 507 pages.

²¹⁷ C. NEIRINK, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in *Éthique, droit et dignité de la personne humaine*, Mélanges Christian BOLZE, 1999, p. 39.

²¹⁸ La nature de l'homme est considérée comme le résultat d'une création divine ; d'où l'idée du caractère sacré de la dignité de la personne humaine créée à l'image de Dieu comme fondement du respect des droits humains. Il s'en déduit que l'ensemble des droits humains correspond à la substance de la dignité de l'être humain compris dans son intégrité.

²¹⁹ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, Arts. 1^{er} et 22 : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* » ; « *Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays* » ; Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 28 juin 1981, Art. 5 : « *Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'aviilissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites* ».

²²⁰ Constitution du Sénégal, Art. 7 ; « *La personne humaine est sacrée. Elle est inviolable. L'Etat a l'obligation de la respecter et de la protéger. Tout individu a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité, au libre développement de sa personnalité, à l'intégrité corporelle notamment à la protection contre toutes mutilations physiques. Le*

doctrine dominante considère la dignité comme une notion englobante, posée comme une source d'où procède les droits humains²²². Elle ferait figure de principe matriciel par excellence, qui constitue le socle des droits fondamentaux, voire leur raison d'être²²³.

Dignité humaine et dangerosité. – Il convient cependant d'observer que la violation de la dignité humaine est systématique avec toute réduction d'un être humain à sa seule dangerosité car il « *reviendrait à lui refuser toutes autres caractéristiques que l'on accepterait de reconnaître dans les "autres" membres de la communauté humaine – les "non-dangereux" – et, par ce mouvement réducteur, à refuser d'admettre son égale dignité* »²²⁴. De fort belle manière, Michèle Papa a averti, à juste titre, sur les conséquences du droit pénal de l'ennemi : « *les règles juridiques en vigueur pour le citoyen ne peuvent s'appliquer à qui rejette totalement les règles qui sont à la base de la société civile parce qu'il y porte atteinte brutalement, totalement, précisément sans aucune règle ; en effet, un citoyen, même dans le cas où il n'est pas "bon citoyen", par exemple lorsqu'il est délinquant, reste lié à la société par un rapport de reconnaissance réciproque en vertu duquel la société garantit à cet individu la protection de ses droits fondamentaux* »²²⁵. Le développement du droit d'exception qu'est le droit applicable aux terroristes, en rompant avec la tradition personnaliste romaniste, devient fondamentalement inhumain en ce sens que la nouvelle législation aboutit à nier la qualité même d'être humain à une catégorie de la population²²⁶.

Dignité humaine, torture et terrorisme. – La privatisation de la dignité humaine va engendrer une large violation des droits fondamentaux, dont la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants. L'interdiction de ces derniers est absolue en droit international. Il s'agit d'une norme impérative ou *jus cogens* non dérogoratoire même en cas de danger menaçant l'existence de l'entité étatique et ce, conformément aux instruments relatifs à la promotion et à la protection des droits humains²²⁷. Sa prohibition est considérée comme un

peuple sénégalais reconnaît l'existence des droits de l'homme inviolables et inaliénables comme base de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde [...] ».

²²¹ Pour plus de détail sur l'appréhension de la notion, Voir H. M. MONEBOULOU MINKADA, « La protection juridique de la dignité du détenu au Cameroun », *op. cit.*, p. 52 à 55.

²²² B. EDELMAN, « *La dignité de la personne humaine : un concept nouveau* » in *La dignité de la personne humaine*, Economica 1999, p 25 : selon l'auteur « *si la liberté est l'essence des droits de l'homme, la dignité est l'essence de l'humanité* ».

²²³ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ 1999, p. 2.

²²⁴ P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC 2007*, p. 797, et plus spéc. p. 799.

²²⁵ M. PAPA, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC 2009*, n° 1, p.3.

²²⁶ L. REVERSO, *op. cit.*, n° 10

²²⁷ Pacte International des Droits civils et Politiques de 16 décembre 1966, Arts. 4 et 7 ; Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 28 juin 1981, Art. 5 ; Convention Européenne des Droits de l'Homme, Arts. 3 et 15.

droit humain quasi intangible, liée au principe de dignité de la personne humaine²²⁸. Même en tenant en compte des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les États pour protéger leur population de la violence terroriste, la torture se révèle juridiquement contre-productive. Aussi, la Convention des Nations-Unies du 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987, prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime²²⁹. À cet effet, le recours à la torture²³⁰ et autres traitements cruels, inhumains ou dégradant afin de soutirer des informations à des personnes soupçonnées de terrorisme est formellement prohibé²³¹. Il en est de même de l'utilisation dans les procédures judiciaires d'éléments de preuve obtenus par la torture²³², que ce soit au Sénégal ou à l'étranger²³³. Dans la pratique, cependant, les États adoptent souvent pour lutter contre le terrorisme des politiques et des méthodes qui affaiblissent cette interdiction²³⁴. De même, l'État sénégalais ne peut expulser, refouler, ni extradier une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture²³⁵.

