

UNIVERSITÉ CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR



Faculté des sciences Juridiques et Politiques

Année Universitaire : 2023/2024

Licence 1 Sciences Juridiques

Introduction à l'étude du droit / Groupe A

FICHE N°2

SEANCE N°2 : Normativité et juridicité

SEANCE N°3 : Droit et pluralité des sources

CHARGE DU COURS : Pr El Hadji Samba NDIAYE

COORDONNATEUR : M. Madické DIOP

EQUIPE PEDAGOGIQUE :

Mme Sokhna Mariama Seye FALL ; Mme Oumy GUEYE ; M. Iba Barry KAMARA ; M. Serigne Ndiagna SOW ; M. Abdou Yade SARR ; Dr. Mouhamadou Moustapha TALL ; Dr. Guillaume NEGUELEM ; Dr. Christian Ousmane DIOUF ; M. Madicke DIOP, M. Mame Mor NDIAYE ; M. El Hadji Ibrahima MALE ; Dr. Boubacar CAMARA ; Dr. Cheikh Saadbou COLY ; M. Mouhamet BA, Youssoupha THIAM

SEANCE 2

THEME : Normativité et juridicité

Exercice 1 : Dissertation juridique :

Sujet : La morale sociale

Exercice 2 : Commentaire de texte :

Extrait de Jacques Billard, « L'éthique ou la morale élidée », *Revue internationale d'éducation de Sèvres*, 05 | 1995, 33-42.

La religion ne peut, dans nos sociétés laïcisées, rien interdire. La législation pour sa part ne peut qu'être réservée si elle ne veut pas étouffer le progrès et, en la circonstance, reste impuissante, n'ayant pas les moyens de contrôler tous les laboratoires, les hôpitaux, les centres universitaires, tous les lieux où se pratiquent les techniques biologiques. D'où une solution, qui est d'attendre du groupe social concerné - médecins, chercheurs, administrateurs, etc. - qu'ils réglementent eux-mêmes leurs activités et qu'ils aillent jusqu'à exercer leur propre surveillance. Sans doute est-il bon que tout acteur surveille son action. Mais en l'occurrence on va plus loin. Le groupe non seulement se surveille lui-même, mais encore - et surtout - il élabore ses propres normes. Souvent, d'ailleurs, la loi vient prêter main-forte, après coup, à ce fonctionnement en donnant valeur légale à ce qui n'est en fait qu'une simple déontologie. Ainsi se multiplient les « comités d'éthique » de toute sorte et en toute profession. Et comme, de cette manière, rien n'est imposé de l'extérieur, que toutes les règles retenues sont celles-là mêmes qui sont souhaitées par les praticiens de l'activité, les règles de la démocratie paraissent respectées. Une législation ordinaire, au contraire, apparaîtrait comme arbitraire et tyrannique, puisqu'externe au groupe considéré.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

I. Traité et Manuels

BADJI (P-S-A), *Pour un droit des affaires, quand une approche pluridisciplinaire s'impose*, L'Harmattan Sénégal, 2018.

BUFFELAN-LANORE (Y.) ET LARRIBAU-TEYNEYRE (V.), *Droit civil 1^{re} année*, Sirey, 16^e éd., 2009.

CARBONNIER (J.),

- *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 2^e éd. 2002.
- *Flexibilité droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J, 10^e éd., 2001

CORNU (G.), *Droit civil, Introduction au droit, Montchrestien*, coll. « Précis Domat », 13^e éd., 2007.

MALAURIE (PH.) ET MORVAN (P.), *Droit civil, Introduction générale*, Defrénois, coll. « Droit civil », 3^e éd., 2009.

MAZEAUD (H., L. ET J.) ET CHABAS (F.), *Leçons de droit civil : Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 12^e éd., 2000.

TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2009.

SIDIBE (A. S.), *Droit civil sénégalais, Introduction à l'étude du droit, droits des personnes et de la famille*, éd. CREDILA, 2014

II. Les articles de la doctrine

CAMARA (F-K), « Le code de la famille du Sénégal ou de l'utilisation de la religion comme alibi à la légalisation de l'inégalité de genre », *Annales Africaines*, n°2/°08, pp.12-50

CHAMPEIL-DESPLATS, « N'es pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°21 avril 2006

CHEVAILLER (J), « La normativité », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°21, Avril 2006

DEUMIER (P), « A propos de certains éléments de définition du droit » ; *Recueil Dalloz* 2014 p.991

DIENER (P), « Ethique et droit des affaires », *Recueil Dalloz* 1993 p.17

FRYDMAN (B), « Renouveau et avancée dans la définition du droit », *Recueil Dalloz* 2014 p.989

FULCHIRON (H), « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », *Recueil Dalloz* 2016 p.1376

JESTAZ (P), « Pouvoir juridique et pouvoir moral » *RTD Civ.* 1990 p.625

LASSERRE (V), « Droit et religion », Recueil Dalloz 2012 p.1072

LIBCHABER (R), « Qu'est-ce qu'une loi ? », RTD Civ. 1999 p.242

MALLET-BRICOUT (B), « Déontologie, morale et droit : un triptyque revivifié », RTD Civ. 2016 p.694

MATHIEU (B), « La normativité de la loi : une exigence démocratique », Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°21, avril 2006- Septembre 2006

MILLARD (E), « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°21, Avril 2006, septembre 2006.

MOLFESSIS (N), « La distinction du normatif et du non-normatif », RTD Civ. 1999 p.729

PIGNARRE (G), « Samuel Benisty, La norme sociale de conduite saisie par le droit », RTD Civ. 2014 p.746

PUTMAN (E), « La norme facultative », RTD Civ. 2017 p.522

PUTMAN (E), « Les définitions en droit privé », RTD Civ. 2017 p.259

SY (D), « Normativité et Juridicité (brève réflexions sur la normativité juridique) », Annales Africaines, n°1- 2009, p.9

THIBIERGE (C), « Le droit souple Réflexion sur les textures du droit », RTD Civ. 2003 p.599

Documents d'appui :

Document 1: lettre ouverte au Président de la République publiée à la Semaine juridique (*JCP G*, 13 décembre 2006, p. 2313)

« Dans une démocratie organisée selon les principes de l'Etat de droit, une règle n'est légitime que si elle émane d'une autorité investie du pouvoir de l'édicter. Comme on l'enseigne aux étudiants de première année des facultés de droit, sinon déjà aux collégiens dans leurs cours d'instruction civique, ce n'est qu'à cette condition qu'elle est une règle de droit et mérite donc obéissance ».

Document 2 : « *Pitié pour les juristes !* » Par François Terré, RTD civ. 2002. 247

La lecture du beau livre de Monique Canto-Sperber (*L'inquiétude morale et la vie humaine*, PUF, 2001) est puissamment enrichissante dans les voies qu'elle trace en vue de comprendre, sinon d'apaiser la profonde inquiétude morale de notre temps et les interrogations sur l'absurde et le sens de la vie. Les louanges ne pourraient être que générales et sans réserves si la démarche suivie ne conduisait pas l'auteur à s'aventurer sans trop de souci scientifique sur ce qu'il intitule « Séparer droit et pensée morale. La question de l'avortement » (p. 100 et s.). Quelle que puisse

être l'intelligence sympathique de l'auteur, il convient cependant, pour les lecteurs de la Revue, de mettre en garde contre une dérive persistante de la pensée philosophique.

« Séparer droit et pensée morale » (p. 100 à 102)

La problématique est ainsi posée. Il ne faut pas confondre « la réflexion éthique avec ce qu'elle n'est pas, l'examen sociologique et le règlement juridique ». Le dégradé est déjà révélateur : le moraliste réfléchit, le sociologue examine, le juriste règle. Il ne reste plus ensuite que le balayeur, pardon l'employé de surface. Chaque mot comptant - signe d'une grande pénétration intellectuelle - citons la suite. « Dire ce que peut l'éthique oblige d'abord à revenir à sa spécificité, non pour se retrancher dans un bastion particulariste, mais pour comprendre ce à quoi elle vise, même si, dans la pratique, les considérations éthiques, juridiques, sociologiques ou scientifiques se recoupent souvent ».

