

QU'EST-CE QUE, EN DROIT, UNE « EXCEPTION » ?

PAR

LUC HEUSCHLING (*)

En guise de prolégomènes à ce colloque, il est nécessaire de s'interroger sur ce qu'est, en droit, une exception. Qu'est-ce qu'entendent les juristes sous ce terme ? Or, à creuser cette question, à voir le peu d'intérêt qu'a suscité cette première question en science juridique, surgit une autre question, préalable, plus fondamentale encore : le concept d'exception est-il un outil théorique nécessaire pour le juriste ? Ces deux questions se situent sur le plan théorique ; tout travail de dogmatique du droit présuppose une certaine théorie du droit (1). Ce sont des questions complexes qui, curieusement, sont peu ou prou abordées. Aussi, les pages qui suivent ne prétendent-elles qu'à être une simple introduction. Elles visent à formaliser certaines interrogations et à offrir certains points d'orientation dans un débat complexe qui mériterait d'être creusé.

(*) Professeur de droit constitutionnel à l'Université du Luxembourg.

(1) Parmi les « juristes », il convient de distinguer entre les juristes de la pratique juridique et les juristes de la science du droit. La science du droit est composée, entre autres, de la dogmatique juridique et de la théorie du droit. La *dogmatique juridique* est le savoir qui répond à la question *Quid iuris ?* Que dit le droit sur tel ou tel point ? Exemple : quelles sont les conditions de validité du mariage en France à l'heure actuelle ? La réponse est fournie par ce savoir qu'est la dogmatique du droit civil français actuel. La *théorie du droit*, au sens très large retenu ici (celle-ci comporte diverses sous-disciplines et dénominations : théorie du droit, théorie générale du droit, philosophie du droit, parfois : introduction générale au droit, en anglais : « jurisprudence », etc.), répond à la question *Quid ius ?* Qu'est-ce que le droit ? Dans la vie quotidienne, les individus et les juristes praticiens se posent le plus souvent des questions concrètes auxquelles répond la dogmatique du droit. La question *Quid ius ?* est toutefois le préalable nécessaire à la question *Quid iuris ?* Avant de pouvoir répondre à la question du contenu spécifique de tel droit sur tel point, le juriste doit connaître si ce n'est les sources du droit en général (du point de vue universel : théorie générale ou *universelle* du droit), à tout le moins les sources du système juridique dans lequel il se situe (théorie « générale » du droit au sens d'une théorie du droit *particulière* à telle région, à telle époque). Avant de trouver sa réponse, le juriste doit savoir où regarder, où chercher. Il doit disposer d'un concept du droit. La théorie du droit lui fournit aussi des outils pour savoir comment manier intellectuellement ce qu'il trouve. Elle indique au dogmaticien comment lire/comprendre/interpréter un texte de droit positif. Sur la distinction théorie/dogmatique, cf. A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2^e éd., München, Beck, 1997, chap. 1 et 2. Sur la distinction théorie générale/théorie particulière, cf. J. AUSTIN, *The Uses of the Study of Jurisprudence*, 1868.

I. – UN OUTIL THÉORIQUE NÉCESSAIRE POUR LE JURISTE ?

La première question peut surprendre. Tout juriste, quel qu'il soit, praticien ou scientifique, de droit privé ou de droit public, de droit interne ou de droit international, de droit français ou de droit étranger, n'est-il pas amené *tous les jours* à manier des exceptions ? Penser, produire, décrire ou critiquer des exceptions, n'est-ce pas un exercice relevant du b.a.-ba, de la grammaire élémentaire du juriste ? On s'attendrait donc à ce que l'exception figure en bonne place dans le bagage conceptuel fourni par la théorie du droit, au sens large retenu ici, aux praticiens et dogmaticiens du droit. Puisque la théorie du droit offre à ces derniers la grille d'analyse générale grâce à laquelle ils sont à même de cerner et de mettre en forme la matière première – la matière brute – du droit positif, on s'attendrait à ce qu'elle définisse quand tel énoncé inclus dans les textes du droit positif doit être, ou non, compris comme une « exception » à la règle, avec les effets qui s'ensuivent (lesquels ?).

Or, à l'examen, il s'avère que la science juridique dans sa partie théorique garde en grande partie le silence sur le concept de l'exception. C'est, très souvent, un non-sujet, un angle mort de la réflexion. L'exception est à la fois omniprésente dans le travail quotidien du juriste et largement absente dans le métadiscours théorique (A). Est-ce une lacune, un oubli inconscient, voire une occultation ? Ou y a-t-il de bonnes raisons, d'ordre épistémologique, pour évacuer le mot et le concept d'exception ? L'omniprésence de l'exception ne serait-elle qu'un leurre, qu'une illusion « optique », plus exactement une illusion sémantique, car induite par le langage courant qui, lui, parle aisément d'« exceptions » en droit ? Dans le langage spécialisé et rigoureux du juriste, le mot « exception » n'a-t-il pas lieu d'être ? (B)

A. – *L'étrange absence/présence de l'exception en science juridique : un état des lieux*1. *L'omniprésence de l'exception en droit positif*

De la présence – même de l'omniprésence de l'exception, des exceptions en droit positif –, il n'est nul besoin de discourir longuement. Chacun d'entre nous sait qu'à de nombreuses occasions, il arrive aux juristes (juristes dogmaticiens et juristes praticiens) de parler du droit en termes d'« exceptions ». Le constat vaut pour toutes les branches du

droit et (osons l'hypothèse de travail) pour tous les pays. Rien dans le contexte actuel ne permet non plus de supputer que l'exception soit amenée, dans l'avenir, à disparaître. Au contraire. Est-ce à dire que l'exception est une technique immuable, éternelle, qui existe depuis « la nuit des temps », depuis qu'il existe du droit ?

Pour ce qui est de nos ancêtres primitifs, la démonstration, dans quelque sens que ce soit, peut paraître aléatoire, faute de témoignages directs (2). Si l'on s'intéresse aux différents droits de l'Antiquité, l'exception existe certainement. En témoignent, par exemple, certaines dispositions du célèbre Code d'Hammourabi datant du xviii^e siècle av. J.-C (3). Or la lecture de ce code babylonien fait aussi apparaître la relative rareté des exceptions dans ce texte. Ce code raisonne, en effet, de façon casuistique : il évoque successivement certains types de situations sociales, aux contours assez précis, pour lesquels il prévoit à chaque fois une réponse juridique précise. Ces normes sont *juxtaposées* (4). Du point de vue matériel, le degré d'abstraction du code est en effet assez peu élevé. Là où le Code civil napoléonien prévoit une norme très abstraite de responsabilité (en langage usuel : un « principe général »), le Code d'Hammourabi évoque une liste de cas de responsabilité. De même, du point de vue des personnes visées, le code est assez peu général (5). Là où le Code napoléonien va jusqu'à énoncer des normes à l'égard de « tous », de tous les hommes, le Code d'Hammourabi construit plutôt des catégories de destinataires plus restreintes ; il différencie selon des critères de rang social et de sexe, chaque catégorie se voyant appliquer une règle spécifique.

(2) Selon J. CARBONNIER, « Sur le caractère primitif de la règle de droit », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., L.G.D.J., 2001, pp. 107 et s., il est *peu probable* que le droit, à ses débuts, ait été formé de règles générales. Or, si la règle de droit ne remonte point « à la nuit des temps », la même conclusion vaut *a fortiori* pour l'exception. La position de Carbonnier semble toutefois isolée. Dans la plupart des descriptions du droit des sociétés de chasseurs (cf. U. WESSLE, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 3^e éd., München, Beck, 2006, pp. 19 et s. ; H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 3^e éd., Oxford, O.U.P., 2007, pp. 58 et s.), l'existence de règles générales, à l'instar, p. ex., de l'interdit de l'inceste, est admise comme une évidence.

(3) L'article 141 prévoit un cas de figure où une femme mariée peut être répudiée par son mari, sans que ce dernier soit obligé de lui procurer la compensation financière prévue, de manière générale, par les articles 137 et 138. Voy. aussi article 168 : le père ne peut déshériter l'un de ses fils sauf en cas de crime grave. Pour le texte du code, voy. la traduction française de V. Scheil disponible sur Internet via le site Wikipédia (« Code d'Hammourabi »).

(4) Sur ce concept, voy., *infra*, partie 2, B, 2^e.

(5) Sur la distinction entre « abstrait » (contraire : concret) et « général » (contraire : individuel), cf., p. ex., P. MASTRONARDI, *Juristisches Denken*, 2^e éd., Berne, Haupt/UTB, 2003, pp. 215 et s. ; D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 36.

De cette brève comparaison, il est possible de conclure que, plus un système juridique s'élève dans l'abstraction et la généralisation, plus il aura besoin de la technique de l'exception afin d'adapter ce droit à l'infinie complexité de la réalité sociale. Un système juridique pourrait, certes, ne pas en tenir compte. Il pourrait vouloir plaquer un droit schématique, « carré », sur une réalité complexe, sinieuse. Cela est, en soi, possible, mais ce ne serait pas forcément efficace ni juste. Si un système veut rendre à chacun ce qui lui est dû, et s'il a recours en même temps à des normes très abstraites et générales, le mécanisme de l'exception s'avère indispensable. À l'inverse, si le droit raisonne de façon casuistique et se sert de règles davantage « faites sur mesure », c'est-à-dire de normes peu abstraites et peu générales – il lui faut toujours des règles, car le modèle platonicien de l'anomie (6) est une utopie : aucun système ne pourra fonctionner uniquement avec des normes individuelles –, il aura moins besoin de la technique de l'exception. Il se servira de ce que je propose d'appeler le mécanisme de la « juxtaposition de règles à portée réduite ». La difficulté de ce système sera surtout de gérer les lacunes, c'est-à-dire les cas de figure que le législateur a oubliés ou n'a pu prévoir.

De ce qui précède, retenons que, si le mécanisme exceptif est connu depuis longue date, son importance peut varier selon le contexte culturel (le degré d'abstraction et de généralité de la conceptualisation du droit). Mais, quoi qu'il en soit, on a du mal à penser que le droit pourrait totalement faire abstraction de l'exception.

2. L'absence de réflexion théorique sur le concept de l'exception

Pourtant, alors que l'exception est si présente en droit positif, on observe un étrange silence sur l'exception en science du droit, plus exactement dans sa partie théorique (« théorie du droit », « philosophie du droit », « théorie générale du droit », « introduction au droit », etc.). Entendons-nous, en effet, sur l'exacte étendue de ce silence, de cette absence. Les exceptions faisant partie du droit positif, la science juridique est amenée à les aborder dans le cadre de la dogmatique juridique. Tel spécialiste de telle branche du droit analyse le régime de telle ou telle exception relevant de son champ d'études. En revanche, ce qui fait défaut, en grande partie, est la vue d'ensemble, une réflexion fondamentale sur le concept d'exception.

(6) PLATON, *Le Politique*, à partir de 291d.

Quelques illustrations de ce silence étrange, et relatif, de la réflexion théorique des juristes sur le mot « exception ».

Un premier indice : en 2008, lorsqu'a été organisée à l'Université de Lyon II (7) une journée d'étude sur « L'exception en droit », elle fut la première en son genre. Il n'existait alors, en langue française, aucun livre de référence (monographie ou actes de colloque) sur l'exception en général, alors même qu'il existait déjà des travaux à ambition théorique sur des termes proches (voire très proches) à l'instar de « dispense » ou de « dérogation » (8). Depuis lors, la situation s'est en partie améliorée. Deux thèses récentes ont abordé, sous différents angles, le concept de l'exception. Il y a, en droit, la thèse de J.-M. de Moy, *L'exception en droit privé* (Marseille, PUAM, 2011) et, en philosophie, la thèse de J.-J. Sarfati, *Le rôle créateur de l'exception en droit* (thèse, Université Paris IV, 2009, publiée dans l'Atelier national de reproduction des thèses). Mais, à part ces travaux, le sujet du concept de l'exception reste assez confidentiel. C'est tout au plus dans les thèses portant sur les termes de dérogation et de dispense que l'on trouve aussi des réflexions parfois très étendues sur le concept d'exception (9).

Deuxième indice : le bilan est mitigé à la lecture des divers dictionnaires juridiques. Si le *Vocabulaire juridique* (10) et le *Dictionnaire de la culture juridique* (11) comportent une entrée spécifique consacrée au terme « exception », le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* reste silencieux sur ce terme (12). Ne serait-ce point un terme clé indispensable pour comprendre la

(7) Les actes de cette journée d'étude du 17 avril 2008, organisée par l'Association des jeunes docteurs et doctorants en droit public de Lyon II, n'ont pas été publiés. La présente contribution s'appuie, en grande partie, sur les propos introductifs que j'avais présentés à cette occasion (« Réflexions sur un objet omniprésent et absent : l'exception en droit. Statut, définition et fonctions »).

(8) Sur la dispense, voy. les diverses contributions dans le numéro 25 (1997), « La dispense », de la revue *Droits* ; plus récemment : Chr. BLANCHARD, *La dispense en droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2010. Sur la dérogation, cf., notamment, les travaux de Kelsen (voy. *infra*), Fr. Leurquin-de Visscher, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991 ; A. ROUYÈRE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse dactyl., Bordeaux IV, 1993 ; P.A. LECOQ, *Le pouvoir de dérogation de l'administration*, thèse dactyl., Paris I, 1971, etc.

(9) Je pense en particulier à la riche thèse de Françoise Leurquin-de Visscher. Faute d'accès, je n'ai pas pu consulter la thèse (non publiée) d'Aude Rouyère qui, elle aussi, aborde ce point.

(10) G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 9^e éd., 2011, p. 423.

(11) Fr. SAINT-BONNET, « Exception, nécessité, urgence », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF, coll. « Quadrige », 1^{re} éd., 2003, pp. 673 et s. Voy. aussi Ph. THÉRY, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », *ibid.*, pp. 363 et s.

