



HAL
open science

La notion d'exception en droit constitutionnel français

Thi Hong Nguyen

► **To cite this version:**

Thi Hong Nguyen. La notion d'exception en droit constitutionnel français. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2013. Français. NNT : 2013PA010284 . tel-01475900

HAL Id: tel-01475900

<https://theses.hal.science/tel-01475900>

Submitted on 24 Feb 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE PARIS I PANTHEON-SORBONNE
FACULTE DE DROIT

Année 2013

Thèse de Doctorat

Discipline : droit public

Soutenue publiquement le 27 mai 2013 par :

Thi Hong NGUYEN

LA NOTION D'EXCEPTION EN DROIT CONSTITUTIONNEL
FRANÇAIS

Directeur de thèse :

Monsieur le Professeur Bertrand MATHIEU

JURY :

Monsieur Xavier BIOY

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole. Rapporteur

Madame Aude ROUYERE

Professeur à l'Université Montesquieu – Bordeaux IV. Rapporteur

Monsieur Michel TROPER

Professeur émérite de l'Université Paris X – Nanterre.

Monsieur Michel VERPEAUX

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Monsieur Bertrand MATHIEU

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. Directeur de thèse

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.

Remerciements

Mes remerciements vont en premier lieu à Monsieur le Professeur Bertrand MATHIEU pour ses précieux conseils et son soutien constant tout au long de ces années de recherches.

Je tiens également à remercier Madame le Professeur Aude Rouyère ainsi que Messieurs les Professeurs Xavier Bioy, Michel Troper et Michel Verpeaux pour avoir accepté de siéger dans mon jury et de lire ce travail.

Que tous mes amis et ma famille ayant contribué, de près comme de loin, à l'élaboration de ce travail trouvent en ces lignes l'expression de ma profonde reconnaissance.

Quant à Mickaël, sa place est bien au-delà de ces lignes.

Liste des abréviations

A.I.J.C.	Annuaire international de justice constitutionnelle
A.J.D.A.	Actualité juridique. Droit administratif
A.P.D.	Archives de la philosophie du droit
art. cit	Article déjà cité
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation
C.C.C.	Cahiers du Conseil Constitutionnel
C.E.	Conseil d'Etat
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
Chron.	chronique
coll.	collection
concl.	conclusions
cons.	considérant
Cour de cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cour de cass. Crim.	Cour de cassation
C.R.D.F.	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
Dalloz	Recueil Dalloz
déc. préc.	Décision précitée
dir.	Sous la direction de
Droits	Revue française de théorie juridique, de théorie et de culture juridiques
et al.	<i>et alii</i>
éd.	édition
égal.	également
Fasc.	Fascicule du juris-classeur
G.A.J.A.	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
G.D.C.C.	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel
Ibid.	<i>Ibidem</i>

J.C.P.	La semaine juridique. Edition générale
J.O.	Journal officiel de la République française
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.P.A.	Les Petites Affiches
obs.	observation
op. cit.	<i>opus citatum</i>
P.U.A.M.	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F.	Presses Universitaires de France
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil Lebon
Rec. CC	Recueil du Conseil constitutionnel
Rec. C.E.D.H.	Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme
Req. n°	Requête numéro
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel
R.F.S.P.	Revue française de science politique
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.R.J.	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
R.T.D. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
spéc.	spécialement
s.	suivantes
t.	tome

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE

PREMIERE PARTIE : LA DEFINITION DE LA NOTION D'EXCEPTION

Titre 1. L'identification de l'exception à partir de la règle de droit

Chapitre 1. La consubstantialité entre la règle et l'exception

Chapitre 2. L'ambivalence des définitions de l'exception proposées par la doctrine

Titre 2. Proposition de définition de la notion d'exception en droit constitutionnel français

Chapitre 1. La signification de la notion d'exception : la règle de limitation

Chapitre 2. L'interprétation stricte de la norme d'exception et sa distinction des notions voisines

DEUXIEME PARTIE : UTILISATION DE LA NOTION D'EXCEPTION EN DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

Titre 1. L'utilisation de la notion d'exception dans la résolution des conflits de normes en droit constitutionnel français

Chapitre 1. L'apport de la notion d'exception à la résolution des normes antinomiques

Chapitre 2. L'utilisation implicite de la notion d'exception à travers l'interdiction de l'abus de droit et les notions de devoir et de responsabilité

Titre 2. Le principe constitutionnel de nécessité et de proportionnalité, régime juridique de l'exception

Chapitre 1. La subordination de l'exception au principe de nécessité et de proportionnalité : limite de la norme de limitation

Chapitre 2. La notion d'exception comme la réalisation de l'équilibre dans la conciliation des droits en conflit

CONCLUSION GENERALE

INTRODUCTION GENERALE

Il est de ces thèmes qui découragent l'analyse : à la fois trop connus et toujours insaisissables, ils résistent à la conceptualisation et à la classification. L'« exception » est assurément de ceux-là¹. Si elle est souvent utilisée dans le langage courant comme synonyme de quelque chose qui est rare et hors du commun ou qui n'est pas courant ni ordinaire, l'exception suscite intuitivement dans le langage juridique la réprobation et la méfiance. Associée au « droit », elle s'apparente à première vue à un « droit anormal et exorbitant ». En évoquant d'emblée l'idée de dérogation tantôt au droit commun, tantôt à un principe ou à une règle de justice, l'exception est donc un « droit dérogatoire et inégalitaire ». A ce titre, elle doit être encadrée par la règle d'interprétation stricte. Ce constat s'explique sans doute d'une part par son contexte historique d'apparition (§1) et d'autre part par la focalisation de la doctrine juridique sur les notions de circonstances exceptionnelles et d'état d'exception (§2). Ces deux facteurs ont, selon la majorité des auteurs doctrinaux, privé l'exception de son caractère scientifique et du bénéfice d'être une notion juridique au contenu bien défini. Toutefois, ce constat doctrinal de l'indétermination de l'exception ou plus précisément de l'impossibilité de la définir conceptuellement n'est pas un obstacle dirimant à notre étude ; il lui donne au contraire tout son intérêt (§3). Notre thèse tente donc de remédier, du moins en partie, à l'imprécision entourant l'exception en droit constitutionnel en proposant une définition juridique de cette notion.

§1. L'histoire de l'exception

L'étude de l'exception en tant que notion juridique nécessite à notre sens un bref exposé de son contexte historique d'apparition. L'exception a fait ses premières apparitions en droit privé (A). Elle est ensuite appréhendée par le droit public moderne et plus précisément par le droit constitutionnel (B).

¹ Nous reprenons ici la formule de François Ost et Michel van de Kerchove à propos des difficultés de définir l'interprétation. Ces difficultés de définition concernent également la question de la distinction entre le droit commun et le droit exceptionnel et plus précisément celle de la définition des exceptions en droit. François Ost et Michel van de Kerchove, « Interprétation », A.P.D., 1990, n° 35, p. 165-190.

A. Le contexte d'apparition de l'exception en droit privé

Ayant ses origines dans le droit romain, l'exception désigne initialement la limitation prétorienne du formalisme strict imposé par le *jus civile* (1). Soumise ensuite à l'adage « *exceptio est strictissimae interpretationis* », l'exception est progressivement assimilée au *jus singulare* c'est-à-dire au droit au contenu exorbitant et anormal (2). Cette assimilation explique sans doute le caractère ambivalent de l'exception lorsqu'elle sert à qualifier les textes juridiques.

1. L'exception comme le moyen de défense dans une procédure civile

En droit romain, l'exception a été un moyen de défense accordée par le préteur au défendeur pour qu'il puisse présenter ses objections face aux prétentions du demandeur dans un procès civil. Sous la plume de Raymond Carré de Malberg, l'exception a été analysée et expliquée comme l'une des techniques procédurales créées par les préteurs à l'époque romaine afin d'atténuer la rigueur du droit romain due à son formalisme excessif². En ce sens, les exceptions de procédure en droit romain désignent la limitation de l'application stricte et rigoureuse du formalisme régissant le déroulement du procès prévu par ce droit.

En effet, en droit romain primitif, les actions de la loi ne tolèrent ni initiative, ni créativité et enserrent les parties et le juge dans un cadre formaliste très strict³. Aucune objection du défendeur n'est prise en compte alors que celui-ci peut être de bonne foi et se trouver en face d'un demandeur qui a utilisé le dol ou la fraude dans l'accomplissement des actes juridiques. Dès lors, l'introduction de l'exception dans la procédure formulaire est l'œuvre du préteur afin de tenir compte de la bonne foi et des objections du défendeur. En effet si les objections du défendeur formulées dans les exceptions sont bien fondées, elles paralysent l'action du demandeur et produisent une influence sur le fond du différend c'est-à-dire sur la condamnation⁴. Ainsi, l'exception de défense a pour but de limiter le formalisme

² Raymond Carré de Malberg, *Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, Paris, A. Rousseau, 1887, p. 11.

³ Raymond Carré de Malberg, *Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, op. cit., p. 14.

⁴ Sous la direction de Charles Victor Daremberg et Edmont Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, rééd. Paris Hachette, 1877, t. 2 partie 1. D-E. Voir « exception ». En résumé, dans la procédure formulaire du droit romain, la formule est un acte écrit par lequel le magistrat donnait l'action (*actio, formula, judicium*), c'est-à-dire le droit d'aller plaider devant un juge. L'écrit ou la formule contenait toujours une partie appelée *intentio*, dans laquelle la prétention du demandeur était formulée. L'*intentio* était ordinairement précédée d'une *demonstratio*, c'est-à-dire l'exposé très succinct des faits qui avaient donné lieu au litige et presque toujours suivi d'une *condamnatio*, c'est-à-dire le pouvoir donné au juge de condamner ou d'absoudre le

excessif du droit romain pour prendre en compte la bonne foi des parties au procès. Elle manifeste par conséquent l'idée de l'application limitée d'un droit trop rigoureux en vue d'assurer une certaine équité.

Née à l'époque du droit romain, l'exception de défense explicite un antagonisme dans le droit romain. Elle évoque en réalité l'opposition entre le *jus civile* et le *jus honorarium* et éveille l'idée d'un moyen prétorien par opposition aux moyens civils⁵ comme l'a résumé Raymond Carré de Malberg, si « le moyen procédural de défense inventé par le préteur porte le nom exception, c'est parce qu'à l'époque, la législation romaine était divisée en *jus civile* et *jus honorarium*, le premier étant supérieur à la seconde. Le préteur ne se bornait qu'à appliquer de façon systématique le *jus civile*. Le caractère exceptionnel des moyens de défense du préteur vient d'abord de son origine purement prétorienne mais surtout de la paralysie qu'il provoque à l'égard du *jus civile* ». Ainsi l'exception de défense en droit romain se caractérise par la limitation qu'apporte le préteur au *jus civile* (loi). Elle est exceptionnelle parce qu'elle limite d'une part le formalisme du *jus civile* auquel les romains sont très attachés et d'autre part le principe hiérarchique selon lequel les arrêts du juge (*jus honorarium*) sont subordonnés à la loi (*jus civile*) et ne peuvent le contredire. Si elle a été motivée tant par les considérations d'équité que par l'équilibre des moyens de défense accordés aux parties dans un procès⁶, cette exception de défense n'en demeure pas moins le signe de l'émancipation du juge de la loi.

Toutefois cette exception, parce qu'elle se fonde sur l'équité et qu'elle limite le *jus civile* (loi), doit connaître des limites afin de ne pas méconnaître la volonté du législateur. Le respect des termes de la loi invite le juge à limiter l'interprétation de la loi selon le seul critère d'équité. En effet, l'interprétation selon l'équité rendrait la loi inutile. De même, le formalisme prévu par le *jus civile* est certes rigide ou excessif mais il permet de garantir la sécurité du droit, or limiter ce formalisme revient à sacrifier cette sécurité. Si l'exception de

défendeur. Les actions en partage ainsi que l'action *finium regundorum* contenaient encore une *adjudicatio* c'est-à-dire le pouvoir pour le juge d'attribuer aux plaideurs les choses qui faisaient l'objet de l'instance. Le pouvoir du juge est limité par la formule délivrée par le magistrat. Par conséquent, si le défendeur voulait repousser la demande autrement que par une contradiction directe de l'*intentio*, il devait demander au magistrat d'autoriser le juge à tenir compte des faits qu'il voulait invoquer, en insérant une *exceptio* dans la formule, c'est-à-dire une restriction à la condamnation. Le juge ne devait alors condamner le défendeur qu'après avoir constaté que l'*intentio* était bien fondée et que l'*exceptio* était mal fondée. Le demandeur qui voulait contredire l'*exceptio*, mais seulement de manière indirecte, devait insérer dans la même formule une *replicatio*.

⁵ Raymond Carré de Malberg, *Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, Paris, A. Rousseau, 1887, p. 12.

⁶ Joseph Destouet, *Caractères généraux des exceptions sous le système formulaire : droit romain ; Du bail à colonat partiaire : droit français*, Paris, C. Lebas, 1885, 247 p.

défense est justifiée par l'équité, il n'en demeure pas moins qu'elle risque, par son application extensive, de méconnaître l'esprit de la loi et la sécurité du droit. Elle n'est dès lors acceptée dans le droit romain qu'à condition d'être soumise à l'adage d'interprétation stricte. Du fait de sa subordination à cet adage, l'exception est progressivement assimilée au *jus singulare* romain c'est-à-dire à un droit au contenu dérogeant au droit commun. Le *jus singulare* est qualifié par les romains de droit inégalitaire et odieux.

2. De l'interprétation stricte de l'exception à son assimilation au *jus singulare*

Dans sa thèse portant sur l'interprétation stricte des lois⁷, le professeur Lebeau a retracé l'évolution des significations que va connaître l'exception. Selon le professeur, de manière générale, l'interprétation stricte concerne en droit romain le « *jus singulare* » qui est un « droit particulier et anormal » introduit sous l'autorité du législateur contre les règles ordinaires pour des raisons d'utilité publique⁸. Si le *jus singulare* et l'exception de défense créée par le préteur en droit romain sont tous les deux soumis à l'interprétation stricte, il n'en demeure pas moins que le *jus singulare* se différencie de l'exception parce qu'il est un droit adopté par le législateur et qu'il déroge en partie au droit commun. L'interprétation stricte du « *jus singulare* » signifie que le juge ne doit pas étendre par raisonnement analogique le droit particulier et anormal à des cas que ce droit n'a pas visés. Elle s'explique par les renseignements tirés du *De Legibus* selon lesquels « les usages reçus contre les décisions des lois ne doivent jamais tirer à conséquence. On ne peut point appliquer les règles du droit à ce qui est introduit contre les décisions des lois »⁹. Dans le droit de Justinien donc, les règles sont claires : « on ne doit pas étendre le « *jus singulare* ». Il en va de même des lois pénales qualifiées de lois défavorables, à propos desquelles il faut retenir l'interprétation empreinte du plus de bénignité »¹⁰.

L'interprétation stricte est ensuite utilisée par les glossateurs et les post-glossateurs pour encadrer les textes qualifiés de contraires à l'équité ou trop rigoureux qui correspondent d'une part aux lois pénales et d'autre part aux textes exorbitants du *jus commune*¹¹. Les textes

⁷ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, t. 48, Paris, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2012, p. 20.

⁸ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 20.

⁹ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 20., notes infrapaginales, nos 21, 22 et 23.

¹⁰ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 20.

¹¹ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 21.

exorbitants renferment en réalité le *jus singulare* romain et à ce titre, sont souvent considérés comme textes « anormaux », « aberrant[s], hors de l'ordinaire... par rapport à un type ou à une règle »¹². Ils constituent un droit dérogatoire au contenu du droit commun. Au vu de cette clarification du *jus singulare* c'est-à-dire des textes exorbitants et odieux, l'exception ne devrait être confondue ni avec le *jus singulare*, ni avec le texte exorbitant parce qu'elle n'est qu'une limitation de procédure d'origine prétorienne et justifiée par l'équité. Toutefois étant soumise à la règle d'interprétation stricte, l'exception n'échappe pas à cette confusion et se voit attribuée une nouvelle signification : anormal et exorbitant. Ainsi, de sa nature initiale d'une limitation faite par le préteur au formalisme excessif du *jus civile*, l'exception se mue en texte exorbitant c'est-à-dire en *jus singulare*.

L'identification de l'exception au *jus singulare* devient définitive dans le droit privé contemporain qui applique la règle d'interprétation stricte à tout texte exceptionnel. Ainsi que l'a souligné le professeur Lebeau « après l'entrée en vigueur du Code civil, en 1804, la majorité de la doctrine va assimiler le texte exceptionnel au *jus singulare* romain »¹³. « Cette assimilation a de lourdes conséquences sur l'exception ; celle-ci est désormais considérée tantôt comme le texte exorbitant et dérogatoire au droit commun, tantôt comme les lois établies contre la raison du droit ou encore comme des lois défavorables et odieuses. »¹⁴

Afin de nuancer cette assimilation, Savigny tente de distinguer l'exception du *jus singulare*. Selon l'auteur, à l'époque romaine, le *jus singulare* qui est le droit de privilège ou droit exorbitant est considéré comme un droit anormal parce qu'il s'oppose au *jus commune* qui désigne le droit égalitaire¹⁵. Le droit d'exception n'est pas en revanche synonyme de *jus singulare* : « le droit normal (*jus commune*) qui est le droit pur (*strictum jus, aequitas*) déduit logiquement des principes (*ratio juris*) alors que le droit d'exception constitue les limites, les bornes ou les tempéraments au droit commun. Ce sont des mesures issues des considérations pratiques (*utilitas boni mores*) que l'évolution de la société dut faire admettre »¹⁶. Qu'il soit une limite au formalisme strict ou qu'il déroge en partie au droit commun, le droit d'exception ne peut donc selon Savigny être entièrement assimilé au *jus singulare* (droit anormal).

¹² Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 22.

¹³ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 26.

¹⁴ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 24-25.

¹⁵ Friedrich Carl von Savigny, *Traité de droit romain*, préface de Hervé Synvet, traduit par Ch. Guénoux, Paris, L.G.D.J., Paris, Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables Droit privé, 2002, rééd. de l'éd. de 1840, Paris, Firmin Didot, p. 281- 287.

¹⁶ Friedrich Carl von Savigny, *Traité de droit romain*, op. cit., p. 281- 287.

Se situant dans le même esprit, Laurent note que déduire de l'adage d'interprétation stricte l'assimilation de l'exception au *jus singulare* romaine semble abusif¹⁷. En effet, il relève les incertitudes relatives à l'extension de l'adage d'interprétation stricte à l'exception : « mais que faut-il entendre par exception ? Est-ce toute disposition de la loi qui déroge à un principe général ? C'est bien en ce sens que l'on entend notre brocard. Il y a cependant quelques doutes. Le principe vient du droit romain ; or les jurisconsultes, quand ils disent qu'il ne faut pas étendre les dispositions exceptionnelles, comprennent par là le droit exorbitant, c'est-à-dire les lois établies contre la raison du droit ». Il en résulte que, selon Laurent, l'adage d'interprétation stricte nécessite au préalable de distinguer les exceptions établies contre la raison du droit, et donc exorbitantes, de celles qui ne le sont pas. Or Laurent n'a proposé aucun critère de distinction opérationnel.

C'est sous la plume de Delisle que la distinction entre l'exception et le *jus singulare* semble apparaître. Selon Delisle, les lois générales régissant le genre peuvent à leur tour faire exception à d'autres lois plus générales ; dès lors le caractère exceptionnel de certaines lois est contingent, purement formel, insuffisant à justifier leur interprétation stricte¹⁸. Les lois exceptionnelles ne relèvent pas toutes du droit anormal puisque certaines d'entre elles désignent un droit régissant un sous-genre. Ainsi que note l'auteur « ni la raison, ni l'autorité des lois romaines n'ont établi de différence entre lois qui régissent le genre et qui, sous ce rapport, sont des lois générales, et celles qui régissent le sous-genre et, sous ce rapport, sont des lois exceptionnelles »¹⁹.

Se dessine dans l'œuvre de Delisle l'effort de distinguer l'exception, c'est-à-dire le droit exceptionnel, du droit commun, et de la définir. L'exception associée au droit (droit exceptionnel) semble, d'un point de vue formel, relever des lois régissant le sous-genre par opposition au droit commun qui régit le genre. Cette idée a été reprise et développée dans la thèse de Vander Eycken²⁰ : s'interrogeant sur ce qu'est une exception, l'auteur répond que « c'est une limitation spéciale »²¹. Il détaille ensuite les caractéristiques de l'exception :

¹⁷ François Laurent, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1869, p. 351 cité par Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit.

¹⁸ Georges Delisle, *Traité de l'interprétation juridique, en d'autres termes, des questions auxquelles donne naissance l'application des lois, examen critique de la jurisprudence moderne*, t. 2, Paris, Louis Delamotte, 1849, p. 380 et s.