Réagir encore ici, ce n'est pas du tout se complaire à épingleur tel ou tel mot, exercice trop facile. C'est uniquement estimer, devant une phrase tendant à spécifier tout d'abord pour admettre ensuite des recoupements, que le droit peut quand même avoir place du côté « de la pratique de l'éthique » (?), ce qui convenons-en ne fait pas avancer d'un pas la question et contribue à l'obscurcir.

Mais ce n'est là que préliminaire. La suite devrait dissiper l'incohérence. Hélas ! Lisons : « Le débat est ancien sur les rapports entre droit et morale ». Merci du renseignement. Soit ! Et puis cela se gâte : « Ce sont là les deux formes majeures de réflexion normative... ». Pourquoi « majeures » ? Ce n'est pas gentil pour la logique, l'esthétique, etc. Qu'a-t-on besoin ici, là où il ne s'agit ni de solfège ni de basiliques ou d'ordres monastiques, d'une distinction du mineur et du majeur ?

Droit et morale « se distinguent selon de si nombreuses façons qu'on se demande comment elles peuvent être si souvent confondues ». Cette demande est attendrissante, tant elle ignore tout ce qui, du côté de la pensée juridique, a enrichi, de tout temps, cette question. Parmi tant d'autres écrits propres à répondre à la demande, on a quand même envie de signaler - ô combien timidement - le livre incontournable de Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* (1^{re} éd. 1925).

Avançons quand même. « Le droit est un ordre normatif ». Mais la morale aussi. Et l'on peut en dire autant de la théologie. Aussi bien pourrait-on retrouver des correspondances et des réflexions communes en termes d'ordre ... et de désordre du monde. Le droit est « un système de normes qui règlent principalement la conduite d'êtres humains à l'égard d'autres êtres humains ». L'équivoque réside ici dans l'adverbe principalement. A s'en tenir même au droit, que signifie ce mot ? Veut-on dire que le droit traite accessoirement d'autres conduites ? Mais il serait complètement faux de le penser, car l'éclectisme et la plasticité du droit lui ont, dans le temps comme dans l'espace, permis de mettre aussi toutes ses espérances du côté de la religion et même du surnaturel. Si l'on veut bien s'intéresser au comparatisme - et la suite montre que la pensée de Monique Canto-Sperber n'y est pas totalement étrangère - on voudra bien, à ce sujet, lever ce voile d'ignorance, sinon de dédain, qui concerne le droit musulman, le droit hindou, le ou les droits africains, les droits mélanésien, etc.

Le droit « est aussi un ordre de contrainte, et ses sanctions sont immanentes et socialement organisées, comme l'est l'attribution de droits et de capacités d'action ou le fait de soumettre des individus à des obligations ». Mais la morale est aussi un ordre de contrainte, et la religion aussi. Surtout l'invocation de « sanctions immanentes et socialement organisées » est vraiment propre à provoquer la controverse. S'il est hélas vrai que le positivisme a exercé et exerce encore des ravages dans la pensée juridique, il y a au moins une certitude d'ordre logique reconnue et inlassablement répétée. On ne peut pour le discerner, voire pour le définir, se référer à l'existence de « sanctions organisées », car le raisonnement se heurte aussitôt à la présupposition alors mystérieuse de cette organisation même. Pendant combien de temps faudra-t-il répéter qu'une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, mais sanctionnée parce qu'elle est juridique. Il se peut que, du côté de la phénoménologie, cela puisse contrarier quelques-uns, maîtres vénérés de l'obscur ! Mais cette contrariété ne serait-elle pas, tout compte fait, infidèle aux présupposés de leur aventure ? Ajoutons que, sur nombre de termes utilisés, le juriste ne peut que s'interroger. Le mélange des notions empêche la compréhension du propos (« attribution de droits et de capacités d'action » ? les « individus » ?).

« Le droit produit un effet sur les croyances morales et sur les procédures d'évaluation par lesquelles ces croyances sont critiquées ou améliorées, mais cet effet ne peut être qu'indirect ». Ce dernier mot suscite la perplexité : pourquoi indirect ? Et en quoi ? Que serait-ce donc qu'un effet direct ? Autre interrogation : la démarche minimisante, en termes de hiérarchie des ordres, veut-elle oublier l'effet, en droit, de la règle morale ? Sans doute pas. Mais alors pourquoi s'exprimer de la sorte ?

La phrase suivante, accompagnée d'une note, n'arrange rien : « Surtout, le sujet de droit est le point d'imputation fictif des droits et obligations juridiques ». Sans même s'interroger sur le sujet de morale et en reconnaissant l'importance du concept de sujet de droit et de la littérature qu'il a suscitée, on réagira sur l'emploi, conscient ou non en tout cas dangereux, du concept d'« imputation » qui renvoie bel et bien à l'analyse kelsénienne, laquelle n'est pas communément acceptée. La fictivité de ladite imputation en trahit, pour beaucoup, la pertinence. Citer - incomplètement d'ailleurs - le livre si profond de Jean Carbonnier, *Flexible droit*. Pour une sociologie du droit sans rigueur, dans son édition de 1992 (la 9e est de 1998, la 10e est de 2001) est pour le moins singulier. Mais la place manque pour comprendre le rôle de la fiction en droit ... et en morale.

Fictions ? Pas seulement : « Le droit consiste en procédures de qualification des actes et des situations, il ne peut évidemment prétendre à rassembler en lui, sous une forme d'impérativité générale, tous les modes de normativité et de structuration du sens ». Sans même insister, on doit relever que la qualification n'est pas une procédure mais une opération logique, qu'elle porte aussi sur des biens, qu'elle est à la charnière du fait et du droit et se distingue de la constatation et de l'interprétation, tant du fait que du droit, qu'elle en appelle au cognitivisme et que, pour tout dire, elle exige aujourd'hui une réflexion autrement renouvelée sur le langage.

Sans que l'on discerne bien le passage des « caractères » aux « conséquences » opéré par Monique Canto-Sperber, on retiendra que celle-ci se livre à une réflexion sur la comparaison

des comparaisons, mais uniquement, par rapport à une partie - d'ailleurs très incomplète - du droit occidental. « Si cela a un sens de parler du droit français ou du droit anglo-saxon, cela n'en a aucun de parler de l'éthique française ou de l'éthique anglo-saxonne ». Il est pourtant évident que pour comprendre les différences entre les systèmes considérés, il faut notamment remonter aux éthiques voire aux idéologies qui les inspirent et les sous-tendent. Et là, on doit bien constater des approches différentes de l'éthique, pas seulement en termes de puritanisme. Il y a là un vent d'ouest allant de mer peu agitée à mer agitée

L'essor et le développement de la bioéthique en témoignent. Ce mouvement s'est d'abord manifesté aux Etats-Unis. On y a vu se développer des comités d'éthique désignés par les hôpitaux et les instituts de recherche dont les activités de pointe appellent une réflexion préalable poussée sur le terrain de la « morale » et de l'« éthique », ces mots étant indifféremment utilisés (?). Le milieu américain s'y prêtait : une société pluraliste, une dissociation encore plus malaisée qu'ailleurs du droit et de la morale, le prestige des notables donneurs d'avis. Le réseau de ces comités s'est ramifié. La bioéthique naissante a échappé au pouvoir exclusif du corps médical. Aux côtés des savants ou avec eux, des philosophes, des théologiens, des juristes, des sociologues ont voulu dire l'éthique, un peu comme d'autres disent le droit. A telle enseigne que l'on s'est demandé s'il n'y avait pas déjà là, dans des sociétés industrielles plus exposées qu'autrefois aux forces centrifuges, l'émergence officieuse d'une nouvelle source de droit, se défendant de l'être en attendant de le devenir.

