

# CHAPITRE 1: LA CRÉATION DE LA RÈGLE DE DROIT

C'est la question dite des « **sources du droit** ». En pratique on appelle source du droit les sources d'informations juridique 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 i.e en occurrence d'aborder la question de l'identification et de la naissance de ces règles.

Si généralement la règle de droit est écrite il peut arriver éventuellement qu'elle se présente sous la 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 appelé **source formel** ou **écrit** (section première) et les **sources secondaires** dite **non écrite**.

## Section 1 : Source principales ou source écrite

Les sources principales du droit sont les **textes** qui édictent directement les règles de droit. La qualification de principales s'explique par le fait qu'elle ont une valeur juridique détermine 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 aux concepts de conformité ou de validité. Chaque norme juridique tire sa validité de sa conformité ou compatibilité à 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 est soumise au juge pour **invalidation**. La nécessité de cette conformité impose d'ailleurs un **contrôle de la conformité** des textes et celui-ci conditionne la validité du texte inférieur. Ainsi nous avons :

- **Un 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** : c'est à dire la conformité des lois par rapport aux traités ou conventions internationaux;
- **Le contrôle de légalité** : c'est à dire 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 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 à l'**Assemblée Nationale** et enfin les règlements constitués par les **décrets** et les **arrêts**.

## PARAGRAPHE 1 : 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 du 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 sont pas du domaine de la loi ont un **caractère réglementaire**.

La constitution est composée d'un **Préambule** c'est à dire de l'ensemble des **droits de l'homme** et du **citoyen** de 1789, de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les 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 (**le pouvoir constituant originaire**) soit directement par le **peuple consulté** par voie de **referendum**, soit par l'**Assemblée nationale**.

## **PARAGRAPHE 2 : LES TRAITEMENTS OU ACCORDS INTERNATIONAUX**

Parmi ces 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 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 la réciprocité ne s'applique pas au convention relatif au **droit de l'homme**.

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 de **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** et **l'OHADA** (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires). Ces institutions communautaires ont pour vocation de créer une intégration soit **juridique** soit **économique**. Leur domaine c'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 3 : La 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 **législatif**, ils ont le droit **d'initiative** c'est à dire de **proposition de loi** et le droit de demander des modifications autrement dit le **droit d'amendement** cette initiative n'appartient seulement à l'**Assemblée Nationale** mais également au **pouvoir Exécutif** par l'intermédiaire du **président de la république** dans ce cas on parle de **projet de loi**, en tout état de cause même lorsqu'une loi est votée sa mise en vigueur c'est à dire son application est subordonnée par certaines conditions, en effet les conditions d'entrer 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'ensemble national et lui **confère** un **caractère authentique**, elle se fait par **décret**, quant à la **publication**, elle consiste à porter à la **connaissance** du public 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 **traitées**. 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 y connaissance. C'est après la publication que l'**adage** ( « Nul n'est censé ignorer la loi » s'applique ).

Dans le domaine de l'informatique plusieurs lois ont été votées, il en ai ainsi par exemple :

- De la loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 portant sur la loi **d'orientation de la société de l'information** ;
- De la loi n° 2008-09 du 25 janvier 2008 portant sur le **droit d'auteur et les droits voisins** ;
- De la loi n° 2008-10 du 25 janvier 2008 portant sur les **transactions électroniques** ;
- De la loi n° 2008-11 du 25 janvier 2008 portant sur la **cybercriminalité** ;
- De la loi n° 2008-12 du 25 janvier 2008 portant sur la **protection des données à caractères personnelles** ;

## **PARAGRAPHE 4 : Le Règlement**

Il s'agit des **attributions converses** au pouvoirs réglementaires autonome. On distingue :

- **Le décret** : C'est l'acte pris par le **président de la république** qui en a l'**exclusivité**, toute fois il peut **autorisé** au première ministre en prendre certain décision par décret.
- **L'arrêté**: c'est l'acte **administrative** 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 une habilitation de **l'ensemble National**.