(12) A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., L.G.D.J., 1993. L'entrée, très courte, sur « dérogation » (pp. 179 et s.) n'aborde pas non plus le sujet de l'exception.

nature du droit ? Citons également le *Lexique de termes juridiques* (19^e éd., 2012) qui mentionne, certes, le terme « exception », mais pour le définir uniquement au sens d'un moyen de défense en droit processuel. Le *Dictionnaire de droit administratif* d'A. van Lang, G. Gondouin, V. Inseguet-Brisset (13) ou le *Dictionnaire du droit constitutionnel* de M. de Villiers et A. Le Divellec (14) procèdent de la même façon. Ailleurs, par exemple en éthique, le constat est assez similaire : ainsi, le terme « exception » ne figure pas même dans l'*index rerum*, pourtant très riche, du *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale* dirigé par M. Canto-Sperber (15).

Troisième indice : dans les divers ouvrages de théorie générale du droit, de théorie du droit, de philosophie du droit, de méthodologie du droit ou d'épistémologie du droit – qu'il s'agisse, pêle-mêle, en France ou à l'étranger, des écrits de Kelsen (16), de Hart (17), de John Finnis (18), de Jules Coleman et Scott Shapiro (19), de Jean Dabin (20), d'Arthur Kaufmann (21), de Karl Engisch (22), de Hans Nawiasky (23), de Stig Strömholm (24), de Peter Koller (25), de Denys de Béchillon (26), de Jean-Louis Bergel (27), de René Sève (28), de

(13) 5^e éd., Paris, Sirey, 2008 (« exception d'illégalité », « exception de recours parallèle »).

(14) 8^e éd., Paris, Sirey, 2011 (« exception d'inconstitutionnalité », « exception d'inconventionnalité », « exception d'irrecevabilité »).

(15) 2 vol., 1^{re} éd., Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004. Il n'y a pas non plus d'entrée « dérogation », terme qui pourrait valoir synonyme.

(16) Voy., *infra*, note 54.

(17) H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2nd ed, Oxford, Clarendon, 1994.

(18) J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980.

(19) J. COLEMAN et S. SHAPIRO (dir.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, O.U.P., 2006.

(20) J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, pp. 92 et s., pp. 296 et s.

(21) A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2^e éd., München, Beck, 1997 ; A. KAUFMANN et W. HASSEMER (dir.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6^e éd., C.F. Müller/UTB, 1994.

(22) K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 9^e éd. reprise par T. Württenberger et D. Otto, Kohlhammer, Stuttgart, 1997. L'auteur approfondit le régime des « Ausnahmevorschriften » (cf. renvois dans l'index), mais ne fournit jamais une définition du concept.

(23) H. NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, Benziger, Einsiedeln, 1941.

(24) S. STRÖMHOLM, *Allgemeine Rechtslehre*, trad. du suédois, Göttingen, Vandenhoeck, 1976.

(25) P. KOLLER, *Theorie des Rechts*, 2^e éd., Wien, Böhlau, 1997, p. 77.

(26) D. BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997. Le terme ne figure pas dans l'index. Voy., tout au plus dans le cadre des développements sur la généralité du droit, p. 21 (le thème des différences de traitement, les lois à portée individuelle), p. 32 (la complexité de la société « conduit nécessairement à introduire dans la norme de l'exception, de la dérogation, de la négociation, de la marge et du mou ». L'auteur n'approfondit pourtant pas cet aspect).

(27) J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Dalloz, 2003 (voy. les quelques renvois dans l'index).

(28) R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2007, p. 266.

Xavier Magnon (29), d'Alexandre Viala (30), de Christian Atias (31), de Hayek (32), de Duguit, de Carré de Malberg (33), etc. –, l'exception fait également figure de parent pauvre. Le plus souvent, le terme « exception » (en allemand : *Ausnahme*, en anglais : *exception*) ne figure ni dans l'index ni dans la table des matières. Si le sujet est évoqué, à travers notamment des développements sur la généralité de la loi et du droit, le propos est souvent rapide et succinct.

Quatrième indice : dans le genre littéraire des manuels d'introduction au droit, le terme « exception » attire certes l'attention – il figure le plus souvent dans l'index et l'exception est considérée comme un outil évident du juriste –, mais l'analyse se réduit le plus souvent à une brève évocation de la question des moyens de défense et de l'interprétation stricte des exceptions (34). Le propos est assez court, dépassant rarement la demi-page. Rares sont les auteurs à tenter une définition du concept (35). Parfois, le terme ne figure pas même dans l'index (36).

Cinquième indice : dans la littérature sur l'État de droit, la figure de l'exception est aussi à peine abordée, si ce n'est sous l'angle de l'état d'exception ; or celui-ci n'est qu'une illustration parmi d'autres de la catégorie plus large de l'exception.

(29) X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008.

(30) A. VIALA, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2010.

(31) Dans son livre *Épistémologie juridique*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 193, Christian Atias dénonce une utilisation sans rigueur des termes de « principes, droit commun, règles générales, exceptions, dérogations, règles spéciales », mais il ne fournit pas la grille analytique ainsi annoncée.

(32) F.A. HAYEK, *Die Verfassung der Freiheit* [La constitution de la liberté], Tübingen, Mohr, 1971. Dans les pages portant sur l'égalité devant la loi – principe cher à l'auteur –, la question de l'exception est à peine effleurée.

(33) Voy., pour la III^e République, le vif débat sur le critère de la généralité de la loi : L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive* (1901), rééd. Dalloz, 2003, pp. 503 et s. ; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, rééd. Dalloz, 2004, t. 1, pp. 288 et s. Au cœur de la controverse de l'époque se situe l'enjeu des lois dites individuelles (p. ex., la loi attribuant la présidence de la République à Mac-Mahon ou la loi relative aux funérailles nationales d'Édouard Herriot, etc.).

(34) Voy. les renvois dans l'index chez FTERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Dalloz, 2012 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 27^e éd., PUF, coll. « Thémis », 2002 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007 ; Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 4^e éd., Defrénois, 2012 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5^e éd., 2000, p. 126 ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit*, 14^e éd., Sirey, 2012 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Montchrestien, 2000 ; M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., PUF, 2011.

(35) Avec des résultats mitigés : cf. Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *op. cit.*, n^o 407.

(36) B. BEIGNIER et C. BLÉRY, *Introduction au droit*, Montchrestien, 2011 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., 2011 (voy., tout au plus, pp. 289 et s., les propos sur la distinction « lois générales »/« lois spéciales ») ; P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, réimpr. de la 1^{re} éd. (1960), avec postface, Luxembourg, Centre universitaire de l'État, 1978 (lire, toutefois, les propos sur la « dérogation », pp. 307 et s.).

Enfin, dans les écrits sur la légistique, l'exception est abordée sous l'angle notamment de la formulation du texte de loi, etc. (37). Le concept n'est pas défini, mais présupposé.

B. – *Les possibles raisons de ce silence théorique*

Cette étrange présence/absence de l'exception interpelle quant à ses raisons. Dans ce genre d'enquête, il faut avancer avec prudence et se garder de toute conclusion hâtive. Quatre raisons au moins peuvent être avancées à titre de pistes de travail.

1. *Un concept évident ?*

Une première raison, simple, pourrait être que le concept de l'exception est en soi si évident, si familier, qu'il n'est nul besoin de l'approfondir. Cet argument me semble peu convaincant : les difficultés de délimitation que soulève l'exception – on le verra par la suite – prouvent le contraire. Comme l'écrit J.-M. de Moy, l'exception est un « polymorphe juridique » (38) dont il n'est pas toujours aisé de cerner les diverses facettes.

2. *L'atonie en France de la réflexion théorique ?*

Une autre raison à laquelle l'on est tenté de penser immédiatement est qu'en France, du moins dans le passé, la théorie du droit était peu développée, la plupart des professeurs de droit préférant se consacrer à la dogmatique. L'argument n'est pas sans incidence, mais il n'est pas entièrement convaincant : après tout, la théorie du droit n'est pas inexistante en France et il existe des analyses théoriques sur des mots proches, voire concurrents, à l'instar de ceux de « dispense » ou de « dérogation ». En outre, ce silence en théorie sur l'exception se vérifie non seulement en France, mais aussi ailleurs, à l'étranger, et ce, chez les plus grands théoriciens. En vérité, il me semble devoir chercher les raisons de ce silence plutôt dans deux autres directions.

(37) Voy., p. ex., H. HILL, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg, C.F. Müller/UTB, 1982, p. 104 ; H. SCHNEIDER, *Gesetzgebung*, 3^e éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2002 (cf. renvois dans l'index).

(38) J.-M. DE MOY, *L'exception en droit privé*, Marseille, PUAM, 2011, p. 18.

3. *Une technique contraire à l'idéal d'égalité au sens d'uniformité ?*

Un argument plus sérieux qui, à mon avis, explique en partie cette réticence de la science juridique française à se pencher sur l'exception et à construire un savoir théorique sur cet objet est une volonté politique d'occultation de la réalité du droit positif. Il s'agit, pour certains auteurs, inconsciemment, voire consciemment, d'occulter l'importance du mécanisme exceptif dans la réalité du droit au niveau de la représentation générale du droit. Celle-ci devient, du coup, une image idéale, idéalisée, du droit. L'exception contredit un postulat philosophique – une certaine conception universaliste de l'égalité comprise comme uniformité –, qui est censé être au fondement du droit. Au vu de cet idéal de droit naturel, le droit positif n'est pas censé contenir des exceptions. Chez la plupart des philosophes des Lumières et de leurs disciples juristes, l'égalité rime, souvent, avec universalisme et uniformité. La loi doit être générale et, par là, on entend qu'elle doit être la même pour *tous* (39). L'idée même que certains puissent être soumis à une loi autre que celle à laquelle est soumise la majorité et, partant, puissent former une catégorie isolée, particularisée d'individus (un sous-groupe, une corporation, une section de peuple, etc.) leur paraît proprement scandaleuse. Ce serait retomber dans la dérive des « privilèges » qui, depuis la nuit du 4 août 1789, ne sont plus censés exister en France. Dès lors, sur le plan théorique, l'idée même d'exception, rapprochée de celle de privilège, paraît frappée d'illégitimité. De ce rapprochement avec l'institution, néfaste, des privilèges, témoigne le préambule de la Constitution française de 1791. Visant à abolir les « institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits », le préambule de la Constitution de 1791 énonce qu'« il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, *aucun privilège, ni exception* au droit commun de tous les Français » (souligné par moi). Comme l'écrit J.-M. de Moy : « L'exception est très souvent perçue de manière négative, en tant que source de perturbation du système [...]. Alors que l'ordonnement juridique viserait à apaiser les relations des êtres humains dans la société à l'aide de règles générales, abstraites et

(39) Cf. l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et [tous] emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

uniformément appliquées, l'exception apporterait à rebours chaos, instabilité et inégalités » (40).

Dès lors, on ne parle plus du concept d'exception, car, de façon idéale – mais selon un idéal trompeur, à courte vue –, on ne veut plus des exceptions, des différenciations. L'égalité est, à tort, comprise comme uniformité. Au législateur de s'abstenir de produire des exceptions. Si, néanmoins, il existe des exceptions en droit positif, les professeurs de droit se revendiquant de cet idéal seront tentés à la fois, par fidélité à la réalité, d'évoquer les exceptions dans leurs analyses dogmatiques et, par fidélité à leur idéal, d'éclipser le concept même d'exception dans leur métadiscours théorique. La théorie fonctionne alors comme un écran idéologique qui édulcore, embellit et occulte la réalité.

Il va de soi que, pour une science qui entend connaître son objet tel qu'il est, un tel procédé est totalement inadmissible. Le silence ne saurait se justifier ni pour le passé, ni, surtout, pour l'avenir.

4. *L'exception, un mot inutile dans la boîte à outils du juriste ?*

L'argument épistémologique de l'inutilité est, à mon avis, la piste la plus sérieuse afin d'expliquer ce relatif silence. C'est aussi l'argument le plus corrosif. Encore faut-il noter que cet argument est susceptible d'être formulé de deux façons.

La première variante, la plus radicale, consiste à penser que la réalité juridique désignée habituellement par le mot « exception » ou quelque synonyme (peu importe le label) n'est pas une réalité juridique distincte. Elle ne se différencie pas, en vérité, suffisamment des autres normes juridiques afin de nécessiter une conceptualisation spécifique, autonome. Il n'y a donc pas lieu de lui coller un label spécifique (« exception », « dérogation », etc.). Il s'agit de normes juridiques (générales, individuelles, etc.). Pour les analyser, le concept de « norme juridique » suffit amplement. L'usage du terme « exception » serait littéraire, mais ne relèverait pas de la science juridique. Le silence passé

(40) J.-M. DE MOY, *L'exception en droit privé*, p. 23. Voy. aussi P. GOYARD, « Exception », in S. AURoux (dir.), *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques*, Paris, PUF, 1990, t. 1, p. 914 (« Dans le domaine juridique, l'exception [...] fait problème, car elle contredit le principe d'égalité de tous devant la loi, qui est le fondement de la justice ») ou Chr. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 1^{re} éd., 2002, p. 193 (« Le principe indique la bonne direction, la tendance forte, l'idéal, ici la liberté, là l'égalité, ailleurs la protection du faible. L'exception quelque peu regrettable va à contre-courant »). Pour une vision plus nuancée des diverses techniques de modération de la rigueur de la règle, cf., à l'inverse, Ph. THÉRY, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », *op. cit.*

de la science juridique, dans sa partie théorique, serait donc justifié et devrait se perpétuer à l'avenir : le juriste ne perd rien, en termes de connaissance du droit et/ou de normativité, en ne se servant pas du mot « exception » ou de quelque synonyme (41).

La seconde variante, moins radicale, consiste à penser que le mot « exception » désigne bien un phénomène juridique spécifique (un certain mode d'articulation ou rapport entre normes juridiques) et que cette réalité est prise en compte par la science juridique en France, mais à travers une autre dénomination. La science, tant dans sa partie théorique que dans sa partie dogmatique, ne nie pas la réalité spécifique de l'objet, mais l'évoque à travers une autre catégorie sémantique et intellectuelle. Elle la conceptualise, mais sous un autre label. Dans le langage tant profane que savant, les synonymes sont, en effet, fréquents et jouent un rôle parfois crucial. Le droit et la science du droit ne sont pas non plus insensibles à certaines modes et traditions sémantiques. Ainsi, autour du terme « exception », gravitent un certain nombre de termes, plus ou moins fréquents sous la plume des juristes, dont le sens ou dont l'un des sens est proche, voire identique, à celui d'exception (42). Sont à considérer les termes de « dérogation » (terme déjà présent chez les Romains (43) et qui, du moins en droit public et en droit du travail français, connaît un succès croissant depuis la deuxième moitié du xx^e siècle (44)), de « dispense » (terme qui remonte au droit canonique (45) et qui est plus fréquent en droit privé qu'en droit public), d'« exonération », d'« exemption » (terme plus présent en matière militaire), de « privilège » (terme qui

(41) Si l'on souscrit à la définition de l'exception proposée dans la 2^e partie, l'on rejettera cet argument. Car cette définition fait ressortir un certain lien ou rapport entre les deux normes juridiques que sont la règle de principe (norme A) et la norme exceptive générale (norme B). C'est ce rapport qui est conceptualisé à travers le mot « exception ». Le mot « norme juridique » n'y suffit pas.