Certes, il est absurde de procéder à une diversification des « éthiques » en fonction de leur objet. On parle bien à tort d'éthique des affaires, d'éthique médicale, d'éthique du juge, etc., car l'éthique est une et ne se divise pas. Elle n'est pas une déontologie variable de profession à profession. Comme le remarquait Wittgenstein, « Là où l'éthique est réellement présente, on ne nous parle pas de l'éthique ; et là où l'on en parle, on parle en fait d'autre chose ».

Au demeurant, on ne saurait approuver Monique Canto-Sperber lorsqu'elle écrit : « C'est un trait caractéristique de l'éthique de prétendre à une certaine forme d'universalité, au moins au sein de formes de vie partagées ». Mais est-ce vraiment d'universalité qu'il s'agit ? Et même s'il en était ainsi, l'observation vaudrait aussi pour le droit.

Malheureusement, par l'effet d'une récurrence regrettable, celui-ci est encore maltraité : « Par ailleurs » - que veut dire cette expression ? - « le droit est un ensemble d'articles et de règles accompagné de sanctions... ». Cette vision réductrice est inacceptable car le droit n'est pas seulement cela, et il s'en faut de beaucoup. Ne revenons pas sur le mot de sanction, disons seulement que le droit est aussi coutume, pratique, jurisprudence, recommandations, etc. Il ne faut pas le mutiler en le séparant des valeurs qui en sont des parties constituantes et compte tenu de son irréductible ambivalence - culte des morts et échange entre les vivants - l'obligent lui aussi à assurer l'harmonie entre des données nourries par toutes les exigences du savoir et la coexistence des libertés.

Evitons encore d'exagérer la spécificité de l'« acte immoral (qui) suscite la désapprobation, l'indignation, le dégoût... ». C'est vrai, mais il peut en être de même de ce que l'on appelle volontiers en droit « l'acte illicite ». La différenciation n'est aucunement illégitime. Mais cela

ne veut pas dire que des réactions en termes de désapprobation, d'indignation soient rejetées du droit, voire de ce qui en tient lieu, souvent en pleine sagesse, là où les civilisations de la honte, en Orient par exemple (V. Ruth Benedict), se distinguent des civilisations du péché.

La question de l'avortement

Pour éclairer sa réflexion, Monique Canto-Sperber a justement présenté des domaines de divergences. N'insistons pas sur une expression prudemment entre parenthèses et guillemets (« les fameux vides juridiques »), ce qui conduirait à lui demander s'il y a des vides juridiques ailleurs que dans la prose journalistique, en quoi ils pourraient consister, car il ne s'agit pas de « non-droit », et en quoi ils pourraient bien être considérés comme fameux.

Reste l'exemple choisi, parmi les « actes autorisés par la loi qui posent de considérables problèmes moraux » : l'avortement. Rappelons, dans cette perspective, qu'il existe de nombreuses règles de droit heurtant de front la règle morale, ses catégories, etc. Exemple, la prescription trentenaire ou usucapion, héritage du droit romain : passés trente ans de possession non troublée du voleur (ou de ses successeurs), celui-ci devient propriétaire.

L'exemple de l'interruption volontaire de grossesse est à la fois plus et moins révélateur d'une profonde discordance entre droit et morale. Plus, parce qu'il manifeste l'existence d'un conflit de normes de part et d'autre de la ligne de partage de la morale et du droit. Et quel conflit puisqu'il s'agit de la personne, de la vie et de la mort ! Moins, parce que le droit, seule de toutes les sciences obligée de tenir compte de toutes les autres, s'emploie à concilier les contraires. Il y parvient en faisant juridiquement place à la conscience, précisément à la clause de conscience, si bien que l'on ne saurait trop conseiller à Monique Canto-Sperber de lire la très belle thèse de Mme Dominique Fenouillet, *La conscience* (th. Paris II, éd. 1993). Même sans cette investigation, elle ne peut que constater la liberté de choix laissée à chacun en matière d'interruption volontaire de grossesse.

Evidemment, la dépenalisation, dans certains cas et sous certaines conditions, de l'avortement réalisée par la loi du 18 janvier 1975 « ne peut en aucun cas avoir la signification d'un règlement moral ». Mais cette absence de règlement moral est aussi absence de règlement juridique en termes d'atteinte à la liberté de ceux qui entendent y recourir.

La question est déjà si délicate et capitale qu'il n'est pas indispensable de l'encombrer d'erreurs. Ainsi ne saurait-on oublier que, dans son article premier, la loi Veil dispose que « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie », étant précisé « qu'il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité ». Certes la suite du texte aménage une dérogation de taille à ce principe. Il n'en a pas moins, en droit, une signification beaucoup plus que symbolique. C'est dire que, de toute façon, la présentation des choses retenue par Monique Canto-Sperber est pour le moins contestable. Au reste celle-ci fait état d'une volonté de faire prévaloir, à l'époque, le « droit à l'avortement ». C'est là présenter inexactement la reconnaissance d'un droit à l'avortement qui n'a été qu'ultérieurement reconnu. Les étapes du mouvement sont plus révélatrices : d'abord l'admission, sous forme d'exception, de l'interruption volontaire de grossesse, puis l'admission, elle aussi conditionnelle, de sa prise en charge par la Sécurité sociale. Et c'est seulement une loi du 27 janvier 1993 qui a expressément

reconnu les « droits des femmes à accéder à la contraception et à l'avortement » (art. L. 168-15-1 c. santé publ.). Quoi qu'il en soit, Monique Canto-Sperber distingue deux sortes de droit à l'avortement, l'un ayant un « sens juridique », en termes de « capacité légale » (?) d'IVG, l'autre ayant un « sens militant » dans la ligne de l'émancipation de la femme. A vrai dire, il s'agit, de l'une ou l'autre manière, de prendre en considération le juridique. Il aurait mieux valu s'inspirer des réflexions développées par Dany Cohen au sujet du « droit à » (L'avenir du droit, ouvrage collectif, éd. Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 393 et s.).

« Il est clair, écrit Monique Canto-Sperber, que sur une question, aussi controversée, les considérations éthiques ne peuvent fonder la loi » (p. 103). Et pourquoi en serait-il ainsi ? Ce qui n'est pas douteux, c'est que le fondement d'une loi est rarement unique ou univoque et que celle-ci est souvent la résultante d'un faisceau de considérations et de valeurs que tout l'art du droit consiste à assumer, à concilier et à traduire dans l'ordonnement de la cité.

Derrière ces considérations, on voit bien resurgir une préoccupation de hiérarchie, voire d'autonomie relative des ordres normatifs. « S'efforcer d'effacer la dimension morale du problème de l'avortement en se référant à une disposition juridique ou à un fait biologique ne fait que témoigner d'un manque de perception de ce qu'est un enjeu moral » (p. 104). Mais qui songe du côté du droit à effacer la dimension morale du problème de l'avortement ? La volonté d'effacement, s'il y en a une, se situe sur le versant de la morale, dans la mesure où s'y développe une incompréhension de l'ambivalence du droit et de ce va-et-vient permanent du fait au droit et à ses valeurs morales - à commencer par la justice - puis de ces valeurs aux situations de fait, et ainsi de suite, en termes d'une circularité dont le jeu n'échappe à personne dans la communauté des juristes. Toutes les observations que Monique Canto-Sperber ajoute ici à son analyse du problème de l'avortement, y compris quant au statut de l'embryon et du fœtus, appellent des remarques analogues. Quant à dire, au sujet de la décision d'avorter, qu'« aucun règlement juridique aussi parfait soit-il ne peut annuler la gravité d'une telle délibération morale » (p. 105), nul n'en doute. N'empêche que le droit a été notamment confronté à la question de l'avortement par des femmes mineures et des consentements des titulaires de l'autorité parentale. Et nul ne conteste, ici ou là, la gravité de la décision.

