

Chapitre I : Création de la règle de droit

C'est la question des "**sources du droit**". En pratique, on appelle "source du droit" les sources d'informations juridiques, c'est-à-dire, en général, les documents à partir desquels on peut dégager le contenu de la règle de droit. Les "sources du droit" sont donc les règles de droit qui constituent le droit objectif d'un État. Il s'agit donc ici en l'occurrence d'aborder la question de l'identification et de la naissance de ces règles. Généralement, la règle de droit est écrite, mais il peut arriver éventuellement qu'elle se présente sous forme orale. De ce point de vue, les "sources du droit" sont nombreuses et variées. On les regroupe souvent en deux catégories, par ordre d'importance :

- Les sources principales, encore appelées formelles ou écrites (**Section 1**)
- Les sources secondaires, dites non-écrites

Section 1 : Source principale ou Source écrite

Les sources principales du droit sont les textes qui édictent directement les règles de droit. La qualification de « principale » s'explique par le fait qu'elles ont une valeur juridique déterminée, ce qui se traduit par l'existence d'une hiérarchie des normes. En vertu de la théorie de la hiérarchie des normes développée par Hans Kelsen, les sources de droit sont classées selon un schéma pyramidal par ordre d'importance. L'intérêt de la théorie est lié au concept de conformité ou de validité. Chaque norme juridique tire sa validité de sa conformité ou compatibilité avec la norme juridique qui lui est immédiatement supérieure. En cas de non-conformité ou d'incompatibilité entre une norme supérieure et une norme inférieure, cette dernière pourra être invalidée par les juges.

La nécessité de cette conformité impose d'ailleurs un contrôle de conformité des textes, et celui-ci conditionne la validité du texte inférieur. Ainsi, nous avons :

- **Le contrôle de constitutionnalité** : les lois doivent être conformes à la constitution, et le conseil constitutionnel est chargé de le vérifier pour chaque loi qui lui est déférée.
- **Le contrôle de conventionnalité** : la conformité des lois par rapport aux traités ou conventions internationaux ;
- **Le Contrôle de légalité** : la conformité des règlements par rapport à la loi, et c'est la cour suprême (Chambre administrative) qui est chargée d'effectuer ce contrôle.

Suivant **la hiérarchie des normes**, les textes dont émanent la règle de droit sont de quatre (4) ordres : la constitution qui est au sommet ; les Traités, Conventions et Accords internationaux ratifiés et publiés, y compris le droit communautaire ; ensuite les lois votées au niveau de l'Assemblée nationale ; et enfin les Règlements constitués par les Décrets et les Arrêtés

Paragraphe I : la constitution

La Constitution est le texte qui établit l'organisation et le fonctionnement de l'État, définit les droits fondamentaux des citoyens et fixe les domaines des pouvoirs publics. La Constitution distingue le domaine réservé au pouvoir législatif et celui attribué au pouvoir réglementaire. En effet, elle dispose des matières précises régies par la Loi avant d'affirmer que toutes les autres matières qui ne relèvent pas du domaine de la Loi ont un caractère réglementaire.

La Constitution est composée du Préambule, c'est-à-dire de l'ensemble de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** de 1789, de la **Déclaration universelle des droits de l'homme** de 1948, des principes et valeurs fondamentaux pour les lois de la République, mais aussi du corps de texte, c'est-à-dire les articles.

La Constitution peut être mise en place soit par un pouvoir originaire créé à cet effet (Pouvoir constituant originaire), soit directement par le peuple consulté par voie de référendum, soit par l'Assemblée nationale.

Paragraphe II : les traites ou accords internationaux

Parmi ses sources, il faut distinguer le droit international et le droit communautaire. Par droit international, il faut comprendre les traités, accords ou conventions conclus entre un État avec d'autres États ou avec des organisations internationales. Selon la constitution, les traités ou

accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie.

Partant de cette disposition (article), on retrouve les conditions dans lesquelles un traité ou accord international doit être valable pour prétendre à l'autorité sur la loi.

- ➔ D'abord, le traité doit faire l'objet d'une ratification autorisée par la Loi.
- ➔ Ensuite, il doit être publié au Journal Officiel.
- ➔ Aussi, l'application de l'accord ou du traité doit être faite par l'autre partie : c'est la **condition de la réciprocité**. Toutefois, la règle de réciprocité ne s'applique pas aux conventions relatives aux droits humains.

