

# La création du règlement de droit

## Introduction

C'est la question dite <<de sources du droit >> en pratique, on appelle source du droit, les sources d'information 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 Etat.

Il s'agit donc ici en occurrence d'aborder la question donc 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 le regroupe souvent en deux catégories, par ordre d'importance :

Les sources principales encore appelées sources formelles ou écrites (section première)

Et les sources secondaires dites non-écrites

## Section1 : Les sources principales ou sources écrites

Les sources principales du droit sont les textes qui édictent directement les règlements de droit. La qualification de principal 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 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 pourra être soumise aux juges 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 :

-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 {sous le conseil constitutionnel} 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 le conseil d'Etat (chambre administrative qui est chargée d'effectuer ce contrôle.

Suivant la hiérarchie des normes, les textes dont émane la règle de droit sont de quatre ordres :

-la constitution qui est au sommet, les traités (convention 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 1 : La constitution

La constitution est le texte qui établit l'organisation et le fonctionnement de l'Etat, 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 sont 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 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 (pouvoir constituant originaire) soit directement par le peuple consulté par voie de référendum soit par l'Assemblée nationale

## Paragraphe 2 : Traité ou Accord 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 Etat avec d'autres Etats 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 traité ou accord, 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
- -Enfin l'application de l'accord ou du traité doit être faite par l'autre partie : C'est la condition de la réciprocité. Toute la règle de réciprocité ne s'applique pas aux conventions relatives aux droits 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 Etats membres. Nous pouvons citer entre autres l'UEMOA, la CEDAO 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 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 3 : loi

Il s'agit ici du texte vote par l'assemblée nationale. Dans les matières qui lui sont réservés 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**.

C'est initiative n'appartient seulement à l'Assemblée nationale mais également au pouvoir exécutif par l'intermédiaire du président de la République dans on parle de **projet de loi**. Etant tout état de cause, 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'entre 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 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 4: 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 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 une 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 de s'adapter à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ou à déterminer les modalités de son application 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 caractères

## Section2 : Les sources secondaires ou sources non écrites

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 Cours suprême) et des tribunaux. Lorsque la décision émane du cours on parle d'arrêt et lorsqu'elle a été donnée par un tribunal on parle de jugement. En principe la décision de justice ne s'applique qu'à l'affaire jugée elle ne régit pas l'avenir comme le fait le règlement 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 (Cours suprême) afin qu'il 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 ou la loi est restée muette
- ✓ 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 2 : 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 éléments :

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

De manière générale la coutume ne peut être considérée comme source de droit uniquement 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 seule la coutume 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 ce fait combler un vide juridique.

Exemple le fait que la femme mariée prenne le nom de son mari est une coutume qui n'a jamais été dans un code .

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 exemple : Selon le code de la famille le mariage peut être célébré par l'officier de l'Etat 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 3 : La doctrine

La doctrine est constituée de l'ensemble des travaux, des analyses, interprétations ou critiques faits par des professionnels ou praticiens du droit ou des organismes autorisés (Instituts de recherche).

En effet l'empreinte de ces spécialistes finit par influencer les lois qui seront adoptées. À ce titre la doctrine collabore positivement à la création de la règle de droit. Toutefois elle ne peut constituer une source de loi que lorsque les conditions suivantes sont réunies :

L'auteur est autorisé respecté et les juges connaissent son analyse et l'utilisent.