¹⁹ Georges Delisle, *Traité de l'interprétation juridique, en d'autres termes, des questions auxquelles donne naissance l'application des lois, examen critique de la jurisprudence moderne*, op. cit., p. 380 et s.

²⁰ Paul Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Falk, 1906, p. 130 puis p. 278-289.

²¹ Paul Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, op. cit., p. 278.

« quand la loi a une trop grande extension, une autre sert à la restreindre et constitue une exception. Cette exception est plus spéciale que la règle qu'elle restreint, ajoutant des caractères particuliers à l'hypothèse de la règle générale, ayant moins d'extension que celle-ci »²². Toutefois, l'auteur n'a pas expliqué pourquoi l'exception définie comme la simple limitation de la généralité du droit commun doit être soumise au même titre que le droit anormal, exorbitant, à l'adage d'interprétation stricte. De même, aucune distinction entre le droit exceptionnel, c'est-à-dire le droit ayant une portée limitée, et le droit au contenu anormal et exorbitant (*jus singulare*) n'est proposée.

De ce retour à la source de l'exception, un constat s'impose. En droit privé, l'exception est à la fois protéiforme et polysémique. Elle renferme de surcroît une ambivalence. En effet, d'un point de vue matériel, elle semble relever d'un droit anormal, exorbitant et défavorable (*jus singulare*). Le texte exceptionnel est donc contraire aux principes généraux d'une bonne législation et doit à ce titre se soumettre à la règle d'interprétation stricte²³. D'un point de vue formel, l'exception peut être définie comme un droit régissant un sous-genre c'est-à-dire un droit ayant une portée (champ d'application) moins grande que celle du droit commun. Elle répond alors à la raison de la loi au même titre que le droit commun²⁴. Le texte exceptionnel n'est donc ni anormal, ni défavorable. Il est conforme aux principes généraux d'une bonne législation²⁵. Mais deux questions se posent alors : pourquoi le texte exceptionnel doit-il être soumis à l'adage d'interprétation stricte ? Quel critère permet de différencier le droit exceptionnel régissant le sous-genre du droit exceptionnel ayant un contenu exorbitant et odieux ? Les auteurs n'ont pas réellement apporté de réponse à ces deux questions.

Si l'exception demeure une notion ambivalente et polysémique en droit privé, il faut à présent s'interroger si elle est mieux appréhendée par le droit constitutionnel. Il s'agit en effet de savoir si le droit constitutionnel recourt à l'usage de l'exception et comment il définit cette notion. Afin de répondre à ces questions, un bref retour sur les premières apparitions de l'exception dans les textes constitutionnels français s'avère nécessaire.

²² Paul Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, op. cit., p. 279-283.

²³ Georges Delisle, *Traité de l'interprétation juridique, en d'autres termes, des questions auxquelles donne naissance l'application des lois, examen critique de la jurisprudence moderne*, op. cit., p. 383.

²⁴ Gérard Cornu, *Droit civil approfondi : l'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, Paris, les Cours de droit, 1970-1971, p. 211.

²⁵ Georges Delisle, *Traité de l'interprétation juridique, en d'autres termes, des questions auxquelles donne naissance l'application des lois, examen critique de la jurisprudence moderne*, op. cit., p. 383.

B. L'absence de définition de l'exception dans les textes constitutionnels français

Mettant fin à l'Ancien Régime, les constituants révolutionnaires de 1789 ont substitué aux lois fondamentales du royaume la Constitution. Malgré sa polysémie, la Constitution peut globalement être définie comme un ensemble de règles suprêmes ayant pour but d'organiser d'une part le fonctionnement de l'Etat et de ses institutions et d'autre part les rapports entre les gouvernants et les gouvernés (Etat et citoyens). Plus précisément, la Constitution détermine les règles de fonctionnement de l'Etat et énonce les droits et libertés au profit des citoyens. Au vu de cette définition sommaire de la Constitution, deux questions se posent : l'exception ou la règle exceptionnelle a-t-elle sa place dans la Constitution ? Quelle réalité recouvre cette notion ?

La réponse à ces questions nécessite l'identification des références constitutionnelles explicites à l'exception. A cet égard, les textes constitutionnels historiques sont riches d'enseignements²⁶. Il paraît à notre sens important de connaître le contexte d'apparition de l'exception en droit constitutionnel et le sens primitif ou historique conféré par les constituants à cette notion. Dans un souci de clarté, les énoncés se référant à l'exception seront ici mis en caractère gras. Ainsi l'alinéa 4 du préambule de la première Constitution adoptée par les constituants en 1791 évoque l'exception en ces termes : « *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* ». L'exception semble dans ce contexte désigner un droit de privilège et donc dérogoire au droit commun.

La section II de cette même constitution de 1791 prévoyait dix articles déterminant la tenue des séances et la forme de délibération des actes législatifs et exécutifs. Elle introduit l'exception à l'ensemble de ces dispositions en adoptant l'article 11 au terme duquel : « **sont exceptés** des dispositions ci-dessus, les décrets reconnus et déclarés urgents par une délibération préalable du Corps législatif ; mais ils peuvent être modifiés ou révoqués dans le cours de la même session [...] ». L'exception évoque ici l'exclusion ou la soustraction d'une catégorie d'actes en raison de l'urgence des dispositions constitutionnelles prévues.

A propos de l'adoption de la loi et de la révision constitutionnelle, l'article 109 de la Constitution de 1795 (Fructidor an III) dispose que « **excepté** dans le cas de l'article 102, aucune proposition de loi ne peut prendre naissance dans le Conseil des Anciens ». ».

²⁶ L'ensemble des textes constitutionnels historiques sont tirés de <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

L'article 343 de cette même Constitution de 1795 énonce que « *tous les articles de la Constitution, **sans exception**, continuent d'être en vigueur tant que les changements proposés par l'Assemblée de révision n'ont pas été acceptés par le peuple* ». La locution « sans exception » semble impliquer l'idée selon laquelle aucune limitation de la règle générale n'est admise.

L'article 93 de la Constitution de 1799 (Frimaire an VIII) est ainsi rédigé : « *la Nation française déclare qu'en aucun cas elle ne souffrira le retour des Français qui, ayant abandonné leur patrie depuis le 14 juillet 1789, ne sont pas compris dans les **exceptions** portées aux lois rendues contre les émigrés ; elle interdit toute **exception** nouvelle sur ce point [...]* ». Deux références explicites au terme « exception » semblent rappeler l'idée de limitation portée à la généralité de la loi.

L'article 8 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830 énonce que : « *toutes les propriétés sont inviolables, **sans aucune exception** de celles qu'on appelle nationales, la loi ne mettant aucune différence entre elles* ». La locution « sans aucune exception » peut être interprétée comme l'interdiction d'établir des traitements différents. L'article 17 de cette Charte prévoit que « *la proposition de la loi est portée, au gré du roi, à la Chambre des pairs ou à celle des députés, **excepté** la loi de l'impôt, qui doit être adressée d'abord à la Chambre des députés* ».

On trouve trois références explicites à l'exception dans la Constitution de 1848. L'article 9 de cette constitution dispose que « *l'enseignement est libre. - La liberté d'enseignement s'exerce selon les conditions de capacité et de moralité déterminées par les lois, et sous la surveillance de l'Etat. - Cette surveillance s'étend à tous les établissements d'éducation et d'enseignement, **sans aucune exception*** ».

L'article 28 apporte l'exception aux articles 26 et 27 de la Constitution de 1848 en disposant que « *toute fonction publique rétribuée est incompatible avec le mandat de représentant du peuple. - Aucun membre de l'Assemblée nationale ne peut, pendant la durée de la législature, être nommé ou promu à des fonctions publiques salariées dont les titulaires sont choisis à volonté par le pouvoir exécutif. - **Les exceptions aux dispositions** des deux paragraphes précédents seront déterminées par la loi électorale organique* ».

Enfin, l'article 102 prévoit que « *tout Français, **sauf les exceptions fixées par la loi**, doit le service militaire et celui de la garde nationale. - La faculté pour chaque citoyen de se libérer du service militaire personnel sera réglée par la loi du recrutement* ». Ces trois renvois à l'exception semblent évoquer l'idée selon laquelle loi peut être absolue (sans aucune exception) mais qu'elle peut également être relative lorsqu'elle renferme l'exception.

L'article 20 de la Constitution de 1852 dispose que « *les propriétés du domaine privé sont, sauf l'exception portée en l'article précédent²⁷, soumises à toutes les règles du Code Napoléon ; elles sont imposées et cadastrées* ».

On trouve également trois références à l'exception dans la Constitution de 1946. Aux termes de l'article 28, « *Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, leurs dispositions ne peuvent être abrogées, modifiées ou suspendues qu'à la suite d'une dénonciation régulière, notifiée par voie diplomatique. Lorsqu'il s'agit d'un des traités visés à l'article 27, la dénonciation doit être autorisée par l'Assemblée nationale, **exception** faite pour les traités de commerce* ».

L'article 52 prévoit qu'« *en cas de dissolution, le Cabinet, à l'exception du président du Conseil et du ministre de l'intérieur, reste en fonction pour expédier les affaires courantes* ».

L'article 97 de cette même constitution se réfère à l'exception en ces termes : « *en cas de **circonstances exceptionnelles**, les députés en fonction à l'Assemblée nationale constituante pourront, jusqu'à la date prévue à l'article précédent, être réunis par le bureau de l'Assemblée soit de sa propre initiative, soit à la demande du gouvernement* ».

Si ces textes constitutionnels ne sont plus en vigueur, ils fournissent toutefois des renseignements utiles sur l'exception. Celle-ci n'est pas une notion propre au droit privé mais relève également du droit public et plus précisément du droit constitutionnel. Cependant la référence explicite à l'exception dans ces textes constitutionnels ne semble pas réduire la polysémie de cette notion. Celle-ci, transposée en droit constitutionnel, évoque toujours tantôt la limitation de la généralité de la loi (est exceptionnel le droit qui régit le sous-genre), tantôt la différence de traitement (droit dérogatoire et inégalitaire). En ce sens, l'exception signifie l'exclusion, la soustraction d'une catégorie d'actes, d'individus, des règles de droit commun pour la soumettre à un droit anormal (*jus singulare* romain). Lorsqu'elle est utilisée comme un adjectif qualificatif (exceptionnel), l'exception suscite intuitivement l'idée d'anomalie ou d'extraordinaire.

Cette polysémie de l'exception trouve une certaine continuité dans la Constitution en vigueur. En effet, l'alinéa 4 de l'article 7 de la Constitution adoptée par le référendum le 4 octobre 1958 dispose qu'« *en cas de vacance de la Présidence de la République pour quelque*

²⁷ L'article 19 de la Constitution de 1852 prévoit que « *l'empereur peut disposer de son domaine privé sans être assujéti aux règles du Code Napoléonien sur la quotité disponible. S'il n'en a pas disposé, les propriétés du domaine privé font retour au domaine de l'Etat et font partie de la dotation de la couronne* ».

cause que ce soit, [...], les fonctions du président de la République, à l'exception de celles prévues aux articles 11 et 12 ci-dessous, sont provisoirement exercées par le Président du Sénat et, si celui-ci est à son tour empêché d'exercer ces fonctions, par le Gouvernement ».

L'alinéa 4 de l'article 21 prévoit que « *le Premier ministre peut à titre exceptionnel suppléer le Président de la République pour la présidence d'un Conseil des ministres en vertu d'une délégation expresse et pour un ordre du jour déterminé* ».

L'article 16 de cette même Constitution attribue les pouvoirs exceptionnels au Président de la République en cas de circonstances exceptionnelles. L'alinéa 1 de l'article 16 énonce que « *lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances [...]* ».

L'alinéa 6 de cet article 16 dispose qu'« *après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale [...]* ».

Il résulte de ce bref exposé des références constitutionnelles expresses à l'exception deux constats. Premièrement, l'exception n'est pas la spécificité du droit privé, elle appartient également au droit public et notamment au droit constitutionnel. Deuxièmement, si les constituants emploient et insèrent l'exception dans les textes constitutionnels, ils n'ont en revanche donné aucune définition précise de ce terme. Polysémique et protéiforme, l'exception est de surcroît souvent étudiée au prisme de la théorie des circonstances exceptionnelles et de l'état d'exception. Ce qui rend difficile, selon une majeure partie de la doctrine, l'élaboration d'une notion juridique d'exception aux contours bien définis en droit public et plus particulièrement en droit constitutionnel.

§2. La focalisation de la majeure partie de la doctrine sur les circonstances exceptionnelles

A cause de sa polysémie, l'exception, lorsqu'elle s'opère en droit public ou en droit constitutionnel, ne semble pas posséder une consistance précise. Plus exactement, ni l'essence, ni le contenu matériel de l'exception ne peuvent, selon certains auteurs de la doctrine juridique, être définis. Le professeur Lebeau note pour sa part qu'en droit privé

plusieurs auteurs considéraient au début du XXe siècle que l'exception était étrangère à la science juridique. En d'autres termes, cette notion n'avait pas de valeur scientifique²⁸. Ce constat de son inconstance juridique ou plus exactement, de l'impossibilité de définir conceptuellement l'exception ou de lui conférer une signification précise (B) s'explique en partie par son rattachement à la théorie des circonstances. En effet, les auteurs n'appréhendent l'exception qu'à travers les notions de circonstances exceptionnelles et d'état d'exception (A).

A. La focalisation de la doctrine sur les circonstances exceptionnelles

Si elle désignait primitivement la limitation créée par le préteur afin d'atténuer la rigueur du droit romain due à son formalisme excessif, l'exception ne cesse de se renouveler et de connaître de nouvelles significations. La consultation de quelques dictionnaires proposant des définitions de l'exception est particulièrement significative de ce constat (1). Cette évolution sémantique a sans doute favorisé les divers usages et significations que les discours de la doctrine juridique rattachent à l'exception. Celle-ci est en effet souvent étudiée comme une particularité accompagnant un fait, un événement, ainsi que l'illustrent les études portant sur les circonstances exceptionnelles et sur l'état d'exception (2).

1. La pluralité des significations de l'exception dans le langage courant

Le mot « exception » trouve son origine dans la langue latine « *exceptio* » dérivé de « *excipere* » qui signifie primitivement « *mettre de côté* » ou « *retirer de [...] pour le retenir* »²⁹. Le sens du verbe s'est ensuite étendu pour désigner « *l'action d'excepter* » expliquée parfois comme synonyme de « *l'action de déroger* »³⁰. L'exception s'emploie généralement avec le sens de ne pas comprendre dans (un ensemble), ne pas inclure dans (une situation).

Le verbe « *excepter* » est considéré comme l'équivalent des verbes « *écarter*, *exclure* » et désigne toujours l'état d'extériorité ou l'exclusion de quelque chose par rapport à

²⁸ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 67.

²⁹ André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., coll. Quadrige, 1993, 2e éd. ; Paul Foulquié, *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, P.U.F., 1969, 2e éd. ; Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Le Robert, 2010.

³⁰ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit.

une référence établie³¹. Employée dans le langage juridique, l'exception semble selon la doctrine juridique dominante désigner la mise à l'écart ou la restriction de la règle de droit générale dans certains cas³². Elle est synonyme de dérogation et de restriction³³. C'est ainsi que la signification du terme « exception » donne lieu ensuite à des adages juridiques comme « *l'exception confirme la règle* » ou « *il n'y a pas de règle sans exception* » et à des utilisations très variées telles « *excepté* », « *à l'exception de* », « *d'exception* », « *à titre exceptionnel* ». Toutefois, le sens primitif de l'exception en droit romain persiste. Le dictionnaire Petit Robert rappelle en effet que « l'exception est un moyen invoqué pour faire écarter une demande judiciaire, pour critiquer la procédure, sans discuter le principe du droit, le fond du débat »³⁴.

Utilisée comme un adjectif qualificatif, l'exception ne semble plus signifier l'idée de limitation, de soustraction, d'exclusion ou le moyen de défense dans une procédure judiciaire. Elle véhicule le sens « *d'anomalie* », « *d'extraordinairement* » ou encore « *d'étrangeté* » pour expliquer tout ce qui est « *en dehors du général* », ou ce qui est « *rare* », « *particulier* », « *spécial* », « *peu fréquent* ». Lorsqu'elle sert à qualifier juridiquement des faits, l'exception paraît signifier toute chose inconnue ou imprévisible qui n'entre pas dans les catégories et les classifications préétablies, ni dans les définitions conceptuelles élaborées par la théorie du droit.

Le langage courant utilise plus souvent le substantif (exception) et l'adjectif (exceptionnel) du verbe « *excepter* » que le verbe lui-même. Celui-ci est par ailleurs assimilé à certaines prépositions³⁵ et adverbess tels que : « *sauf si, toutefois, cependant, hormis, sous réserve, à part, à l'exclusion, pourvu que...* ». Ces prépositions se traduisent tantôt comme des synonymes, tantôt comme les manifestations implicites de l'exception. A titre d'exemple, l'alinéa 5 de l'article 7 de la Constitution dispose qu'« en cas de vacance ou lorsque l'empêchement est déclaré définitif par le Conseil constitutionnel, le scrutin pour l'élection d'un nouveau président a lieu, **sauf** cas de force majeure constaté par le Conseil constitutionnel, vingt jours au moins et trente-cinq jours au plus [...] ». Les alinéas 1 et 2 de

³¹ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, Paris, Le Robert, 2010, op. cit., « Excepté est une présupposition équivalant à « hormis de, hors » ; Alfred Ernout et Antoine Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, 2001, tirage de la 4e éd., revu par Jacques André.

³² Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2011, 9e éd., voir « Exception ».

³³ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Exception ».

³⁴ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Exception ».

³⁵ Ces prépositions sont assez nombreuses comme : *sauf si, toutefois, en cas de force majeure, faute de, pourvu que, cependant, néanmoins, hormis, sous réserve de, à part, en dehors de...* Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit. ; Emile Genouvrier, Claude Désirat et Tristan Hordé, *Dictionnaire des synonymes*, Paris, Larousse, 2007, voir « Exception » ; Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, 4e éd., voir « *Exceptio est strictissimae interpretationis* ».

l'article 42 de cette même Constitution prévoient que « La discussion des projets et des propositions de loi porte, en séance, sur le texte adopté par la commission saisie en application de l'article 43 ou, à défaut, sur le texte dont l'assemblée a été saisie. **Toutefois**, la discussion en séance des projets de révision constitutionnelle, des projets de loi de finances et des projets de loi de financement de la sécurité sociale porte, en première lecture devant la première assemblée saisie, sur le texte présenté par le Gouvernement et, pour les autres lectures, sur le texte transmis par l'autre assemblée. »

De cet exposé résulte le constat de la pluralité des significations de l'exception. La pluralité sémantique de ce terme est ensuite reprise et développée dans les discours de la doctrine. A l'analyse, ces discours semblent porter principalement leur attention sur la théorie administrative des circonstances exceptionnelles et sur la notion d'état d'exception.

2. Les circonstances exceptionnelles et l'état d'exception, objet de la majorité d'études et discours doctrinaux

Aborder l'exception en droit constitutionnel semble évoquer d'emblée la problématique liée à la jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles, à l'état d'exception et aux pouvoirs exceptionnels du Président de la République prévus par l'article 16 de la Constitution en vigueur ou encore aux lois d'application exceptionnelle. En effet, cette liaison de l'exception à l'ensemble des phénomènes de circonstances, de pouvoirs de crise, se trouve développée dans plusieurs discours doctrinaux dont l'analyse ne sera dans le cadre de l'introduction de notre étude qu'indicative. Il s'agit en effet de s'interroger sur le point de savoir comment les auteurs de la doctrine juridique étudient et expliquent la présence de l'exception en droit public positif et notamment en droit constitutionnel. La réponse à cette question nécessite un bref exposé de l'apport des deux thèses souvent citées comme les références incontournables en la matière.

Dans sa thèse portant sur « les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative et la légalité »³⁶, Lucien Nizard propose de définir la notion de « circonstances exceptionnelles ». L'exception est ici étudiée en tant qu'adjectif qualificatif. Cette notion de circonstances exceptionnelles apparaît selon l'auteur comme « la condition de non-application

³⁶ Lucien Nizard, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1962.

du régime juridique normal et par conséquent comme la condition d'application d'un régime juridique d'exception »³⁷.

L'exception est dans sa thèse étroitement liée à des circonstances exceptionnelles de sorte que l'impression est donnée qu'elles sont identiques et qu'elles recouvrent la même réalité. De même, il est difficile de savoir avec précision si l'auteur définit les circonstances exceptionnelles ou l'exception. Ainsi que l'illustrent quelques passages de sa thèse, « on est tenté de dire qu'au regard d'une disposition juridique les circonstances exceptionnelles sont celles qui n'entrent pas dans le champ d'application de la disposition en cause. Mais à l'évidence cette définition est inexacte car si elle détermine les limites d'une règle de droit elle ne permet pas d'en définir les exceptions »³⁸ ; ou encore « l'exception ne s'identifie pas aux cas sortant des limites de la règle de droit. L'exception est un cas qui tout en entrant dans le champ d'application de la règle de droit (tel qu'il est défini par l'auteur de celle-ci) est privé pour des raisons particulière du bénéfice du régime juridique organisé par elle »³⁹.