(42) Voy., notamment, l'analyse lexicale chez J.-M. DE MOY, *op. cit.*, pp. 134-156, sur les quatre premiers termes de la liste qui suit et aussi Chr. BLANCHARD, *La dispense en droit privé*, pp. 315 et s.

(43) Cf. le travail généalogique de Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, *La dérogation en droit public*, spéc. pp. 50 et s.

(44) En droit de l'urbanisme/droit public économique, cf. Y. JÉGOUZO, « Dérogation », in IDEM (dir.), *Droit de l'urbanisme. Dictionnaire pratique*, Le Moniteur, 2011, pp. 291 et s. ; la contribution, *infra*, d'Alix Perrin et, dans la littérature plus ancienne, G. PEISER, « Le juge administratif et les dérogations », *Mélanges M. Waline*, L.G.D.J., 1974, t. 2, pp. 665 et s. ; J.-P. CHAPUISAT, « Le droit administratif à l'épreuve de l'urbanisme dérogatoire », *A.J.D.A.*, 1974, pp. 3 et s. ; C. BLUMAN, « Le contrôle juridictionnel des dérogations en matière d'urbanisme », *R.D.P.*, 1975, pp. 5 et s. En droit du travail, cf. les articles L. 3132-1 et s. du Code du travail ; F. BOCQUILLON, *La dérogation en droit du travail*, thèse Strasbourg, 1999. Selon Chr. BLANCHARD, *La dispense en droit privé*, p. 317, le terme « dérogation » est toutefois assez rare en droit privé français.

(45) Cf. Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*, pp. 71 et s. (bibl.) ; A. LEBEVRE-TEILLARD, « Les origines : la dispense en droit canonique », *Droits*, n° 25, 1997, pp. 11 et s.

reste d'actualité (46)), de « tolérance légale » (en droit fiscal) (47), d'« excuse », de « grâce » (en droit pénal), de « réserve » (une réserve à un traité international), de « règle exorbitante du droit commun », de *ius singulare* (48), de « lois spéciales » (par opposition aux « lois générales » ou au « droit commun ») (49), de « lois catégorielles » (par opposition au droit commun) (50), de « différenciation/différencialisme » (51), de « lois expérimentales » (52), etc.

Pour tous les mots de cette liste, l'on peut envisager *in abstracto* trois hypothèses : a) le mot n'est pas un mot concurrent car il ne s'agit pas d'un synonyme d'« exception » ; b) le mot est concurrent en ce qu'il couvre la totalité de la réalité intellectuelle désignée par le mot « exception », à qui il conteste le caractère de terme générique ; c) le mot est concurrent en ce qu'il désigne une partie de la réalité désignée par le terme générique « exception », sans toutefois prétendre au rang de terme générique (le terme désigne une espèce ou un type d'exceptions). Sans pouvoir le prouver en détail ici, j'estime que l'atonie du savoir sur l'exception résulte, pour une part importante, des facteurs b et c. Le terme « exception » n'a pas réussi à s'imposer en tant que terme générique, étant concurrencé par tant d'autres termes, soit que ceux-ci désignent des espèces d'exceptions (et que la diversité des espèces cache l'existence du genre), soit que ceux-ci prétendent à la qualité de label générique. C'est ce qui a contribué, de façon décisive, à empêcher la cristallisation d'un savoir théorique cohérent et systématique autour du mot « exception ».

Faute de temps et d'espace, je ne peux faire ici une analyse approfondie de l'hypothèse de l'inutilité. Je voudrais tout de même la présenter un peu plus à travers une brève analyse de l'usage d'un de ces

(46) En droit français des sûretés, certains créanciers sont « privilégiés » en dérogation au principe d'égalité entre créanciers. En droit constitutionnel français, le président de la République et les ministres bénéficient d'un « privilège de juridiction » (Haute Cour, Cour de justice de la République).

(47) La « tolérance légale » désigne, en droit fiscal français, certaines exceptions. Les tolérances légales, qui sont des règles juridiques, ne doivent pas être confondues avec ce que les administrativistes ou les civilistes (cf. art. 2262 C. civ.) appellent la « tolérance », sans adjectif, qui est un pur phénomène factuel. Le terme désigne le fait qu'une personne (publique ou privée) a laissé s'établir une certaine pratique illégale (p. ex., occupation illégale du domaine public). Cf. L. TALLINEAU, « Les tolérances administratives », *A. J. D. A.*, 1978, pp. 15 et s.

(48) J. DABIN, *op. cit.*, p. 93.

(49) J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, pp. 190 et s.; R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *Dalloz*, 1961, I, pp. 91 et s.

(50) J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 27^e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis », 2002, n° 126, p. 237.

(51) O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *Economica*, 2004.

(52) J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, p. 292.

mots concurrents (celui de « dérogation » chez un auteur (Kelsen). Le terme « dérogation » a, en effet, attiré bien plus le regard des théoriciens que celui, traditionnel, de « exception ». Eu égard à l'existence du terme « dérogation » et d'un certain concept de dérogation (qui reste à définir (53)), faut-il considérer que le praticien du droit n'a plus besoin du mot « exception » afin de produire du droit positif ? Est-il possible, pour un scientifique du droit, de connaître le droit positif dans toutes ses facettes, sans avoir recours à la catégorie intellectuelle de l'exception, au mot « exception » ?

Kelsen ne pose pas explicitement cette question (surtout la dernière), mais la lecture de son œuvre permet toutefois d'en dégager une réponse implicite. Chez Kelsen, le terme « exception » a disparu en tant que catégorie cognitive autonome. Le terme « exception » (en allemand : *Ausnahme*) ne figure pas dans l'index, par ailleurs très riche et précis, ni de sa *Allgemeine Staatslehre* (Théorie générale de l'État), ni de sa *Reine Rechtslehre* (Théorie pure du droit) (54). Dans son dernier grand ouvrage *Allgemeine Theorie der Normen*, le mot n'apparaît que de façon très marginale (55). Il me semble qu'il ne s'agit pas là d'un simple oubli ni d'un signe d'occultation volontaire d'une partie de la réalité du droit positif. Ce silence de Kelsen reflète une certaine posture épistémologique dans l'appréhension intellectuelle de la réalité du droit positif. Lorsqu'en effet, Kelsen évoque, à titre d'exemple, des dispositions d'un droit positif particulier que, d'ordinaire, le juriste sera

(53) Le terme est, en effet, polysémique. On peut distinguer, au moins, quatre acceptions : une première acception, très large, selon laquelle la dérogation englobe une multiplicité de phénomènes à l'instar de l'abrogation, de l'exception, de la dispense, etc. (cf., en ce sens, les écrits de Kelsen) ; une deuxième acception selon laquelle les deux termes « dérogation » et « exception » sont parfaitement interchangeables ; une troisième acception selon laquelle le mot « dérogation » désigne une espèce d'exception (en ce sens : de Moy) ; enfin, une quatrième acception selon laquelle la dérogation est un phénomène normatif distinct de celui de l'exception (en ce sens : Fr. Leurquin-de Visscher et A. Rouyère).

(54) H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre* [en abrégé : *AllStL*], 1925, rééd., Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1993. On y trouve juste l'entrée « Ausnahmezustand » (l'état d'exception) qui n'est qu'un exemple d'exception. Pour la théorie pure du droit, voy. l'index de la 1^{re} édition (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* [RR], 1934, rééd., avec une préface de M. Jestaedt, Tübingen, Mohr, 2008) et de la 2^e édition : *Reine Rechtslehre*, 1960, rééd., Österreichische Staatsdruckerei, 1992 (= *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962 [en abrégé : *TPD*]). J'ai trouvé une seule occurrence du terme dans le corps du texte (RR, 2^e éd., p. 211 ; TPD, p. 276). Le terme n'apparaît pas, p. ex., dans ses développements sur la généralité de la loi et du droit (*AllStL*, p. 231 ; RR, 2^e éd., pp. 230 et s.) ou sur le principe d'égalité (RR, 2^e éd., p. 146 ; TPD, p. 190, où la question des différenciations opérées par le législateur est explicitement abordée).

(55) H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen* [en abrégé : *AllThN*], publiée par K. RINGHOFER et R. WALTER, Manz, Vienne, 1979 (= *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996). Voy. l'index établi et publié séparément par R. LIPPOLD (Manz, Vienne, 1989), p. 2 (renvoi à la p. 235, note 19, de l'ouvrage de Kelsen où celui-ci présente brièvement l'usage du mot « exception » par le philosophe états-unien Carl Wellman et en corrige la définition).

tenté de qualifier d'« exceptions » (56), il n'utilise pas ce terme pour décrire ces normes (sauf à une occasion (57)). Pour les décrire, Kelsen procède de deux façons.

La première façon, peu convaincante (58), et du reste rarissime chez lui, consiste à suggérer la fusion des deux normes – la « règle de principe » et « l'exception » selon la terminologie usuelle – en une seule norme (59). De l'idée de la « dépendance » de ces deux normes, il en arrive à l'idée de « l'unité » qui se concrétiserait dans le fait qu'il est possible d'exprimer la norme en question (= règle et exception) en une seule phrase. À propos de ces deux normes que sont l'article 2, alinéa 4, de la Charte des Nations unies (60) et l'article 51 de cette même Charte (61), Kelsen affirme : « Les deux articles cités forment une unité. La Charte aurait pu se borner à édicter un seul et unique article qui aurait défendu le recours à la force qui n'apparaîtrait pas comme une légitime défense individuelle ou collective, en attachant une sanction au recours à la force » (62). Le problème semble, en quelque sorte, s'être dissous car, pour pouvoir parler d'exception (ou de dérogation, ou de dispense, etc.), il faut un lien entre deux normes. Désormais, plus qu'une seule norme ne semble exister.

Selon le second mode de présentation, plus fréquent et donc plus représentatif de la pensée de Kelsen, les dispositions du droit positif visées (en langage usuel : des « exceptions ») sont rangées sous le label

(56) *RR*, 2^e éd., p. 56, *TPD*, p. 75 (il cite trois exemples : interdiction de tuer *vs* légitime défense ; art. 2, alinéa 4, Charte NU *vs* art. 51 Charte NU ; interdiction de la vente d'alcool sauf autorisation spéciale de la part de l'administration publique) ; *RR*, 2^e éd., p. 211, *TPD*, pp. 275-276 ; *AUThN*, chap. 25, IV, p. 79 (interdiction de tuer *vs* légitime défense) et p. 235, note 19 (interdiction de mentir *vs* refus de dire la vérité à un malade incurable).

(57) *AUThN*, p. 235, note 19.

(58) Pour une critique, voy., *infra*, 2^e partie, A, 1 (thèse de l'unicité).

(59) Lire *RR*, 2^e éd., p. 57 ; *TPD*, p. 75.

(60) Art. 2 : « L'Organisation des Nations Unies et ses membres, dans la poursuite des buts énoncés à l'article 1^{er}, doivent agir conformément aux principes suivants : (1) [...] (4) Les membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. »

(61) Art. 51 : « Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. »

(62) *RR*, 2^e éd., p. 57 ; *TPD*, p. 75.

de « normes dérogoatoires » (63). Par « dérogation », Kelsen entend « la suppression de la validité d'une autre norme (*Aufhebung der Geltung einer anderen Norm*) » (64), étant précisé que Kelsen entend ce concept de dérogation dans un sens très large, puisqu'il y inclut notamment l'abrogation (65). Là où le discours juridique traditionnel se sert du mot « exception » pour penser le rapport entre la règle de principe (« il est interdit de faire X ») et l'exception (« dans certains cas, X est autorisé »), Kelsen distingue deux normes générales dont l'une « déroge » à l'autre. Pour penser l'exception, il n'a pas besoin d'un concept plus spécifique d'« exception » : le concept de « norme » et celui (très large) de « dérogation » suffisent (66).

Il faut donc s'interroger sur ce qu'apporte/sur ce que peut apporter en droit l'usage du mot « exception ». Pour ce faire, il faut d'abord disposer d'une définition du concept. En l'absence d'une définition acquise, il faut s'atteler à la construire pour voir ensuite en quoi le concept ainsi dégagé est distinct, ou non, de la conceptualisation véhiculée par d'autres termes à l'instar de « dérogation », « dispense », etc.

II. — QUELLE DÉFINITION DU CONCEPT DE L'« EXCEPTION » ?

Nonobstant l'apparence familière du terme, il n'est pas si aisé de cerner le concept d'exception en droit (67). La complexité de la définition ressort dans le travail de qualification. S'il est assez facile d'identifier quelques cas typiques où, de l'avis de la plupart des acteurs et observateurs, l'application du mot « exception » va de soi (si l'on se sert de ce mot) – c'est le noyau dur du mot –, il existe des cas où l'application est incertaine et litigieuse. À cela s'ajoute que la définition touche à une question fondamentale quant à la nature du système juridique, le concept d'exception, tel que défini

(63) Voy., p. ex., *RR*, 2^e éd., p. 57. Après avoir évoqué trois exemples d'exceptions, il en parle sous le terme de « derogierende Normen » (normes dérogoatoires). Je cite d'après la version allemande, car, dans sa traduction française, Eisenmann a écrit par erreur « normes abrogatoires » (*TPD*, p. 75).

(64) *AUThN*, chap. 27, I, p. 84 (trad. pers.).

(65) *Ibid.*, pp. 89 et s. La plupart des juristes distinguent entre abrogation et dérogation, suivant le droit romain (*Digeste*, 50.16.102 : « Une loi peut faire l'objet d'une dérogation ou d'une abrogation. La dérogation affecte une loi quand une partie en est ôtée, l'abrogation quand elle est tout entière abolie. »)

(66) Cf. *AUThN*, p. 235, note 19.