Il ne faut pas confondre toute fois le **règlement autonome** avec le **règlement subordonner**. Ce règlement encore appeler **règlement d'application** prévoit des mesures **transitoires** destinées au citoyens de **s'adapter** à l'entrer en vigueur de la nouvelle loi ou a déterminer les modalités de son application.

Exemple : Le décret n° 2008-721 du 30 juin 2008 portant application de la loi numéro 2008-08 du 25 janvier 2008 sur la protections des données à caractères personnelles.

## **Section 2 : Source secondaire ou source non-écrite**

Ces sources sont la **jurisprudence** , la **coutume**, et la **doctrine**.

### **PARAGRAPHE 1 : 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 refusés de jugé sous prétexte du **silence**, de **l'obscurité** ou de **l'insuffisance** de loi sous peine de commettre un **déni de justice** . Cette exigence les contrains ainsi a **interprété** les texte et à en complété les **lacunes**.

- En suite la justice est organisé au Sénégal de manière a favorisé **l'unité de jurisprudence**. Le mécanisme essentiellement est d'instituer une juridictions supérieur(**Cours Suprême**) à fin quelle vérifie que le droit à été **correctement appliqué**. Le **juge suprême** est ainsi conduit a **harmonisé** la jurisprudence donc au moins a établir les **interprétations conformes** et éventuellement à crée des règles nouvelles.

De façon général pour qu'une décision « **face jurisprudence** » il faut quelle respecte les conditions suivantes :

- La réponse apporter à une question de droit ou la loi est **rester muette**.
- Décision unique de la **cours suprême** marquant clairement sa volonté **d'imposé** une solution donnée.
- Une décision constituent une référence pour **tranché des cas identiques** dans l'avenir.

Lorsque la décision revêt tout ces caractères, on parle **d'arrêt de principe** c'est à dire qui dépasse le cas d'espèce pour donnée une solution applicables à tout les cas similaire.

C'est d'ailleurs donc à ces seule condition que la jurisprudence peut être considérer comme une **source du droit**.

## **PARAGRAPHE 2 : La coutume**

La coutume est une pratique **habituellement** suivie dans une **communautaire** donnée et que les personnes qui la suive croit en son **caractère obligatoire**. Elles comprends deux éléments :

- Un élément matériel qui est la pratique répéter, le comportement suivie pendant longuement. Toute fois il faut que cette pratique soit **suffisamment** et **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 la dite pratique est obligatoire, en vérité à force d'observer toujours la même pratique on fini un jour par croire à son caractère obligatoire.

De matière général la coutume ne peut être considérer comme source de droit uniquement lorsqu'elle ne contredit pas la loi . La coutume **contralegem**, celle qui contredit la loi, en principe n'est pas valable car la loi est supérieur à la coutume. Ainsi seule les coutumes **praeterlegem** et **secundumlegem** sont admise.

La coutume **praeterlegem** est celle qui s'applique ou se développe en cas de **silence de la loi**, elle viens donc de ce faite **comblé un vide juridique**.

Exemple : Le faite que la femme marié prenne le nom de son mari est une coutume qui n'a jamais été inscrit dans un code.

La coutume **secundumlegem** est celle ou 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** le mariage peut être célébré par l'officier de **l'état civil** ou constaté par lui ou son délégué, toute fois le mariage ne peut être constaté que lorsque les futures époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal.

### **PARAGRAPHE 3 : La doctrine**

La doctrine est constitué de l'ensemble des **travaux**, des **analyses**, **interprétations** ou **critiques** fait par des **professionnels praticiens** du droit ou des **organismes autorisées** (institute de recherche).

En effet **l'empreinte** de ces spécialistes finie par influences les lois qui seront adaptés, à se titre la doctrine collabore positivement à la création de la règle de droit. Toute fois elle ne peux constitue une source de droit que lorsque les conditions suivantes sont réunies : l'auteur est une autorité respecté et les juges connaissent son analyse et l'utilise.