Monique Canto-Sperber, revenant au point de départ, réitère ses propos liminaires (p. 106). Et à nouveau est répétée la distinction « entre, d'une part, l'observation des faits et la formulation éventuelle de normes relatives à l'ensemble des faits observés et, d'autre part, la réflexion sur les normes morales ». En d'autres termes, observez et formulez, mais réservez au moraliste le monopole de la réflexion. C'est là une bien singulière vision ou division du travail intellectuel. Au moins a-t-elle le charme nostalgique d'un retour à Kant qui, tout ignorant qu'il ait pu être des choses du droit, à la différence de Hegel, a marqué son dédain du juridique dans *Le conflit des Facultés* : « Le juriste érudit recherche les lois ... non dans la raison, mais dans le code officiellement promulgué, sanctionné par l'autorité suprême. On ne peut lui demander de prouver leur vérité et leur bien-fondé, ni de les défendre contre les objections de la raison ; car ce sont d'abord les ordonnances qui font qu'une chose est juste ; quant à rechercher si ces ordonnances elles-mêmes sont justes, c'est là une question que les juristes doivent carrément refuser d'entamer, comme contraire au bon sens » (trad. Gibelin, éd. Vrin 1988, p. 23). A travers les juristes, c'est bel et bien le droit qui est concerné ou visé. Ainsi va le positivisme juridique.

Dans la Doctrine du droit, on voit déjà où cela peut conduire le philosophe de Koenigsberg : « Puisque la législation ne peut écarter la honte d'une maternité en dehors du mariage ... », il semble qu'en pareil cas « les hommes se retrouvent dans l'état de nature et que l'homicide (homicidium) qui ne devrait plus alors s'appeler un meurtre (homicidium dolosum), tout en étant ... assurément punissable, ne puisse être puni de mort par le pouvoir suprême ». Suit la phrase horrible : « L'enfant né en dehors du mariage est né hors la loi (qui est le mariage) et par conséquent aussi en dehors de sa protection. Il s'est, pour ainsi dire, glissé dans la république (comme une marchandise interdite) ; de telle sorte que (puisque légitimement il n'aurait pas dû exister de cette manière) l'Etat peut ignorer son existence et par conséquent aussi l'acte qui le fait disparaître ... et il n'y a pas de décret qui puisse effacer la honte de la mère si sa maternité hors mariage est connue » (Métaphysique des moeurs, Première Partie, Doctrine du droit, trad. A. Philonenko)

Document 3 : EXTRAIT DE JACQUES CHEVALLIER, « PRESENTATION PAR JACQUES CHEVALLIER », CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N°21 (DOSSIER : LA NORMATIVITÉ) -JANVIER 2007

« Ainsi le droit assure-t-il l'encadrement normatif des conduites, en imposant le respect de certains modèles de comportement. Si cette fonction n'est pas propre au droit, elle présente une spécificité dans la mesure où elle est adossée à la contrainte : comme l'a souligné Kelsen, le propre du droit est d'être, à la différence des autres systèmes normatifs qui, comme lui entendent agir sur les comportements, un « ordre de contrainte », c'est-à-dire de réagir par des actes de contrainte aux conduites considérées comme indésirables et contraires à ses prescriptions. »

Document 4 : Extrait Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005

18. Considérant, en premier lieu, que les articles 27 et 31 de la loi déferée disposent que, dans les écoles et collèges, des aménagements appropriés ou des actions particulières sont prévus au profit des élèves intellectuellement précoces, manifestant des aptitudes particulières, ou non francophones et nouvellement arrivés en France ; que l'article 27 énonce en outre que, dans les écoles, des aménagements et des actions de soutien sont prévus pour les élèves en difficulté ;

19. Considérant qu'en raison de la généralité des termes qu'ils emploient, ces articles font peser sur les établissements d'enseignement des obligations dont la portée est imprécise ; qu'il résulte cependant des travaux parlementaires qu'ils imposent des obligations non pas de résultat mais de moyens ; que, sous cette réserve, les articles 27 et 31 ne méconnaissent pas le principe de clarté de la loi ;

20. Considérant, en second lieu, qu'aux termes du cinquième alinéa de l'article L. 331-1 du code de l'éducation, dans sa rédaction issue de l'article 29 de la loi déferée : « Lorsqu'une part de contrôle continu est prise en compte pour la délivrance d'un diplôme national, l'évaluation des connaissances des candidats s'effectue dans le respect des conditions d'équité » ;

21. Considérant qu'en raison de la généralité de ses termes, cette disposition impose une obligation de portée imprécise ; qu'il résulte toutefois des travaux parlementaires que la référence au « respect des conditions d'équité » doit s'entendre comme prévoyant l'utilisation de dispositifs d'harmonisation entre établissements ; que, sous cette réserve, l'article 29 ne méconnaît pas le principe de clarté de la loi ;

SEANCE 3

THEME : Droit et pluralité des sources

Exercice 1 : Dissertation

« *Le juge est-il toujours la bouche de la loi ?* »

Exercice 2 : Cas pratique

Abdou, étudiant stagiaire dans un cabinet d'avocat discute avec son amie Marième, assistante parlementaire, de problèmes juridiques qu'ils ont à traiter.

Il y a six jours, l'Assemblée nationale a voté une loi interdisant l'importation de matériaux de construction non homologués par les services de l'urbanisme. Le contexte politique était tel que président de la République a dû voyager sans promulguer le texte adopté. Abdou considère que M. Loum, le plus grand client de son cabinet de stage, peut importer les matériaux de construction de son choix pour la commande qu'il doit effectuer dans dix jours, la loi nouvelle n'étant pas encore applicable. Son amie Marième aura beau l'inviter à plus de prudence. Il refuse néanmoins de l'écouter. Selon Abdou, les conditions d'entrée en vigueur ne seront pas réunies à la date envisagée de la transaction. **Seriez-vous du même avis ?**

Abdou et Marième poursuivent la discussion à propos de la nouvelle loi organique sur la Cour Suprême adoptée par le parlement et non encore promulguée, et des dispositions en vigueur du Code de la famille, relatives à la reconnaissance de paternité. Ils ne s'entendent pas du tout sur la possibilité d'attaquer de telles dispositions devant les juridictions, ni sur le sort de celles-ci si jamais elles étaient déclarées non-conformes à la Constitution. **Qu'en pensez-vous ?**

Bibliographie indicative

I- Ouvrages

- AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Eric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey Dalloz, 16^e édition, 2016.
- DEUMIER Pascale, « Coutumes et usages », *Répertoire de droit civil*, 2014, mise à jour 2016, n°38.
- DIAKHATE Meissa, *La Constitution du Sénégal. La lettre, la politique et le juge*, L'Harmattan Sénégal, Octobre 2023 ; *Les lois au Sénégal. Volume 1 – La procédure législative*, CREDILA, Dakar, 2020 ; *Les lois au Sénégal. Volume 2 – Le répertoire législatif 1960 à 2020*, CREDILA, Dakar, 2020.
- DOUCHY-OUDOT Méлина, *Introduction, Personnes, Famille*, Hypercours Dalloz, 2023.
- FABRE MAGNAN Muriel, *Introduction au droit*, Presses universitaires de France, 5^e édition, mai 2021.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Flammarion, 2011.
- SOW SIDIBE Amsatou, *Droit civil. Droit sénégalais. Introduction à l'étude du droit, Etat des personnes, Famille*, CREDILA, 2014.
- TERRE François, MOLFESSIS Nicolas, *Introduction générale au droit*, Leffevre Dalloz, 15^e édition, août 2023.
- TOURE Papa Assane, *La légistique. Techniques de conception et de rédaction des lois et des actes administratifs : une tradition de gouvernance normative*, L'Harmattan Sénégal, 2018.