(67) Il n'y a aucune raison de distinguer, dans cette enquête théorique, entre droit privé et droit public. Aucune des thèses qui, pourtant, restreignent leur champ d'observation à un seul de ces domaines (« L'exception en droit privé », « La dispense en droit privé », « La dérogation en droit public ») n'a affirmé une spécificité conceptuelle de la branche étudiée.

ici, présupposant que l'on adhère à la thèse, en partie controversée, de l'existence de conflits entre normes. Partant, l'objectif de cette partie est d'identifier les critères distinctifs du concept de l'exception, d'en éclairer les présupposés théoriques et de le comparer par rapport à des conceptualisations proches. À ce titre, il faudra comparer (et, si possible, délimiter) le sens du mot « exception » avec ceux de « limite » (la délimitation du champ d'application d'une norme), de « violation », de « parallélisme » (la juxtaposition de normes incompatibles aux champs d'application distincts), de « dispense », d'« abrogation » et de « dérogation ».

Comme première entrée en matière, citons quelques définitions :

- a) *Petit Robert* (1995), p. 85 : « lat. *exceptio*, de *excipere* qui veut dire retirer, excepter. Contraire de : généralité, principe, règle ».
- b) A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 5^e éd., 1999, t. 1, p. 315 : « acte par lequel on exclut un cas d'une règle ou d'une formule générale qui lui serait applicable ».
- c) Le *Vocabulaire juridique* (9^e éd., coll. « Quadrige », 2011, pp. 423 et s.) distingue trois groupes de sens. « 1. Action d'excepter et le résultat de cette action. a) parfois synonyme de dérogation. Cas soustrait à l'application normale de la règle par l'effet d'une mesure individuelle (exorbitante) de dérogation [...]; b) plus souvent (et plus proprement) cas soumis à un régime particulier par l'effet d'une disposition spéciale dérogeant à la règle générale [...]. 2. L'action d'exciper, moyen de défense [...]. 3. Désigne parfois, en fait, un cas hors série, une situation atypique, rare, extraordinaire [...]. »
- d) B.A. GARNER (dir.), *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., Thomson (USA), 2007, p. 604 : « *something that is excluded from a rule's operation* ».
- e) Fr. SAINT-BONNET, « Exception, nécessité, urgence », in *Dictionnaire de la culture juridique* : « Selon son étymologie (*ex-capere*), l'exception est ce qui est hors de prise. 1^o Elle peut échapper à la règle en demeurant en marge de celle-ci sans l'affecter directement [...]. 2^o L'exception peut être également intégrée dans la règle et prendre deux formes : soit l'alternative [...] soit la dérogation [...]. 3^o L'exception peut mettre en échec la règle qui ne prévoit ni alternative, ni dérogation. La règle est violée [...]. »
- f) P. GOYARD, « Exception », in S. AUROUX (dir.), *Encyclopédie philosophique universelle, Les notions philosophiques*, Paris, PUF, 1990, t. 1, p. 914 : « On nomme exception ce qui n'est pas conforme à une norme, une règle ou une loi donnée. » [À noter : selon cette définition et aussi selon celle de Fr. Saint-Bonnet, une violation de la règle relève du concept de l'exception.]

- g) J.-M. DE MOY : « L'exception s'analyse comme la mise à l'écart opérée au sein du droit, de certains sujets ou choses, depuis une première norme jusqu'à une seconde, afin de poser sur ceux-ci une régulation particulière » (68).

Afin de décortiquer l'exception en ses éléments constitutifs, je m'appuierai à la fois sur les éléments de définition usuels et sur des exemples paradigmatiques (réels ou fictifs). Il s'agit, au fur et à mesure, d'additionner les divers éléments de base sans lesquels il est impossible de concevoir une exception. Ce faisant, je retiendrai une démarche quantitative qui s'avérera riche en éclaircissements. Il s'agira, de la manière la plus exacte possible, d'identifier et de compter le nombre de normes impliquées dans ce mécanisme, d'en cerner la nature variée et de labéliser chaque élément de façon distinctive. Là où, pour l'instant, n'est présent qu'un seul mot, le substantif « exception » – l'adjectif « exceptif », utilisé déjà par les linguistes (69), est encore inconnu des juristes –, il faut introduire un langage plus sophistiqué et rigoureux afin de pouvoir distinguer nettement les diverses facettes d'un mécanisme exceptif autrement plus complexe.

Comme point de départ, partons de l'idée communément admise selon laquelle l'exception – disons : le « mécanisme exceptif » ou la « technique exceptive » – présuppose *deux* normes désignées couramment, selon un langage peu précis, qui peut être à la source de confusions, « l'exception » et « la règle » (70). S'il s'agit d'une entrée en matière utile, l'on aurait toutefois tort d'y réduire le phénomène exceptif. Car, au sein de ce mécanisme complexe, il faut tenir compte aussi de l'existence d'autres normes, tantôt générales (la ou les normes régulatrices « R »), tantôt individuelles (les normes exceptives individuelles, dont l'existence et le rôle peuvent parfois échapper au regard d'un observateur distrait, non averti).

(68) J.-M. DE MOY, *L'exception en droit privé*, p. 33. L'auteur propose également une autre définition *latissimo sensu* : « Tout ce qui permet d'écarter une règle de droit normalement applicable, lorsque sa finalité devient non souhaitable dans une situation particulière » (*ibid.*, p. 17).

(69) Sur les travaux des linguistes sur l'exception, cf. G. MOIGNET, *Les signes de l'exception dans l'histoire du français*, Genève, Droz, 1959 ; G. KLEIBER, « Comment se "règle" linguistiquement l'exception : petite sémantique des constructions exceptives », *Faits de langue*, vol. 25, 2005, pp. 39 et s. ; E. BIARDZKA, « Exception, restriction, mise à part ? Sur le sens hétérogène des constructions prépositionnelles dites "exceptives" », *Romanica Cracoviensia*, 2011, vol. 11, pp. 32 et s.

(70) Une première source possible de confusion : l'exception n'est-elle pas une règle ? La réponse est « oui » et « non ». Tout dépend de ce qu'on entend par « exception » (la norme exceptive générale ou la norme exceptive individuelle).

A. – *Un mécanisme constitué, au minimum, de deux normes primaires générales ou de deux ensembles de normes primaires générales*

L'exception est une technique pour poser du droit. C'est une façon de concevoir, de mettre en forme le droit. Celle-ci s'appuie, selon une idée communément admise, sur un dualisme de deux normes. La présentation usuelle pourrait prendre la forme suivante : l'exception est, en soi, une norme – celle appelée précisément « l'exception », appelons-la « la norme B » – qui agit par rapport à une autre norme dite la « règle de principe » (appelons-la « la norme A ») ; l'action de B par rapport à A consiste en ce que B soustrait au champ d'application de A un certain nombre de cas afin de les soumettre à une solution différente. Usuelle, cette présentation est en partie exacte, en partie fautive. Elle est notamment incomplète (71). Ce en quoi elle est exacte, c'est que l'exception s'inscrit dans le cadre d'une pluralité de normes. Elle s'inscrit dans le cadre d'un ensemble plus large – appelons-le « le mécanisme exceptif » – qui est composé de plusieurs normes. La norme B a un lien particulier, dont il faudra éclairer la nature, avec une autre norme de conduite ou, pour employer la terminologie de Hart, avec une autre norme primaire. Ce n'est pas une opération à une seule norme primaire (thèse de l'unicité). Mais ce chiffre de deux est incomplet. Pour que l'exception soit opératoire, c'est-à-dire pour que la norme B puisse asseoir sa prétention normative à l'encontre d'une partie du champ d'application de la règle de principe A, il faut que B puisse s'appuyer sur une norme régulatrice (appelons-la « R »), qui soutienne ses prétentions à l'encontre des prétentions de A. Pour fonctionner, le mécanisme exceptif doit compter, au minimum, trois normes de deux types différents : deux normes primaires (ce chiffre est également un minimum, il peut y en avoir plus) et la norme régulatrice (R) (72).

1. *Deux normes primaires, et non une : la différence entre « exception » et « limite du champ d'application »*

À ce stade, essayons simplement de cerner en quoi la thèse de l'unicité est fautive, ce qui permettra de faire ressortir la différence entre une exception et une « limite ». Par « limite », j'entends : un « élément

(71) Une définition plus complète sera proposée à la fin de l'article, dans la conclusion.

(72) Celle-ci sera analysée plus en détail à la fin, dans la sous-partie C.

de la délimitation linguistique du champ d'application d'une norme ». J.-M. de Moy parle de « d'exclusion » (73).

Comme déjà vu, la thèse de l'unicité peut être trouvée, de façon incidente, sous la plume de Kelsen qui, toutefois, ne l'a point théorisée. Cette thèse peut parfois surgir dans l'esprit d'un observateur qui : 1° pense être en présence d'une exception ; 2° est tenté de synthétiser les normes A et B en une seule phrase ; 3° conclut de l'unicité de la phrase à l'unicité de la norme.

Prenons un exemple fictif (n° 1) :

Article 1^{er} – En France, tous les magasins sont fermés le dimanche.

Article 2 – Sont exceptés de cette règle les magasins dans le sud de la France.

Il est possible, sur le plan linguistique, de fusionner ces deux énoncés en un seul : « En France, tous les magasins sont fermés le dimanche, excepté dans le sud. » Voilà qui pourrait laisser croire que nous avons désormais une seule norme et que nous avons réussi à fusionner la norme de principe et l'exception. Or ce raisonnement comporte une double erreur.

La première, sur laquelle je passe rapidement, consiste à confondre l'énoncé et la norme. L'énoncé (ici : la phrase) est un vecteur de communication ; la norme est l'objet, le sens véhiculé (interdiction, obligation ou permission) (74). Or un seul énoncé (une phrase) peut véhiculer tantôt aucune norme, une partie d'une norme, une norme ou une pluralité de normes. Il est donc impossible, logiquement, de conclure de l'unicité de la phrase à l'unicité de la norme. Définir ce qu'est une norme est une opération analytique bien plus complexe.

La seconde erreur, plus intéressante pour nous, est que ce raisonnement postule l'existence d'une exception. L'article 2 ne débute-t-il pas par la formule « sont exceptés... » ? ! Or ce n'est pas la présence du marqueur sémantique « excepté » (ou « toutefois », « néanmoins », etc.) qui, du point de vue juridique, dénote nécessairement la présence d'une exception, de même qu'il peut y avoir une exception sans que le mot « exception » ne soit prononcé (certaines exceptions sont intitulées

(73) J.-M. DE MOY, *op. cit.*, p. 20.

(74) Cette différence est de nos jours de plus en plus admise. Elle est défendue par nombre de théoriciens du droit, dont notamment Kelsen. Cf. *RR*, 2^e éd., pp. 1 et s.

« dérogations » (75) ou encore autrement). Dans l'exemple fictif n° 1, contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, l'article 2 constitue non pas une exception, mais une limitation linguistique du champ d'application d'une norme (ici : la norme véhiculée par l'article 1^{er}).

Pour s'en rendre compte, il suffit de revenir à la définition première de l'exception : une exception soustrait un certain nombre de cas du champ d'application de la norme dite de principe et les soumet à un autre régime. C'est la fin de la phrase qui nous importe ici (« et les soumet... »). Selon cette définition, usuelle, l'exception comporte une double facette. Elle présente d'abord une facette conflictuelle, agressive, polémique ou déconstructive : elle prétend *soustraire* certains cas du champ d'application de la règle de principe, ce qui suppose, au préalable, qu'il soit acquis que ces cas relèvent « normalement » du champ d'application de la norme A (76). L'exception présente aussi une seconde facette, constructive, positive : à l'égard des cas ainsi soustraits, accaparés, captés – le mot « exception » est dérivé du verbe latin *excipere*, lui-même composé du préfixe *ex* (hors de) et d'une forme du verbe *capere* (prendre), donc : prendre hors de (77) –, la norme exceptive B définit, sur le fond, la norme de conduite applicable (une interdiction, obligation ou permission différente de celle définie par A). Elle vise à *régir*, différemment, ces cas.

Or, dans l'exemple n° 1, la seconde facette manque. La norme primaire applicable aux magasins situés dans le sud n'est point définie. Nous ignorons si, dans le sud, les magasins sont obligatoirement ouverts le dimanche, s'il est loisible à chaque commerçant d'ouvrir librement son magasin le dimanche ou s'il y a des règles variées selon le type de magasin concerné. Ce à quoi sert la phrase « Sont exceptés de cette règle les magasins dans le sud de la France » n'est pas de définir une norme de conduite, une *deuxième* norme de conduite distincte de la première norme véhiculée par l'article 1^{er}. Elle sert seulement,

(75) Voy. les nombreuses exceptions aux règles du repos hebdomadaire et dominical qui, dans le Code du travail français, sont annoncées sous l'intitulé « Dérogations ». Cf. articles L 3132-1 et s. du Code du travail.

(76) En linguistique, G. KLEIBER (« Comment se "règle" linguistiquement l'exception... », *op. cit.*) insiste sur le fait que, pour qu'il y ait exception, l'appartenance de la partie exceptée au grand « tout » doit être acquise. « Le tout ou domaine d'extraction doit être borné » (p. 52). Cf. *infra*, B. Notons aussi, ici, que l'aspect agressif, conflictuel, de la norme exceptive B ne vise pas le dispositif de la norme A (l'interdiction, l'obligation ou la permission formulée par celle-ci), mais son champ d'application. Le dispositif de A est intouché, seul est visé son champ d'application.

(77) Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, *La dérogation en droit public*, p. 93 ; J.-M. DE MOY, *op. cit.*, p. 17.

sur le plan linguistique, à délimiter le champ d'application de la norme de l'article 1^{er} qui est l'unique norme en présence. Le champ d'application d'une norme est défini par des mots, chaque mot incluant et excluant des parties de la réalité sociale (p. ex., « les femmes de plus de 18 ans » : le mot « femmes » exclut les hommes, la formule « plus de 18 ans » exclut tous les mineurs). Est observable ici un phénomène linguistique de délimitation et donc, aussi, d'exclusion, de soustraction. Mais ce n'est pas une exception au sens de la science juridique, car il manque la seconde norme B.