Éviter tout basculement à la barbarie. – Il est évident que le terroriste supposé être ennemi ne respecte pas la dignité humaine des citoyens qui sont victimes de leurs attentats, mais rien ne devrait justifier que les États victimes de ces attaques puissent employer tous les

²²⁸ Convention des Nations-Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée le 10 décembre 1984, Préambule : « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

²²⁹ CEDH, 15 novembre 1996, affaire Chahal c/ Royaume-Uni, § 79.

²³⁰ C. CERDA-GUZMAN, « Le recours à la torture par les États-Unis dans la lutte contre le terrorisme », in *La place des libertés face à la lutte contre le terrorisme*, tables rondes organisées par le CREDOF en partenariat avec la Ligue des Droits de l'Homme – section Université Nanterre le 18 juin 2015, pp. 38 et s.

²³¹ Convention des Nations-Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée le 10 décembre 1984, Art. 15.

²³² CPP, Arts. 213 et s. (relatifs au contrôle par la Chambre d'accusation des activités des officiers de police judiciaire).

²³³ Ce principe fondamental n'est pas remis en cause puisque les dispositions de l'article 677-34 du Code de procédure pénale ne dérogent qu'aux règles procédurales à suivre : « par dérogation aux dispositions des articles 9 à 20 de la loi n° 71- 77 du 28 décembre 1971 relative à l'extradition, la procédure d'examen des demandes d'extradition concernant les personnes poursuivies ou condamnées pour actes de terrorisme, est suivie devant la cour d'appel de Dakar. Les délais relatifs à la procédure d'examen de la demande d'extradition prévus aux articles 18 et 20 de la loi susvisée sont doublés en matière de terrorisme ». Pour apprécier le risque de mauvais traitements, il appartiendra au juge de se livrer à une appréciation prenant en considération « d'une part, la situation générale en matière de droits de l'homme dans le pays et, d'autre part, les éléments propres au cas du requérant ». Ainsi, il demandera à l'État d'accueil de fournir des « assurances » dont il vérifiera avec soin la « fiabilité ».

²³⁴ Au Royaume-Uni, la Haute Cour de justice a décidé, le 8 décembre 2005, de refuser tout élément de preuve obtenu par la torture et ce, « indépendamment du fait de savoir où, par qui ou au nom de qui ces tortures ont été infligées ».

²³⁵ Voir les « Réponses du Gouvernement aux questions soulevées par le comité contre la torture dans le cadre de l'examen du 3^{ème} rapport périodique du Sénégal.

moyens pour les repousser, leur appliquant leur « *propre médecine* »²³⁶. Pour notre part, aucune raison ne peut justifier la négation de la qualité de personne humaine à des individus soupçonnés ou accusés de terrorisme. En accord avec les normes internationales qui préconisent les droits humains, ils ont droit au respect de leur dignité. La dignité humaine demeure aussi chez eux, même s'ils ont décidé de s'écarter définitivement de l'ordre social et choisit de vivre en marge s'opposant radicalement à la sociabilité. Sur ce point, l'on partage les réserves de Francisco Muñoz Conde lorsqu'il affirmait que l'État, qui agirait ainsi, deviendrait lui aussi terroriste, et si, pour ce faire, il avait recours à un droit pénal de simple élimination de l'ennemi, au-delà de ce qui est autorisé par les normes internationales qui régulent le droit de la guerre, le droit humanitaire et les Conventions de Genève, alors nous serions en présence d'un « *droit pénal national ou international de l'ennemi* », c'est-à-dire d'un droit pénal terroriste de l'État face au terrorisme contre l'État. Dès lors, apparaît un cercle vicieux, qui ne peut que produire plus de sang et de larmes que ceux que produisent les mêmes terroristes, et signer le retour à la barbarie, à *l'homo homini lupus* de Hobbes, un auteur que Jakobs cite fréquemment comme garant de son « *droit pénal de l'ennemi* »²³⁷. Bref, rappelons que l'ordre pénal est calqué sur une conception humanitaire du droit ; un droit qui préserve la dignité humaine intangible. Sur cette piste de réflexion, même ayant commis un acte terroriste, l'auteur ne doit pas exécuter au sein de la société à travers des peines indéterminées, disproportionnelles et exceptionnelles. Interrogeons-nous à présent sur l'atteinte au principe de proportionnalité des ingérences dans la vie privée²³⁸.