Par ailleurs, il est possible selon Lucien Nizard de distinguer deux catégories d'exception. Ainsi, « l'exception est parfois définie à priori par l'auteur de la règle de droit ; celui-ci détermine avec précision les cas dans lesquels exceptionnellement le principe ne devra pas recevoir application [...] »⁴⁰. En revanche, « l'auteur de la disposition juridique ne définit pas l'exception. Il se contente de réserver la force majeure, l'urgence, les circonstances exceptionnelles, les justes motifs comme échappant à la règle. L'exception est, dans ce cas, seulement définie par son effet dérogatoire »⁴¹. L'auteur précise ensuite l'objet de son étude qui consiste à définir la notion d'exceptions définies a posteriori, c'est-à-dire les exceptions non prévues par l'auteur de la règle mais résultant des circonstances ci-dessus énumérées et déterminées au cas par cas par le juge. Ainsi que l'explique l'auteur, « c'est évidemment à cette catégorie d'exception qu'appartient notre notion. L'auteur de la disposition juridique s'est abstenu de définir ces exceptions ; il laisse ce soin à celui qui sera chargé de veiller à son application, c'est-à-dire au juge »⁴².

³⁷ Lucien Nizard, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, op.cit., p. 6.

³⁸ Lucien Nizard, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, op.cit., p. 6.

³⁹ Lucien Nizard, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, op.cit., p. 6.

⁴⁰ Lucien Nizard, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, op.cit., p. 6. L'auteur cite comme exemple des exceptions définies a priori par l'auteur de la règle, la réforme du contentieux administratif. Selon cette réforme, les tribunaux administratifs sont juges de droit commun ; cependant l'article 2 du décret du 30 septembre 1953 et l'article 2 du règlement d'administration publique du 28 novembre 1953, disposent que le Conseil d'Etat reste juge en dernier ressort dans un certain nombre de cas qu'ils énumèrent.

⁴¹ Lucien Nizard, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, op.cit., p. 6.

⁴² Lucien Nizard, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, op.cit., p. 6.

Si la thèse de Lucien Nizard présente un intérêt certain, elle laisse toutefois le lecteur perplexe. Il est en effet légitime de se demander si la notion des circonstances exceptionnelles proposée par l'auteur a épuisé le phénomène des exceptions en droit administratif et en droit constitutionnel. De même, a-t-elle permis d'expliquer de manière cohérente les significations de l'exception lorsque celle-ci est énoncée et utilisée dans les textes juridiques en dehors de toute circonstance exceptionnelle ? Enfin, a-t-elle permis de circonscrire avec précision le contenu de l'exception ? Les réponses à ces questions demeurent ambiguës. Si l'auteur se réfère tantôt au terme « exception », tantôt à l'expression « circonstances exceptionnelles », force est de constater qu'il ne se borne, en réalité, qu'à étudier la jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles. Ainsi, si l'exception a été abordée dans sa thèse, elle n'a été étudiée qu'à travers la théorie des circonstances exceptionnelles en droit administratif. Par ailleurs, ni la notion, ni le contenu de l'exception ne sont définis. Cette absence de définition met à notre sens en exergue l'intérêt et la nécessité de tenter d'identifier et de circonscrire le contenu de l'exception.

La thèse du professeur Saint-Bonnet portant sur l'état d'exception⁴³ semble à première vue s'inscrire dans l'optique de définition de l'exception. Selon le professeur, « l'exception est de tout les temps. Elle est aussi de tous les domaines juridiques. En droit public, l'exception revêt une allure particulière : il s'agit non seulement d'écarter la règle applicable en raison des circonstances ou d'une finalité supérieure, mais encore de se soustraire aux rapports normaux entre gouvernants et gouvernés »⁴⁴.

Toutefois, la thèse du professeur Saint-Bonnet se limite à l'instar de la thèse de Lucien Nizard, à analyser l'exception à travers la théorie des circonstances. L'état d'exception paraît sous la plume du professeur, comme la formulation plus générale et plus abstraite de la notion des circonstances exceptionnelles. Lorsqu'il est utilisé en droit constitutionnel, l'état d'exception semble correspondre à l'état de nécessité. Il est plus précisément la représentation des circonstances exceptionnelles et de l'état de nécessité au niveau du droit constitutionnel. Ainsi que l'a noté l'auteur, « l'état de nécessité est considéré comme l'équivalent de la notion de circonstances exceptionnelles, mais à l'échelon supérieur de la hiérarchie des normes. De même que la seconde permet de couvrir une violation de la loi, le premier tend à avaliser un manquement aux normes constitutionnelles. En droit constitutionnel, aucune formule n'est

⁴³ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 2001, éd. de la thèse de l'auteur *L'état d'exception. Histoire et théorie. Les justifications de l'adaptation du droit public au temps de crise* soutenue en 1996.

⁴⁴ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 1.

arrêtée pour rendre compte de l'état d'exception »⁴⁵. Celui-ci est le plus souvent repris dans la formule de l'état de nécessité⁴⁶.

Ainsi, l'état d'exception semble alors n'être qu'une nouvelle qualification de l'état de nécessité. Cette idée peut être illustrée grâce à deux passages tirés de sa thèse. Selon le professeur, la définition de l'état d'exception implique l'exclusion des textes constitutionnels dont le dispositif prévoit explicitement une clause de suspension dans certaines circonstances, puisque ces textes répondent au critère de prévisibilité et constituent des aménagements de l'application du droit. Dans sa thèse, définir l'état d'exception revient en réalité à déterminer l'état de nécessité car « l'état de nécessité est toujours défini de manière très vague et il ne peut en être autrement car l'imprévisible, par définition ne peut être codifié [...]. Les garanties les plus sérieuses ne doivent pas être recherchées dans une définition précise des circonstances exceptionnelles. Comme en droit administratif, les éléments constitutifs de l'état de nécessité ne sont pas dissociables : il suppose la conjonction d'une infraction aux règles constitutionnelles, d'une circonstance de crise, et de la poursuite d'une finalité jugée supérieure »⁴⁷. L'état d'exception apparaît, quelques lignes plus loin, comme quelque chose qui se situe au cœur du rapport entre pression des faits et stabilité de l'ordre juridique : « cette position précaire oblige à déterminer – pour chaque période – ce point de déséquilibre entre droit public et fait politique »⁴⁸. Preuve de la fragilité du droit en présence des circonstances exceptionnelles, l'état d'exception est dès lors souvent invoqué pour justifier les violations de la règle de droit⁴⁹.

Par ailleurs, les deux thèses ci-dessus exposées concluent de façon unanime à l'impossibilité de circonscrire la consistance de l'état d'exception et des circonstances exceptionnelles. En d'autres termes, il est difficile voire impossible selon ces deux auteurs de savoir à l'avance ce qu'est une circonstance exceptionnelle ou un état d'exception. De même, l'auteur de la règle de droit ne peut jamais définir précisément la circonstance exceptionnelle ou l'état d'exception. Cette conclusion est également partagée par d'autres auteurs qui se sont penchés sur l'étude de ces notions.

⁴⁵ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 15.

⁴⁶ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., note infrapaginale n° 2, p. 15.

⁴⁷ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 16.

⁴⁸ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 28.

⁴⁹ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 380 et 381.

B. L'inconsistance ou la difficulté de définir conceptuellement l'état d'exception et les circonstances exceptionnelles

L'indétermination conceptuelle a été présentée comme la caractéristique fondamentale de la notion de circonstances exceptionnelles et donc de l'exception dans la thèse de Lucien Nizard⁵⁰. L'auteur affirme d'emblée que « nous nous attacherons plus loin à montrer que le caractère fondamental commun à l'ensemble de ces formules [circonstances et situations exceptionnelles], c'est leur indétermination : en permettant des exceptions indéfinies à la règle de droit, elles mettent en cause le principe même de l'application de celle-ci »⁵¹. Cependant il est extrêmement difficile de savoir si ce sont les circonstances exceptionnelles qui sont indéterminées ou si c'est l'exception car l'auteur semble utiliser de manière interchangeable le terme « exception » et la locution « circonstances exceptionnelles » ainsi que l'illustre ce passage « l'exception est indéterminée ; les conditions de définition proposées par les auteurs classiques sont imprécises. Le juge n'a ni énuméré, ni défini les circonstances de nature à la permettre ; et il ne pouvait le faire car sa conception de l'exception est fonctionnelle »⁵². La définition fonctionnelle signifie donc l'inconsistance conceptuelle de l'exception, celle-ci ne pouvant être saisie que grâce à la liste de ses fonctions répertoriées.

Dans le même esprit, le professeur Saint-Bonnet considère que l'état d'exception ne peut, à l'instar de la notion de circonstances exceptionnelles, être défini selon un critère matériel⁵³. Il est en effet selon l'auteur impossible de cerner de manière précise le contenu d'un état qualifié d'exception ou de définir à l'avance ce qu'est un état d'exception : « elle [la définition de l'état d'exception] ne peut être séparée de son contexte, des rapports de pouvoirs dans lesquels elle s'inscrit et n'est jamais autre chose, pour le juriste, que ce que l'on qualifie ainsi »⁵⁴. Lié à l'état de nécessité et à la justification des violations du droit, l'état d'exception ne peut, d'après le professeur, être défini qu'à partir des trois éléments constitutifs : *la dérogation (ou infraction), la référence à une situation anormale et la conception d'une finalité supérieure*. Ainsi, l'état d'exception est entendu comme un moment pendant lequel les règles de droit prévues pour des périodes calmes sont transgressées, suspendues ou écartées

⁵⁰ Lucien Nizard, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative et la légalité*, op. cit., p. 6 et s.

⁵¹ Lucien Nizard, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative et la légalité*, op. cit., p. 7.

⁵² Lucien Nizard, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative et la légalité*, op. cit., p. 56.

⁵³ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op., cit., p. 6.

⁵⁴ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op., cit., p. 4.

pour faire face à un péril⁵⁵. Le déclenchement de l'état d'exception entraîne deux conséquences : la concentration du pouvoir au profit de l'exécutif et la réduction ou la suspension des droits jugés fondamentaux pendant les périodes de calme⁵⁶.

L'inconsistance ou l'impossibilité de cerner avec précision le contenu juridique de l'état d'exception est également soutenue par le philosophe Giorgio Agamben dans son livre intitulé *Etat d'exception*⁵⁷. Selon l'auteur « une théorie cohérente de l'état d'exception fait défaut en droit public. [...] La définition même du terme [exception] est rendue difficile parce qu'elle se situe entre la politique et le droit »⁵⁸. Ainsi, l'état d'exception semble révéler la faiblesse et la limite du droit face à des situations telles que la guerre civile, l'insurrection et la résistance. L'auteur souligne en effet que « l'état d'exception n'est pas un droit spécial (comme le droit de la guerre) mais en tant que suspension de l'ordre juridique lui-même, il en définit le seuil ou le concept limite »⁵⁹.

Au vu des thèses et études ci-dessus exposées, deux observations peuvent être émises. Premièrement, si l'exception est invoquée dans ces thèses et études, elle n'est étudiée qu'en tant qu'adjectif qualificatif (exceptionnel), c'est-à-dire qu'elle sert à qualifier une circonstance, un état, un fait qui justifie que l'exception soit faite à la règle de droit. Si le sens primitif « *limitation, soustraction, exclusion ou dérogation* » de l'exception demeure présent, il est toutefois occulté par le second sens « *anormal, extraordinaire, rare ou particulier* ». En effet, l'expression « *circonstance exceptionnelle, cas exceptionnel* » évoque d'emblée l'image d'une circonstance anormale, rare, particulière et non l'idée de limitation c'est-à-dire une règle de droit (droit exceptionnel) limitant l'étendue d'une autre règle de droit (droit commun).

Deuxièmement, les thèses et études portant sur les notions d'état d'exception et de circonstances exceptionnelles n'ont à notre sens étudié l'exception qu'en tant que moyen de justification de la transgression ou de la mise à l'écart du droit pour atteindre une finalité ou un objectif politique. C'est en ce sens que l'état d'exception et les circonstances exceptionnelles ne peuvent être définies que comme des notions fonctionnelles, c'est-à-dire qu'elles ont pour fonction de déroger à la légalité (thèse de Lucien Nizard) ou de justifier la transgression de la règle constitutionnelle (thèse du professeur Saint-Bonnet). En revanche,

⁵⁵ François Saint-Bonnet, « L'état d'exception et la qualification juridique », C.R.D.F., 2008, n° 6, p. 29-37.

⁵⁶ François Saint-Bonnet, « L'état d'exception et la qualification juridique », art. cit., p. 29.

⁵⁷ Giorgio Agamben, *Homo Sacer. II, 1, Etat d'exception*, traduit par Joël Gayraud, Paris, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 2003, p. 9.

⁵⁸ Giorgio Agamben, *Homo Sacer. II, 1, Etat d'exception*, op. cit., p. 9.

⁵⁹ Giorgio Agamben, *Homo Sacer. II, 1, Etat d'exception*, op. cit., p. 15.

les auteurs ne semblent pas s'interroger sur le point de savoir ce qu'est une exception lorsqu'elle est énoncée dans un texte juridique (texte exceptionnel) ou ce qu'est un droit (civil ou public) d'exception. S'il a été abordé dans ces thèses et études, le droit d'exception est présenté par ces auteurs comme un droit dérogatoire et défavorable à l'individu⁶⁰ (*jus singulare*). Par ailleurs, en présentant le droit d'exception comme la conséquence nécessaire et inévitable de l'état d'exception ou des circonstances exceptionnelles, leurs thèses induisent le lecteur à penser de prime abord que l'exception ou le droit d'exception ne peut exister indépendamment de ces circonstances. Il en va de même pour l'affirmation selon laquelle en présence de l'état d'exception ou des circonstances exceptionnelles, les droits fondamentaux de l'individu sont réduits ou suspendus. Or l'ordre juridique comporte un grand nombre de normes et textes se référant à l'exception explicite et implicite dont l'application est quotidienne et indépendante de l'état d'exception ou des circonstances exceptionnelles. Ces textes et normes d'exception ne réduisent ni ne suspendent les droits fondamentaux. Afin d'illustrer notre propos, il faut ici citer quelques exemples.

L'article 21-17 du Code civil prévoit que « *sous réserve des **exceptions** prévues aux articles 21-18, 21-19, 21-20, la naturalisation ne peut être accordée qu'à l'étranger justifiant d'une résidence habituelle en France pendant les cinq années qui précèdent le dépôt de la demande* ».

L'article 2294 du Code civil dispose que « *les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'**exception** de la contrainte judiciaire, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée* ».

L'article L.O 142 du Code électoral est ainsi rédigé : « *l'exercice des fonctions non électives est incompatible avec le mandat de député. **Sont exceptés** des dispositions du présent article : 1° les professeurs, qui à la date de leur élection, étaient titulaire des chaires données sur présentation des corps [...]. 2° dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, les ministres des cultes et les délégués du gouvernement [...]* ».

L'article 10 de la Déclaration des droits de 1789 prévoit que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, **pourvu que** leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ».

⁶⁰ Outre François Saint-Bonnet, Lucien Nizard et Giorgio Agamben, il faut souligner l'article de Jacques Ellul, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », A.P.D., n° 8, 1963, p. 21-33 et A.P.D., n° 10, 1965, p. 191-207, voir part. p. 203-204. Selon Jacques Ellul, « la notion de droit d'exception repose à la fois sur une fausse conception du droit, et sur le fait que le droit n'est plus qu'un instrument aux mains de l'Etat. Car le souci est qu'en définitive en présence de telle nécessité, militaire, économique, etc., l'Etat estime ne pas avoir un instrument juridique suffisant pour répondre. Le droit d'exception est l'apparence de la Raison d'Etat ».

L'alinéa 5 de l'article 72 de la Constitution de 1958 dispose que « *aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune* ».

Des exemples des normes et règles juridiques comportant des exceptions explicites et implicites qui ne réduisent ni ne suspendent les droits fondamentaux et dont l'application est totalement séparée des circonstances et état exceptionnels en droit français peuvent être cités à loisir mais nous nous limitons à ces illustrations. L'idée est de simplement montrer que les thèses portant sur les notions de circonstances exceptionnelles et d'état d'exception n'ont pas épuisé la notion juridique d'exception, ni la question de sa définition. Ce qui montre l'intérêt de notre thèse consistant à proposer la définition de la notion d'exception.

§3. L'intérêt de l'étude : proposer la définition d'une notion d'exception en droit constitutionnel

Si l'exception est indissolublement liée à la règle de droit, ainsi que l'illustrent les adages « l'exception confirme la règle » ou « pas de règle sans exception », la détermination de son sens dans le langage du droit laisse en revanche perplexe. Si elle apparaît dans certains travaux doctrinaux, l'exception n'a été que partiellement étudiée. En effet, les auteurs ne l'ont analysée qu'au prisme des notions de circonstances exceptionnelles et de l'état d'exception.

Complémentaire avec ces travaux, notre hypothèse de travail s'en distingue principalement par son objet et par sa méthodologie. Nous souhaitons en effet proposer des critères autonomes de définition de la notion d'exception en droit constitutionnel. Une telle entreprise nous paraît nécessaire dans la mesure où le droit constitutionnel reconnaît son existence et son utilité. Dès lors, il est nécessaire de déceler par l'observation objective des principes et normes constitutionnels positifs se référant de manière explicite ou implicite à l'exception, l'essence de cette notion. C'est la raison pour laquelle notre thèse n'est pas exclusivement centrée sur la circonstance exceptionnelle ou sur l'état d'exception. Il ne s'agit en effet pas d'étudier exclusivement ce qui amène les constituants et le législateur à adopter la norme d'exception. Une telle approche se situant en amont du processus normatif aurait été redondante compte tenu de l'apport des travaux précités. Notre thèse se place dès lors en aval de ce processus en ce qu'elle cherche à déterminer le contenu d'une exception lorsque celle-ci a été adoptée ou énoncée de façon implicite ou explicite par les autorités normatives en tant

que norme ou règle de droit. Ainsi, si elle se réfère parfois à des discours justifiant l'adoption de l'exception par les autorités normatives, ces discours ne sont pas l'objet principal de notre thèse. Ils seront donc étudiés comme l'une des étapes du raisonnement.

L'intérêt de notre thèse consiste donc à proposer la définition de la notion juridique d'exception en droit constitutionnel ainsi qu'à en délimiter le contenu (A). A cette fin, il convient de préciser le champ d'étude (B) et le choix de la méthodologie (C).

A. La nécessité d'une définition de l'exception

L'exception est souvent évoquée et utilisée mais rarement définie. Au regard de multiples références à l'exception en droit positif, ce constat est à la fois paradoxal et intrigant. Afin de rendre compte dès à présent tant de la diversité que de la dilution du sens de cette notion, une énumération non exhaustive des textes juridiques et des discours doctrinaux employant l'exception paraît utile.

Le droit du contentieux administratif utilise souvent les deux expressions « *exception d'illégalité* » et « *exception de recours parallèle* ». La première désigne un moyen tiré de l'illégalité d'une décision (devenue définitive) autre que celle attaquée. Elle permet plus précisément au requérant lors d'un recours contentieux de demander au juge d'écarter pour motif d'illégalité l'application d'un acte autre que celui qui est l'objet du recours⁶¹. La seconde est un motif d'irrecevabilité qui exclut l'exercice du recours pour excès de pouvoir dans les cas où la voie du plein contentieux est seule ouverte⁶².

On trouve l'expression « *exception d'inconstitutionnalité* » en droit constitutionnel. Ayant désormais son fondement dans l'article 61-1 de la Constitution, cette exception désigne la possibilité accordée à tout individu de contester la constitutionnalité d'une loi promulguée et en vigueur lors d'un procès. L'article 61-1 prévoit en effet que « *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être*

⁶¹ René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2008, 13e éd., p. 681. Selon l'auteur, l'exception d'illégalité désigne l'une des possibilités de se prévaloir, à l'appui du recours exercé en temps utile contre une autre décision, de l'illégalité d'une décision définitive si cette illégalité a en quelque sorte contaminé la décision attaquée, afin de pouvoir obtenir l'annulation de celle-ci, même si elle est exempte de tout vice propre. Elle sera annulée en raison de l'illégalité dont on aura « excipé » de la décision définitive ; en d'autres termes, en conséquence de l'exception tirée de l'illégalité de cette décision. Voir également CE, Sect. 9 novembre 1979, Association pour la défense de l'environnement en Vendée, rec., p. 406, A.J.D.A., 1980, p. 362, concl. Daniel Lebetoulle.