II- Articles

- ALLIO Michel, « La coutume dans les droits originellement africains », *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 7-8, 1985, pp. 79-100.
- BA Boubacar, « Présentation de l'exception d'inconstitutionnalité : Le dénouement », *in Le Conseil constitutionnel dans un contexte d'intégration régionale*, Actes du colloque de Dakar 7-8 Décembre 2020, L'Harmattan Sénégal, 2021, pp. 57-80.
- BISSALOUÉ Sylvie, « L'importance des usages dans l'élaboration d'un ordre juridique africain plus attractif », *in Code des Obligations Civiles et Commerciales du*

Sénégal cinquante ans après, Isaac Yankhoba NDIAYE, Jean-Louis CORREA, Abdoul Aziz DIOUF (dir.), L'Harmattan Sénégal, 2018, pp. 101-124.

- CORNU Gérard, « La jurisprudence aujourd'hui. Libre propos sur une institution controversée », *RTD Civ.*, 1992, p. 342.
- GOBERT Michelle, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *TRD Civ.*, 1992, p. 342.
- JESTAZ Phillipe, « Génèse et structure du champ doctrinal », *Recueil Dalloz*, 2005.
- LASSERRE-KIESOW Valérie, « Loi et règlement – Vie des lois et des règlements, *Répertoire de droit civil*, juillet 2015, (actualisation 2016) ; « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *Recueil Dalloz*, 2006.
- NDIAYE Isaac Yankhoba, « Le Conseil constitutionnel du Sénégal », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°45, Octobre 2024.
- NGOM Mbissane, « La jurisprudence civile sénégalaise en quête d'identité », in *Le droit africain à la quête de son identité. Mélanges offerts au professeur Isaac Yankhoba Ndiaye*, Ndiaw Diouf, Mohamed Bachir Niang, Abdoul Aziz Diouf (dir.), L'Harmattan Sénégal, p. 975-990.
- RUIZ FABRI Hélène, GRADONI Lorenzo, « Coutume », *Répertoire de droit international*, 2017, n°18.

DOCUMENTS :

Document 1 : Extraits de la loi n° 2001-03 du 22 janvier 2001 portant Constitution, modifiée, JORS, numéro spécial 5963 du 22 janvier 2001, p. 27.

Extrait 1 : Préambule.

« PREAMBULE

Le Peuple du Sénégal souverain,

PROFONDEMENT attaché à ses valeurs culturelles fondamentales qui constituent le ciment de l'unité nationale ;

CONVAINCU de la volonté de tous les citoyens, hommes et femmes, d'assumer un destin commun par la solidarité, le travail et l'engagement patriotique ;

CONSIDERANT que la construction nationale repose sur la liberté individuelle et le respect de la personne humaine, sources de créativité ;

CONSCIENT de la nécessité d'affirmer et de consolider les fondements de la Nation et de l'Etat ;

ATTACHE à l'idéal de l'unité africaine :

AFFIRME :

- *son adhésion à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et aux instruments internationaux adoptés par l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation de l'Unité africaine, notamment la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, la Convention relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 et la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 27 juin 1981 ;*
- *son attachement à la transparence dans la conduite et la gestion des affaires publiques ainsi qu'au principe de bonne gouvernance ;*
- *sa détermination à lutter pour la paix et la fraternité avec tous les peuples du monde ;*

PROCLAME :

- *le principe intangible de l'intégrité du territoire national et de l'unité nationale dans le respect des spécificités culturelles de toutes les composantes de la Nation ;*
- *l'inaltérabilité de la souveraineté nationale qui s'exprime à travers des procédures et consultations transparentes et démocratiques ;*
- *la séparation et l'équilibre des pouvoirs conçus et exercés à travers des procédures démocratiques ;*
- *le respect des libertés fondamentales et des droits du citoyen comme base de la société sénégalaise ;*
- *le respect et la consolidation d'un Etat de droit dans lequel l'Etat et les citoyens sont soumis aux mêmes normes juridiques sous le contrôle d'une justice indépendante et impartiale ;*
- *l'accès de tous les citoyens, sans discrimination, à l'exercice du pouvoir à tous les niveaux ;*
- *l'égal accès de tous les citoyens aux services publics ;*
- *le rejet et l'élimination, sous toutes leurs formes, de l'injustice, des inégalités et des discriminations ;*
- *la volonté du Sénégal d'être un Etat moderne qui fonctionne selon le jeu loyal et équitable entre une majorité qui gouverne et une opposition démocratique, et un Etat qui reconnaît cette opposition comme un pilier fondamental de la démocratie et un rouage indispensable au bon fonctionnement du mécanisme démocratique ;*

APPROUVE ET ADOPTE LA PRESENTE CONSTITUTION DONT LE PREAMBULE EST PARTIE INTEGRANTE. ».

Extrait 2 : Articles 96, 97 et 98 de la Constitution.

Article 96

Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient les dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

...

Article 97

Si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'un engagement 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.

Article 98

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.

Document 2 : Valérie LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2279.

« (...) »

L'ordre juridique

Ordre juridique ou système juridique - *Le renouvellement des sources du droit se réalise à l'intérieur des frontières de l'ordre juridique. Par ordre juridique on entend l'ensemble ordonné et structuré de tous les éléments qui contribuent à la construction du droit. Cette notion, qui trouve son origine dans celle de Rechtsordnung, s'est répandue à la fin du XIXe siècle dans la doctrine internationaliste. Avec Kelsen, associée à celle de système*

juridique (Rechtssystem), elle est devenue fondamentale. Dans sa théorie normativiste, Kelsen a en effet montré le lien existant entre l'ordre juridique, la norme juridique et l'Etat. L'ordre juridique est un ordre fondé sur la contrainte de la conduite humaine. L'Etat s'identifie à l'ordre juridique. Enfin, la norme juridique dépend de l'ordre juridique, puisque ce qui la distingue de la norme non juridique, c'est son insertion dans un ordre juridique, dans un système juridique. Kelsen voit dans le droit un système immanent de contrainte et l'identifie à l'Etat. Pour lui, l'Etat est « l'ordre juridique total ». Cette théorie qui rend compte du monopole étatique de la production du droit est à la base de la définition actuelle de l'ordre juridique conçu comme le point d'intersection de la systématisme et de la normativité. Elle explique aussi les deux caractères que l'on reconnaît à l'ordre juridique : l'efficacité et l'unité. L'ordre juridique et son unité « nécessaire et ontologique » ont donné lieu à des débats d'une richesse prodigieuse qui se rapportent à une question fondamentale : peut-on réduire le système juridique à un simple ensemble de normes ?

Unité de l'ordre juridique - « En parlant d'ordre et surtout de système juridique, les auteurs mettent en relief cette idée que le droit objectif n'est pas un rassemblement fortuit de règles, que les règles sont liées par une cohérence intérieure, une interdépendance, une rigidité ». En d'autres termes, « de ce que le droit forme un système, il s'ensuit qu'il possède tous les caractères d'un système, notamment d'être complet, cohérent, c'est-à-dire qu'il ne comporte ni lacunes, ni antinomies ou contradictions entre normes ». L'ordre juridique présuppose ainsi une « unité d'espace et de temps ». Il se fonde sur l'unité de la norme fondamentale, « point de départ des opérations de création du droit » et « principe unificateur » de toutes les règles du système. Il représente aussi le droit comme « un tout homogène, un bloc sans fissure ». C'est précisément cette vision idéale d'un ordre unifié qui a été combattue par une théorie opposée soucieuse de souligner l'hétérogénéité du droit et d'en révéler les fractures.

(...).