Par ailleurs, si le Conseil Constitutionnel a déclaré qu'un traité ou accord international comporte une clause contraire à la constitution, l'autorisation de le ratifier ou l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la constitution.

S'agissant du droit communautaire, il est élaboré par les institutions communautaires mises en place par les États membres. Nous pouvons citer, entre autres, l'UEMOA, la CEDEAO, l'OHADA (**O**rganisation pour l'**H**armonisation en **A**frique du **D**roit des **A**ffaires). Ces institutions communautaires ont pour vocation de créer une intégration soit juridique, soit économique. Leur domaine s'est progressivement étendu jusqu'à concerner aujourd'hui une multitude de matières, dont bien évidemment l'informatique. Le cas de l'**Office Africain pour la Propriété Intellectuelle** en est une parfaite illustration.

Paragraphe III : loi

Il s'agit ici du texte voté par l'Assemblée nationale, dans les matières qui lui sont réservées par la constitution. On parle ainsi de loi ordinaire. Les députés ont des pouvoirs essentiellement législatifs, ils ont le **droit d'initiative**, c'est-à-dire la proposition de loi, et le droit de demander des modifications, autrement dit le **droit d'amendement**. Cette initiative

n'appartient pas seulement à l'Assemblée nationale, mais également au pouvoir exécutif par l'intermédiaire du président de la République, lorsqu'on parle de **projet de loi**. Étant donné que, même lorsqu'une loi est votée, sa mise en vigueur, c'est-à-dire son application, est subordonnée à certaines conditions. En effet, les conditions d'entrée en vigueur de la loi sont :La **promulgation** et la **publication**.

- ◆ La promulgation est l'acte par lequel le président de la République rend exécutoire le texte adopté par l'Assemblée nationale et lui confère un caractère authentique. Elle se fait par décret.
- ◆ Quant à la publication, elle consiste à porter à la connaissance le texte promulgué par son insertion dans un document officiel appelé le Journal Officiel. Cette procédure est exigée pour les lois, les décrets et même les traités. La publication rend la loi obligatoire ; tant que le texte n'est pas publié, il n'est pas obligatoire car les citoyens ne sont pas censés en avoir eu connaissance.

C'est après la publication que l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* » (L'ignorance n'est pas une excuse valable pour ne pas respecter la loi) s'applique.

Dans le domaine de l'informatique, plusieurs lois ont été votées. Il en est ainsi, par exemple :

- ➔ De **la loi numéro 2008-08 du 25 janvier 2008** portant sur la loi d'orientation de la société de l'information.
- ➔ De **la loi numéro 2008-10 du 25 janvier 2008** portant sur les transactions électroniques.
- ➔ De **la loi numéro 2008-11 du 25 janvier 2008** portant sur la cybercriminalité.
- ➔ De **la loi numéro 2008-12 du 25 janvier 2008** portant sur la protection des données à caractère personnel.
- ➔ De **la loi numéro 2008-09 du 25 janvier 2008** portant sur la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins.

Paragraphe IV : Règlement

Il s'agit des attributions conférées au pouvoir réglementaire autonome. On distingue :

- Le décret : C'est l'acte pris par le président de la République qui en a l'exclusivité. Toutefois, il peut autoriser le Premier Ministre à prendre certaines décisions.
- L'arrêté : C'est l'acte administratif pris par les ministres, les préfets, les sous-préfets, les maires, les recteurs, etc.
- L'ordonnance : C'est une mesure prise par le gouvernement dans une matière qui relève normalement du domaine de la loi, sur habilitation de l'Assemblée nationale.

Il ne faut pas confondre toutefois le règlement autonome avec le règlement subordonné. Ce règlement, encore appelé règlement d'application, prévoit des mesures transitoires destinées aux citoyens pour s'adapter à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ou pour déterminer les modalités de son application. Par exemple : **Le décret numéro 2008-721 du 30 juin 2008** portant application de **la loi numéro 2008-08 du 25 janvier 2008** sur la protection des données à caractère personnel.