2. Une atteinte au principe de proportionnalité des ingérences dans l'intimité de la vie privée

Théorie de l'intimité de la vie privée. – Bien que la notion de vie privée constitue l'un des fondements de la société démocratique, il n'existe pas de véritable définition juridique du terme²³⁹. Faute de définition légale, une conception abstraite de la vie privée pourrait être

²³⁶ F. MUÑOZ CONDE, *op cit.*, p. 24.

²³⁷ *Ibidem.*

²³⁸ O. VIOLEAU, « Les techniques d'investigations numériques : entre insécurité juridique et limites pratique », *AJ Pénal* 2017, p. 324.

²³⁹ La notion de vie privée est construite sur la dichotomie entre *vie privée* et *vie publique*, permettant l'approfondissement d'une certaine idée de la liberté des individus selon leur personnalité, liberté qui est le point d'ancrage à partir duquel se produit la critique du totalitarisme des pays collectivistes. Pour plus de précision sur la question, Voir M. ZWOLINSKA, *Sécurité et libertés fondamentales des communications électroniques en droit français, européen et international*, Thèse, Université Nice Sophia Antipolis, 2015, pp. 96 et s.

proposée²⁴⁰, pouvant se résumer à l'idée selon laquelle « *la vie privée est cette partie de la vie qui n'est pas consacrée à une activité publique et où les tiers n'ont en principe pas accès, afin d'assurer à la personne le secret et la tranquillité auxquels elle a le droit* »²⁴¹. Eu égard à cette tentative de définition, la vie privée renvoie à la liberté d'entretenir des relations avec d'autres individus à l'abri de toute ingérence extérieure²⁴². À l'analyse, toute personne est protégée contre les intrusions arbitraires des pouvoirs publics (et uniquement de leur part) dans sa vie privée : « *nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* »²⁴³. C'est sous cet angle qu'il est reconnu à toute personne le droit au respect de sa vie familiale, son domicile, ses correspondances, son honneur, etc.²⁴⁴. Les intrusions arbitraires ne sont tolérées qu'en tant que mesure exceptionnelle explicitement prévue dans la loi et nécessaire dans une société démocratique sur des sujets touchant à l'ordre public et aux droits de l'individu²⁴⁵. Le risque d'atteinte à la vie privée provient donc de l'État qui cherche à obtenir des renseignements pour mieux organiser le fonctionnement de la société et mieux prévenir le danger. Les mesures dans la lutte contre le terrorisme qui constituent des ingérences dans la vie privée doivent donc être prévues par la loi. Ces mesures doivent

²⁴⁰ Même si pour certains, une définition abstraite n'est point envisageable. Selon eux, il convient plutôt de se résoudre à une casuistique jurisprudentielle présentée sous la forme d'une liste dont l'exhaustivité serait relative. (Voir Cour Européenne des Droits de l'Homme, 8 janv. 2009, n° 29002/06, Schlumpf c/ Suisse, § 100 : « *la notion de "vie privée" est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive* »). Pour BADINTER, les dimensions qu'englobe le domaine de la vie privée « *s'avèrent singulièrement variables* » (R. BADINTER, « Le droit au respect de la vie privée », *JCP G.* 1968, I, 2136).

²⁴¹ A. ROUX, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1983, 279 pages.

²⁴² Déjà en 1236, la Charte de Kurukan Fuga prévoyait à son article 41 « n'humiliez pas votre ennemi ». Sur cette question, Voir T. A. NDIOGO, « Regards croisés sur la charte de Kurukan Fuga et la déclaration universelle des droits de l'homme », in *Les sciences sociales au Sénégal : Mise à l'épreuve et nouvelles perspectives*, CODESRIA, Vol. 1, 2016, p. 50.

²⁴³ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, Art. 12 ; Convention Européenne des Droits de l'Homme, Art. 8 et ses Protocoles 1, 4, 6 et 7.

²⁴⁴ Constitution sénégalaise, Arts. 13 et 16. Voir la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Art. 8 et ses Protocoles 1, 4, 6 et 7.