Hiérarchie des normes - La hiérarchie des normes a imprimé « dans les esprits l'image pyramidale parfaite d'un ordre juridique tout entier prévisible parce que déductible, sans contradiction ni lacune ». Présentée aujourd'hui comme le « fondement de l'ordre juridique », la hiérarchie des normes a été conçue par Kelsen dans le cadre d'une épistémologie positiviste. Kelsen, dans sa théorie pure du droit, s'est efforcé de traiter le droit comme objet de science. Les normes juridiques ne sont jamais ni vraies, ni fausses. Ce qui peut être l'objet de science c'est le droit qui existe objectivement, le droit positif, tout énoncé ayant la signification d'une norme. L'existence des normes, c'est-à-dire leur validité, est à l'origine de la pyramide des normes. D'un point de vue dynamique, la norme de rang inférieur est valide si sa production a été conforme à la procédure prescrite par la norme supérieure. La norme fondamentale (Grundnorm) est une condition logique transcendantale de l'existence et de la validité de l'ordre juridique. La théorie pure du droit et la pyramide des normes qui, pour Kelsen, avaient été conçues comme une épistémologie positiviste, c'est-à-dire indépendante des jugements de valeur, ont été très tôt considérées par les juristes comme le fondement du positivisme. La

pureté de la théorie a été comprise comme pureté du droit et fustigée à cet égard. L'impact de la théorie kelsénienne a été néanmoins considérable. Kelsen est, d'une part, le père du contrôle de constitutionnalité : l'exigence de l'unité de l'ordre juridique n'est, en effet, satisfaite que si « le juge peut éliminer de celui-ci, quelle que soit son origine, toute norme déviante par rapport à la hiérarchie normative ». Il a, d'autre part, imaginé la hiérarchie des normes, sous la forme d'une pyramide. Aujourd'hui « ordre et hiérarchie paraissent étroitement associés » et les désordres dans la pyramide des normes sont fréquemment dénoncés.

Désordres dans la pyramide des normes - Dès lors que la hiérarchie des normes est jugée « en crise », il semble logique de rechercher les causes de désordres susceptibles de venir la troubler. Parmi celles-ci, la cause principale est certainement le pluralisme des sources du droit.

(...). ».

Document 3 : BA Boubacar, « Présentation de l'exception d'inconstitutionnalité : Le dénouement », in *Le Conseil constitutionnel dans un contexte d'intégration régionale, Actes du colloque de Dakar 7-8 Décembre 2020, L'Harmattan Sénégal, 2021, pp. 59-61.*

*« (...) Mais avec la promulgation de la loi constitutionnelle N° 2016-10 du 5 avril 2016, la Cour d'appel comme la Cour suprême **constituent des instances où il est possible de soulever l'exception d'inconstitutionnalité.** Il s'agit assurément d'une innovation importante, qui tarde encore à recevoir les répercussions attendues du procès constitutionnel. À notre connaissance, seule une affaire, alors pendante devant la Cour d'appel de Dakar (l'affaire Khalifa Sall, en 2018) a donné lieu aux Conseillers du saisissant de s'opposer par la voie d'exception, à une loi. La Cour de céans n'avait pas donné de suite à cette requête, estimant : « Qu'il échet en conséquence de dire n'y avoir lieu à saisir le Conseil constitutionnel de l'exception d'inconstitutionnalité de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée par Khalifa Ababacar Sall ».*

En dépit de cet accueil expérimental salutaire de la réforme de 2016, qui élargit l'instance à la Cour d'appel, il faut reconnaître que l'usage de l'exception d'inconstitutionnalité reste très parcimonieux et même aléatoire.

En tout état de cause, le mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité reste appréciable sous deux angles.

Au plan historique, alors que les États-Unis constituent par essence la terre d'élection de la justice constitutionnelle, cette réputation est bâtie sur l'aménagement d'un seul mécanisme de contrôle, celui par voie d'exception, en l'absence remarquée du contrôle par voie d'action. Un tel aménagement se retrouve pareillement dans d'autres pays comme le Brésil. L'attachement à ce seul mécanisme a continué de vouer à ces États des systèmes juridiques de référence, où la loi ne révèle ses limites qu'à l'épreuve de sa concrétisation.

Actuellement, (...).

En Afrique, le mécanisme suit une dynamique acceptable. En effet, des États comme la Côte d'Ivoire, le Niger, le Burkina Faso, habilent les parties au procès dès la première instance à soulever l'exception d'inconstitutionnalité. (...).

Au Sénégal, l'exception d'inconstitutionnalité est assurément la voie la plus appropriée pour le citoyen d'accéder au système de justice constitutionnelle. Par conséquent, il ne serait pas superflu d'aménager à son profit les conditions propres à la rendre opératoire et efficace. En la matière, après un peu moins de trois (3) décennies de mise en œuvre, le procédé peine à produire ses effets, eu égard à la faiblesse du nombre de décisions intervenues sur la question (moins d'une douzaine) rendues à cet effet par le Conseil constitutionnel. L'on a parlé même de « sécheresse jurisprudentielle », appuyée par « cette décennie » comprise de « disette » (2002-2012) durant laquelle la juridiction n'a pas été saisie du moindre recours par voie d'exception. Cette constatation laisse entière l'impression résultant de son impopularité, ou de son manque de maîtrise par les acteurs (conseils des parties au procès). (...) ».

Document 4 : Sénégal. Le secteur de la justice et l'Etat de droit, *Open Society Institute*, 2008, p. 24.

« (...) »

Intégration des traités dans le droit national

Certains traités sont expressément cités et intégrés dans la Constitution sénégalaise. De ce fait, ils occupent une place spéciale dans la hiérarchie des lois sénégalaises et ont une force juridique supérieure à celle normalement reconnue aux traités. Il s'agit de la déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, la convention relative aux droits des enfants du 20 novembre 1989 et la charte africaine des droits de

l'homme et des peuples du 27 juin 1981. La Constitution du 22 janvier 2001 dispose que le Sénégal affirme son adhésion à ces conventions et les intègre dans son préambule. Elles ont alors une valeur constitutionnelle car au Sénégal, le préambule de la Constitution a la même valeur que le texte constitutionnel lui-même. Les Traités ainsi cités par la Constitution font alors partie du bloc de constitutionnalité, c'est à dire qu'ils peuvent servir de fondement à un recours contre une loi devant le conseil constitutionnel.

Pour les autres traités internationaux, l'intégration dans le droit national sénégalais est régie par l'article 98 de la Constitution qui prévoit que 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. Toutefois, s'ils ont une force supérieure à celle des lois, ces traités n'ont pas de valeur constitutionnelle comme c'est le cas pour les quatre traités inclus dans le préambule de la constitution. En cas de contrariétés des dispositions d'un traité avec la Constitution, c'est la Constitution qui doit être révisée afin de se conformer aux dispositions du traité. (...) ».

Document 5 : Meïssa DIAKHATE, *Les lois au Sénégal. Volume 2 – Le répertoire législatif 1960 à 2020, CREDILA, pp. 9-10.*

« (...) La notion de loi, polysémique et ancienne, est relativement stabilisée. Tous les systèmes constitutionnels la reconnaissent comme source principale du droit, lui attribuent le même sens et la même portée juridiques. Il apparaît à travers les fondamentaux de la science du droit et de la politique – comme les Lois ou la République de Platon, Les Politiques d'Aristote, l'Esprit des lois de Montesquieu, Le Contrat social de Rousseau, le Discours préliminaire du premier projet de Code civil du célèbre légiste Portalis, les écrits de Raymond Carré de Malberg, de Carbonnier ou encore de Georges Burdeau – que la loi est la seule et unique norme capable d'assurer l'égalité, la liberté, la justice et le bonheur des individus.