⁶² René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 702-703. Voir également CE. Sect., 6 janvier 1995, Société Manufacture française des chaussures ERAM, rec., p. 5, L.P.A. du 5 juin 1995, p. 11, concl. Jean-Claude Bonichot.

saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

Il faut aussi ajouter à cette liste l'exception qualifiée de procédure, l'article 73 du code de procédure civile énonce que « *constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours* ». Selon l'alinéa 1 de l'article 74 du même code, « *les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public* ». Ainsi, on trouve l'exception de litispendance et de connexité⁶³, l'exception d'incompétence⁶⁴ ou encore l'exception dilatoire⁶⁵ et l'exception de nullité régie par l'article 112 du code de procédure civile.

Ainsi, ces exceptions sont définies comme les moyens de défense dans une procédure juridictionnelle ou comme une technique pour contester la constitutionnalité de la loi. Toutefois il est légitime de s'interroger : cette définition correspond-elle à toute exception ? En d'autres termes, toute exception désigne-t-elle un moyen de défense ? A titre d'exemple, la loi du 6 août 2002 portant Amnistie dispose que « *Sont amnistiées de droit, en raison soit de leur nature ou des circonstances de leur commission, soit du quantum ou de la nature de la peine prononcée, les infractions mentionnées par le présent chapitre lorsqu'elles ont été commises avant le 17 mai 2002, à l'exception de celles qui sont exclues du bénéfice de l'amnistie en application des dispositions de l'article 14* »⁶⁶. L'exception ici utilisée désigne-t-elle le moyen de défense ? La même question peut également se poser à l'égard de l'alinéa 4 de l'article 7 de la Constitution selon lequel « *En cas de vacance de la Présidence de la République [...] les fonctions du Président de la République, à l'exception de celles prévues aux articles 11 et 12 ci-dessous, sont provisoirement exercées par le président du Sénat et, si celui-ci est à son tour empêché d'exercer ces fonctions, par le Gouvernement* ».

La recherche de sens du terme « exception » en droit devient une nécessité lorsqu'on constate la présence d'un nombre indéterminé d'expressions se référant à ce terme : tribunal

⁶³ L'article 102 du code de procédure civile prévoit que « *lorsque les juridictions saisies ne sont pas de même degré, l'exception de litispendance ou de connexité ne peut être soulevée que devant la juridiction du degré inférieure* ».

⁶⁴ L'article 75 du code de procédure civile dispose que « *s'il est prétendu que la juridiction saisie est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et la faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit jugée* ».

⁶⁵ L'article 108 du code de procédure civile prévoit l'exception dilatoire en ces termes : « *le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit soit d'un délai pour faire l'inventaire et délibérer soit d'un bénéfice de discussion ou de division, soit de quelque autre délai d'attente en vertu de la loi* ».

⁶⁶ Loi n°2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie, J.O. du 9 août 2002, p. 13647.

ou juridiction d'exception, droit ou justice d'exception, texte exceptionnel ou encore les législations de crise et d'application exceptionnelle⁶⁷. Quelle signification véhiculent ces références à l'exception ?

Lorsque la question de son sens n'est pas passée sous silence, l'exception est alors souvent considérée comme indéfinissable. Selon une idée répandue, « l'exception est de tout le temps. Elle est aussi de tous les domaines juridiques⁶⁸ ». Toutefois « il n'existe pas de critère objectif de l'exception » ou « l'état d'exception n'est pas défini avec précision⁶⁹ », en droit administratif comme en droit constitutionnel, « les définitions d'exception manquent d'unité et de fermeté »⁷⁰. On constate par ailleurs que « l'exception est définie par son effet dérogatoire »⁷¹ et qu'elle est contraire au principe de légalité. A cet égard, la remarque du Doyen Léon Duguit est significative. Selon le Doyen si l'on fait une seule exception au principe de légalité matérielle, on ne sait pas où cela peut conduire et, si certaines circonstances se présentent, on peut arriver facilement au despotisme⁷². Cette remarque s'appuie sans doute sur l'adage « *exceptio est strictissimae interpretationis* » selon lequel en dérogeant au droit commun l'exception est le droit anormal et doit à ce titre être interprétée restrictivement. Destinée à des usages divers et variés, l'exception se caractérise par son indétermination⁷³. Ainsi, sans posséder une consistance précise, l'exception ne peut qu'être l'objet d'une définition fonctionnelle⁷⁴.

Si la définition fonctionnelle de l'exception peut être admise, elle n'empêche toutefois pas la recherche de sa consistance. La multiplicité des manifestations rattachées à l'exception n'est en effet pas un obstacle dirimant à l'élaboration de sa notion. Elle lui confère au contraire tout son intérêt.

⁶⁷ Bernard Stirn, Simon Formery, *Code de l'administration*, Paris, Litec, 2006, 2e éd., le chapitre IV du Code de l'administration regroupe les législations de crise et circonstances exceptionnelles ; voir aussi Code de la Défense, J.O., 2006, le livre 1^{er} du Code de la Défense (partie législative) comporte un ensemble de textes au régime d'application exceptionnelle.

⁶⁸ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit. p. 1.

⁶⁹ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit. p. 2.

⁷⁰ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit. p. 1 et 4.

⁷¹ Lucien Nizard, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative et la légalité*, op.cit., p. 6.

⁷² Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 4, Paris, de Boccard, 1924, p. 162. Le doyen craint qu'un usage non contrôlé de l'exception puisse conduire à la raison d'Etat.

⁷³ Lucien Nizard, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative et la légalité*, op.cit., p. 7.

⁷⁴ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., Après avoir expliqué que « comme la définition matérielle, la définition formelle est vouée à l'échec », l'auteur conclut que « seule une définition fonctionnelle est concevable », p. 25. Cette idée a été auparavant soutenue par Lucien Nizard, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative et la légalité*, op.cit., p. 7.

La nécessité des définitions juridiques a été mise en valeur depuis longtemps⁷⁵. La construction juridique simplifie, donc schématise pour permettre de juger mieux, de voir plus juste⁷⁶. La doctrine se doit donc « d'analyser et de synthétiser le réel, puis de le rendre intelligible en dégagant les notions qui le mettent en forme cohérente »⁷⁷. En effet, les « notions fondamentales et les règles générales sont les cadres ou les symboles qui rendent intelligible une mêlée confuse »⁷⁸. En d'autres termes, les notions et concepts utilisés dans le langage du droit doivent avoir des sens précis afin que le droit soit communicable et puisse déployer ses effets normatifs⁷⁹.

La recherche de la consistance de la notion d'exception s'avère donc nécessaire. Au-delà de la diversité de ses manifestations, l'exception utilisée en droit constitutionnel en particulier et en droit positif en général pourrait révéler une essence homogène. C'est cette essence qu'il faut déceler et mettre en valeur.

B. Le droit constitutionnel comme objet d'étude

Nous souhaitons en effet montrer l'existence de la notion juridique d'exception en en proposant notamment une définition. Celle-ci ne peut être entièrement assimilée aux notions de circonstances exceptionnelles et d'état d'exception d'autant plus que celles-ci représentent, selon la majeure partie de la doctrine, la menace et le danger pour l'ordre constitutionnel et les droits fondamentaux de l'individu. A l'analyse, l'exception s'avère être consubstantielle à l'équilibre de l'ordre juridique.

Le choix du droit constitutionnel comme instrument d'étude doit à présent être expliqué. A cette fin il convient de préciser ce qu'il faut entendre par « droit constitutionnel »

⁷⁵ Roger Bonnard, « La conception juridique de l'Etat », R.D.P., 1922/39, p. 5-57. L'auteur met en valeur le double apport logique et systématique des concepts et des notions comme éléments fondamentaux de la déduction logique. A cet égard, il faut citer également le débat opposant Jean Rivero à Bernard Chénol sur l'utilité et la nécessité des notions et concepts. Voir Bernard Chénol, « L'Existentialisme et le Droit », Revue française de science politique, 1953/1, p. 57-68 ; Jean Rivero, « Apologie pour les faiseurs de système », Paris, Dalloz, 1951, chron. XXIII, p. 99 et s. ; voir égal. Marcel Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges Dabin (Jean)*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 359-371.

⁷⁶ Théodore Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1987, p. 232-236.

⁷⁷ Etienne Picard, *La notion de police administrative*, t. 1, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1984, p. 49.

⁷⁸ Bernard Chénol, « L'Existentialisme et le Droit », Revue française de science politique, 1953/1, p. 57-68. L'auteur admet la nécessité et l'importance des concepts et des systématisations en droit administratif puisque ceux-ci assurent la sécurité et la stabilité juridique. Il critique néanmoins la sublimation, l'abstraction excessive de certaines constructions juridiques qui peuvent devenir détachées du domaine juridique.

⁷⁹ Etienne Picard, « Introduction », in Jean du Bois de Gaudusson (dir.), *Le devenir du droit comparé en France. Actes de la journée d'étude du 23 juin 2004 à l'Institut de France*, Aix-en-Provence, P.U.A.M, 2005, p. 48-50.

c'est-à-dire sa définition (1). Nous expliquerons ensuite les raisons qui nous amènent à proposer la définition de la notion d'exception dans cette branche du droit (2).

1. La définition du droit constitutionnel

Les propositions de définitions du droit constitutionnel sont nombreuses et variées. Il sera vain de les énumérer de manière exhaustive. Le propos doit dès lors se circonscrire à l'essentiel. L'idée est de présenter l'existence et les caractéristiques foncières d'une branche juridique dans laquelle la question de définition de l'exception peut se poser.

L'expression « droit constitutionnel » a été, selon le manuel « droit constitutionnel » de Louis Favoreu, utilisée pour qualifier la discipline intellectuelle, la science ayant pour objet l'étude des règles constitutionnelles. Elle désigne d'abord le droit régissant les institutions politique de l'Etat ainsi que l'a souligné Raymond Carré de Malberg, « toute étude du droit public en général et du droit constitutionnel en particulier engage et présuppose la notion de l'Etat. [...] Quant au droit constitutionnel, c'est – ainsi que son nom l'indique – la partie du droit public qui comprend les règles ou institutions dont l'ensemble forme, dans chaque milieu étatique, la Constitution de l'Etat »⁸⁰. En ce sens le droit constitutionnel étudie les régimes politiques des Etats, les institutions et la pratique parlementaire et gouvernementale. Dans cette optique, le droit constitutionnel entretient des liens étroits avec la science politique⁸¹.

Toutefois, les institutions politiques ne sont pas objet exclusif du droit constitutionnel, celui-ci a pour second objet : le système des normes. C'est ainsi que le droit constitutionnel est qualifié de source de tous les autres droits. L'idée est la suivante : la Constitution (objet d'étude du droit constitutionnel) est la norme suprême d'un ordre juridique. Elle est dès lors considérée comme le fondement juridique des autres sources du droit dans la mesure où les règles constitutionnelles ont une valeur supérieure à toutes les autres règles législatives. Dès lors sous peine d'invalidation et d'annulation, les lois destinées à être promulguées doivent respecter le contenu de la Constitution. C'est donc la définition formelle du droit

⁸⁰ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, préface de Éric Maulin, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, Fac-similé de l'éd. de 1920, Paris, Sirey, p. 1.

⁸¹ Olivier Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003.

constitutionnel. Celui-ci est donc un ensemble de normes et principes énoncés par la Constitution⁸².

Enfin le droit constitutionnel a pour troisième objet la protection des droits et libertés fondamentaux⁸³. Dans cette conception matérielle et axiologique, le droit constitutionnel vise à limiter la puissance de l'Etat afin de préserver la liberté individuelle. A cette fin, il prévoit des règles organisant le rapport entre les gouvernants (Etat, ses organes) et les gouvernés (individus). Il est dès lors défini comme un ensemble des règles constitutionnelles de fond destinées à garantir les droits et libertés fondamentaux de l'individu face à l'Etat⁸⁴. Cette définition matérielle et axiologique du droit constitutionnel demeure étroitement liée au développement de la justice constitutionnelle et à la notion matérielle d'Etat de droit.

De ces définitions, il faut retenir que le droit constitutionnel correspond à l'ensemble des règles et principes constitutionnels en vigueur (Constitution comme système de normes) qui ont pour but tantôt d'organiser l'Etat et ses institutions (droit constitutionnel normatif, institutionnel), tantôt de déterminer le rapport entre l'Etat ou ses organes et les individus, c'est-à-dire qu'il détermine les droits de l'individu que l'Etat doit respecter et garantir (droit constitutionnel normatif, matériel et fondamental⁸⁵). C'est donc à partir des règles et principes constitutionnels que le contenu de la notion d'exception peut être observé et identifié.

⁸² Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., coll. Manuel, 2012, 33e éd., p. 32. Selon la définition formelle, « le droit constitutionnel est un ensemble de normes qui présentent trois caractéristiques : premièrement leur valeur est supérieure à celle de toutes les autres normes ; deuxièmement elles déterminent la manière dont ces normes doivent être produites ; enfin, elles constituent le fondement ultime de leur validité, sans que les normes qu'il contient soient elles-mêmes fondées sur d'autres normes juridiques ».

⁸³ Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux et Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit public, science politique, 2012, 14e éd., p. 23.

⁸⁴ Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 23. Les auteurs soulignent que la conception matérielle du droit constitutionnel s'explique par quatre facteurs : « 1. la désacralisation de la loi : les terribles expériences nazie et fasciste ont provoqué une désacralisation de la loi : le législateur n'est pas infaillible ; le parlement peut se tromper ; la loi peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux des individus ; il est donc nécessaire de se protéger aussi contre elle et plus seulement contre les actes du pouvoir exécutif ; 2. l'expansion des constitutions et du constitutionnalisme due au phénomène de la décolonisation qui a fait passer le nombre des Etats dans le monde d'un quarantaine après la guerre à plus de deux cents aujourd'hui et provoqué la multiplication des textes constitutionnels et par là même leur modernisation ; 3. la diffusion internationale de l'idéologie des droits de l'homme à travers la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948 et la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 qui met au premier plan l'individu face à l'Etat et change profondément les perspectives d'organisation du pouvoir ; 4. l'apparition de la Justice constitutionnelle comme élément fondamental des systèmes constitutionnels européens est de plus en plus considérée comme une donnée décisive car sans elle, et malgré les autres éléments précités, on peut penser que l'évolution constatée n'aurait pas eu lieu ».

⁸⁵ Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., coll. Manuel, 2002.

2. Le droit constitutionnel, objet d'étude

La limitation de l'étude au droit constitutionnel peut être justifiée par trois raisons. D'abord, il existe en l'état actuel du droit positif (privé ou public) un constat quasi unanime selon lequel le droit commun s'oppose au droit d'exception. Ces deux droits, commun et exceptionnel, entretiennent un rapport de contradiction ou d'incompatibilité. Il est dès lors intéressant de s'interroger sur le point de savoir comment la Constitution, norme suprême et source d'un ordre juridique, règle et organise le rapport entre le droit commun et le droit d'exception (règle et exception). En effet, plusieurs normes constitutionnelles, et nous l'avons précédemment indiqué, se réfèrent de manière explicite ou implicite à l'exception. Quelle signification précise peut dès lors être tirée de ces normes constitutionnelles d'exception ? Existe-t-il une dualité ou plus exactement une opposition entre le droit constitutionnel commun et droit constitutionnel d'exception ? Par ailleurs, la Constitution est définie par Hans Kelsen comme la norme suprême garantissant l'unité et la cohérence d'un système ou d'un ordre juridique⁸⁶. Il est dès lors important de savoir comment elle explique et résout la contradiction entre la règle et l'exception.

Ensuite, il n'existe aucune thèse portant sur l'exception et sur sa définition en droit constitutionnel positif. La majeure partie des auteurs n'a étudié que les notions de circonstances exceptionnelles, d'état d'exception ou les pouvoirs exceptionnels issus de l'article 16 de la Constitution de 1958. Malgré son intitulé évocateur « *La notion d'exception en droit* », la thèse de Monsieur Vergely ne semble pas répondre à l'objectif de définition de l'exception⁸⁷. Celle-ci est assimilée dans sa thèse d'une part aux notions d'état d'exception et de circonstances exceptionnelles et d'autre part au droit adopté sous le régime de Vichy.

Enfin, nous souhaitons soutenir une position contraire à celle de certains auteurs de la doctrine selon lesquels, en raison de la particularité de cette branche du droit – le droit constitutionnel se situe entre le droit et la politique – il est extrêmement difficile d'élaborer une notion d'exception purement juridique. N'étant que la limite marquant la fragilité ou la fin d'un ordre constitutionnel⁸⁸, l'exception ne pourrait être étudiée au même titre que les normes constitutionnelles ordinaires. Si elle peut être énoncée par la Constitution, il n'en

⁸⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit, Reine Rechtslehre*, traduit par Charles Eisenmann, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, 1999, p. 201 à 204.

⁸⁷ Daniel Vergely, *La notion d'exception en droit*, thèse dactylographiée, Université Paris X-Nanterre, 2006.

⁸⁸ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception* op. cit., p. 3-5 ; Giorgio Agamben, *Homo Sacer. II, 1, Etat d'exception*, op. cit., p. 15.

demeure pas moins que l'exception est étroitement liée à la politique. Elle ne pourrait donc être étudiée qu'à l'aune de la science politique. En ce sens, l'exception relève tantôt de la raison d'Etat, tantôt de la souveraineté. Ainsi que l'illustre la célèbre phrase de Carl Schmitt, « est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle »⁸⁹. Par ailleurs, plusieurs auteurs considèrent que le déclenchement de l'exception en droit constitutionnel met en exergue la faiblesse des droits constitutionnels fondamentaux ainsi que leur garantie. Ces droits sont en effet réduits ou suspendus par les normes d'exception. Dès lors les études ou travaux portant sur l'exception se doivent d'être critiques en montrant les dangers que cette notion représente pour les droits et libertés fondamentaux de l'individu et pour l'ordre constitutionnel libéral⁹⁰.

Contrairement à ce constat émis par ces auteurs, notre thèse soutiendra l'idée selon laquelle nonobstant l'ontologie ambivalente (politique/juridique) du droit constitutionnel, il est possible de définir la notion juridique d'exception dans cette branche du droit et d'en préciser le contenu. Cette notion est juridique et non politique. L'exception ne s'oppose pas à la règle de droit générale. Plus exactement, l'exception et la règle ne sont ni contradictoires, ni incompatibles. A l'analyse, elles s'avèrent consubstantiellement liées. L'exception est par ailleurs indispensable à l'équilibre de l'Etat de droit en général et à celui du droit constitutionnel en particulier.

Une précision s'impose ici. La limitation du sujet au droit constitutionnel ne signifie pas l'exclusion totale des références à d'autres branches du droit qui utilisent également l'exception. Une telle exclusion risquerait de présenter l'exception comme la seule spécificité du droit constitutionnel, or cette notion est commune à tous les droits. L'idée est simplement de retenir le droit constitutionnel comme l'objet principal de l'étude. Dès lors, le recours au droit privé, au droit administratif et au droit européen ou international des droits de l'homme sera utilisé à titre de comparaison ou d'illustration.

La délimitation de l'objet d'étude est ainsi expliquée, il convient à présent de préciser le choix de la méthode qui nous permettra de mener à bien notre thèse.

⁸⁹ Carl Schmitt, *Théologie politique*, traduit par Jean-Louis Schlegel, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1988, p. 15. L'introduction du livre commence par la célèbre phrase « *Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle* ».

⁹⁰ Le numéro 6 des Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux (C.R.D.F.) portant sur les « *pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux* » ainsi que le numéro XXIV de l'Annuaire International de Justice Constitutionnel (A.I.J.C.) 2008 consacré au thème « *Urgence, exception, constitution* », sont particulièrement significatifs de cette remarque. L'ensemble des auteurs admettent la contradiction entre le droit d'exception et le droit commun. De même, les auteurs soulignent de manière quasi unanime les dangers et menaces que l'exception représente pour l'ordre constitutionnel libéral et les droits fondamentaux. Voir C.R.D.F, 2008, n° 6, p. 11 et s., A.I.J.C., 2008, XXIV, p. 417 et s.

C. Le choix du positivisme juridique comme méthode de l'étude

La connaissance du droit ne se réduit pas d'après le professeur Bergel à une bonne mémoire pour laquelle l'homme ne saurait rivaliser avec l'ordinateur⁹¹. Elle suppose des méthodes appropriées fondées sur une logique, des raisonnements divers, des instruments techniques, des classifications etc. Ces méthodes juridiques relèvent de la science du droit⁹² définie comme un ensemble de méthodes et de démarches conduisant à comprendre le droit.