²⁴⁵ Dans sa décision à Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers du 19 janvier 2006, le Conseil Constitutionnel français a considéré « *qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent le respect de la vie privée et la liberté d'entreprendre, respectivement protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ». (Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *JO de la République Française* du 24 janvier 2006, p. 1138, texte n° 2, Recueil, p. 31).

pouvoir faire l'objet d'autorisation et de contrôle juridictionnel²⁴⁶. La condition de la légalité traduit surtout le principe de la prééminence du droit et l'exclusion de tout arbitraire.

Analyses. – Pour aller dans le sens d'une évolution, il faut convenir que les avancées technologiques exhibent aujourd'hui des outils que l'on n'imaginait pas hier, et que l'on aurait tort de refuser aux autorités publiques quand on sait combien l'imagination et la puissance des terroristes leur permettent d'être « *précurseurs* » en la matière²⁴⁷. Toutefois, l'érosion du droit fondamental au respect de la vie privée dans le cadre de cette lutte est particulièrement palpable. La modernisation du droit pénal a considérablement accru les pouvoirs de collecte et de partage d'informations accordées aux services de renseignement²⁴⁸, donnant aux entités spéciales d'enquête le pouvoir de s'immiscer au nom de la sécurité dans la vie privée²⁴⁹. Dans ce contexte, le changement de paradigme est inquiétant. Ce changement consiste à considérer comme légitimes non plus uniquement les interceptions de correspondances téléphoniques²⁵⁰ ou émises par voie électronique²⁵¹ à des fins pénales, mais également celles réalisées à des fins préventives, de renseignement. En ce sens, Monika Zwolinska écrit, à juste titre, qu'une « *fois [qu']on accepte cela, le prochain pas est celui d'accepter à ce que puissent être réalisées non plus seulement des pratiques de surveillance ponctuelle et ciblée ("targeted surveillance"), mais aussi celles qui sont générales et permanentes ("dragnet surveillance")* »²⁵².

Au demeurant, l'investigation particulièrement intrusive en matière de prévention du terrorisme, offre la mise en œuvre de toutes les voies afin d'intercepter des données

²⁴⁶ CPP, Art. 90-16, al. 1^{er} ; CPP, Arts 677-26, al. 1 et 3. ; Loi n° 2016-33 du 14 décembre 2016 relative aux Services de renseignement, Art. 14.

²⁴⁷ M. TOUILLIER, « Lumière sur un arsenal de lutte contre une délinquance tapie dans l'ombre », *AJ Pénal* 2017, p. 313 : « *C'est tout particulièrement vrai qu'à l'ère du big data et de l'open data sur internet, dont la face cachée, appelée darkweb, est devenu le terreau d'activités criminelles en tout genre que les enquêteurs ne peuvent percer qu'en mobilisant des techniques d'enquêtes sophistiquées* ».

²⁴⁸ Loi n° 2016-33 du 14 décembre 2016 relative aux Services de renseignement, Ar. 1^{er}, al. 1 : « *les services de renseignement ont pour mission commune la recherche, le recueil, l'exploitation et la mise à la disposition des autorités de décision des renseignements relatifs aux menaces contre la sécurité et les intérêts fondamentaux de la Nation* ». L'article 2 de la même loi prévoit que ces services « *sont également chargés de la mise en œuvre des moyens spécifiques destinés à entraver les menaces visées à l'article premier ou à prévenir ou déjouer des activités d'ingérence dirigés contre les intérêts nationaux* ».

²⁴⁹ Même si la Disposition préliminaire de la loi n° 2016-33 du 14 décembre 2016 relative aux Services de renseignement fait référence au respect des droits humains. Il résulte de ce texte que : « *Au nom de l'État et dans le respect du droit international des droits de l'homme, des lois nationales et des libertés fondamentales reconnues aux citoyens, la communauté de renseignement mène les activités de renseignement sur le territoire national et à l'étranger pour la protection des intérêts supérieurs de la Nation* ».

²⁵⁰ F.-B. HUYGHE, *Les écoutes téléphoniques*, PUF, Coll. "Que sais-je ?" 2009, 128 pages ; P. KAYSER, « L'interception des communications téléphoniques par les autorités françaises » in *op. cit.*, p. 169 à 191.

²⁵¹ R. BENEDICTE, *La vie privée à l'ère du numérique*, Lavoisier, coll. « Traitement de l'information », 2012, p. 44.