Au demeurant, il faut reconnaître, de nos jours, que la loi est de moins en moins la volonté générale exprimée par la représentation nationale et de plus en plus celle de la majorité politique du moment soumise à sa surveillance, contrainte qu'elle est tenue de s'exprimer dans le respect de la Constitution selon une brillante formule jurisprudentielle prêtée au doyen Vedel.

Même désacralisée et en déclin, la loi garde toujours les vertus qui firent sa réputation, grâce entre autres aux initiatives de sa réhabilitation par le juge, notamment les nouveaux standards de son être et de son paraître. (...) ».

Document 6 : Mbissane NGOM, « La jurisprudence civile sénégalaise en quête d'identité », in *Le droit africain à la quête de son identité. Mélanges offerts au professeur Isaac Yankhoba Ndiaye, Ndiaw Diouf, Mohamed Bachir Niang, Abdoul Aziz Diouf (dir.), L'Harmattan Sénégal, p. 979.*

« (...) Cette réflexion transcende la dissociation entre droit légiféré et droit jurisprudentiel pour faire apparaître un droit civil vivant, né de la pratique du juge, mais pas forcément différent de celui édicté par le législateur. Il s'agit simplement pour le juge de forger la marque identitaire du droit civil sénégalais par un processus de transsubstantiation d'une législation civile extravertie qu'il est censé interpréter pour lui donner une signification normative plus vivante. Cette mission s'avère d'une parfaite complexité, puisqu'elle appelle à l'audace du juge civil dans un contexte où la fonction juridictionnelle est aux confluences d'une suspicion permanente d'un gouvernement des juges perpétuée par une tradition civiliste héritée de la France. (...) ».

Document 7 : CORNU Gérard, « La jurisprudence aujourd'hui. Libre propos sur une institution controversée, *RTD Civ.*, 1992, p. 342.

« (...) La participation du juge à la création du droit est historique. Les créations prétorienne de la jurisprudence civile sont entrées, de l'avis unanime, dans le droit positif. Certaines tiennent encore debout par leur seule force (enrichissement sans cause, inconvénients de voisinage). La plupart ont reçu, en tout ou partie, la consécration de la loi (affirmation du droit direct dans la stipulation pour autrui, responsabilité générale du fait des choses, abus du droit, etc.). Ces apports jurisprudentiels sont liés à une époque. La jurisprudence a surtout fleuri dans la seconde moitié du XIXe siècle, après une période d'exceptionnelle stabilité législative. Une telle veine serait-elle aujourd'hui tarie ? On pourrait seulement aventurer que la fécondité de la jurisprudence est inversement proportionnelle à celle de la loi. Ce sont au moins les carences de celles-ci qui offrent au juge des occasions créatrices. Agent de comblement des lacunes légales, la création prétorienne est casuelle. C'est bien pourquoi cette carrière complémentaire est toujours ouverte. Du nouveau, il en surgit toujours, sous forme de nouveaux problèmes (les procréations autres que charnelles) ou d'un nouveau regard sur d'anciens problèmes (responsabilité du fait d'autrui, relativité des conventions). La leçon de

cette élaboration toujours recommencée est double : 1) une jurisprudence ne se décrète pas, elle s'élabore (à plusieurs et par longueur de temps, l'arrêt apériteur venant souvent en point d'orgue d'un concert juridictionnel) (2) ; 2) si les bons arrêts sont légion, les créations véritables se comptent à peine par décennies. (...) ».

Document 8 : Amsatou SOW SIDIBE, *Droit civil. Droit sénégalais. Introduction à l'étude du droit, Etat des personnes, Famille, CREDILA, 2014, pp. 70-71.*

« (...) Dans la pratique, la jurisprudence joue un rôle capital dans l'élaboration du système juridique. L'œuvre créatrice de la jurisprudence se manifeste notamment par sa fonction de suppléance et par sa fonction d'adaptation.

La fonction de suppléance s'exerce en cas de lacune du système juridique. Dans cette hypothèse, le juge, tenu de juger sous peine d'être poursuivi pour déni de justice, crée une règle de droit.

Quant à la fonction d'adaptation, elle est mise en œuvre en cas de vieillissement des textes de lois. Il appartient alors aux juges d'adapter la loi vieillie aux besoins actuels. L'adaptation de la loi vieillie est en fait une recréation du droit par la jurisprudence. La jurisprudence complète l'œuvre du législateur puisqu'elle adapte la règle dépassée. Elle ne se borne pas à appliquer le droit purement et simplement. (...) ».

Document 9 : Hélène RUIZ FABRI, Lorenzo GRADONI, « Coutume », *Répertoire de droit international, 2017, n°18.*

« (...).

Force obligatoire de la coutume.

« Le problème essentiel qui se pose concernant la coutume est la compréhension du mécanisme de transmutation du fait en droit. Cela recouvre deux questions certes liées, mais que l'on peut distinguer. La première est celle du fondement de la validité du droit coutumier, du fondement de sa force obligatoire, qui mérite d'être posée dès lors qu'on ne dispose pas d'un corps de règles positives définissant son statut juridique ou légal. Mais il est clair que, posée à propos de la coutume, elle renvoie en fait à une réflexion sur le fondement de l'ordre juridique tout entier. S'agissant du fondement du droit coutumier, les controverses doctrinales sont assez vives tout en étant devenues aujourd'hui plus nuancées qu'elles ne l'étaient quand la doctrine se donnait une vocation beaucoup plus normative. En général, le débat s'organise autour de

deux thèses principales : objectiviste et volontariste, selon que l'on situe le fondement de la force obligatoire de la coutume dans la volonté ou dans un élément extérieur à la volonté, essentiellement des nécessités logiques ou sociales. (...) ».

Document 10 : Pascale DEUMIER, « Coutumes et usages », *Répertoire de droit civil*, 2014, mise à jour 2016, nn°38-42.

« (...) Coutumes, usages et lois

38. *Le plus souvent, l'articulation des coutumes, usages et lois se révélera très complémentaire (V. infra, nos 39 s.). Dans les cas où la rencontre se fera conflictuelle, la coutume révélera une fonction subversive qui est également utile (V. infra, nos 41 s.). § 1er –*

Fonction complémentaire

39. Complément des lois. - *La coutume a en tout premier lieu une fonction supplétive en l'absence de disposition législative, ainsi que le prévoyait l'abrogation des coutumes par la loi du 30 ventôse an XII. Cette fonction, dite praeter legem, est le signe d'une capacité de la coutume à s'appliquer en vertu d'une force propre. Cependant, cette heureuse partition de compétences ne doit pas leurrer : les matières laissant place à la coutume sont aujourd'hui rares. La seule source vivace est constituée par les usages, principalement professionnels, invoqués pour compléter les contrats. Mais là encore, il est rare que cette application soit réellement praeter legem, car le renvoi général aux usages pour compléter les contrats, opéré par l'article 1135 du code civil, sert de fondement à leur application.*

40. Renvoi législatif. - *Plus souvent, l'utilisation des coutumes et des usages, alors dite secundum legem, est prévue par la loi elle-même, qui choisit de renvoyer aux usages, locaux ou professionnels, le soin de préciser les conditions de son application, notamment en matière de propriété foncière, d'interprétation des contrats ou de détermination de délais. Cette méthode législative est particulièrement heureuse en ce qu'elle réalise la conciliation des intérêts généraux, protégés par la règle légale, et des besoins spécifiques de groupes particuliers, auxquels il est délégué la détermination de la règle adaptée. Ainsi, la diversité des coutumes et des usages, longtemps décriée, constitue au contraire son principal atout face à la règle légale : leur faculté d'adaptation à des besoins, des considérations techniques, des tendances culturelles ou des facteurs économiques variant d'un groupe à l'autre les rend irremplaçables. Le renvoi législatif réalise ce cumul d'avantages mieux que la figure par laquelle la loi consacre une coutume : cette dernière ne réconciliera le droit suivi et le droit*

posé qu'un temps, avant que la pratique, poursuivant sa progression, ne délaisse le modèle officiel pour lui préférer des comportements plus adaptés qui, à force de répétition, deviendront à leur tour usage puis, éventuellement, loi, etc.