La distinction analytique entre « exception » et « limite » est présente et opératoire en droit. Elle doit être gardée à l'esprit notamment lorsqu'il s'agit de détecter la présence, ou non, d'une exception à l'exception. Il est bien connu que la norme exceptive B peut – puisqu'il s'agit d'une norme abstraite et impersonnelle (78) – à son tour faire l'objet d'une norme exceptive. Appelons cette norme C, « l'exception à l'exception ». Dans ce cas, le droit distingue, au fond, trois régimes distincts. En effet (79), il n'y a d'exception à l'exception que s'il existe une troisième solution distincte à la fois de la solution imposée par la norme A et de la solution imposée par la norme B. Si l'énoncé en question (que l'on est tenté de qualifier d'exception à l'exception, parce qu'est utilisée la formule « Sont exceptés... ») a pour seul objet de retrancher certains cas du champ d'application de B afin de les faire retomber dans le champ d'application de A (qui les revendique), l'on est en présence non pas d'une exception, mais, à nouveau, d'un simple phénomène linguistique de délimitation du champ d'application d'une norme (ici : de la norme B).

Un exemple fictif n° 2, illustrant une simple limite à une exception (art. 3) (80) et non une exception à l'exception :

Article 1^{er} – Tous les individus résidant en France doivent déclarer leur changement de résidence auprès des autorités communales dans les dix jours.

(78) Cf. le point suivant 2°. Seule une norme générale peut faire l'objet d'une norme exceptive générale B. Une norme individuelle ne le saurait. Essayez d'imaginer un instant ce que pourrait être une norme exceptive générale à la norme individuelle suivante : « Monsieur Schmit, vous êtes condamné à payer une amende de 1 000 euros. » Il est impossible de soustraire, par voie d'une norme générale, un certain type de cas à cette norme individuelle, puisque, par définition, elle ne porte que sur un seul cas.

(79) *Contra* : J.-M. DE MOY, *op. cit.*, p. 79.

(80) Pour un exemple réel de droit positif, cf. article L. 3132-22 du Code du travail français.

Article 2 – Par dérogation à l'article 1^{er}, les femmes ne sont pas tenues de faire cette déclaration.

Article 3 – Sont exceptées de l'article 2 les femmes de moins de 18 ans.

Ce qu'illustre aussi le phénomène de l'exception à l'exception est que le chiffre des deux normes primaires est un minimum. Ce chiffre peut être encore plus élevé si l'exception à l'exception (la norme C) est à son tour affectée d'une exception (« norme D ») et ainsi de suite (« E », « F », etc.). Mais, dans le cadre d'une telle stratification ou cascade d'exceptions, la lisibilité de l'ensemble du mécanisme exceptif se perd. Pour réduire la complexité, le jurislatureur pourrait opter pour la technique de la « juxtaposition »/le « parallélisme » de deux ou plusieurs normes indépendantes (voy. *infra*) plutôt que pour le mécanisme exceptif. Le chiffre des normes primaires peut aussi être plus élevé pour la raison qu'une même règle de principe A fait l'objet de plusieurs exceptions parallèles. Enfin, pour l'instant, il a toujours été supposé que B est constituée d'une seule norme. Or rien n'interdit à ce que B soit composée d'une pluralité de normes, qu'elle constitue un régime normatif. La portée de l'exception est alors plus vaste ; c'est le cas lorsqu'on dit, par exemple, que telle loi est une exception par rapport à telle autre loi, que l'état d'exception est proclamé (l'effet exceptif vise une pluralité de normes) ou encore que le droit administratif est dérogatoire par rapport au droit privé. Linguistiquement, dans le dernier cas, l'on est moins tenté de dire que le droit administratif est une « exception » ou un « droit exceptionnel » par rapport au droit civil. On est habitué à parler de « dérogation » (81). Pourtant, le rapport entre ces deux ensembles de normes est bien celui présent dans l'exception, à savoir la soustraction d'un type de cas du champ d'application de A au profit de B (« l'effet exceptif »).

2. *La norme exceptive B, norme abstraite et impersonnelle.*
À propos de la différence alléguée entre « exception »
et « dispense »

Le souci de vouloir quantifier exactement le nombre de normes impliquées dans le mécanisme exceptif m'amène encore à clarifier

(81) *Idem* pour les normes privées qui, en droit privé, « dérogent » aux lois étatiques supplétives (cf. art. 6 C. civ. fr. : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »)

un point qui, pour l'instant, n'a été qu'effleuré. Or il est crucial de le tirer au clair, de le sortir d'un clair-obscur qui brouille souvent la vue lorsqu'est abordée la question de savoir s'il faut, ou non, distinguer entre « exception » et ce qu'en droit privé, on appelle « dispense » (82). Ce point à clarifier a trait au fait que le mécanisme exceptif comporte, parmi les normes primaires, non seulement des normes abstraites et impersonnelles (en langage usuel : des règles générales), mais aussi des normes individuelles. L'exception est, en soi, une règle (B est une norme générale) et cette règle donne lieu à des applications (« Monsieur Schmitt invoque/se voit reconnaître le bénéfice de telle exception à la date t »).

Dans le passé, la présence et l'importance des normes individuelles en droit ont souvent été occultées par la science juridique, obnubilée par l'idée de généralité (83). Or, nonobstant les puissantes critiques, spécialement celles de Kelsen, cet angle mort traditionnel de la science se perpétue encore à certains moments, en particulier lorsqu'il s'agit de cerner et de délimiter le phénomène de l'exception. L'exception (mot et concept) est identifiée à la seule norme exceptive B qui est une norme abstraite et impersonnelle. L'exception est, en soi, une règle, comme il est d'usage de dire depuis Domat (84). On fait comme s'il n'y avait que cette norme exceptive générale B. Or cette vision est fautive, car trop étroite. Lorsqu'on restitue la norme exceptive B dans son contexte – ce que j'ai appelé, à dessein, le « mécanisme exceptif » –, l'on s'aperçoit que celui-ci comporte également un nombre illimité, incalculable, d'applications de la norme générale B à des cas d'espèce. Il s'agit de normes *individuelles* qui, d'ailleurs, peuvent être plus ou moins conformes à la norme exceptive générale B. Des individus s'arrogent, sous le contrôle ultime de l'État, du juge de l'État, le bénéfice de telle ou telle exception. L'État accorde, ou non, à tel individu qui en a fait la demande, le bénéfice de telle exception. Or, lorsqu'en science juridique, il est question d'exception, tout le monde pense « spontanément » – à cause de l'œillère susmentionnée – à la norme exceptive générale B, et non à la foule des applications de B. Appelons-les « les normes exceptives individuelles ».

(82) En droit public, du moins ancien, le terme existe aussi (voy. *infra*, l'exemple cité dans la note 91), mais, de nos jours, le terme le plus fréquent pour désigner cet objet, notamment en droit de l'urbanisme, est « dérogation ». Cf. Y. JÉCOUZO, « Dérogation », *op. cit.*

(83) Voy. D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, chap. I.

(84) Cf., parmi tous, *Vocabulaire juridique*, p. 423 : « L'exception est une règle. » Les auteurs citent volontiers Domat pour étayer ce point.

À l'inverse, lorsqu'il s'agit d'analyser le phénomène dit de la « dispense », l'œil fonctionne dans le sens opposé : tous les yeux sont alors braqués sur les normes individuelles. Le mot « dispense » renvoie, dans l'esprit des observateurs, à une application individuelle. D'aucuns penseront à Abraham (dispensé par Dieu de l'interdiction de tuer), d'autres à M. Édouard Herriot (dispensé de payer ses factures de téléphone), d'autres encore aux héritiers du général de Gaulle (dispensés de payer les droits de mutation sur la succession de ce dernier (85)), etc. Ou si les membres de la doctrine ne pensent pas à une décision précise, ils penseront à la *catégorie* de la décision. En effet, la « dispense » est définie d'habitude comme une *décision* soustrayant une personne à l'empire du droit (plus exactement : à telle ou telle norme générale du droit). Selon la définition, souvent reprise, de Philippe Théry, « la dispense est une décision qui soustrait une personne déterminée à la règle qui lui est applicable. [...] La dispense est une décision. Statuant pour un cas particulier, elle présente les caractères de toute décision : concrète, catégorique et non permanente, par opposition à la règle hypothétique » (86). C'est une « autorisation de faire, exceptionnellement, ce qui est normalement prohibé » ou une « autorisation de ne pas faire ce qui est prescrit » (87).

Dès lors, ces auteurs opposent l'exception et la dispense comme deux catégories totalement distinctes : l'une prendrait la forme d'une règle (l'exception) alors que l'autre la forme d'une décision individuelle (dispense) (88). Or c'est oublier que l'exception (règle) donne

(85) Loi n° 70-1206 du 23 décembre 1970.

(86) Ph. THÉRY, « La dispense en droit privé », *Droits*, n° 25, 1997, p. 61. Voy. aussi Ph. MALAURIE, « Ouverture », *Droits*, n° 25, 1997, p. 4 (« acte gratuit et souverain qui écarte dans un cas particulier et pour une personne particulière, l'application de la règle ») ; A. LEFEBVRE-TELLARD, *op. cit.*, p. 15 (« La dispense est donc analysée comme supprimant pour un individu donné l'obligation d'observer la loi ») ; A. ROUVÈRE, « La dispense en droit public : l'un et le multiple », *Droits*, n° 25, 1997, p. 76 (« la dispense est couramment appréhendée comme une décision discrétionnaire ») ; Y. JÉGOUZO, « Dérégulation », *op. cit.*, p. 293. Plus large : *Vocabulaire juridique*, p. 351, v° « Dispense » (« le relâchement de la rigueur du Droit, accordé par faveur à un individu déterminé, pour des motifs particuliers, soit par une autorité publique, soit par une personne privée ») ; Chr. BLANCHARD, *op. cit.*, p. 422 (« neutralisation de la règle de droit applicable à l'espèce, en raison des circonstances et au nom de la finalité »).

(87) *Vocabulaire juridique*, p. 352, v° « Dispense ».

(88) Cette opposition est défendue vigoureusement par toutes les contributions du numéro 25 de la revue *Droits* consacrées à la dispense. Chr. Blanchard défend l'opposition en grande partie selon un autre point de vue, qui sera évoqué plus tard (*cf. infra*, note 106). L'analyse de Fr. Leurquin-de Visscher, en matière de dispense, est très proche de celle défendue ici, sauf sur un point final qui me paraît peu convaincant (*cf. pp. 71 et s.*). Au terme de son analyse, elle voit agir dans la dispense non pas un « effet dérogoratoire » (ce que j'appelle l'« effet exceptif »), mais un rapport de « suspension », qu'elle voit également à l'œuvre dans le mécanisme de l'état d'exception. Or existe-t-il un concept juridique de la « suspension (rapport de suspension, effet suspensif) » qui soit distinct de celui de

lieu à des *décisions* et que la dispense (décision) est accordée *en vertu d'une règle*. En analysant le mécanisme de la dispense (le « mécanisme dispensatoire ») dans sa totalité, l'on s'aperçoit que le cœur de celui-ci est formé d'une norme abstraite et impersonnelle, en vertu de laquelle une dispense (norme individuelle) est accordée ou refusée. Or cette norme générale est souvent perdue de vue, oubliée, occultée, à tel point que cette norme n'a pas de nom spécifique (puisque le mot « dispense » est réservé exclusivement aux normes dispensatoires individuelles). Appelons-la donc « norme dispensatoire générale » par opposition aux normes individuelles de dispense. Il est donc inexact d'affirmer que la dispense (décision individuelle) est « hors du principe de la légalité » (89) ou qu'elle « s'en dégage » (90). Surtout, ce qu'il faut observer est que cette norme abstraite et impersonnelle qui est au cœur du mécanisme de la dispense (la norme dispensatoire générale) est une *norme exceptive générale B*.

Prenons, en effet, des exemples paradigmatiques de la dispense que l'on trouve dans le Code civil (je cite d'après le Code civil français actuel) :

Article 144 – Le mariage ne peut être contracté avant 18 ans révolus.

Article 145 – Néanmoins, il est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves.

Article 161 – En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne.

Article 163 – Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce.

Article 164 – Néanmoins, il est loisible au président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées : 1° par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ; 2° (abrogé) ; 3° par l'article 163.

« l'effet dérogoratoire » ? Pour la définition de l'auteur, lire pp. 57 et s. Sur ce terme peu théorisé, voy. tout au plus, N. MOUFESSIS, « La loi suspendue », *D.*, 2003, pp. 139 et s.

(89) J.H. ROBERT, « Les aspects de droit pénal de la dispense », *Droits*, n° 25, 1997, p. 91.

(90) A. ROUVÈRE, *op. cit.*, p. 76 (« La dérégulation s'inscrit dans la légalité, tandis que la dispense s'en dégage. »).

Citons aussi, pour prendre un autre exemple tiré du droit public (luxembourgeois), l'ancienne loi sur les élections communales du 23 juillet 1848 (91) :

Article 50 – Le bourgmestre ne peut être parent ou allié d'aucun des échevins, ni d'aucun membre du conseil (communal) jusqu'au troisième degré inclusivement, et les échevins et autres membres ne peuvent être parents ou alliés entre eux au premier ou deuxième degré.

Article 52 – Il est permis à l'administrateur général [= ministre] chargé des affaires communales, aussi longtemps que le Roi Grand-Duc ne jugera pas nécessaire de prendre d'autres dispositions à cet égard, d'accorder aux échevins et autres membres des dispenses des dispositions contenues dans l'article 50 ci-dessus, lorsqu'elles seront commandées par défaut de sujets propres aux fonctions ou par d'autres raisons particulières de nécessité ou de grande utilité.

Dispenses des dispositions contenues dans l'article 49 qui précède, peuvent également être accordées aux échevins ; mais elles sont réservées au Roi Grand-Duc, de même que toutes celles qui concernent les personnes des bourgmestres, ainsi que des échevins des villes.