²⁵² M. ZWOLINSKA, *op. cit.*, pp. 354 et s.

personnelles²⁵³. Même les entreprises privées sont mises à contribution dans ce processus de collecte. Ceci en raison du fait que l'obligation faite à un fournisseur de services, dans le cadre de ses capacités techniques à collecter ou à enregistrer, en application des moyens techniques existant, ou à prêter aux autorités compétentes son concours et son assistance pour collecter ou enregistrer lesdites données informatiques²⁵⁴. En cas de refus, sans motif légitime²⁵⁵, ce fournisseur est réprimé pour délit d'entrave à la justice²⁵⁶. Ce qui constitue une violation des dispositions pertinentes de l'article 363 bis du code de procédure pénale qui punit « *d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500 000 francs à 5.000.000 de francs celui qui au moyen, d'un procédé quelconque, porte volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée, d'autrui : 1. en captant, enregistrant, transmettant ou diffusant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel [...]* ». En somme, les investigations numériques sont le siège d'un conflit d'intérêts fondamentaux, en ce qu'elles poursuivent un objectif de sécurité et de lutte contre le terrorisme, mais qu'elles sont, par nature attentatoire au droit au respect de la vie privée²⁵⁷.

Conclusion

En dernière analyse, le choix de l'objet de notre recherche porte sur : « *Réflexions sur la nouvelle législation sénégalaise antiterroriste* ». Cette thématique a généré la question de fond suivante : « *quels sont les caractéristiques du régime répressif sénégalais contre le phénomène du terrorisme ?* » À première analyse, il ressort que les récentes réformes de l'arsenal répressif sénégalais en matière de terrorisme sont peu raisonnables et que l'absence dramatique de rationalité est la raison principale de son défaut de légitimation au regard des principes directeurs du droit pénal²⁵⁸. À l'observation, le choix législatif auquel correspond ce modèle semble conduire à celui que l'on dénomme « *droit pénal de l'ennemi* ». Cette

²⁵³ En des termes lapidaires, l'article 41-5) de la Loi n° 2008-12 sur la Protection des données à caractère personnel, l'interdiction fixée à l'article 40 de ladite loi ne s'applique pas pour une procédure judiciaire ou une enquête pénale est ouverte.

²⁵⁴ CPP, Art. 90-11, al. 1 *in fine*.

²⁵⁵ Encore un concept vague.

²⁵⁶ CPP, Art. 90-19, al. 1 : « *Tout fournisseur de service, tout fournisseur d'accès, tout éditeur, autre personne qui n'aura pas exécuté, sans motif légitime, les mesures ordonnées, conformément aux dispositions de la présente section, est puni des peines applicables au délit d'entrave à la justice. S'il s'agit d'une personne morale, elle encourt les peines prévues par l'article 431-63 du Code pénal* ».

²⁵⁷ O. VIOLEAU, « Les techniques d'investigations numériques : entre insécurité juridique et limites pratique », *op. cit.*, p. 324.

²⁵⁸ Certes, la problématique est plus générale car pour tous les délits et crimes, la question de la compatibilité de la présomption d'innocence avec une garde à vue, voire une détention avant jugement, peut se poser. De même, on peut donner l'exemple des crimes internationaux qui sont imprescriptibles alors que la prescription de droit commun en matière criminelle est de 10 ans au Sénégal.

dangereuse évolution du droit pénal a été présentée, jusqu'à il y a peu, comme un modèle exceptionnel, un régime dérogoire au droit commun puisque l'entité étatique ne peut reconnaître à l'ennemi ses droits et libertés fondamentaux. Contre lui, aucune procédure « *aménagée juridiquement* » ne sera justifiée mais, plutôt une procédure fondée sur une logique de va-t'en guerre. Ce qui explique que toute politique publique en matière pénale qui se fonde sur le paradigme de l'ennemi, doit sonner le glas de l'universalité des droits et garanties, comme ceux touchant le délinquant de droit commun.

Cette analyse a permis également d'aboutir à certains résultats. Le premier est relatif à la logique de construction d'un régime répressif qui ne mise plus seulement sur l'acte mais sur la légitimation théorique d'une peine imposée à quelqu'un pour ce qu'il est. À cet effet, l'on retient l'apparition de nouveaux principes tels que la précaution et la dangerosité. Le second résultat est qu'une quantité de dispositions textuelles conduit au constat d'une dérive dans l'épanouissement de certains principes de droits humains, corroboré par la remise en cause de la démocratisation du procès pénal. L'abandon du cadre du droit naturel aboutit à ce que le législateur pénal sénégalais puisse décider qui est une personne humaine ou non. Au demeurant, si le terrorisme est un vrai danger pour les États de droit, la lutte effrénée contre le terrorisme l'est tout autant. Par conséquent, nous continuons à préférer Charles-Louis De Secondat Montesquieu, François-Marie Arouet Voltaire et Cesare Beccaria et voudrions que notre modèle de référence pour le droit pénal futur soit encore l'État de droit.