La science du droit désigne donc un ensemble de méthodes qui permettent d'étudier le droit en tant qu'un ensemble de règles et de principes juridiques⁹³. Hans Kelsen a, dans son ouvrage *Théorie pure du droit*, noté que « la science du droit vise à comprendre son objet « juridiquement », c'est-à-dire du point de vue du droit. Mais comprendre quelque chose juridiquement c'est évidemment, ce ne peut être que le comprendre comme droit, autrement dit : comme norme juridique ou contenu d'une norme juridique, comme déterminé par une norme juridique »⁹⁴. Si le droit, l'unique objet de la science du droit est ainsi précisé, il existe en revanche des conceptions très différentes sur la nature et les méthodes de cette science qui recouvrent le positivisme, le jusnaturalisme et le dogmatique juridique⁹⁵.

Il convient dès lors d'expliciter les significations de chacune de ces méthodes constitutives de la science juridique (1), ce qui permet d'expliquer la raison pour laquelle le positivisme juridique sera retenu comme la méthode permettant d'élaborer la notion juridique d'exception (2). Nous présenterons ensuite le plan de démonstration de notre thèse (3).

1. Les diverses conceptions de la science du droit : explicitation et illustration

Une précaution s'impose au sein de l'étude. Il ne sera pas possible ici d'évoquer toutes les nuances et subtilités de chacune des méthodes juridiques ni tous les débats et controverses relatives à diverses conceptions de la science du droit. Le propos doit se limiter à l'essentiel.

⁹¹ Jean-Louis Bergel, « Méthodologie juridique », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1021 et s.

⁹² Jean-Louis Bergel, « Méthodologie juridique », art. cit., p. 1021.

⁹³ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 19. Il est possible selon les auteurs de retenir trois sens du terme « droit ». Le premier sens signifie une faculté d'accomplir une certaine action. Ainsi lorsqu'on dit qu'un citoyen français a le droit de vote, on exprime l'idée que ce citoyen peut participer au choix des gouvernants et qu'il est interdit de l'en empêcher. Le deuxième sens désigne un ensemble de normes ou de règles comme l'illustrent les expressions « droit civil, droit constitutionnel, etc. » Le troisième sens se rapporte à la science qui étudie ces normes, comme l'indiquent les expressions « la faculté de droit ou étudiant en droit ».

⁹⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 77.

⁹⁵ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 35 et s.

Plus exactement il s'agit d'esquisser les traits principaux de chacune de ces méthodes afin d'expliquer pourquoi le positivisme juridique sera retenu comme méthode permettant d'étudier et de définir l'exception et d'en préciser le contenu.

Le terme « positivisme juridique » comporte selon le professeur Troper trois sens différents⁹⁶. Dans le premier sens, il désigne un mode d'approche du droit, c'est-à-dire la volonté de construire une science du droit sur le modèle des sciences empiriques. Cette science doit, comme toute science, être distincte de son objet et se borner à le décrire. Elle doit donc s'abstenir de tout jugement de valeur. Si elle prend le droit comme objet, celui-ci doit être défini indépendamment de sa conformité ou de sa non-conformité à la morale⁹⁷.

Dans un second sens, le positivisme désigne certaines thèses relatives au droit. Par exemple que le droit est un ensemble de normes, qui se définissent comme des commandements assortis de la menace de sanction, qu'elles sont donc l'expression de volontés humaines, qu'elles sont obligatoires, que ces normes sont liées par des relations logiques, qu'ainsi les normes particulières peuvent être obtenues par déduction de normes plus générales, ou que cet ensemble de normes présente les propriétés d'un système et notamment qu'il est cohérent et complet. Le professeur Troper note cependant que ces thèses ne présentent elles-mêmes guère de cohérence, qu'aucun auteur positiviste n'adhère à toutes et certains combattent même énergiquement telle ou telle d'entre elles⁹⁸.

Enfin, dans un troisième sens, le positivisme correspond à une idéologie selon laquelle le droit positif doit être obéi, soit parce qu'il est nécessairement juste, dans la mesure où le juste est défini seulement comme ce qui est ordonné par le droit positif, soit parce qu'on fait prévaloir l'idéal de l'ordre et de la sécurité sur celui de justice et qu'on professe qu'il existe une obligation d'obéir au droit, quel que soit son contenu, juste ou injuste. Le positivisme, ainsi conçu, conduit donc à une soumission aveugle au droit et à l'Etat⁹⁹.

Il résulte de cet exposé que seul le premier sens du positivisme juridique peut être retenu c'est-à-dire le positivisme en tant que méthode de description objective d'un objet empirique et vérifiable : le droit. Celui-ci est ici sommairement défini comme un ensemble de dispositions juridiques assorties de contrainte (sanction), édictées ou énoncés par les autorités

⁹⁶ La plupart de nos développements sont tirés de : Michel Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », in *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 2011, p. 33 et s.

⁹⁷ Michel Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », art. cit., p. 33.

⁹⁸ Michel Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », art. cit., p. 33.

⁹⁹ Michel Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », art. cit., p. 33.

normatives compétentes afin de saisir et régler la conduite humaine¹⁰⁰. Le positivisme est donc une méthode d'analyse, d'explication et de mise en ordre cohérent d'un ensemble de normes juridiques positives. Élément constitutif de la science du droit, le positivisme permet de comprendre le droit comme un tout présentant une signification, un tout intelligible. Hans Kelsen a en effet souligné que le chaos des perceptions sensibles ne devient un système doué d'unité – le cosmos, la nature – que par le travail de la connaissance scientifique qui y introduit l'ordre¹⁰¹. Dès lors, il est selon l'auteur possible d'employer la science de la nature en tant que théorie de la connaissance pour mettre le droit en ordre unitaire : « la masse des normes juridiques générales et individuelles posées par les organes juridiques, c'est-à-dire les matériaux donnés à la science du droit, ne devient un système présentant une unité, exempt de contradictions, en d'autres termes, un ordre juridique que par le travail de connaissance qu'effectue la science du droit »¹⁰². Ainsi, le positivisme est une science ayant pour unique objet le droit positif, par opposition au jusnaturalisme.

Se présentant comme une méthode tantôt concurrente, tantôt alternative avec le positivisme, le jusnaturalisme a un double objet d'étude : le droit positif et le droit naturel¹⁰³. Plus exactement, le jusnaturalisme est une méthode consistant à décrire non seulement le droit positif mais également le droit naturel puisqu'il existe, d'après les adhérents à cette méthode, non pas un droit, mais deux : le droit positif et le droit naturel. Le premier est un acte de volonté humaine parce qu'il a été posé par la volonté de certaines personnes (le constituant, le législateur ou le juge) et il ne peut qu'avoir une validité temporelle et limitée (droit positif contingent). Le second ne serait pas un acte de volonté humaine mais immanent à la nature¹⁰⁴ (d'où son nom de droit naturel) ou à la volonté de Dieu. Ainsi, le droit naturel a une validité éternelle (il n'est pas abrogeable par le droit positif parce qu'il est indépendant de la volonté humaine)¹⁰⁵ et se distingue du droit positif par son antériorité et sa supériorité c'est-à-dire que

¹⁰⁰ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 78-80.

¹⁰¹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 80.

¹⁰² Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 80.

¹⁰³ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 35.

¹⁰⁴ Cette distinction apparaît explicitement dans Aristote, *Ethique à Nicomaque*. Selon Aristote, il existe deux sources du droit : la nature et les lois de la cité. Aristote estime qu'en cas de conflit entre ces deux sources, la première doit prévaloir sur les secondes. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, cité par Alain Sériaux, « Droit naturel », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 507 et s.

¹⁰⁵ Jean Domat, *Traité des lois*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1989, Fac-similé de l'édition de 1828, Paris, Firmin-Didot, C. Béchét, Roret et al., p. 36 et s. L'auteur distingue les lois naturelles (droit naturel) des lois arbitraires (droit positif). Ainsi « les lois immuables s'appellent ainsi, parce qu'elles sont naturelles et tellement justes toujours et partout, qu'aucune autorité ne peut ni les changer, ni les abolir ; et les lois arbitraires sont celles qu'une autorité légitime peut établir, changer et abolir, selon le besoin ».

le premier est antérieur et supérieur au second. Le droit naturel devrait par ailleurs déterminer quelle autorité est légitime, c'est-à-dire habilitée à produire du droit positif et à quelle condition ce droit est valable et obligatoire¹⁰⁶. Ce qui signifie que le droit naturel servirait de source de légitimité et de validité pour le droit positif. Comme le contenu du droit naturel correspond à la justice, dès lors le droit positif doit être produit conformément au droit naturel s'il veut tendre vers la réalisation de la justice. En ce sens, le jusnaturalisme est une méthode qui étudie à la fois le droit positif et les valeurs morales ou idéologiques sous-jacentes à ce droit. Dans l'optique jusnaturaliste, la validité du droit positif est subordonnée à la fois à une condition formelle, il doit être édicté par l'autorité compétente, et à une condition matérielle, il doit avoir un contenu conforme au droit naturel, c'est-à-dire un contenu juste. De même, le droit positif ne peut être séparé de la morale.

Face au jusnaturalisme, le positivisme soulève plusieurs objections dont trois méritent de retenir notre attention. D'abord, le jusnaturalisme ne permet pas d'identifier avec précision la ou les sources du droit naturel. Celui-ci semble dériver tantôt de la nature, tantôt de la volonté de Dieu, ou encore de la nature humaine ou de la Raison¹⁰⁷. De plus, à cette pluralité de sources s'ajoute la question de la pluralité de conceptions de la justice puisqu'il peut exister autant de conceptions de droit juste et de droit injuste que d'opinions des individus. Or, le caractère juste ou injuste du droit ne relève que des jugements de valeur ou d'idéologie. Ceux-ci, en raison de leur subjectivité et de leur diversité, ne correspondent à aucune réalité objectivement observable¹⁰⁸. N'étant que des opinions subjectives et relatives, ces jugements de valeurs ne sont ni vrais ni faux et ne peuvent pas être systématisés. Tous ces éléments empêchent donc le jusnaturalisme d'être une science et d'expliquer de manière cohérente le droit.

Ensuite, en introduisant le jugement subjectif sur le contenu juste ou injuste du droit positif, le jusnaturalisme semble inciter à la désobéissance au droit et remet en cause la sécurité juridique. Depuis le mythe d'Antigone, certains auteurs jusnaturalistes considèrent en effet que le droit positif et le droit naturel peuvent se contredire. En pareil cas de contradiction, la norme du droit positif qui est contraire au droit naturel et donc à la justice ne serait pas obligatoire. Il serait dès lors juste de lui désobéir ainsi que l'illustre l'expression de

¹⁰⁶ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 35.

¹⁰⁷ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 35.

¹⁰⁸ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 65-76. Selon le maître de Vienne, imprégnées de subjectivité et de relativité, ni la morale, ni l'idéologie ne peuvent être l'objet de la science juridique.

droit et devoir de désobéissance¹⁰⁹. Or, en absence d'une définition de justice ou de droit juste unanimement partagée, le jusnaturalisme ne fait qu'engendrer le conflit entre les diverses conceptions de droit juste ou de droit injuste. Quel critère objectif permet de savoir que la conception du droit juste d'Antigone sera plus juste ou meilleure que celle édictée par Créon ?

Enfin, le jusnaturalisme n'est pas une méthode de description objective et de mise en ordre cohérent du droit c'est-à-dire qu'il ne décrit pas le droit tel qu'il est. Il constitue en réalité un discours prescriptif en ce qu'il décrit le droit tel qu'il devrait être. Ainsi que l'a souligné le professeur Troper, « le juriste qui adhère à cette conception jusnaturaliste ne se contente pas de décrire le droit tel qu'il est. Il pense qu'il lui appartient aussi de parler du droit tel qu'il devrait être »¹¹⁰. Le discours jusnaturaliste correspond dès lors à des commentaires critiques émis par les auteurs de la doctrine juridique à l'égard du droit. Ces commentaires consistent d'après le Professeur Amserek à apprécier la réglementation juridique telle qu'elle a été édictée et éventuellement telle qu'elle est appliquée en pratique, à dénoncer les imperfections, les obscurités, les lacunes, les antinomies qu'elle peut comporter, ou les conséquences sociales néfastes qu'elle risque d'engendrer, les entorses qu'elle inflige à des valeurs communément admises¹¹¹. Ainsi, le jusnaturalisme désigne les discours, jugements et opinions qui cherchent à justifier, à désapprouver ou à légitimer le droit positif. Il ne peut dès lors pas être qualifié de science du droit parce que ces discours, jugements et opinions en se confondant avec les normes juridiques ne seront pas vérifiables. Ils ne sont ni vrais ni faux.

Sans répondre à ces objections, le jusnaturalisme adresse à son tour au positivisme juridique de nombreuses critiques dont les deux plus récurrentes méritent d'être expliquées. Premièrement, en s'abstenant de tout jugement de valeur sur le droit ainsi que son contenu, le positivisme ne conduit-il pas à considérer comme droit n'importe quel système juridique y compris celui de la plus atroce tyrannie¹¹² ? Les lois adoptées par le régime nazi peuvent-elles être qualifiées de droit ? De même, sous l'apparence de neutralité scientifique, le positivisme ne cherche-t-il pas à légitimer les lois au contenu injuste et contraire à la morale comme l'illustrent celles adoptées par le régime de Vichy à l'égard des juifs¹¹³ ? Dans ce cas, le

¹⁰⁹ Pierre-Arnaud Perrouy (éditeur), *Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi*, éd. Université de Bruxelles, 2000, coll. Philosophie politique et juridique.

¹¹⁰ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 36.

¹¹¹ Paul Amserek, « La part de la science dans les activités des juristes », Dalloz, 1997, chron., p. 337 et s.

¹¹² Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 37.

¹¹³ Danièle Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP-PUF, 1989, p. 252 et s.

positivisme n'est qu'une méthode conduisant l'individu à une obéissance aveugle au droit de l'Etat.

Deuxièmement, quelle est l'utilité d'une science qui ne se borne qu'à décrire purement et simplement le droit¹¹⁴ sans juger son caractère juste ou injuste c'est-à-dire sa qualité ou sa légitimité ? N'ayant en effet pas pour but d'améliorer le contenu du droit ni d'évaluer sa qualité, le positivisme n'aboutit-il pas à une juxtaposition inutile au droit d'une science du droit ?

Ainsi présentée, l'opposition entre le positivisme juridique et le jusnaturalisme semble être irréductible, elle s'avère toutefois relative sous la plume du professeur Troper selon lequel le positivisme ne s'oppose pas de manière aussi radicale au jusnaturalisme¹¹⁵. De même, les deux objections récurrentes adressées au positivisme sont aisément réfutables¹¹⁶. Cette réfutation doit à présent être explicitée car elle permet de justifier le choix du positivisme comme la démarche méthodologique de notre thèse.

2. Le positivisme juridique comme méthode de l'étude

C'est sous la plume du professeur Troper qu'il est possible de trouver les clarifications et précisions permettant d'une part d'écarter les deux critiques formulées par le jusnaturalisme à l'égard du positivisme et d'autre part de relativiser l'opposition de ces deux approches du droit.

Concernant les deux critiques ci-dessus exposées, le professeur note que les tenants du positivisme opposent l'argument selon lequel dire qu'un système est juridique, qu'il forme un droit, ne signifie pas qu'on le considère comme bon et qu'on prescrive de lui obéir. Ce n'est une recommandation ni d'obéir ni d'ailleurs de désobéir, mais seulement l'identification d'un objet pour la science du droit¹¹⁷. Dès lors on ne peut pas reprocher au positivisme d'être une méthode légitimant ou justifiant l'obéissance aveugle au droit.

¹¹⁴ Paul Amssek, « La part de la science dans les activités des juristes », art. cit., p. 337 et s ; voir dans le même sens, Danièle Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », art. cit.

¹¹⁵ Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, P.U.F, 1994, coll. Léviathan, p. 27 et s ; voir égal. Michel Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », in Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, op. cit., p. 31 et s.

¹¹⁶ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 36-37.

¹¹⁷ Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, op. cit., p. 27 et s ; voir égal. Michel Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », in Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, op. cit., p. 31 et s. ; voir, égal. Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 37.

L'utilité du positivisme réside dans le fait qu'il permet de découvrir la signification de la norme et de la décrire à l'aide d'une proposition de droit¹¹⁸. Le positivisme cherche à expliquer de manière cohérente et logique l'ensemble de normes générales, individuelles. A cet égard, Hans Kelsen a également souligné que si les normes juridiques ne peuvent être ni vraies ni fausses parce qu'elles constituent des prescriptions, c'est-à-dire des ordres, des commandements, des permissions, des habilitations, la question se pose de savoir comment il est possible d'appliquer aux rapports entre normes juridiques des principes logiques, en particulier le principe de non-contradiction, et les règles de raisonnement¹¹⁹. Ces principes et règles ne peuvent en effet s'appliquer qu'à des assertions susceptibles d'être vraies ou fausses.

C'est en présence d'une telle question que le positivisme en tant que science du droit confirme toute son utilité et son intérêt parce qu'il permet d'appliquer au droit les principes logiques à travers ses propositions. Plus exactement, les principes logiques peuvent d'après Hans Kelsen être appliqués aux normes de droit sinon directement, du moins indirectement, en tant qu'ils sont applicables aux propositions de droit qui décrivent ces normes juridiques ; propositions qui peuvent être vraies ou fausses¹²⁰. Ainsi, si deux normes de droit se contredisent, on ne peut pas dire que l'une est fausse et l'autre vraie ou que l'une est valide et l'autre invalide parce que ces normes ne sont pas soumises aux principes logiques. En revanche, si la proposition qui décrit ces deux normes se contredit, elle sera fausse au regard du principe de non-contradiction régissant la science du droit. A titre d'exemple, il existe à première vue une contradiction entre une norme punissant le meurtre et une autre norme ne punissant pas le meurtre si celui-ci a été commis afin d'assurer la légitime défense. Le positivisme doit identifier la ou les significations de ces normes et de leur relation. Il doit ensuite écarter le caractère contradictoire de ces normes en recourant à la proposition selon laquelle « *il existe dans le droit X une norme qui punit le meurtre de peine de prison, toutefois cette norme ne s'applique pas au meurtre justifié par la légitime défense. Il en résulte que*

¹¹⁸ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 37 ; voir égal. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit. p. 79. Selon l'auteur, les propositions par lesquelles, la science du droit décrit le droit ne sont que des propositions de droit. Celles-ci ne sont que des jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique, national ou international, donné à la connaissance juridique, si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il détermine doivent avoir lieu. Ainsi les propositions de droit se différencient des normes juridiques. Celles-ci constituent des prescriptions entendues comme des ordres, des impératifs mais également des permissions et des habilitations. Les normes de droit ordonnent, permettent, habilitent. Elles ne renseignent pas.

¹¹⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 82.

¹²⁰ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 82. Voir aussi Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 38. Ainsi une proposition « *il existe en France une norme selon laquelle, si quelqu'un a commis un meurtre, il doit être condamné à la peine de mort* » est fausse car la norme prévoyant la peine de mort a été abrogée en France et n'existe plus.

l'individu qui a commis un meurtre pour s'assurer sa légitime défense peut échapper à la peine de prison si le juge estime que le meurtre est nécessaire à sa légitime défense ». Ainsi l'utilité de la science du droit consiste d'une part à identifier les significations des normes et les expliciter et d'autre part à fournir des méthodes permettant d'expliquer de manière logique et à mettre en ordre cohérent l'ensemble de normes juridiques ayant des contenus contradictoires.

Quant à l'opposition entre le positivisme et le jusnaturalisme sur la question des valeurs sous-jacentes au droit positif, celle-ci résulte selon le professeur Troper d'un malentendu sur la neutralité axiologique que postule le positivisme. En réalité, le positivisme en tant que méthode de description et de mise en ordre cohérent de l'ensemble des normes n'interdit pas la description des valeurs énoncées par telle ou telle norme juridique. Ainsi que l'a noté le professeur, « si la science ne peut connaître et décrire des valeurs, elle peut décrire les règles qui expriment les valeurs auxquelles adhèrent ceux qui les posent »¹²¹. En étudiant le droit positif le positivisme peut donc parfaitement décrire le contenu de ce droit. Or plusieurs normes de droit positif se réfèrent tantôt aux valeurs, tantôt au droit naturel, comme l'illustre l'article 2 de la Déclaration des droits de 1789 énonçant les droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ce qui signifie que les valeurs éthiques et le droit naturel une fois énoncés par le droit positif peuvent également être l'objet du positivisme¹²². L'interdiction de jugement de valeur signifie en réalité que le positivisme ne peut s'abriter derrière le discours scientifique pour énoncer des jugements de valeurs sur un droit¹²³. Plus exactement, les tenants du positivisme ne peuvent pas déclarer qu'il est scientifiquement prouvé que le droit français est meilleur que le droit russe et que par conséquent, le premier doit prévaloir sur le second. Une telle déclaration n'a rien de scientifique et se confond avec le discours politique militant en faveur d'une certaine conception idéologique du droit.