§ 2 - Fonction subversive

41. Éléments du problème. - *La question de la coutume contra legem est l'une des plus difficiles pour le droit ; il est d'autant plus important de cerner au mieux le débat. Tout d'abord, la coutume n'entre réellement en conflit avec la loi que si cette dernière est impérative. En revanche, la coutume est appliquée par préférence au modèle législatif supplétif, qui reste cantonné dans une application par défaut. Ainsi, ce qui est dans le pouvoir des parties par contrat est également dans le pouvoir de l'usage né de la répétition et de la généralisation de ce contrat. Ensuite, les conflits entre loi et coutume sont devenus aussi rares que les coutumes elles-mêmes. Les conflits sont en fait plus souvent limités à des oppositions entre usage et règlement. Enfin, la question de la désuétude, classiquement rattachée à celle de la coutume contra legem, mérite d'être examinée plus soigneusement : souvent, une loi inappliquée et oubliée de tous aura perdu avec le temps sa raison d'être, sa ratio legis, sans pour autant avoir été combattue par une coutume contraire ; pas plus que la coutume n'englobe tous les phénomènes d'effectivité du droit, la coutume contra legem n'est synonyme absolu de désuétude.*

42. Éléments de solution. - *Ainsi recentrée, la difficulté n'est toujours pas résolue. La solution existe pourtant et paraît claire : la règle coutumière (au sens large) cède face à la règle légale (au sens large). Après de très rares hésitations, la jurisprudence a adopté une position constante, que son rôle de gardienne de la seule loi explique aisément, et parfois expressément. Et s'il arrive, aujourd'hui encore, à des juridictions du fond de céder à la tentation du réalisme face à un texte désuet, la Cour de cassation reste constante. La solution semble donc acquise ; elle n'en est pas moins incomplète. D'une part, la soudaine condamnation d'une coutume ou d'un usage qui, par hypothèse, ont été abondamment suivis, peut entraîner des conséquences en chaîne redoutables pour la sécurité juridique. En matière contractuelle, il est possible de s'en remettre à une loi de validation pour éviter des annulations en chaîne. D'autre part, la sanction du particulier ayant suivi la règle d'usage au détriment de la loi oubliée de tous est parfois appréciée avec une plus grande relativité et tient compte, entre autres éléments, de l'ancienneté de la distorsion, de la volonté réaffirmée de faire appliquer la solution légale, de la bonne ou mauvaise foi de celui qui s'en prévaut, etc. Sans pour autant faire officiellement*

primer la coutume sur la loi, les juges savent au besoin utiliser les divers instruments juridiques permettant de tenir à l'écart la règle légale qui n'est pas – ou plus – reçue, par exemple en recourant à l'interprétation ou à l'erreur commune. Le principe d'adaptation permet également de contester les règlements lorsque les circonstances ayant présidé à leur adoption ont disparu. Enfin, certaines inconventionnalités ont parfois donné l'impression de répondre à l'obsolescence de la règle écartée plus qu'à une atteinte évidente à la Convention européenne des droits de l'homme. In fine, le conflit stérile peut devenir collaboration harmonieuse, la loi étant réformée pour être mise en conformité avec la pratique. (...) ».

Document 11 : Méлина DOUCHY-OU DOT, *Droit civil 1^{re} année Introduction Personnes Famille*, Hypercours Dalloz, 12^e édition, 2023, p. 178.

« (...) »

Le rôle de la doctrine.

Au minimum, les travaux de la doctrine conduisent à œuvrer dans le sens d'une systématisation des règles de droit et donc à favoriser l'accessibilité des connaissances juridiques. Bonne ménagère, la doctrine sait analyser, dépoussiérer, ranger, classer l'ensemble épars des données juridiques. La tâche pour ingrate qu'elle soit n'en est pas moins fort utile au regard de l'accroissement incessant des textes de loi et des décisions de justice. Ce faisant, elle explique et fait la synthèse des règles existantes afin d'en permettre le regroupement, d'opérer un classement et in fine d'établir des catégories juridiques.

De façon médiane, la doctrine interprète les textes ou les décisions de justice. Et de lege ferenda elle peut proposer des solutions adaptées aux questions non résolues, aux contradictions découvertes, etc. Elle fait œuvre constructive en suggérant ce qui pourrait être. C'est ainsi que la distinction en droit des obligations entre les obligations de résultat et les obligations de moyens a été empruntée par les juridictions à l'œuvre de R. Demogue. On songe, plus éloigné dans le temps, aux travaux de Gaius en droit romain auxquels l'empereur Justinien a beaucoup emprunté dans les Institutes, au rôle des écrits de Pothier pour la rédaction du Code Napoléon ou plus récemment à l'incidence de la réflexion de H. Motulsky sur les principes directeurs du procès qui ouvrent le nouveau Code de procédure civile. Ce travail de fond qui permet de déterminer le contenu des règles de droit est travail doctrinal.

Au maximum, la doctrine va directement participer à l'élaboration d'un texte parce que certains de ses représentants seront sollicités pour rédiger l'avant-projet, le rapport clef,

l'étude relative aux questions juridiques sur lesquelles les pouvoirs publics souhaitent adopter une règle nouvelle. Les réformes du droit de la filiation (en 1972), du divorce (en 1975) ou des régimes matrimoniaux (en 1965) doivent considérablement à la réflexion du doyen J. Carbonnier. Et l'on observe aujourd'hui que la plupart des grandes réformes législatives ou réglementaires reposent sur des travaux doctrinaux que les pouvoirs publics ont commandés à des juristes réputés pour leur compétence dans le domaine considéré ainsi pour l'introduction de la preuve électronique dans le Code civil (JCP 1999. I. 182).

Le rôle de la doctrine a pour fin non seulement la compréhension, mais aussi la responsabilité de l'évolution du droit. Pour reprendre les mots d'un grand pénaliste, Émile Garçon : « la doctrine doit rechercher et fixer les principes directeurs qui dominent ces arrêts et, par synthèse, construire des théories d'ensemble, les unes arrivées à leur complet développement, les autres qui s'élaborent encore, et sont en voie de formation, mais dont on peut, au moins, déterminer les tendances. La jurisprudence est soumise à la loi d'une continuelle évolution historique, les théories s'édifient et se corrigent sans cesse, il est nécessaire de dégager ces changements et d'en marquer les raisons. Ainsi, la doctrine peut aider puissamment au progrès du droit et à sa formation même » (1^{re} édition du Code pénal annoté, 1901). (...) ».

Document 12 : Phillipe JESTAZ, « Génèse et structure du champ doctrinal », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 9.

« (...) Dans son sens le plus large, la doctrine est synonyme de droit savant. Et comme la littérature juridique est un phénomène des plus répandus dans le monde, cet usage du mot sera fréquent. On parlera par exemple de la doctrine en droit romain, bien que Rome n'ait jamais eu de terme équivalent à celui-ci pour désigner la science du droit ou les juristes savants...

La doctrine désigne aussi, dans un deuxième sens, une source du droit, autrement dit - je simplifie - l'influence que le droit savant peut exercer sur le droit positif. Il s'agit là d'un phénomène tout aussi courant : dès lors que la science du droit se développe dans une société donnée, elle a nécessairement une influence de ce genre, petite ou grande, quoique toujours indirecte. On sait qu'à Rome son rôle a été immense. En France, à l'heure actuelle, chacun admet que la doctrine est une source informelle, mais non négligeable, de notre droit. C'est donc en termes de source qu'on envisage alors la doctrine, dans son interaction avec les autres sources, directes celles-là, que sont la loi et la jurisprudence. (...) ».