Tant les articles 145 et 164 du Code civil que l'article 52 de la loi sur les élections communales énoncent une règle générale. Celle-ci, (a), soustrait un type de cas (ceux définis par une instance dont le pouvoir discrétionnaire est tantôt très large, tantôt plus encadré) afin de, (b), les soumettre à un autre régime qui, lui, est intégralement prédéterminé par la loi (le bénéficiaire du dispositif de dispense est déchargé/exempté/affranchi de la norme A : c'est un régime juridique « allégé »). Au vu de ces deux éléments, il s'avère que le mécanisme dit de la « dispense » relève encore et toujours du concept de l'exception tel qu'accepté communément. Il y a, à la fois, l'aspect déconstructif (l'action de soustraction, de captation à l'égard du champ d'application d'une autre norme) et l'aspect constructif (la définition d'une autre règle de fond : ici, le régime allégé). La norme générale qui est au cœur du mécanisme de la dispense est donc une norme exceptive générale B. Les dispenses (décisions) sont des normes exceptives individuelles.

Cette qualification d'« exception » n'empêche pas d'identifier une éventuelle spécificité des mécanismes exceptifs appelés couramment,

(91) *Mémorial A*, 1848, n° 66, p. 543. <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1848/0066/a066.pdf#page=1>.

par le droit positif et/ou la doctrine, « dispenses » ou autrement (92). Mais c'est une spécificité à l'intérieur du genre « exception ». Il se peut, en effet, lorsqu'est utilisé le mot « dispense », que ce soit par le droit positif et/ou par la doctrine, que soit visé un certain *type* ou *espèce* d'exception. À l'instar de toute norme abstraite et impersonnelle, la norme exceptive B peut se présenter sous différentes formes. La norme exceptive générale B peut soit définir elle-même la norme primaire applicable (appelons ce cas le « mécanisme exceptif simple, sans délégation de pouvoir normatif général »), soit habiliter une autre instance à définir, par voie de normes générales, la teneur de la règle de fond exceptive (« l'exception définie en vertu d'une délégation », « mécanisme exceptif complexe ») (93). Les conditions du régime de l'exception, définies soit par l'autorité initiale, soit par l'autorité déléguée, peuvent être très précises et strictes (l'application de l'exception est de droit, pour l'individu, lorsqu'il remplit tous les critères), ou laisser un large pouvoir discrétionnaire à l'instance édictant les normes exceptives individuelles. L'utilisation des divers pouvoirs (pouvoirs d'édicter des normes exceptives générales et/ou individuelles) peut être, ou non, soumise à un contrôle juridictionnel. Enfin, la Constitution peut autoriser ou interdire tel type d'exception, à l'instar de celui appelé « dispense » (94).

De nombreux auteurs estiment qu'en droit positif, le mot « dispense » renvoie – ou, du moins, devrait renvoyer – à des cas où l'autorité chargée de l'édiction des normes individuelles de dispense dispose d'une liberté totale d'en définir les bénéficiaires (95). Si l'on admet que le mécanisme dit de la « dispense » relève de la catégorie de l'exception,

(92) Notamment « dérogation », en droit de l'urbanisme français.

(93) Voy., infra, B, 3°.

(94) Rares sont les textes constitutionnels à thématiser de manière explicite et globale la problématique des exceptions. Le plus souvent, c'est le procédé spécifique des dispenses qui attire l'attention des constituants, soit qu'ils l'interdisent (cas le plus fréquent), soit qu'ils l'autorisent. Sans prétention à l'exhaustivité, voy., p. ex., en Angleterre, le *Bill of Rights* de 1689 (interdiction du pouvoir royal de suspendre la loi ou d'en dispenser) ; aux Pays-Bas, art. 68 Loi fondamentale de 1815 (version de 1815) ; en France, art. 13 Charte de 1830 ; en Belgique, art. 67 Const. de 1831 (version de 1831) et art. 108 Const. de 1831 (version actuelle) ; au Luxembourg, art. 36 Const. de 1848 et art. 36 Const. de 1868 (version de 1868) ; dans le duché de Brunswick, § 6 Const. de 1832 ; dans le duché de Cobourg et Gotha, § 134 Const. de 1852 ; au Danemark, art. 32 Loi fondamentale de 1849 et art. 25 Loi fondamentale de 1953 (version actuelle) ; en Suède, chap. 12, § 8, du *Regeringsform* de 1974 (version actuelle), etc.

(95) En ce sens, p. ex., Ph. MALAURIE, « Ouverture », *Droits*, n° 25, 1997, p. 4 (« la dispense du droit, acte gratuit et souverain ») ; J.H. ROBERT, *op. cit.*, pp. 91 et s. (il parle de « dispenses souveraines, à l'abri du principe de légalité », car déliées de tout critère de fond et de tout contrôle juridictionnel) ; A. ROUYÈRE, *op. cit.*, p. 75 (elle suggère une distinction entre, d'un côté, la dérogation et l'exception, « procédés juridiquement organisés » et, de l'autre, la dispense « marquée par sa dimension extrajuridique ») ; Chr. BLANCHARD, *op. cit.*, pp. 351 et s. (lorsque le législateur peut prévoir les circonstances dans lesquelles l'application de la règle serait néfaste, il a recours à une « exception » ; en cas d'imprévisibilité, il a recours au mécanisme de la « dispense »).

il en serait un type particulier où l'autorité publique chargée de l'application de la norme exceptive générale : a) ne disposerait d'aucun pouvoir discrétionnaire quant à la définition des règles de fond applicables aux cas soustraits (c'est la norme exceptive générale qui définit, à 100 %, le régime allégé) ; mais b) disposerait d'un pouvoir discrétionnaire total quant à la détermination des cas soustraits (l'identité des bénéficiaires de la dispense). Une telle distinction est dotée d'une certaine pertinence historique ; c'est d'ailleurs ce type de mécanisme exceptif qui est le plus identifié, et stigmatisé, dans les textes constitutionnels. En revanche, sa valeur descriptive resterait à vérifier en ce qui concerne le droit actuel : il n'est pas certain qu'elle reflète l'usage dominant du mot « dispense » en droit positif contemporain et que les cas identifiés, peu importe d'ailleurs qu'ils soient qualifiés ou non de « dispenses » par le droit positif, soient encore très nombreux (96). Mais, à nouveau, il ne s'agit là, au mieux, que d'un type d'exception. Cette question n'a pas besoin d'être approfondie ici, car l'objet de cet article se limite à la définition du *concept* d'exception. Dégager une *typologie* des exceptions, en dégageant les variantes (logiques et/ou historiques), relève d'un autre travail (97).

B. – L'existence d'une concurrence (d'un conflit) entre les normes A et B

Pour l'instant, il a été retenu que l'exception est une technique juridique qui suppose, au minimum, deux normes générales primaires A et B ou deux ensembles de normes générales primaires. Or quel est le *rapport* entre ces deux normes ou ensembles de normes ? En quoi ce rapport crée-t-il une situation différente, spécifique, en comparaison à la situation dans laquelle se trouvent, au sein d'un même système juridique, deux normes quelconques qui ne sont pas dans un tel rapport exceptif et qui, en ce sens, peuvent être dites « indépendantes » ?

1. Deux normes inconciliables

Le premier critère à noter est que les contenus respectifs (les positifs) des deux normes A et B sont inconciliables. Empiriquement,

(96) Sur les deux registres, l'évolution contemporaine du droit positif français va dans le sens contraire. Cf., pour le droit privé : Ph. THÉRY, « La dispense en droit privé », pp. 61 et s. ; Chr. BLANCHARD, *op. cit.*, pp. 613 et s. ; pour le droit public : A. ROUYÈRE, *op. cit.*

(97) Pour une esquisse d'une typologie, cf. la 2^e partie de la thèse de J.-M. de Moy.

le destinataire ne peut, à la fois, obéir à A et à B. Il n'y a pas de « concurrence cumulative » où il serait possible d'appliquer les deux normes de façon complémentaire (98). Les contenus de A et B s'excluent. Nécessaire, ce critère de l'incompatibilité n'est toutefois pas suffisant : un tel rapport de contradiction existe aussi dans les phénomènes de violation/d'illégalité (le contenu d'une norme inférieure est incompatible avec le contenu des normes supérieures), d'abrogation (le contenu de la norme postérieure contredit le contenu de la norme antérieure) ou de « parallélisme » (deux législations indépendantes l'une de l'autre, au contenu contradictoire, mais dont le champ d'application diffère). Il faut donc cerner de plus près le phénomène de l'exception.

2. L'inclusion du champ d'application de B dans celui de A : la différence entre « exception » et « juxtaposition de deux normes indépendantes »

Ce qui fait la spécificité du lien de concurrence, ou de conflit, entre les normes A et B dans le cadre d'un rapport exceptif est l'emboîtement de leurs champs d'application (personnel, matériel, géographique et chronologique). Il y a une différence quant à leur « degré de généralité » (J.-L. Bergel) (99). Les deux champs ne sont pas identiques. Il n'y a pas non plus de chevauchement partiel (intersection) de deux champs distincts (100). Le champ d'application de B est intégralement inclus (« enchâssé ») dans celui, plus grand, de A. Celui de A englobe celui de B. B entend capter une partie des cas d'espèce relevant de A afin de les soumettre, sur le fond, à une régulation différente (la sienne). Cette captation se fait, comme déjà indiqué, par le biais d'une norme impersonnelle. L'exception n'entend pas seulement capter un cas nommé désigné, mais une catégorie abstraite de cas.

Prenons l'exemple fictif n° 3 suivant :

Article 1^{er} (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013) – Tous les magasins en France sont fermés le dimanche.

Article 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013) – Les magasins dans le sud de la France peuvent ouvrir le dimanche.

(98) P. KOLLER, *Theorie des Rechts*, *op. cit.*, p. 193 (la distinction entre « kumulative Normenkonkurrenz » et « verdrängende Normenkonkurrenz »). Voy. aussi Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*, pp. 86 et s. sur les difficultés d'application de cette distinction en pratique.

(99) J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, p. 192.

(100) En revanche, ce cas de figure est inclus chez Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*, pp. 84 et s.

L'idée que le champ d'application de A englobe celui de B signifie que l'applicabilité de chaque norme, A (art. 1^{er}) et B (art. 2), prise isolément – si l'on faisait abstraction de l'existence de l'autre norme – est indéniable (101). Imaginons un magasin à Aix-en-Provence : si je lis l'article 1^{er}, et seulement l'article 1^{er}, il est indéniable que ce magasin situé à Aix rentre dans le champ d'application de la norme énoncée par l'article 1^{er}. Il en va de même si je lis l'article 2. Chaque norme prétend donc régir ce cas d'espèce. Or, comme le contenu des deux dispositifs est inconciliable, il y a conflit, concurrence.

L'idée que chacune des deux normes est, de prime abord, applicable – « prime abord » voulant dire : tant que n'est pas intervenue la norme régulatrice R qui, au sein du système, départage les prétentions en conflit – est centrale au concept d'exception tel qu'il est défini ici et tel qu'il est communément admis. L'on est face à un conflit entre deux normes. L'idée qu'au sein d'un système juridique, il puisse exister des conflits entre les normes de ce système, est, certes, admise de nos jours par la plupart des juristes, praticiens, dogmaticiens et théoriciens (102). Pourtant, elle n'est pas incontestée. Ce qu'est un « conflit de normes juridiques » fait l'objet de définitions controversées, tantôt larges, tantôt étroites. Sur cette problématique, Kelsen, par exemple, a adopté des positions opposées au cours de sa vie (103). L'idée d'un « conflit » en cas d'abrogation d'une loi antérieure par une loi postérieure a été rejetée par d'aucuns (104), en arguant qu'il ne pouvait y avoir de conflit que si les deux lois coexistaient, étaient valides au même moment (or, lorsqu'existe la loi antérieure, la loi postérieure n'est pas encore entrée en vigueur, et vice versa). Pour une minorité d'auteurs, tous les soi-disant « conflits » ne sont qu'une apparence, une illusion, car le système juridique définit bien, dans les différents types de « conflits », laquelle des normes s'applique (105). La conceptualisation ici proposée de l'exception repose sur le postulat de la possibilité de conflits entre normes

(ici, de normes se situant sur un même niveau). À l'inverse, le rejet de cette prémisse théorique aboutit à une conceptualisation totalement différente du mot « exception » (106).

Clarifions encore quelques implications de cette vision fondée sur l'idée de conflit.

Étant donné que les deux normes A et B affirment leur vocation à s'appliquer à cette catégorie contestée de cas, la disparition de l'une dégage, automatiquement, la voie à l'autre. Si la norme exceptive B disparaît, que ce soit pour cause d'abrogation, d'invalidation judiciaire ou d'échéance du terme (extinction), plus rien ne s'oppose à la prétention de la norme dite de principe de régir la totalité de son champ d'application (107) (ici ressort la différence entre le mode opératoire de la norme exceptive et celui d'une norme abrogatoire (108)).

(106) Voy., p. ex., la définition esquissée par François Rigaux dans sa préface à Fr. Leurquin-de Visser, *La dérogation en droit public*, p. II : « Il n'existe pas de conflit entre la règle et les exceptions, mais un ensemble de dispositions qui se complètent et qu'une saine interprétation doit être en mesure d'harmoniser » (l'existence d'un conflit de normes est, en revanche, un élément central du concept de dérogation *lato sensu* et, donc, aussi de l'exception, tel que défini par Fr. Leurquin-de Visser. Cf. pp. 27 et s., 83 et s.). Plus explicite encore : Chr. BLANCHARD, *La dispense en droit privé*, pp. 326 et s. Selon l'auteur, les deux normes (la règle de principe et l'exception) disposent chacune d'un champ d'application distinct, parallèle. Les deux ne se superposent pas. « Les deux règles ne peuvent coexister : chacune dispose de son domaine, dans lequel elle intervient exclusivement. [...] Il s'opère ainsi une répartition des hypothèses entre les deux normes. L'exception n'est pas tributaire de l'applicabilité de la règle de principe à l'hypothèse. Plus encore, l'applicabilité de l'exception suppose nécessairement l'absence d'applicabilité de la règle de principe, confirmant leur mise en œuvre nécessairement alternative » (pp. 329-330). Selon cette lecture, le phénomène de l'exception consiste en la juxtaposition de deux normes indépendantes. *Ab initio*, leurs champs d'application respectifs sont distincts. Une telle grille pourrait s'appuyer sur un certain type de formulation des énoncés des normes. Imaginons, en effet, que notre exemple fictif n° 3 soit reformulé de la façon suivante (je mets en italique les termes ajoutés). Article 1^{er} – *Sous réserve de l'article 2*, tous les magasins en France sont fermés le dimanche. Article 2 – Les magasins dans le sud de la France peuvent ouvrir le dimanche. Or, il me semble, que ce type de formulation que l'on rencontre en droit positif ne contredit pas la grille d'analyse proposée ici, car, selon la thèse ici défendue, les mots « Sous réserve de l'article 2 » ne définissent pas la norme A, mais participent à la définition de la norme régulatrice R. C'est une évocation de la norme *Specialia generalibus derogant*. Notons aussi que Chr. Blanchard s'appuie sur sa définition de l'exception afin de conclure à une différence de nature entre « dispense » et « exception ». Alors qu'il exclut l'applicabilité de la norme A dans le cadre d'une « exception », il l'admet dans le cadre d'une « dispense » (cf. p. 343). Dans le cadre de la dispense, mais non dans celui de l'exception, il admet l'existence d'un conflit de normes.