Section2: Les sources secondaires ou sources non écrites

Ces sources sont :la jurisprudence, la coutume et la doctrine

Paragraphe I : La jurisprudence

La jurisprudence est l'ensemble des informations juridiques contenues dans les décisions des cours (Cours d'Appel et Cour suprême) et des tribunaux. Lorsque la décision émane de la cour, on parle **d'arrêt**, et lorsqu'elle est rendue par un tribunal, on parle de **jugement**. En principe, la décision de justice ne s'applique qu'à l'affaire jugée et ne régit pas l'avenir comme le fait la règle de droit.

Cependant, vu leur importance, certaines décisions de justice peuvent être considérées comme une source de droit. Pour cela, deux raisons font que les décisions de justice contiennent au moins de précieuses informations sur le contenu des règles existantes :

D'abord, les juges ne peuvent refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi sous peine de commettre un déni de justice. Cette exigence les contraint ainsi à interpréter les textes et à combler les lacunes.

Ensuite, la justice est organisée au Sénégal de manière à favoriser l'unité de la jurisprudence. Le mécanisme essentiel est d'instituer une juridiction supérieure (Cour suprême) afin qu'elle vérifie que le droit a été correctement appliqué. Le juge suprême est ainsi conduit à harmoniser la jurisprudence, donc au moins à établir des interprétations conformes et éventuellement à créer des règles nouvelles.

De façon générale, pour qu'une décision fasse « jurisprudence », il faut qu'elle respecte les conditions suivantes :

- Les réponses apportées à une question de droit où la loi est restée muette.
- Une décision unique avec la Cour suprême marquant clairement sa volonté d'imposer une solution donnée.
- Une décision constituant une référence pour trancher des cas identiques dans l'avenir.

Lorsque la décision revêt tous ces caractères, on parle d'**arrêt de principe**, c'est-à-dire qui dépasse le cas d'espèce pour donner une solution applicable à tous les cas similaires. C'est d'ailleurs donc à ces seules conditions que la jurisprudence peut être considérée comme une source de droit.

Paragraphe II : La coutume

La coutume est une pratique habituellement suivie dans une communauté donnée et que les personnes qui la suivent croient en son caractère obligatoire. Elle comprend deux (2) éléments :

- **Un élément matériel qui est la pratique répétée**, le comportement suivi pendant longtemps. Toutefois, il faut que cette pratique soit suffisamment fréquemment répétée. C'est ce qui explique l'adage : « *Une fois n'est pas coutume* » ;
- **Un élément psychologique ou intentionnel**, c'est la croyance dans la conscience collective que ladite pratique est obligatoire. En vérité, à force d'observer la même pratique, on finit un jour à croire en son caractère obligatoire.

De manière générale, la coutume ne peut être considérée comme source de droit que lorsqu'elle ne contredit pas la loi. **La coutume contra legem**, celle qui contredit la loi, en principe n'est pas valable car la Loi est supérieure à la coutume. Ainsi, seules les coutumes *praeter legem* et *secundum legem* sont admises.

La coutume praeter legem est celle qui s'applique ou se développe en cas de silence de la loi. Elle vient donc de facto combler un vide juridique. Par exemple, le fait que la femme mariée prenne le nom de son mari est une coutume qui n'a jamais été inscrite dans un code.

La coutume secundum legem est celle où la loi procède par renvoi directement à la coutume. Dans ce cas, c'est la loi qui fait donc référence à l'application d'une coutume. Ce renvoi confère ainsi à la coutume la même force que la loi. Selon **le code de la famille** de 1967, le mariage peut être célébré par l'officier de l'État civil ou constaté par lui ou son délégué. Toutefois, le mariage ne peut être constaté que lorsque les futurs époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal.

Paragraphe III : La doctrine

La doctrine est constituée de l'ensemble des travaux, des analyses, interprétations ou critiques faites par des professionnels et praticiens du droit ou par des organismes autorisés (les instituts de recherche). En effet, l'empreinte de ces spécialistes finit par influencer les lois qui seront adaptées. À ce titre, la doctrine collabore positivement à la création de la règle de droit. Toutefois, elle ne peut être considérée comme une source de droit que lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- L'auteur est une autorité respectée et les juges connaissent son analyse et l'utilisent.