# Chapitre 2 : L'APPLICATION DE LA RÈGLE DE DROIT À L'INFORMATIQUE

De toute les sources évoque, la loi n°2008-12 du 25 janvier 2008 portant sur la **protection des données à caractère personnelles** semble la plus fortement **convoité** en raison du caractère **sensible** de son objet. En effet faisant partie du domaine de traditionnelle de la vie privé cette loi a pour objet de mettre en place du dispositif permettant de lutter contre les **atteintes à la vie privé** susceptible d'être engendrer par la **collecte**, le **traitement**, la **transmission**, le **stockage** et l'usage des données à caractère personnelles . Le traitement de celle-ci doit donc se déroulé dans le **respect** du droit, des **libertés fondamentales** et de la **dignité** de la personne humaine (physique). Elle prends également en compte les **prérogatives** de l'État, les intérêts des entreprises et de la **société civile**.

L'**embuscade** de cette loi est donc de s'avérer être un instrument de portée générale de la protection de la vie privé à travers le respect des droits et des libertés fondamentaux de la personne mais également d'assurer le rôle de l'État dans sa mission de **préservation** de la **sécurité nationale**, il s'agit ainsi de **concilier** ces deux impératif a priori contradictoire.

## SECTION PRÉLIMINAIRE : LE DOMAINE D'APPLICATION DES DONNÉES A CARACTÈRES PERSONNELLES

Les **données** à caractère personnelles en tant que instrument de protection de la vie privé sont impulsées par ces propres acteurs appelés **personne identifié** ou **identifiant**.

Une personne est **identifiable** si les informations complémentaires peuvent être **obtenues sans effort déraisonnable** permettant l'identification de la personne concerner. Les données à caractère personnelle s'applique donc à toutes **collectes**, toutes **traitements**, toutes **transmission**, tout **stockage** et toutes **utilisations** par une **personne physique**, par l'État, les **collectivités locales**, les **personnes morales de droit publique** ou de **droit privé** . Il en est de même des données concernant la **sécurité publique**, la **défense**, la **recherche** et la **poursuite** d'infractions pénales ou la **sûreté** de l'État même liée.

Tout fois certaines données sont pas soumis au traitement et ne sont pas concerner par cet loi, il s'agit en évidence des traitement de données mis en œuvre par une personne physique dans le cadre exclusive de ces activités personnelles ou domestique à condition ce pendant que ces données ne soient pas destinées à la communication.

Par traitement de donnée à caractère personnelle il faut entendre toute opération ou ensemble d'opérations visant la collecte, la transmission, le stockage ou l'utilisation à l'aide de procédés automatisés ou non est destinée à l'exploitation, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation, l'extraction, la sauvegarde, la copie, la consultation l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise en disposition le rapprochement ou l'interconnexion ainsi que le verrouillage, la cryptage, l'effacement ou la destruction des données à caractère personnelle.

En ce sens peuvent être considéré comme des données notamment le **nom** d'une personne, une **photo**, le **numéro de téléphone**, le **numéro de compte bancaire**, le **numéro d'identification nationale**, un **code**, une **adresse e-mail**, une **empreinte digitale**, la **voix**, l'**image**, le **génom humain** etc bref un ou plusieurs élément propre à l'identité **physique physiologique**, **génétique**, **psychique**, **culturelle**, **sociale** ou **économique**.

Par ailleurs il existe une autre catégorie appelé **donnée sensible**. Il s'agit de toute les données à caractère personnel relative au **opinion** ou activités **religieuses philosophique**, **politique**, **syndicale**, à la vie **sexuelle** ou **raciale**, à la santé, au poursuite, au sanction pénale ou administrative. Ces données bénéficient d'une protection renforcée de la loi en raison de leur **caractère sensible**.

Abdoulaye Gaye