(107) Cf. Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 56.

(108) Dans le cas d'un rapport d'abrogation, la norme B détruit la norme A de façon totale (dispositif et champ d'application) et définitive (l'abrogation ultérieure de la norme abrogatoire ne remet pas en vigueur la norme initialement abrogée ; cf. le droit français actuel décrit par P. DEUMIER, « Abrogation sur abrogation ne vaut ». *Rec. trim. dr. civ.*, 2010, pp. 55 et s., qui relève toutefois aussi que, dans le passé, les juges français appliquaient la solution inverse). En cas d'abrogation, A n'est plus une norme valide : elle ne fait plus partie du système juridique. Je précise que A, comme B, désigne ici non pas un ensemble de normes, mais une seule norme. En revanche, si B est une exception par rapport à A, l'effet exceptif n'agit pas sur le dispositif de A, mais seulement sur son champ d'application. A reste valide, mais son champ d'application est restreint (en vertu de R), tant que et dans la mesure où la norme exceptive B est valide. Cf., de façon analogue, les distinctions entre « dérogation » et

(101) En ce sens aussi : Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*, pp. 75 et s. Elle parle de « coapplicabilité » (p. 34).

(102) Voy., p. ex., P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris, L.G.D.J., 2011, pp. 265-335 (« Titre II : le droit des conflits de normes ») ou P. KOLLER, *Theorie des Rechts, op. cit.*, pp. 193 et s. (« Die Konkurrenz rechtlicher Regeln »).

(103) Comp. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1^{re} éd. (1934), rééd. avec une préface de M. Jestaedt, Tübingen, Mohr, 2008, p. 99, pp. 143 et s.; *RR*, 2^e éd., pp. 209 et s.; *TPD*, 2^e éd., trad. Eisenmann, pp. 273 et s.; sur certains écrits ultérieurs des années 1960, cf. S.L. PAULSON, « Zum Problem der Normenkonflikte », *ARSP*, vol. LXVI, 1980, pp. 487 et s.; enfin, *Allgemeine Theorie der Normen*, chap. 29, pp. 99 et s., chap. 57, pp. 166 et s.

(104) Dont KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, p. 178.

(105) En ce sens : K.F. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, Heymann, 1994, p. 155.

A ne sera plus qualifiée de règle « de principe » (car il n'y a plus d'exception), mais simplement de « règle », de norme. Elle relèvera de l'espèce des normes sans exception (« indépendantes »). De même, si la norme de principe A disparaît (p. ex., elle est abrogée par le législateur), la norme B (si elle n'a pas été abrogée en même temps par le législateur) continue à s'appliquer à son champ d'application. Sa préférence n'est plus contestée/concurrencée par une autre (celle de A). B change toutefois de qualité : elle n'est plus une norme dite « exceptive », elle est simplement une norme. Ces observations permettent de mieux cerner l'idée de « dépendance » entre la règle de principe et l'exception : s'il est certain que la qualification d'une norme de « norme exceptive » présuppose logiquement l'existence concomitante d'une « norme de principe », la destruction de l'une n'entraîne pas forcément la destruction de l'autre. En langage imagé : les deux normes ne sont pas liées « à vie ou à mort ».

L'existence d'un conflit entre A et B permet de différencier l'exception d'un autre phénomène normatif qui, parfois, est appelé « indépendance » ou « autonomie » d'une norme ou ensemble de normes. Que l'on pense, par exemple, aux discours sur « l'autonomie » du droit fiscal, du droit administratif, etc., par rapport à une autre branche du droit. L'on peut aussi parler de juxtaposition, de cohabitation ou de parallélisme de normes. Le phénomène, somme toute très banal, est connu même s'il n'est pas labélisé par un terme générique. Il s'agit de deux ou plusieurs normes, ou ensembles de normes, dont les contenus sont incompatibles, mais dont les champs d'application sont distincts. Pour éclairer la différence entre le parallélisme de deux normes A et B et l'existence d'un rapport d'exception entre A et B, je propose l'exemple fictif suivant (n° 4). Imaginons un législateur qui voudrait réguler différemment le régime d'ouverture des magasins le dimanche dans le sud et dans le nord du pays. Deux techniques s'y prêtent.

Technique n° 1 : l'exception. Le législateur énoncera les deux normes suivantes :

Article 1^{er} – Tous les magasins sont fermés le dimanche.

Article 2 – Dans le sud, les magasins seront fermés le lundi.

« abrogation » chez P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, p. 307 ; Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*, pp. 55, 58 et s.

Technique n° 2 : la technique de deux normes indépendantes (parallélisme). Le législateur énoncera les deux normes suivantes :

Article 1^{er} – Dans le nord du pays, les magasins sont fermés le dimanche.

Article 2 – Dans le sud, les magasins sont fermés le lundi.

À première vue, le résultat semble être le même, quelle que soit la technique utilisée. Or cette impression est trompeuse. Imaginons que la délimitation de ce qu'est le « sud » pose problème. Tel village se situant au milieu du pays est-il au sud ou au nord ? Si le législateur a utilisé la technique de l'exception, l'exception implique, selon les canons traditionnels, une interprétation restrictive (109). Dans le doute, il faudrait appliquer l'article 1^{er}. Si le législateur a énoncé le droit sous forme d'une juxtaposition de régimes particuliers, le juge pourra rattacher le village soit au nord, soit au sud, en fonction du canon d'interprétation retenu (110).

3. Deux normes de même rang : la différence entre « exception » et « violation », entre « exception » et « dérogation stricto sensu »

Les critères identifiés pour l'instant, afin de construire une exception, ne sont pas suffisants encore, car le cas de deux normes (générales) A et B qui se contredisent et dont les champs d'application s'emboîtent pourrait relever du phénomène de la violation (illégalité). Il y a violation lorsqu'une norme de rang inférieur contredit les normes de rang supérieur. Dans ce cas, si le système juridique prévoit un mécanisme d'élimination des normes inférieures contraires aux normes supérieures, la norme B est susceptible d'être invalidée. À l'inverse, dans le cadre d'un rapport exceptif, la norme B l'emporte sur A, en vertu de la norme régulatrice R. La comparaison avec le phénomène des violations montre donc que, pour qu'il puisse y avoir une exception, il faut que la norme B soit de même rang que la norme A. Si elle était de rang inférieur, elle constituerait non pas une norme exceptive, mais une *norme illégale* (111). Si l'autorisation (voire l'obligation) donnée aux soldats de tuer les soldats ennemis en cas de guerre était fondée sur un règlement, et seulement un règlement, alors que l'interdiction générale de tuer était, elle, ancrée dans

(109) Cf., *infra*, C, 2^e.

(110) Pour une illustration de ces enjeux en droit positif, cf. le débat autour des art. 3 et 4 de la loi française du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation. Alors que la Cour de cassation traite ces deux articles comme deux régimes parallèles, la doctrine tend à voir dans l'article 4 une exception qui devrait être interprétée de façon restrictive.

(111) Pour une illustration, cf. la décision du Conseil d'État français dans l'affaire *Dame David* (4 octobre 1974), *Rec. Lebon*, 1974, p. 464.

une loi, la contradiction entre les deux normes devrait être résolue selon le principe de la hiérarchie formelle des normes (112). Le conflit serait hiérarchique, et non horizontal, comme c'est le cas avec une exception.

Précisons un détail important : lorsqu'il est affirmé que B doit être de même rang que A, cela n'implique pas nécessairement que B, *dans son intégralité*, se situe au même rang que A. Il se peut qu'il en soit ainsi : le législateur fixe la règle de principe et, dans la même loi (113) ou dans une autre loi (postérieure) (114), la norme B en tant qu'exception par rapport à A. Il s'agit là de mécanismes exceptifs « simples », « sans délégation de pouvoir normatif général ». Le législateur peut toutefois aussi procéder d'une autre façon, plus complexe. Par exemple, il fixe, par la loi, le principe à portée nationale de la fermeture dominicale et, par une loi (la même ou une autre), autorise dans certaines conditions les autorités locales à fixer des règles générales locales qui, dans leur champ d'application géographique respectif, peuvent prévoir une solution incompatible avec la règle nationale de la fermeture dominicale. Dans ce cas, le mécanisme exceptif se décline en trois niveaux : 1° une première norme générale qui, sous certaines conditions (éventuellement déjà de fond), habilite telle(s) autorité(s) à définir des normes exceptives générales ; 2° les normes exceptives générales produites par les autorités habilitées à cet effet (« Dans le département X, les magasins sont fermés le lundi », « Dans le département Y, les magasins d'alimentation peuvent ouvrir le dimanche après-midi », etc.) ; 3° les

normes exceptives individuelles. Dans ce type de situation, B n'est plus une seule norme, mais est formée de deux ensembles : d'une part, la norme d'habilitation et, d'autre part, les diverses normes exceptives générales prises en vertu de cette habilitation. Ces dernières normes sont, certes, de rang inférieur par rapport à la norme A, mais elles peuvent valoir exception par rapport à A parce que la norme d'habilitation, elle, est de même rang que A. Appelons ce cas les « mécanismes exceptifs complexes », « avec intervention d'une délégation de pouvoir normatif général ».

Dans une partie de la littérature – dans les écrits de Françoise Leurquin-de Visscher et d'Aude Rouyère –, ces deux cas de figure (les « mécanismes exceptifs simples » et les « mécanismes exceptifs complexes ») sont rangés sous deux termes distincts : seul le premier cas est appelé « exception » alors que le second type de phénomène est désigné sous le terme de « dérogation », de « dérogation stricto sensu ». Or, comme le note elle-même Fr. Leurquin-de Visscher (115), cette différence tient au régime juridique, et non à une différence conceptuelle. Le concept fondamental dégagé par l'auteure tout au long de la première partie de sa thèse (pp. 15-99) – concept appelé par elle « le rapport de dérogation » ou « effet dérogatif » –, s'applique tant à ce qu'elle appelle « exception » (absence de délégation de pouvoir) qu'à ce qu'elle appelle « dérogation stricto sensu » (présence d'une délégation de pouvoir). L'intervention d'une délégation de pouvoir n'est donc qu'un élément accessoire qui, certes, complique le régime en droit positif de l'opération, mais ne touche pas à sa structure conceptuelle fondamentale. Selon Fr. Leurquin-de Visscher, l'exception et la dérogation stricto sensu ont en commun un même rapport fonctionnel : « l'effet dérogatoire » (la dérogation, *lato sensu*, en tant que rapport). « L'effet dérogatoire [doit] être analysé comme étant la solution d'un conflit entre deux règles qui, toutes deux applicables et relevant d'un même ordre juridique, se révèlent inconciliables pour partie » (116). « Pour résoudre le conflit, un choix entre les deux règles est à exercer. Partant, la règle dont la solution n'a pas été retenue subit une limitation de son domaine d'application : la partie contestée de son domaine matériel échappe à sa maîtrise. Cette limitation, qui prend le nom de dérogation, atteint la règle dans son droit de commandement » (117). « Déroger à

(112) On présuppose que, dans le système juridique donné, le « règlement » est une source juridique inférieure à la source appelée « loi ».

(113) Voy., p. ex., articles L 3132-3 et s. du Code du travail français en ce qui concerne la règle du repos dominical et ses nombreuses exceptions (appelées « dérogations » par le Code du travail).

(114) Quelques mots sur la position chronologique de la norme exceptive B par rapport à A. Que A et B soient posées au même moment, dans le même document, ne pose pas de problème particulier. Que B puisse être posée à une date ultérieure est aussi fréquent : le législateur se ravise, en se rendant compte de la nécessité d'introduire une exception dans la loi. Analytiquement, le seul problème est de savoir si, dans ce cas, nous sommes bien dans le cadre d'une exception et non d'une abrogation (*lex posterior derogat priori*). Une exception peut-elle être posée avant la règle de principe ? Du point de vue logique, la qualification « norme exceptive » est nécessairement concomitante avec celle de « règle de principe ». Il se peut, toutefois, que la norme B existe avant A, en tant que norme, mais sans avoir déjà la qualité de norme exceptive. Imaginons qu'à la date t, le législateur régit un champ social par trois règles indépendantes aux champs d'application distincts (juxtaposition des trois normes A, B et C). À la date t + 1, il abroge explicitement deux de ces normes (A et B) et établit un énoncé plus général (D) qui englobe tous les cas, y compris ceux de C. Si on estime que la nouvelle règle, nonobstant sa portée vaste, n'abroge pas (implicitement) C, C devient, à la date d'entrée en vigueur de D, une exception à D. Pour un exemple historique analogue, cf. J.-L. BRAGEL, *Méthodologie juridique*, p. 194, qui cite le cas de la loi française de 1884 sur les syndicats. À l'époque de sa création, cette loi était une exception par rapport au principe général d'absence de liberté d'association. En 1901, la loi sur la liberté d'association n'a pas abrogé explicitement la loi de 1884 ; la doctrine a considéré que la loi de 1901 régissait toutes les associations sauf les syndicats. Dès lors, la loi de 1884 est devenue, en 1901, une exception cette fois-ci à la loi de 1901. Voy. aussi l'exemple cité par J.-M. DE MOY, *op. cit.*, p. 88, n° 156.

(115) FR. LEURQUIN-DE VISSCHER, *La dérogation en droit public*, p. 102.

(116) *Ibid.*, p. 90.

(117) *Ibid.*, p. 99.

une règle [...], c'est supprimer une partie du domaine d'application d'une règle [...] sans pour autant supprimer cette règle, c'est-à-dire l'abroger » (118).