Au vu de ces explications et clarifications, notre thèse ne peut adopter l'approche jusnaturaliste parce qu'elle ne veut pas s'inscrire dans un discours prescriptif ou normatif. En effet, notre thèse ne cherche pas à prescrire au législateur de ne pas adopter les lois

¹²¹ Michel Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », art. cit., p. 40. Ainsi que l'a noté l'auteur, bien qu'ils aient été conçus à l'origine comme des droits naturels, ils ne sont en réalité pas plus naturels que n'importe quel autre droit accordé par l'ordre juridique et dès lors qu'ils sont créés et appliqués par les organes de l'Etat, ils appartiennent au seul droit positif et peuvent être décrits par la science du droit.

¹²² Michel Troper, « Le positivisme et les droits de l'homme », art. cit., p. 42.

¹²³ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 37 : « une science ne peut simplement décrire le réel à l'aide des propositions et il est impossible de dériver des prescriptions. Celui qui énoncerait des jugements de valeurs et qui prétendrait le faire en vertu de ses compétences scientifiques commettrait une escroquerie intellectuelle ».

d'exception jugées par certains auteurs dangereuses pour les droits fondamentaux ou au juge de contrôler plus rigoureusement ces lois exceptionnelles. L'adoption d'une telle approche ne présenterait guère d'intérêt compte tenu de l'existence d'un très grand nombre d'études et thèses critiquant, désapprouvant ou au contraire justifiant des normes d'exception. Par ailleurs, elle ne permet ni de définir la notion d'exception, ni d'expliquer de manière cohérente le rapport entre la règle et l'exception ainsi que la place de l'exception dans l'ordre juridique français qualifié de libéral.

Ainsi, le positivisme juridique entendu comme une méthode, une science empirique, s'avère plus adapté à notre thèse dont l'objectif consiste à décrire et à expliquer de manière cohérente les références juridiques à l'exception en droit constitutionnel à l'aide des propositions de droit. Plus exactement, il s'agit de montrer qu'avec l'aide de la méthode positiviste il est possible de définir l'exception et d'en cerner le contenu. Toutefois, cette méthode ne se limite pas à une pure description du contenu de la norme d'exception, de ce qu'elle prescrit. « Elle doit encore pour la décrire complètement et l'expliquer, la comprendre à l'aide de l'ensemble des normes auquel elle appartient »¹²⁴. Ce qui signifie que l'exception doit être expliquée, comprise, à partir de la règle de droit générale à laquelle elle est inextricablement liée et à partir de l'ordre juridique auquel elle appartient. Ainsi, décrire l'exception à partir de la règle juridique générale c'est également décrire et expliquer le rapport que la première entretient avec la seconde. De même, la description doit permettre de comprendre les conséquences engendrées par l'exception sur le système juridique français lorsqu'elle est édictée ou concrétisée par les autorités normatives.

Le choix du positivisme comme méthode est précisé, il reste à présent à esquisser le plan de démonstration de notre thèse.

3. Plan de démonstration de la thèse soutenue

Notre thèse s'assigne l'objectif d'analyser les discours juridiques et doctrinaux et de déceler les significations qu'y reçoivent les termes et expressions « *exception, texte*

¹²⁴ Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 38. Selon les auteurs, « *il est erroné de croire que la science en se bornant à reproduire purement et simplement les normes n'est pas d'une grande utilité. Il ne faut pas oublier cependant que les normes ne sont pas des énoncés, qu'elles ne sont pas accessibles au sens. La science du droit n'a affaire qu'à des énoncés, qui expriment des normes, mais pas aux normes elles-mêmes. Il lui appartient donc de découvrir quelles sont ces normes qu'expriment les énoncés, c'est-à-dire d'en dégager la signification et de la décrire à l'aide d'une proposition de droit. Cette description ne se limite d'ailleurs pas à une indication du contenu de la norme, de ce qu'elle prescrit. Il faut encore pour la décrire complètement et l'expliquer, la comprendre à l'aide de l'ensemble des normes auquel elle appartient* ».

exceptionnel, droit d'exception ». Il ne s'agit pas de recréer un concept juridique d'exception ou de droit exceptionnel, celui-ci existe déjà en l'état actuel du droit positif, mais de reconstituer de manière objective, notamment par l'observation du droit positif, les significations de l'exception.

Afin de soutenir cette thèse, il paraît donc judicieux de partir de l'observation de l'ensemble des données juridiques existantes ainsi que des discours doctrinaux se référant à l'exception et d'y identifier le contenu de cette notion. Ainsi, l'emploi de l'épithète « exceptionnel » à côté du nom « texte ou norme » laisse supposer qu'il y a des textes et normes qui ne sont pas exceptionnels et qu'il faut procéder à la différenciation de ces deux types de normes juridiques. Cette distinction servira de critère de définition de la notion d'exception.

Notre thèse doit s'articuler autour de deux axes. En premier lieu il convient d'identifier et de délimiter le contenu de la notion d'exception en droit constitutionnel. Il s'agit de s'interroger sur le point de savoir si le pouvoir constituant ajoute des exceptions à des règles qu'il édicte et comment cette notion est ensuite respectée et appliquée par les autorités normatives compétentes (législateur, exécutif et juge constitutionnel) (**Première partie**). Pour parvenir à ce résultat, il faut isoler à partir de l'ensemble du droit constitutionnel positif les normes exceptionnelles des normes qui ne le sont pas. Plus précisément, l'exception doit être distinguée de la règle de droit. Cette distinction analysée conjointement avec la concrétisation de l'exception par le législateur et le juge constitutionnel nous permettra ensuite de circonscrire le contenu de cette notion en droit constitutionnel.

Une fois la signification de la notion d'exception déterminée, son utilisation en droit constitutionnel doit être expliquée (**Deuxième partie**). Il faut en effet montrer comment cette notion est utilisée par les autorités normatives et avec quelle finalité. Plus exactement, il s'agit de se demander à quoi sert l'exception et quel intérêt peut être tiré de sa définition. L'analyse des fonctions de cette notion permettra de mettre en exergue tant son utilité que ses incidences sur l'ordre juridique en général et sur le droit constitutionnel en particulier.

PREMIERE PARTIE : LA DEFINITION DE LA NOTION D'EXCEPTION

Définir c'est extraire l'essence et le sens qu'attache le Droit à un terme et l'énoncer sous forme de définition. Il s'agit là d'une double fonction de la définition lexicale. Cette entreprise de rechercher la substance, le contenu sémantique du mot, suit généralement, selon Gérard Cornu, deux démarches¹²⁵.

Premièrement, la détermination du sens juridique d'un terme, ici « exception », doit se soumettre à l'usage de ce terme, c'est-à-dire à l'écoute et à l'observation de ce qui est dit dans le monde du Droit (loi, jurisprudence, doctrine, pratique administrative, style du Palais). C'est ainsi que la définition de l'exception nécessite au préalable l'explicitation des usages de ce terme dans les discours juridiques et doctrinaux. Il s'agit en effet de rechercher quels sont les usages que les textes juridiques et doctrinaux confèrent à l'exception lorsqu'ils s'y réfèrent ou l'énoncent. Comment cette notion est perçue, utilisée et analysée tant par les autorités normatives que par la doctrine ? A cette fin, les textes juridiques exceptionnels doivent être identifiés (**Titre 1**) puisqu'ils indiquent à la fois l'existence de l'exception et les usages de cette dernière.

Deuxièmement, la définition d'une notion juridique consiste à extraire de l'usage constaté, par un travail d'analyse et de mise en ordre, les traits distinctifs qui fondent une notion et son unité ; démarche scientifique qui tend à libérer, dans le fait linguistique, la rationalité plus ou moins cachée qu'il renferme¹²⁶. L'élaboration de la notion d'exception pourra donc être entreprise en extrayant des divers usages rattachés par les discours juridiques et doctrinaux à ce terme « exception » sa signification intrinsèque (**Titre 2**).

¹²⁵ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2011, 9e éd, p. X

¹²⁶ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op.cit., p X.

Titre 1. L'identification de l'exception à partir de la règle de droit

Si l'exception demeure indissolublement liée à la règle ou au principe juridique, la détermination de son sens laisse en revanche perplexe. Selon le dictionnaire « *Vocabulaire Juridique* », l'exception est susceptible de recevoir trois sens.

D'abord, elle évoque dans le langage courant l'action d'excepter, c'est-à-dire l'action de limiter, de restreindre quelque chose, et le résultat de cette action. L'exception est donc synonyme de limitation, de restriction. Utilisée dans le langage du droit, l'exception désigne la dérogation ou plus précisément les cas soumis à un régime particulier par l'effet d'une disposition spéciale dérogeant à la règle générale : en ce sens l'exception est une règle ayant vocation à régir tous les cas compris dans son domaine¹²⁷. Par exemple, lorsque l'alinéa 3 de l'article 215 du code civil énonce que « *les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni les meubles meublant dont il est garni [...]* », il constitue une exception à l'article 544 du même code selon lequel « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements* ». Associée à d'autres termes, l'exception évoque le caractère spécial et dérogatoire. Ainsi la locution de « *juridiction d'exception* » désigne une juridiction spécialement établie pour certaines catégories de justiciables et d'affaires et constituant une dérogation à la juridiction de droit commun.

Ensuite, l'exception signifie l'action d'exciper, c'est-à-dire de soulever un moyen de défense. Selon l'article 73 du code de procédure civile, « *est exception tout moyen de défense qui tend, avant tout examen au fond ou contestation du droit d'action, soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours* ». C'est en ce sens que l'on parle de l'exception de procédure.

Enfin, l'exception désigne parfois un cas hors série, une situation atypique, rare, particulière. A titre d'exemple, l'état d'exception est une situation rare et atypique. Il en va de même pour la circonstance exceptionnelle. L'exception est souvent dans ce cas utilisée pour dénoter la rareté ou l'extraordinairement.

Il en résulte que l'exception est à la fois polysémique et protéiforme. Elle est dès lors employée afin de regrouper un nombre indéterminé de notions et concepts constitutifs du

¹²⁷ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., voir « Exception / exceptionnel ».

phénomène de mise à l'écart de la règle¹²⁸. La présence de l'exception évoque intuitivement l'idée d'ineffectivité du droit ou l'absence de l'unité de la règle de droit.

Sa polysémie ainsi que ses formes diverses expliquent sans doute la difficulté d'identifier l'exception. Etudiant l'adage « *exceptio est strictissimae interpretationis* » le professeur Lebeau souligne que l'application de cet adage nécessite au préalable l'identification des textes exceptionnels, c'est-à-dire l'exception¹²⁹. Toutefois, il est extrêmement difficile selon le professeur de cerner ou de définir ce qu'est une exception. Une telle définition suppose, en effet, que soit clairement établi le rapport entre la règle et l'exception ou le principe et l'exception. Or la difficulté vient du fait que l'exception ne se définit que par référence à la règle. Cette dernière est elle-même équivoque.

Dès lors l'identification de l'exception ne peut être entreprise qu'en se référant à la règle qui l'énonce (**Chapitre 1**). Il s'agit de savoir si la règle définit elle-même l'exception et si elle détermine les usages attribués à cette dernière. Si aucune définition légale de l'exception n'est prévue, il convient de s'orienter vers d'autres discours juridiques et doctrinaux utilisant et étudiant l'exception afin d'y déceler sa signification (**Chapitre 2**).

A ce titre, une distinction entre les discours juridiques et discours doctrinaux s'impose. Par discours juridiques, il faut entendre les textes et décisions qu'adoptent les autorités compétentes (organes juridiques) afin d'énoncer le droit. Les discours juridiques sont donc les normes et règles de droit. En ce sens, ils sont obligatoires puisqu'ils constituent à la fois les prescriptions (ordre, impératif) et les permissions ou habilitations¹³⁰. En revanche, les discours doctrinaux sont des propositions de droit élaborées par les auteurs qui étudient ou pratiquent le droit (professeur de droit, avocat, étudiant en droit). Les discours de la doctrine ne sont pas obligatoires. Malgré certaines équivoques persistantes concernant les fonctions de la doctrine¹³¹, il faut admettre que les discours doctrinaux ont surtout une fonction scientifique en ce qu'ils cherchent à expliquer le droit en tant que connaissance.

¹²⁸ Philippe Théry, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 363-368.

¹²⁹ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 14. Selon l'auteur « *expérimenter une méthodologie de l'interprétation stricte des exceptions revient à déterminer dans quelle situation il convient d'y recourir et comment le faire [...]* ».

¹³⁰ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 79. L'auteur distingue les normes juridiques des propositions de droit. Les premières sont créées par les organes juridiques et doivent être appliquées par eux et obéies par les sujets de droit. En revanche, les secondes ne sont que des jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique, national ou international, donné à la connaissance juridique, si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il détermine doivent avoir lieu.

¹³¹ Etienne Picard, « Science du droit ou doctrine juridiques », in *L'Unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119-171. Voir part. p. 123 et p. 139. Selon le professeur, « *la science*

Chapitre 1. La consubstantialité entre la règle et l'exception

Dans son article portant sur « La norme et l'exception », le professeur Le Coustumer note que norme et exception ont chacune deux significations qui peuvent être distinguées mais qui se tiennent entre elles et renvoient les unes aux autres. Dans son acception la plus ordinaire, la norme signifie ce qui est normal, c'est-à-dire justifié, de faire, de voir, de dire, dans une société à un moment donné. Mais la norme, c'est aussi ce qu'il est obligatoire de faire dans le même contexte¹³². En revanche, l'exception est, par opposition radicale à la norme, ce qui justement ne peut être compris dans le champ d'une norme. Mais l'exceptionnel c'est aussi ce qui, à l'intérieur du champ de la norme, déroge à la règle, au sens matériel, posée par la norme¹³³.

L'exception se présente donc en général comme une disposition dérogatoire à la règle de droit, c'est en ce sens qu'elle est inextricablement liée à cette dernière. Ainsi que l'a également souligné le professeur Saint-Bonnet « l'exception ne doit son existence qu'à la règle de droit »¹³⁴. Dès lors il convient d'explicitier d'abord des règles constitutionnelles porteuses d'exception (**Section 1**) c'est-à-dire des énoncés juridiques qui ajoutent l'exception à des principes ou règles qu'ils posent. Une fois ce couple règle et exception identifié, il faut s'interroger sur le critère de leur distinction : comment la règle se distingue de l'exception (**Section 2**).

Section 1. L'explicitation des règles constitutionnelles comportant l'exception

Le choix d'explicitier d'emblée les règles constitutionnelles en vigueur énonçant l'exception permet de répondre à l'exigence méthodologique adoptée. En effet, si la science de la nature a pour objet d'étude la nature ; le positivisme, en tant que science du droit, nécessite l'identification d'un objet d'étude observable qui est le droit positif. La recherche des significations de l'exception en droit constitutionnel exige donc la présentation des

du droit par opposition à la doctrine admet qu'elle crée de la connaissance sur le droit, mais elle refuse délibérément de participer à l'élaboration du droit. En revanche, la doctrine est, à certain égard intéressée de la connaissance du droit ; elle entend le connaître et le révéler à lui-même, dans un but en définitive opératoire, efficient, qui concerne le droit lui-même. En tant qu'entreprise cognitive, même lorsqu'elle se présente avec certains traits d'une science, elle apparaît fondamentalement téléologique ou téléonomique ».

¹³² Jean-Christophe Le Coustumer, « La norme et l'exception. Réflexions sur les rapports du droit avec la réalité », C.R.D.F., 2008, n° 6, p. 19-28.

¹³³ Jean-Christophe Le Coustumer, « La norme et l'exception. Réflexions sur les rapports du droit avec la réalité », C.R.D.F., 2008, n° 6, p. 19-28.

¹³⁴ François Saint-Bonnet, « Exception, nécessité, urgence », in Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 673.

normes constitutionnelles se référant explicitement ou implicitement à ce terme. A défaut de ces normes, l'objet de l'étude n'existe pas. De même, sans ces normes, il ne serait pas possible de vérifier l'exactitude des significations de l'exception retenues ou proposées. Il ne s'agit en effet pas de forger un nouveau concept de la règle exceptionnelle puis de vérifier sa validité au regard du droit constitutionnel positif. Le concept de règle exceptionnelle existe déjà en l'état actuel du droit constitutionnel. Notre travail consiste à expliciter l'essence ou la signification de ce concept ainsi que son apport à l'ordre juridique français.

Les termes « droit constitutionnel, principe, norme ou règle constitutionnelle » méritent d'être précisés. En l'état actuel du droit français positif, ces termes désignent un ensemble d'énoncés juridiques de valeur constitutionnelle. Ces énoncés constituent le corpus ou encore le bloc de constitutionnalité au sein duquel se trouvent la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de 1946, la Constitution de 1958 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par lesquels sont énoncés les principes et objectifs de valeur constitutionnelle et enfin la Charte de l'environnement. Tous ceux-ci sont donc des règles et principes constitutionnels. La Constitution est, selon Hans Kelsen, la norme suprême et fondamentale d'un système de normes en ce qu'elle confère la validité juridique à toutes les autres règles et normes qui lui sont inférieures¹³⁵. L'explicitation de l'exception en tant que notion juridique doit donc partir de ce corpus de textes et énoncés constitutionnels (§1).

Par ailleurs, la norme constitutionnelle peut également habiliter le législateur à adopter les exceptions. Ce qui constitue la catégorie d'exception d'origine législative (§2).

§1. L'exception prévue par la règle constitutionnelle

La lecture du corpus de textes constitutionnels permet de relever plusieurs règles constitutionnelles assorties d'exceptions. Si certaines exceptions sont explicitement énoncées par la règle (A), d'autres demeurent virtuelles ou implicites (B) et ne peuvent être décelées que grâce à des marqueurs linguistiques tels les adverbes et prépositions. Il en va de même pour les locutions telles que « sous réserve des dispositions », « sans préjudice des dispositions ». L'introduction de l'exception dans une règle peut également être repérée par la forme de négation prévue par la règle elle-même. A titre d'exemple, la règle dit qu'elle ne

¹³⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 201.

s'applique pas à telle situation ou que tel cas n'entre pas dans le champ d'application d'une règle.

A. Les exceptions explicites

Généralement définie comme ce que l'on met à part, l'exception est ce qui n'est pas compris dans un ensemble. Elle est un acte par lequel on exclut un cas d'une règle ou d'une formule générale qui lui serait applicable¹³⁶. L'exception entendue ici comme l'exclusion peut résulter de la décision même qui pose la règle¹³⁷. En d'autres termes, l'autorité normative édicte une règle et l'assortit immédiatement et explicitement d'exception, comme c'est le cas de plusieurs normes constitutionnelles. Les références à cette notion sont ici soulignées par nous afin de faciliter leur identification.

Ainsi, l'alinéa 3 de l'article 7 de la Constitution se réfère à l'exception en ces termes : « *en cas de vacance de la Présidence de la République pour quelque cause que ce soit [...] les fonctions du Président de la République, à l'exception de celles prévues aux articles 11 et 12 ci-dessous, sont provisoirement exercées par le président du Sénat et, si celui-ci est à son tour empêché d'exercer ces fonctions, par le Gouvernement* ».

Le terme « *exceptionnel* » apparaît également dans les alinéas 5 et 6 de l'article 16 aux termes desquels « *l'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des **pouvoirs exceptionnels*** ».

*Après trente jours d'exercice des **pouvoirs exceptionnels**, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des **pouvoirs exceptionnels** et à tout moment au-delà de cette durée* ».

L'alinéa 4 de l'article 21¹³⁸ est ainsi rédigé : « *Il [le Premier ministre] peut, à **titre exceptionnel**, le [Président de la République] suppléer pour la présidence d'un conseil des ministres en vertu d'une délégation expresse et pour un ordre du jour déterminé* ».

¹³⁶ André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, voir « Exception », Paris, Alcan, 1926.

¹³⁷ André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, voir « Exception », op. cit.

¹³⁸ Selon les trois premiers alinéas de l'article 21 : « *Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires.* »

Selon l'article 27, « *tout mandat impératif est nul. Le droit de vote des membres du Parlement est personnel. La loi organique peut autoriser **exceptionnellement** la délégation de vote. Dans ce cas, nul ne peut recevoir délégation de plus d'un mandat* ».

L'alinéa 4 de l'article 72 prévoit que « *Dans les conditions prévues par la loi organique, et **sauf** lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, **déroger**, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences* ».

L'alinéa 3 de l'article 73 : « **Par dérogation** au premier alinéa¹³⁹ et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement ».

Outre ces exceptions explicites, les normes constitutionnelles comportent également des exceptions résultant de l'usage grammatical de la langue qu'elles utilisent. Ce sont des exceptions virtuelles dérivées de la structure linguistique ou grammaticale de la règle qu'il faut à présent expliciter.