Or, à comparer cette définition de la « dérogation *lato sensu* » avec celle présentée jusqu'ici sous le nom de l'« exception », l'on observe, à quelques détails près, une grande convergence. Cette synonymie ressort aussi de la lecture du *Vocabulaire juridique*, où le verbe « déroger » est défini par : « faire exception au principe, à la règle [...] en soustrayant à son application un domaine particulier » (119).

C. – *Les règles de régulation du conflit :
le rôle des normes régulatrices R*

Pour l'instant, nous sommes en présence de deux normes A et B, de rang égal, aux contenus inconciliables. Comment le conflit entre ces deux normes sera-t-il réglé ? En soi, le système juridique pourrait ne pas le résoudre. Comme l'a noté Kelsen, un système juridique pourrait exiger, à l'égard des mêmes destinataires, dans une même situation, une conduite A et son contraire (non-A). Empiriquement, le destinataire ne pourrait exécuter les deux, mais cela n'empêcherait pas le système de le récompenser pour avoir fait A et de le punir pour ne pas avoir fait non-A, ou vice versa. Cela est tout à fait possible. Le système donné serait, bien sûr, injuste et absurde (sauf à penser que le but du système est de livrer les individus à l'arbitraire du pouvoir). Dans le cadre du mécanisme exceptif, une telle issue n'est pas prévue : la conceptualisation classique (incontestée) de l'exception fait intervenir une norme régulatrice R qui, au moment de l'application aux cas d'espèce, départage les prétentions entre les deux normes concurrentes. Définissons donc le statut (1), le contenu (2) et la fonction de R (3).

1. *Le statut de R*

Il est à noter tout d'abord que la résorption du conflit fait intervenir nécessairement une troisième norme, distincte de A et de B. Ce point doit être souligné, car, dans le langage courant, l'effet exceptif

– la soustraction d'une partie des cas d'espèce du champ d'application de A au profit de B – est souvent attribué à B. Selon ce discours, c'est « l'exception » (donc B) qui « a soustrait » ces cas à la règle de principe (120). L'existence et le rôle de R sont ignorés. Or seule une norme externe (à A et à B) peut servir de mesure à un conflit entre deux normes, quel que soit du reste le contenu de cette norme. La thèse de la nécessaire extériorité de R a déjà été affirmée par Kelsen. Au sujet des conflits de normes, il développe, dans son ouvrage *Allgemeine Theorie der Normen* (121), trois affirmations majeures : a) la résorption du conflit fait intervenir une troisième norme ; b) cette norme est une norme de droit positif, et non un principe *a priori* sans lequel il serait impossible de concevoir un système juridique (122) ; c) cette norme fait perdre la validité à l'une ou l'autre des deux normes ou aux deux. L'affirmation b) est discutable. Si on admet (*cf.* c) que la norme R agit sur la validité de la norme, R doit être supérieure à A et à B. Seule une norme supérieure peut fonder les prétentions normatives de l'une ou de l'autre. Dans certains cas, R serait donc nécessairement une norme de nature suprapositive si A et B font partie de la strate suprême des normes du droit positif (p. ex., une exception contenue dans la Constitution ou dans le droit international, si l'on estime que ce dernier est la norme suprême du droit positif).

2. *Le contenu de R*

Quant au contenu de R, celui-ci est constitué en vérité, le plus souvent, de plusieurs normes. Il n'y a pas une norme comme, par exemple, « il faut appliquer la norme la plus juste », celle qui est la plus juste par rapport au cas d'espèce. Ou, autre exemple : « il revient au juge de choisir discrétionnairement entre la règle A et la règle B ». On observe au contraire l'existence d'une pluralité de normes générales qui, en partie, sont contradictoires et dont la plupart s'attachent surtout à la forme de chaque norme, sans égard pour son contenu concret. Dans le cadre de l'ordre juridique français actuel (auquel je me limite), la doctrine

(120) Un exemple parmi d'autres : Chr. BLANCHARD, *op. cit.*, p. 343 : « L'exception affecte l'applicabilité même de la règle de principe. Elle lui dénie sa vocation à s'appliquer à l'espèce. »

(121) H. KELSEN, *op. cit.*, chap. 29, III-IV, pp. 101 et s.

(122) Kelsen pense, en particulier, à la norme *lex posterior derogat priori*. Lire aussi RR, 2^e éd., 210 (TPD, p. 275), où il considère que la norme *lex posterior* est incluse dans l'attribution, par la Constitution, du pouvoir législatif à certains organes. Ceux-ci sont habilités à faire et à défaire des lois. En revanche, si on souscrit à une définition jurnaturaliste du droit, le droit naturel, *via* le principe de justice et le principe d'égalité, comporte des directives.

(118) *Ibid.*, p. 62.

(119) *Vocabulaire juridique*, p. 332, v^o « Déroger ». Voy. aussi, *ibid.*, les sens du mot « dérogation ». Sens n^o 1 : « Action d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier » [*cf.* le mécanisme des dispenses]. Sens n^o 2 : « Dérogation apportée par une loi (dite dérogatoire) qui, sans abroger le droit antérieur, l'écarte de façon permanente ou temporaire, dans un domaine déterminé. »

avance la série de normes R suivantes. La première norme, incontestée, et que l'on retrouve dans tous les systèmes se servant de l'instrument de l'exception – tant elle est consubstantielle à l'idée d'exception –, est celle résumée à travers l'adage latin *Specialia generalibus derogant* (123). B découpe un champ d'application plus petit, plus spécifié auquel elle applique un dispositif censé, de prime abord, être plus adapté, car plus spécifié. « C'est cette précision même qui motive la préférence donnée à l'application de la règle spéciale » (124), soit par référence à la qualité intrinsèque, supposée ou vérifiée, de la règle (125), soit par référence à la volonté, réelle ou reconstruite, du législateur (si ce dernier s'est attaché à extraire ce type de cas de la masse des cas ordinaires, il a signalé ainsi sa volonté de faire échapper ces cas à l'empire de la règle de principe). Cette première norme joue donc en faveur de la norme B.

Son impact est toutefois restreint par une deuxième norme, selon laquelle les exceptions sont d'application « stricte », voire « très stricte ». Là aussi, les juristes français (mais aussi belges, luxembourgeois, etc.) se servent d'un adage latin, ce qui ne clarifie pas forcément la source de droit positif de cette norme. Il s'agit de l'adage : *Exceptio est strictissimae interpretationis* (126). En cas de doute, l'interprétation doit jouer en faveur de la norme A, celle qui est la « règle de principe ». Le champ d'application d'une exception ne devrait pas être étendu par voie d'analogie. Cet adage est toutefois controversé : des études de la jurisprudence française (127) (et aussi belge (128)) montrent qu'il n'est pas toujours appliqué. Est-ce à dire qu'il ne s'agit pas d'une norme de droit positif français ou qu'il s'agit d'une norme qui, dans ces cas, à tort ou à raison, n'a pas été appliquée ? Au sein de la doctrine française, la légitimité de cette norme est également diversement appréciée. Certains la justifient au nom de l'égalité-uniformité et délégitiment de manière générale tout ce qui est « exceptionnel », « particulier ». *Odiosa*

(123) J.-M. DE MOY, *op. cit.*, pp. 115 et s.; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 4^e éd., 1999, pp. 296 et s.; A. SIRI, « Des adages *Lex posterior derogat priori* & *Specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *R.R.J.*, 2009, vol. 4, pp. 1781 et s.

(124) Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 85.

(125) Cf. l'argument cité, non sans réserves personnelles, par Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 45 : « Si le spécial l'emporte sur le général, c'est que la précision ne peut que gagner en qualité. »

(126) H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, pp. 231 et s.; J.-M. DE MOY, *op. cit.*, pp. 101 et s.

(127) Cf. les exemples cités par J.-M. de Moy, par E. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 2011, pp. 285 et s. et par les divers manuels d'introduction au droit.

(128) Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*, pp. 96 et s.

sunt restringenda. L'exceptionnel évoque l'exorbitant, le spécial, le particulier, voire l'anormal alors que « le droit commun est égalité, capacité, liberté » (129). Dans une société politique où tous sont censés être égaux, l'exception est, à première vue, un scandale. D'autres auteurs, au contraire, en appellent à une vision plus nuancée de l'égalité, qui appelle et justifie des différenciations juridiques (*suum cuique tribuere* !). Le juriste ne saurait donc, de prime abord – sans même avoir approfondi le contenu et la raison d'être d'une exception –, stigmatiser celle-ci. Selon cette vue, il y a lieu d'abandonner ou, du moins, de relativiser l'adage *Exceptio est strictissimae interpretationis* (130). En matière d'interprétation, selon Carbonnier, la norme exceptive B devrait être traitée non comme une « exception » (label péjoratif), mais comme une simple norme à laquelle tous les canons d'interprétation ordinaires pourraient être appliqués. En particulier, il faudrait l'interpréter selon sa *ratio legis* (interprétation téléologique), ce qui pourrait, le cas échéant, aboutir à des interprétations extensives. L'adage ne s'appliquerait que si le contenu de B est « odieux » (G. Cornu). Sans pouvoir entrer dans les détails de ce débat, je signalerai simplement que, dans le cadre de la norme R, devrait aussi être pris en compte le principe (constitutionnel) d'égalité qui, dans la littérature actuelle des introductions générales au droit, est peu mobilisé. Or, au fondement de la question de la légitimité d'une exception, se situe la question du respect du principe d'égalité, lequel ne doit pas être confondu avec l'idée d'uniformité. Il n'y a donc lieu ni de dénigrer ni de porter aux nues de façon systématique les exceptions. Ce n'est qu'un instrument : tout dépend de ce à quoi il sert dans un contexte précis.

3. La fonction de R

Le mécanisme exceptif départage, *via* les normes R, le champ d'application des normes A et B, et ce, *in concreto*, lorsque, dans un cas d'espèce, se pose la question de savoir laquelle des deux normes A ou B doit être appliquée. Seule l'une des deux normes peut figurer en tant que majeure dans le syllogisme. C'est au moment de l'application à un cas d'espèce que le droit, *via* R, opère, dans le cas d'espèce

(129) J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 313. Voy. aussi, *supra*, note 40.

(130) Sur la critique vigoureuse de Carbonnier et celle, déjà au XIX^e siècle, de M.A. Mailher de Chassat (*Traité de l'interprétation des lois*, Paris, Durand, 1845), cf. Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*, pp. 42 et s., pp. 90 et s. Voy. aussi G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, n^o 415 et s., pp. 216 et s.; Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 4^e éd., Defrénois, 2012, n^o 407, p. 376.

précis, un départage des champs d'application de A et de B. R oblige tel acteur, lors de tel acte d'application, de privilégier B par rapport à A. On dit que le champ de A est « restreint ». Cette impression d'une restriction « générale » du champ de A n'est toutefois que la résultante de la suite des innombrables restrictions particulières du champ de A dans des cas d'espèce.

Parfois, on parle même de « suspension », en particulier lorsqu'on évoque l'exemple de l'état d'exception (« les règles constitutionnelles fixant le mode de fonctionnement ordinaire du système politique sont suspendues ou mises entre parenthèses »). Mais je ne pense pas qu'il y ait lieu de faire une différence conceptuelle entre « restriction » et « suspension », sans quoi d'ailleurs l'état d'exception ne relèverait pas du concept de l'exception. Dans un cas, la norme A trouve, à chaque moment de son existence, nonobstant l'existence de B, des cas dans lesquels elle trouve encore à s'appliquer. Son champ d'application n'est pas totalement évidé par B à une date quelconque t. Dans le cas de l'état d'exception (si celui-ci s'applique à tout le territoire du pays et à toute la gestion des affaires politiques nationales), les normes A ne sont plus applicables pendant toute la durée (limitée) de l'application de B. Mais, conceptuellement, c'est le même rapport entre normes qui opère : l'effet exceptif (ou ce que d'autres appellent l'effet déroga-toire). Tous les cas visés par B sont subsumés sous la norme B, et non sous la norme A. La multiplicité des retranchements opérés dans les divers cas d'espèce peut soit s'étaler dans le temps, soit être concentrée sur une période courte et délimitée. Dans le dernier cas, l'effet exceptif est simplement plus visible, car plus intense, alors que, dans le premier cas, l'évidement risque même de passer inaperçu (lorsque la règle de principe, bien visible dans le système juridique, sert d'écran à une exception positionnée à un endroit plus caché, moins exposé, du système juridique).

* *
*

Il nous faut à présent conclure. À travers cette seconde partie a pu être dégagé un concept opératoire en droit que l'on peut appeler « exception (mécanisme exceptif) » ou, selon une terminologie plus fréquente, « dérogation ». Les deux mots « exception » et « dérogation » ont quelque titre pour revendiquer le statut de terme générique en

science juridique. En revanche, vouloir opérer une subdivision au sein de ce concept, en appelant tel type « exception » et tel autre « dérogation *stricto sensu* » selon la frontière proposée notamment par Fr. Leurquin-de Visscher – le terme « dérogation » (*lato sensu*) servant de surcroît de terme générique –, me paraît peu propice à la clarté du propos. Si, dans l'avenir, les juristes devaient se mettre d'accord sur le terme d'« exception » à titre de terme générique, il faudrait à tout le moins disposer d'une grille sémantique et conceptuelle plus fine. Car, pour l'instant, lorsqu'est utilisé le mot « exception », sont visés tantôt, au sens très large, le « mécanisme exceptif », tantôt, au sens large, « l'effet exceptif » (le rapport de l'exception), tantôt, au sens étroit, « la norme exceptive générale B », tantôt, au sens le plus étroit, la « norme exceptive individuelle ». Terminons donc cet article par une proposition de définition, celle de « mécanisme exceptif » :

Par « mécanisme exceptif », il faut entendre un mode d'articulation entre deux normes primaires ou deux ensembles de normes primaires A et B, de rang égal (au moins au niveau de leur fondement), dont les champs d'application sont emboîtés (celui de A englobant celui de B) et dont les contenus sont inconciliables. Ce conflit de normes est résolu à l'occasion des cas d'espèce, en vertu de règles régulatrices, extérieures et supérieures, dont la principale est *Specialia derogant generalia*. Celle-ci agit en faveur de la norme générale plus spéciale (la norme exceptive générale B). La prévalence de B sur A se traduit, dans les cas d'espèce, par l'édiction de normes exceptives individuelles.