B. Les exceptions virtuelles

Sans être explicitement énoncée, l'existence de l'exception peut toutefois être décelée en présence de certaines formes linguistiques. Selon le professeur Lebeau, l'exception peut être introduite par des formes linguistiques qui peuvent en quelque sorte servir de marqueur pour l'interprète : dès lors qu'il décèle leur présence dans un énoncé, il doit recourir à l'interprétation stricte de la proposition posée par le texte comme une exception¹⁴⁰. La marque linguistique caractéristique de l'introduction dans une norme d'une exception à la règle ou au principe qu'elle pose elle-même, est l'adverbe ou certaines prépositions exprimant une restriction, une opposition, tel que « cependant », « néanmoins », « toutefois », etc. Certains

Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres.

Il supplée, le cas échéant, le Président de la République dans la présidence des conseils et comités prévus à l'article 15. »

¹³⁹ L'alinéa 1^{er} de l'article 73 dispose que : « *Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités.* »

¹⁴⁰ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 74.

de ces adverbes sont, en effet, utilisés par l'auteur d'une norme afin d'établir dans l'énoncé juridique une hiérarchie entre la règle (principe) et des exceptions admises à cette règle¹⁴¹. De même, l'exception peut aussi être décelée à partir de la structure grammaticale interne de certains énoncés normatifs ainsi que l'illustrent plusieurs règles constitutionnelles.

Selon l'alinéa 4 de l'article 7, « *En cas de vacance ou lorsque l'empêchement est déclaré définitif par le Conseil constitutionnel, le scrutin pour l'élection du nouveau Président a lieu, **sauf** cas de force majeure constaté par le Conseil constitutionnel, vingt jours au moins et trente-cinq jours au plus après l'ouverture de la vacance ou la déclaration du caractère définitif de l'empêchement* ».

L'article 19 prévoit que « *Les actes du Président de la République **autres que ceux** prévus aux articles 8 (1er alinéa), 11, 12, 16, 18, 54, 56 et 61 sont contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables* ».

L'alinéa 5 de l'article 39 dispose que « *Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, **sauf** si ce dernier s'y oppose* ».

L'article 42 dispose que « *La discussion des projets et des propositions de loi porte, en séance, sur le texte adopté par la commission saisie en application de l'article 43 ou, à défaut, sur le texte dont l'assemblée a été saisie.*

Toutefois, la discussion en séance des projets de révision constitutionnelle, des projets de loi de finances et des projets de loi de financement de la sécurité sociale porte, en première lecture devant la première assemblée saisie, sur le texte présenté par le Gouvernement et, pour les autres lectures, sur le texte transmis par l'autre assemblée.

La discussion en séance, en première lecture, d'un projet ou d'une proposition de loi ne peut intervenir, devant la première assemblée saisie, qu'à l'expiration d'un délai de six semaines après son dépôt. Elle ne peut intervenir, devant la seconde assemblée saisie, qu'à l'expiration d'un délai de quatre semaines à compter de sa transmission.

L'alinéa précédent ne s'applique pas si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l'article 45. Il ne s'applique pas non plus aux projets de loi de finances, aux projets de loi de financement de la sécurité sociale et aux projets relatifs aux états de crise.»

¹⁴¹ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 74.

Les alinéas 2 et 3 de l'article 46 prévoient : « *Le projet ou la proposition ne peut, en première lecture, être soumis à la délibération et au vote des assemblées qu'à l'expiration des délais fixés au troisième alinéa de l'article 42. Toutefois, si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l'article 45, le projet ou la proposition ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt.*

La procédure de l'article 45 est applicable. Toutefois, faute d'accord entre les deux assemblées, le texte ne peut être adopté par l'Assemblée nationale en dernière lecture qu'à la majorité absolue de ses membres. »

Selon les alinéas 2 et 3 de l'article 49, « *L'Assemblée nationale met en cause la responsabilité du Gouvernement par le vote d'une motion de censure. Une telle motion n'est recevable que si elle est signée par un dixième au moins des membres de l'Assemblée nationale. Le vote ne peut avoir lieu que quarante-huit heures après son dépôt. Seuls sont recensés les votes favorables à la motion de censure qui ne peut être adoptée qu'à la majorité des membres composant l'Assemblée. Sauf dans le cas prévu à l'alinéa ci-dessous, un député ne peut être signataire de plus de trois motions de censure au cours d'une même session ordinaire et de plus d'une au cours d'une même session extraordinaire.*

Le Premier ministre peut, après délibération du conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale. Dans ce cas, ce projet est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Le Premier ministre peut, en outre, recourir à cette procédure pour un autre projet ou une proposition de loi par session. »

Concernant la participation de la France aux accords européens en matière d'asile, l'alinéa 2 de l'article 53-1¹⁴² prévoit que « *Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif* ».

D'après l'alinéa 1 de l'article 67, « *Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68* ».

¹⁴² Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 53-1, « *la République peut conclure les accords avec les Etats européens qui sont liés par des accords identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées* »

L'alinéa 5 de l'article 72 prévoit : « *Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. **Cependant**, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune.* »

L'alinéa 3 de l'article 89¹⁴³ dispose : « **Toutefois**, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale. »

La déclaration des droits de 1789 comporte elle aussi les dispositions assorties d'exception virtuelle. Ainsi l'article 7 relatif au principe de la légalité des délits et des peines dispose que « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi [...]. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent [...] les ordres arbitraires doivent être punis ; **mais** tout Citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance* ».

En ce qui concerne la liberté de conscience, l'article 10 de cette même Déclaration dispose que « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions même religieuses, **pourvu que** leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ». En des termes semblables, l'article 11 déclare que « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme, tout Citoyen peut donc parler [...] librement, **sauf** à répondre de l'abus de cette liberté [...]* ». Quant au droit de la propriété, l'article 17 prévoit : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, **si ce n'est lorsque la nécessité publique**, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* »

§2. L'exception d'origine législative

On ne saurait ici recenser toutes les lois qui ajoutent des exceptions explicites ou implicites à des règles ou principes qu'elles posent. Le professeur Théry souligne en effet que certaines lois sont parfois des formes quintessenciées de l'exception, telles les lois de 1975 sur

¹⁴³ Les deux premiers alinéas de l'article 89 sont ainsi rédigés : « *l'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement.*

Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième aliéna de l'article 42 et voté par deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir approuvée par référendum ».

l'interruption volontaire de la grossesse et de 1994 dites « Bioéthiques » qui sont construites sur le même modèle : l'affirmation d'un principe – le respect de l'être humain dès le commencement de la vie – est le préalable nécessaire de lois qui n'ont d'autre objet que de déterminer les exceptions susceptibles de lui être apportées¹⁴⁴. Dans le même sens, le professeur Leben note que tenter de recenser toutes les exceptions serait vain, tant elles sont nombreuses, et d'ailleurs inutile. Peut-être est-il plus intéressant de rechercher les règles qui ne souffriraient aucune exception¹⁴⁵. Dès lors, la liste des exceptions n'est citée ici qu'à titre indicatif. L'idée est d'établir l'existence de ces types de textes juridiques se référant à cette notion. Dans un souci de clarté, les lois porteuses d'exception seront classifiées en deux catégories. La première regroupe des lois qui posent les exceptions à des principes et règles qu'elles édictent elles-mêmes (**A**). La seconde rassemblent des lois se référant à l'application exceptionnelle ou à la circonstance exceptionnelle (**B**).

A. Les lois ajoutant l'exception à la règle qu'elles posent

Dans son article intitulé « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », le professeur Leben souligne que « par le mécanisme de l'exception l'auteur de la règle prévoit à l'avance qu'elle ne s'appliquera pas, ou pas de la même façon, dans telle catégorie de cas prévue à l'avance »¹⁴⁶. Cette non-application partielle de la règle peut être manifestée par l'ajout explicite du terme « exception, excepté » ou par les adverbes et préposition que nous avons ci-dessus expliqués. Mais elle peut également avoir lieu en présence d'une certaine forme grammaticale ou construction linguistique.

Ainsi l'article L.O. 142 du code électoral qui énonce la règle selon laquelle « *l'exercice des fonctions non électives est incompatible avec le mandat de député* » l'assortit immédiatement d'une exception selon laquelle « *sont exceptés des dispositions du présent article : 1° les professeurs qui, à la date de leur élection, étaient titulaire des chaires [...], 2° dans les départements du Haut-Rhin et du Bas-Rhin, de la Moselle, les ministres des cultes et des délégués du gouvernement dans l'administration des cultes* ».

¹⁴⁴ Philippe Théry, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », in Denis Alland et Stéphane Rial, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 363.

¹⁴⁵ Charles Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », *Droits*, 1997, n° 25-26, p. 33 et s. Dans le même sens, Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit. L'auteur note que l'analyse du code civil révèle à elle seule 240 exceptions implicites introduites via l'adverbe « toutefois ». Dans sa thèse portant sur l'exception en droit privé, Jean-Marc de Moy énumère de l'ordre de 35 types d'exception : voir Jean-Marc de Moy, *L'exception en droit privé*, Aix-en-Provence, P.U.A.M, 2011, coll. « Centre Pierre Kayer », 398 p.

¹⁴⁶ Charles Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », art. cit., p. 38.

En posant la règle de l'interdiction des sévices graves envers les animaux, l'alinéa 1 de l'article 521-1 du code pénal souffre une exception déterminée par l'alinéa 7 de ce même article aux termes duquel « *les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie* »¹⁴⁷.

De même, l'alinéa 3 de l'article 521-1 énonce la règle de peine complémentaire interdisant à des personnes physiques de détenir un animal et d'exercer des activités professionnelles facilitant la commission de l'infraction prévue par son alinéa 1. Cette règle connaît une exception en ce **qu'elle ne s'applique pas à l'exercice d'un mandat électif** ou des responsabilités syndicales.

L'alinéa 9 de ce même article pose la règle et l'assortit aussitôt d'une exception : « *est également puni de même peine l'abandon d'un animal domestique, apprivoisé ou tenu en captivité, à l'exception des animaux destinés au repeuplement.* »

L'article 2 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires édicte l'exception en ces termes : « *la présente loi s'applique aux fonctionnaires civils de administrations de l'Etat, des régions, des départements, des communes et des établissements publics [...], à l'exclusion des fonctionnaires des assemblées parlementaires et des magistrats de l'ordre judiciaire [...].* »¹⁴⁸

Le lien consubstantiel entre la règle et exception apparaît très net dans l'article 28 de cette même loi du 13 juillet 1983. Selon cet article 28 « *tout fonctionnaire, quel que soit son rang, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public [...]* ».

L'article 1233 du code civil pose la règle selon laquelle « *lorsque l'obligation primitive contractée sous une peine est indivisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il est tenu [...]* ». Il pose une exception à cette règle en ces termes : « *cette règle reçoit l'exception lorsque la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiellement,*

¹⁴⁷ La constitutionnalité de l'article 521-1 du Code pénal a été confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012, Association Comité radicalement anti-corrída en Europe et autre [Immunité pénale en matière des courses des taureaux], J.O. du 22 septembre 2012, p. 15023.

¹⁴⁸ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, J.O. du 14 juillet 1983, p. 2174.

un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce cas la peine entière peut être exigée contre lui et contre les autres cohéritiers [...]. »

L'article 21-17 du Code civil prévoit que « **sous réserve des exceptions prévues aux articles 21-18, 21-19, 21-20, la naturalisation ne peut être accordée qu'à l'étranger justifiant d'une résidence habituelle en France pendant les cinq années qui précèdent le dépôt de la demande** ». La rédaction de l'article 21-17 du Code civil mérite de retenir notre attention parce qu'elle explicite l'idée selon laquelle sans qu'elle soit immédiatement posée dans le même énoncé, l'exception peut néanmoins résulter du rapport entre des normes apparemment distinctes ou séparées. En réalité, l'article 21-17 pose la règle de résidence de cinq ans comme condition d'acquisition de la nationalité. Cette règle reçoit ensuite des exceptions issues des articles 21-18, 21-19 et 21-20 du même code accordant la nationalité à certains étrangers sans que la condition de résidence de cinq ans soit exigée ou remplie¹⁴⁹. On peut citer un autre exemple. L'article 16-1 du code civil pose la règle de l'intégrité du corps humain selon laquelle « *chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ». Aucune exception n'est prévue par cet article 16-1. Toutefois, cette disposition recevra l'exception issue de l'article 16-3 alinéa 1 qui prévoit qu'« *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ».

L'exception peut donc résulter de l'agencement des normes c'est-à-dire du rapport interdépendant des normes ainsi que l'illustrent les deux premiers chapitres du code pénal. Le premier énonce les principes généraux de la responsabilité pénale tandis que le second apporte des exceptions à ces principes sous forme de causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité¹⁵⁰. Ainsi malgré leur apparence de normes indépendantes ou distinctes, l'article 122-5 du code pénal selon lequel « *n'est pas pénalement responsable la personne qui, devant*

¹⁴⁹ En effet, l'article 21-18 du code civil apporte une exception à l'article 21-17 en prévoyant que « *le stage mentionné à l'article 21-17 est réduit à deux ans : 1° pour l'étranger qui a accompli avec succès deux années d'études supérieures [...]; 2° pour celui qui a rendu ou qui peut rendre par ses capacités et ses talents des services importants à la France ; 3° pour l'étranger qui présente un parcours exceptionnel d'intégration [...].* » De même, l'article 21-19 du même code est également une exception à l'article 21-17 lorsqu'elle dispose que « *peut être naturalisé sans condition de stage : l'étranger qui a effectivement accompli des services militaires dans une unité de l'armée française [...]; l'étranger qui a rendu des services exceptionnels à la France [...]; l'étranger qui a obtenu le statut de réfugié en application de la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 [...]* ».

Enfin une autre exception à l'article 21-17 résulte de l'article 21-20 selon lequel « *peut être naturalisé sans condition de stage, la personne qui appartient à l'entité culturelle et linguistique française lorsqu'elle est ressortissant des territoires ou Etat dont la langue officielle ou l'une des langues officielles est le français [...]* ».

¹⁵⁰ Code pénal, éd. Dalloz, 2010. Le premier chapitre comporte les articles 111-1 à 121-7 portant les principes généraux de la responsabilité pénale. Le second chapitre comprend les articles 122-1 à 122-7 formulant les exceptions à ces principes (causes d'irresponsabilité et d'atténuation de la responsabilité).

une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accompli, dans le même temps un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportionnalité entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte » est toutefois lié à l'article 221-1 du même code par le rapport principe/exception. Plus précisément en exonérant un individu ayant commis un meurtre pour se défendre de sa responsabilité pénale, l'article 122-5 apporte une exception au principe posé par l'article 221-1 selon lequel « *le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle* ».

Les normes législatives qui ajoutent l'exception à la règle ou au principe qu'elles posent peuvent être citées à loisir, mais nous nous limitons à ces quelques exemples. Il s'agit en effet d'explicitier le lien consubstantiel entre la règle et l'exception puis d'identifier les significations de chacune d'entre elles.

Il convient à présent d'exposer certaines normes législatives des codes de l'administration faisant référence aux « *circonstances exceptionnelles* » et du code de la Défense regroupées sous le titre « *régimes d'application exceptionnelle* ». Cet exposé nous permettra ensuite de nous interroger sur le point de savoir si les législations de circonstances exceptionnelles désignent la même réalité que les normes posant l'exception à la règle qu'elles édictent elles-mêmes.

B. Les lois se référant à la crise, à la circonstance et l'application exceptionnelles

Le professeur Saint-Bonnet note dans sa thèse portant sur *L'état d'exception* qu'« en adoptant des législations d'exception, le législateur ou le constituant reçoit une conception juridique de l'état d'exception pour l'intégrer dans un texte. Leurs auteurs pensent généralement qu'ainsi les crises pourront être affrontées sans sortir de la stricte légalité. Les bornes du pouvoir, déplacées ne seraient pas franchies »¹⁵¹. Cependant, l'intégration dans une norme de cette logique est d'après le professeur problématique. Car « si l'évidente nécessité qui soutient la capacité d'action élargie des gouvernants a une spécificité hors du politique et du juridique, on peut supposer que toute prévision est inutile, comme en témoignent les entorses à la loi de 1849 pendant la première guerre, que le juge a validé en vertu de sa jurisprudence des circonstances exceptionnelles »¹⁵². Ces réflexions signifient que si les législations se référant à l'état d'exception semblent à première vue avoir pour objectif de

¹⁵¹ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 359.

¹⁵² François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 359.

garantir la délimitation des pouvoirs élargis dans l'état d'exception, cette garantie organisée par elles n'est pas vraiment efficace. Il est possible de se demander si les législations peuvent avoir un sens juridique plus large que celui de garantie de la répartition des pouvoirs¹⁵³.

Il existe en l'état actuel du droit positif français plusieurs législations à application exceptionnelle. Ainsi, le *Code de l'Administration*¹⁵⁴ réserve son chapitre IV à l'ensemble des *législations de crise et circonstances exceptionnelles*. S'y trouve la loi du 15 février 1872 dite loi Tréveneuc¹⁵⁵ relative au rôle des conseils généraux dans des *circonstances exceptionnelles*. L'état de siège prévu d'abord par l'article 36 de la Constitution, est ensuite codifié aux articles L. 2121-1 à L. 2121-7 du Code de la défense¹⁵⁶. Il constitue selon la majeure partie de la doctrine l'une des législations d'exception la plus grave puisqu'il dépossède l'autorité civile de ses compétences habituelles du maintien de l'ordre et de la police et opère le transfert de ces compétences à l'autorité militaire. Vient s'ajouter à l'état de siège l'état d'urgence institué par la loi du 3 avril 1955 autorisant l'élargissement des compétences des autorités civiles et la restriction des libertés publiques et individuelles¹⁵⁷. Le Code de la Défense, à son tour complète et classe de manière expresse l'état de siège et

¹⁵³ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 359. A propos des législations d'exception, l'auteur souligne que « *la question est moins de savoir si un dispositif garantit efficacement la délimitation des pouvoirs élargis* », cela n'étant pas le cas selon l'auteur qui s'appuie sur l'article de François Bureau et de M. Quenet « *De l'inefficacité des pouvoirs de crise* » que « *celle du sens juridique de la présence d'un tel texte. Un régime fonctionne-t-il de façon identique avec ou sans législation d'exception ?* »

¹⁵⁴ Bernard Stirn et Simon Formery, *Code de l'administration*, op. cit., chap. IV « *Législation de crise et circonstances exceptionnelles* ».

¹⁵⁵ Loi du 15 février 1872 relative au rôle éventuel des conseils généraux dans des circonstances exceptionnelles. Cette loi a pour but fondamental selon son article 4 de prendre, pour toute la France, les mesures urgentes que nécessite le maintien de l'ordre et spécialement celles qui ont pour objet de rendre à l'Assemblée nationale la plénitude de son indépendance et l'exercice de ses droits.

¹⁵⁶ L'état de siège résulte de la législation du 9 août 1849 dont l'article 1^{er} devenu l'article L. 2121-1 du Code de la Défense dispose que « *L'état de siège ne peut être déclaré, par décret en conseil des ministres, qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée. Le décret désigne le territoire auquel il s'applique et détermine sa durée d'application* », Code de la Défense, J.O., 2006.

L'article 7 de cette même loi, devenu l'article L. 2121-2 du code de la Défense déclare : « *Aussitôt l'état de siège décrété, les pouvoirs dont l'autorité civile était investie pour le maintien de l'ordre et la police sont transférés à l'autorité militaire. L'autorité civile continue à exercer ses autres attributions* » J.O., 2006.

¹⁵⁷ L'article 2131-1 du code de la Défense dispose que « *Les règles relatives à l'état d'urgence sont définies par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955* ». Les articles 5, 6, 12 en donnant des compétences élargies aux autorités administratives, le préfet, le ministre de l'Intérieur, le ministre de la Justice et au ministre de l'Etat chargé de la défense nationale les autorisent à restreindre les libertés publiques et individuelles.

L'article 5 de la loi du 3 avril 1955 instituant l'état d'urgence dispose que « *La déclaration de l'état d'urgence donne pouvoir au préfet dont le département se trouve en tout ou en partie compris dans une circonscription prévue à l'article 2 (l'état d'urgence est déclaré) :*

1° *d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté ;*

2° *d'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé ;*

3° *d'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit l'action des pouvoirs publics.*

L'article 6, alinéa 1^{er} de la même loi dispose que « *Le ministre de l'Intérieur dans tous les cas peut prononcer l'assignation à résidence dans une circonscription territoriale ou une localité déterminée de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret visé à l'article 2 dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre public des circonscriptions territoriales visées audit article* ».

l'état d'urgence dans le livre 1^{er} intitulé « *régimes d'application exceptionnelle* » en temps de guerre et pendant la durée des hostilités.

Si ces législations d'exception, de crise permettent, d'après certains auteurs, au droit de s'adapter aux circonstances exceptionnelles, aux situations de crise¹⁵⁸, et ne sont que des aménagements de l'application du droit, d'autres pensent qu'elles représentent des dangers pour les droits et libertés de l'homme et les condamnent. Dans cette optique, les législations d'exception ne doivent pas avoir leur place dans l'ordre juridique français parce qu'elles constituent la négation du droit comme l'illustre l'article « *Sur l'artificialité du Droit et le droit d'exception* »¹⁵⁹ de Jacques Ellul. L'auteur note en effet qu'« un aspect de cette fallacieuse adaptation du droit me paraît être le droit d'exception. Si je le prends comme exemple ici, parmi beaucoup d'autres, c'est que sa justification me paraît aller précisément à l'encontre de ce que fut le rôle fondamental du droit. Le droit d'exception tel qu'on en voit paraître la théorie et la justification pendant la guerre de 1914, revient à dire schématiquement : « à période d'exception, droit d'exception ». Donc en cas de crise, en cas de trouble [...], il faut créer des règles juridiques (que l'on reconnaît exceptionnelles), différentes des règles ordinaires, des règles de droits commun »¹⁶⁰. Or un tel changement des règles de droit paraît selon l'auteur contraire à la finalité du droit qui doit être stable, immuable pour pouvoir garantir la sécurité de l'homme¹⁶¹. Ainsi « la notion de droit d'exception repose à la fois sur une fausse conception du droit, et sur le fait que le droit n'est plus qu'un instrument aux mains de l'Etat. Car le souci est qu'en définitive en présence de telle nécessité, militaire, économique, etc., l'Etat estime ne pas avoir un instrument juridique suffisant pour répondre. Le droit d'exception est l'apparence de la raison d'Etat¹⁶² ».

En émettant ces critiques à l'égard du droit et des législations d'exception Jacques Ellul semble adopter une conception absolue du droit selon laquelle la règle de droit doit rester immuable et inchangeable. Si une telle conception peut d'un point de vue idéologique, être admise, elle présente toutefois des inconvénients considérables. D'une part, elle prive le

¹⁵⁸ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., ; voir dans le même sens Lucien Nizard, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, op. cit. ; avec quelques nuances, Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 2011, p. 105 et s.

¹⁵⁹ Jacques Ellul, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », A.P.D., n° 8, 1963, p. 21-33 et A.P.D., n° 10, 1965, p. 191-207.

¹⁶⁰ Jacques Ellul, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », art. cit., p. 203.

¹⁶¹ Jacques Ellul, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », art. cit., p. 203.

¹⁶² Jacques Ellul, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », art. cit., p. 203.

droit de toute possibilité d'évoluer et de s'adapter au changement des circonstances sociales, politiques. D'autre part, elle ne reflète pas la réalité juridique qui relève plus de la contingence que de l'immuabilité.

Les législations d'exception, de crise ou encore l'état d'exception conduisent certes à penser le rapport entre ce qui est normal et ce qui est exceptionnel. Ce rapport peut selon le professeur Troper être pensé de plusieurs manières¹⁶³. Il est possible de penser que l'exception est une situation différente de la situation normale, une situation qui par conséquent justifie que l'on mette en œuvre des règles différentes des règles habituelles¹⁶⁴. A titre d'exemple, le professeur cite le cas d'une règle, d'un arrêté municipal qui contient un ensemble de règles et se termine par une formule du style « exceptionnellement ces règles ne s'appliqueront pas le 14 juillet, jour de fête nationale où seront appliquées les dispositions de la loi ou de l'arrêté n°... ». Il en résulte que les règles applicables le 14 juillet et celles qui sont valables pour les autres jours sont simplement des règles différentes, prévues pour des situations différentes¹⁶⁵. L'adjectif « exceptionnel » résulte d'une convention de langage pour désigner une situation qui est peu fréquente. Dans cette optique, la règle juridique d'exception n'est pas synonyme de droit mauvais ou intolérable, elle exprime simplement la diversité des situations auxquelles elle s'applique.

Les confusions sur les législations, le droit ou l'état d'exception proviennent d'après le professeur Troper de l'ambiguïté du mot exception¹⁶⁶. Celui-ci, lorsqu'il est lié au droit, désigne tantôt des règles juridiques jugées regrettables parce qu'elles peuvent être amenées à restreindre l'exercice des droits et libertés de l'homme dans certaines circonstances de crises, de guerre, mais justifiées par leur finalité qui est le retour à la normale, tantôt des règles différentes pour des situations différentes¹⁶⁷. La première signification est souvent utilisée pour marquer l'hostilité de certains auteurs à l'égard de ces règles d'exception. La seconde signification résulte en revanche d'une analyse positiviste fondée sur la réalité juridique qui comporte à la fois des règles destinées à des situations quotidiennes et celles applicables à des situations exceptionnelles. Et c'est cette seconde signification qui mérite d'être retenue parce qu'elle correspond à la réalité juridique.

¹⁶³ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », art. cit., p. 100-101.

¹⁶⁴ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », art. cit., p. 101.

¹⁶⁵ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », art. cit., p. 101.

¹⁶⁶ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », art. cit., p. 101.

¹⁶⁷ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », art. cit., p. 101.

Les normes constitutionnelles et législatives se référant à l'exception sont ainsi explicitées. Il faut à présent s'interroger sur le point de savoir quelle est la signification de la norme ou de la règle et par quel critère la règle peut être distinguée de l'exception. Si la majorité des auteurs considère que la règle peut être identifiée grâce à son caractère général, la distinction entre la règle et l'exception par le critère de généralité ne semble toutefois pas être exempte d'ambiguïté.

Section 2. La généralité, comme critère de distinction entre la règle et l'exception

Une précaution s'impose d'emblée. Il ne s'agit pas au sein de l'étude de définir le thème inépuisable et indéfinissable qu'est la règle de droit¹⁶⁸. L'idée est d'exposer ici les caractéristiques traditionnellement présentées par la doctrine comme des critères permettant de savoir que quelque chose est ou n'est pas la règle de droit. Par ailleurs, les termes « règle et normes » sont utilisés de manière interchangeable dans notre étude. Si les définitions et conceptions de la règle de droit sont nombreuses et divergent, on s'accorde néanmoins à retenir globalement que la règle de droit désigne toute norme juridiquement obligatoire édictée par l'autorité compétente ou toute règle de conduite socialement édictée et sanctionnée, c'est-à-dire qu'elle est assortie de contrainte étatique¹⁶⁹. La règle de droit se caractérise par son degré de généralité (§1) et se confond parfois avec le principe¹⁷⁰. Toutefois, il existe aux côtés de la règle de droit générale certaines règles qui n'ont pas cette généralité. Ces dernières semblent dès lors constituer l'exception (§2).

§1. La généralité comme la caractéristique fondamentale de la règle de droit

Bien que plusieurs auteurs contestent l'idée selon laquelle la généralité est l'une des caractéristiques fondamentales de la règle de droit¹⁷¹, les principaux manuels de droit et dictionnaires juridiques continuent de présenter la règle de droit comme « une règle de

¹⁶⁸ Il est impossible de résumer ou de synthétiser les différentes positions théoriques sur ce sujet. Certaines seront évoquées tout au long de notre thèse. Sur la difficulté de cette question, voir notamment l'article de Georges Vedel, « Indéfinissable mais présent », *Droits*, 1990, n° 11 Définir le droit, p. 67-71. Selon le doyen, il n'existe aucune définition univoque du droit. Voir égal. Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 36 et s.

¹⁶⁹ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 872.

¹⁷⁰ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 872.

¹⁷¹ Henri Dupeyroux, « Sur la généralité des lois », in *Mélanges Carré de Malberg (Raymond)*, Paris, Edouard Duchemin, 1977, p. 137-161. Voir égal. Laurent Robert-Wang, « Règle de droit », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1326 ; Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, op. cit., p. 36 et s.

conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par la puissance publique »¹⁷².

Dérivé du latin « régula » le terme « règle » désigne dans le langage courant les outils (équerre, règle) nécessaires aux tracés des lignes rectilignes ou à la mesure d'une longueur¹⁷³. Utilisée par le droit, la règle est ce qui imposé ou adopté. Elle est donc une formule indiquant ce qui doit être fait dans un cas déterminé¹⁷⁴. C'est en ce sens que le terme « règle ou norme de droit » renvoient à l'ensemble d'énoncés juridiques étant donné que ceux-ci sont des permissions, prescriptions ou habilitations. Ainsi, il est possible de dire que le système de droit français est constitué des règles constitutionnelles, des règles du droit international et européen, des règles législatives (lois) et des règlements (règles édictées par l'administration). Toutes ces règles juridiques sont souvent présentées comme des règles de portée générale.

Mais pourquoi la règle ou la norme de droit doit-elle être générale ? Existe-t-il des règles qui ne sont pas générales ? A quoi sert-il de qualifier certaines règles de générales et de refuser cette qualification à d'autres règles ? La réponse à ces questions nécessite de déterminer d'une part les contours de la règle générale (**A**) et d'autre part les significations de la généralité, caractéristique fondamentale de la règle de droit (**B**).

A. Les contours de la règle de droit générale

La règle ou norme de droit générale est traditionnellement définie comme la règle s'appliquant à toute une série de cas semblables, posée en termes abstraits et impersonnels et de portée permanente¹⁷⁵. Il en résulte que la généralité (**1**), l'abstraction (**2**) et l'impersonnalité (**3**) constituent les trois caractéristiques de la règle de droit. Ce sont ces caractéristiques qu'il faut à présent analyser car elles permettent d'isoler les règles générales de celles qui ne le sont pas.

¹⁷² Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 872 ; Serge Guinchard et Thierry Debard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2011, 18e éd., p. 532 ; Jean-Luc Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Armand Colin, 1998, 7e éd. avec annexes documentaires, p. 342 et s ; Laurent Aynès et Philippe Malaurie, *Cours de droit civil*, t. 4 volume 3, Les obligations, le régime général, 11e éd. Cujas, 2001.

¹⁷³ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Règle ».

¹⁷⁴ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit.

¹⁷⁵ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., voir « généralité ».

1. La généralité de la règle

En se définissant comme ce qui s'applique, ce qui se réfère à un ensemble de cas ou d'individus, le terme « général » est l'antonyme de « particulier »¹⁷⁶. Le général peut avoir deux sens selon le *Vocabulaire de la philosophie* d'André Lalande : celui du genre par rapport à l'espèce et celui du collectif par rapport à l'individu¹⁷⁷. Dérivé du latin « *generalis* » le général est donc tout ce qui appartient au genre et s'oppose à tout ce qui n'est pas général. Ainsi, la règle de droit générale est celle qui appartient au genre et s'applique à tout individu.

L'affirmation selon laquelle la règle de droit doit être générale remonte à l'époque de l'Antiquité. Elle a été en effet développée sous la plume d'Aristote dans la *Politique*. En s'interrogeant sur le point de savoir s'il vaut mieux s'en remettre, pour le gouvernement des hommes, à la discrétion d'un gouvernement vertueux ou à de bonnes lois, Aristote se réfère à la généralité de la loi en ces termes « tandis que le premier édictera au jour le jour, des mesures générales ou particulières, il s'agira dans le second cas, de règles qui, par définition même, ne pourront être que générales »¹⁷⁸. Le terme « règle » est ici utilisé comme le synonyme de loi.

Si Saint Thomas d'Aquin s'est également référé à la généralité lorsqu'il explique que le but de la règle se rapporte au bien général¹⁷⁹, c'est toutefois avec Jean-Jacques Rousseau que la généralité semble définitivement être considérée comme l'une des caractéristiques fondamentales de la loi. Dans l'optique rousseauiste, la loi, produit de la volonté générale, est nécessairement générale dans son objet, car il n'existe point de volonté générale sur un objet particulier¹⁸⁰. Ainsi que l'illustre cet extrait de son livre *Du contrat social* : « quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu, ni une action particulière [...] »¹⁸¹. Quelques lignes plus loin, l'auteur semble faire de la généralité le critère de distinction entre la loi et la décision. Cette dernière ne peut pas être qualifiée de loi parce qu'elle porte sur un objet particulier, ainsi que l'illustre cette explication : « on voit encore

¹⁷⁶ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Général ».

¹⁷⁷ André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2002, p. 379, voir « général ».

¹⁷⁸ Aristote, *Les politiques*, traduit par Pierre Pellegrin, Paris, Flammarion, coll. GF, 1999, p. 239, chap. 10 « A qui donner le pouvoir souverain ? Les différents candidats ».

¹⁷⁹ André Stang, *La notion de la loi dans Saint Thomas d'Aquin*, Paris, Impr. Du Montparnasse, 1926, p. 99, cité par Henri Dupeyroux, « Sur la généralité des lois », art. cit.

¹⁸⁰ Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, Paris, Le Livre de Poche, coll. Classiques de la philosophie, 1996, p. 71.

¹⁸¹ Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, op. cit., p. 71.

que la loi réunissant l'universalité de la volonté et celle de l'objet, ce qu'un homme quel qu'il puisse être, ordonne de son chef n'est point une loi ; ce qu'ordonne même le souverain sur un objet particulier n'est pas non plus une loi, mais un décret, ni un acte de souveraineté, mais de magistrature. »¹⁸²

En adoptant l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen aux termes duquel « *la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont 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 emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* »¹⁸³, les constituants révolutionnaires de 1789 témoignent de leur adhésion à la conception rousseauiste de la loi. Celle-ci, étant une règle de droit adressée à tout individu, doit être à la fois générale¹⁸⁴, abstraite et impersonnelle. Telle est également la conception de la loi soutenue par Portalis dans son *Discours préliminaire sur le projet du code civil* lorsqu'il souligne que « l'office de la loi est de fixer par de grandes vues, maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière [...]. La loi statue sur tous ; elle considère les hommes en masse comme particuliers ; elle ne doit point mêler des faits individuels ni les litiges qui divisent les citoyens [...]. La loi est une déclaration solennelle du souverain sur un objet d'intérêt commun »¹⁸⁵. La règle de droit est donc générale parce qu'elle est rédigée en des termes impersonnels et abstraits.

2. L'abstraction

Mais que signifie l'expression « règle ou loi abstraite » ? La réponse à cette question peut être trouvée dans les écrits du Doyen Léon Duguit. Selon le Doyen, la loi est rationnelle,

¹⁸² Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., p. 71.

¹⁸³ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », in Sous la direction de Gérard Conac, Marc Debène et Gérard Teboul, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, p. 149 et s.

¹⁸⁴ La locution « règle générale » est omniprésente en droit public et privé. A titre d'exemple, le Code général de la propriété des personnes publiques déterminent les règles générales relatives à la consistance, à l'occupation, aux modalités de gestion ou encore à la sortie des biens du domaine public. Le Code de l'urbanisme comporte le livre I énonçant les règles générales d'aménagement et d'urbanisme. Le titre 1 de ce code détermine les règles générales d'utilisation du sol. De même, le chapitre 1 de ce code de l'urbanisme fixe les règles générales de l'urbanisme.

¹⁸⁵ Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours et rapport sur le code civil. Précédés de l'Essai sur l'utilité de la codification*, Caen, Presses Universitaires de Caen, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 2010, p. 8.

et d'après son origine même, une règle générale et abstraite¹⁸⁶. La distinction entre la généralité et l'abstraction est développée dans son *Traité de droit constitutionnel* en ces termes : « la loi matérielle est une disposition par voie générale [...]. Cela veut dire que la loi contient une disposition qui ne disparaît pas après son application à un cas prévu et déterminé d'avance, mais qui survit à cette application, et qui s'appliquera, tant qu'elle ne sera pas abrogée, à tous les cas identiques à celui qu'elle prévoit. Elle est alors générale même si en fait elle ne s'applique qu'une seule fois [...]. De ce qu'elle est générale résulte qu'elle est aussi abstraite, ce qui veut dire qu'elle est portée sans considération d'espèce ou de personne. »¹⁸⁷

L'abstraction implique donc dans l'optique du Doyen Léon Duguit l'absence de considération d'espèce et de personne. Cette idée est également développée sous la plume du Doyen Paul Roubier selon lequel la règle de droit a un caractère général et abstrait¹⁸⁸. Elle s'oppose à cet égard aux dispositions individuelles qui ne concernent qu'une personne déterminée et dont l'effet s'épuise tout entier avec l'application concrète à cette personne. Au contraire, la règle de droit survit d'après le Doyen à son application à tel ou tel cas particulier, elle présente un intérêt général qui la rend susceptible d'application indéfinie aux autres cas qui se présenteront par la suite¹⁸⁹.

Le caractère abstrait de la règle paraît ainsi indissolublement lié à la règle générale comme l'a noté le Doyen Georges Ripert : « La généralité se reconnaît au caractère abstrait de la règle. » Dans le même esprit, Henri Dupeyroux a observé que « ce qui fait alors le caractère général d'une loi, c'est la forme indéterminée, impersonnelle qu'elle présente au point de vue de sa rédaction ; c'est le caractère abstrait de sa formule [...] ». Jean Dabin explique pour sa part que « la règle s'adresse indistinctement à tous les membres du groupement envisagé, ou bien elle s'adresse à telle catégorie d'individus, mais déterminée de manière abstraite selon les critères variés [...] »¹⁹⁰. La même idée est également soulignée par le professeur Terré lorsqu'il présente l'analyse matérielle de la loi en ces termes : « La loi est une règle générale, elle est donc abstraite et permanente. »¹⁹¹ La loi générale et abstraite est donc une prescription

¹⁸⁶ Léon Duguit, *L'Etat : le droit objectif et la loi positive*, préface de Frank Moderne, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, Fac-similé de l'édition de 1901, Paris, Fontemoing, Chap. VII « les caractères essentielles de la loi », p. 502.

¹⁸⁷ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome II, La théorie générale de l'Etat 1^{ère} partie, de Boccard, 1928, p. 166.

¹⁸⁸ Paul Roubier, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Dalloz, 2005, Fac-similé de l'édition de 1951, Paris, Sirey, p. 25.

¹⁸⁹ Paul Roubier, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, op. cit., p. 25.

¹⁹⁰ Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, 2^e éd., p. 92.

¹⁹¹ François Terré, « La crise de la loi », A.P.D., 1980, n° 25, p. 17-28.

qui ne vise ni un cas particulier et actuel, ni telles personnes déterminées, mais qui est édictée d'avance pour s'appliquer à tous les cas et à toutes les personnes entrant dans les prévisions abstraites du texte régulateur¹⁹².

La règle générale et abstraite est celle qui statue sans considération de personne, même si elle vise expressément (pourvu que non nommément) une petite catégorie de gens ou de fait¹⁹³. Cette affirmation soulève ici la question relative à l'impersonnalité de la loi.

3. L'impersonnalité de la règle

Si la loi est générale, elle est aussi impersonnelle c'est-à-dire qu'elle est indépendante de toute particularité individuelle et ne s'adresse pas à une personne en particulier¹⁹⁴. Le terme « impersonnel » est donc souvent utilisé comme le corollaire de la généralité. On trouve l'idée de loi impersonnelle dans le *Contrat social* de Jean-Jacques Rousseau lorsque l'auteur observe que « la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne. La loi peut faire plusieurs classes de citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels ou tels pour y être admis [...] En un mot, toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative »¹⁹⁵. L'impersonnalité de la loi signifie que dans le texte même d'une règle, les sujets ne sont pas individuellement désignés¹⁹⁶. Plus précisément, le caractère impersonnel de la règle constitue une forme particulière d'abstraction, cette dernière est envisagée du point de vue des personnes visées par la règle. La règle générale est impersonnelle parce qu'elle vise des personnes juridiques indépendamment des individus (personnes physiques) y correspondant¹⁹⁷.

La généralité et l'impersonnalité sont également utilisées pour caractériser le règlement. Ainsi, le terme « règlement » est d'abord défini comme tout texte de portée générale, puis comme « un acte à caractère général et impersonnel »¹⁹⁸. L'expression « règle

¹⁹² Jean-Claude Bécane, Michel Couderc et Jean-Louis Hérim, *La loi*, Dalloz, 2010, 2e éd., coll. Méthodes du droit ; Bertrand Mathieu, *La loi*, Dalloz, 2010, 3e éd., coll. Connaissance du droit.

¹⁹³ Henri Dupeyroux, « Sur la généralité des lois », art. cit., p. 151.

¹⁹⁴ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « impersonnel ».

¹⁹⁵ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., p. 71.

¹⁹⁶ Daniel Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque de droit international privé, 1973, p. 39-42.

¹⁹⁷ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 2011, p. 33.

¹⁹⁸ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., voir « Règlement ».

générale et impersonnelle » se trouve également dans le manuel *Droit administratif* de Jean Rivero et Jean Waline. En effet, à propos du pouvoir normatif des autorités administratives, ces auteurs ont noté que « certaines autorités relevant du pouvoir exécutif peuvent comme le Parlement, poser des règles générales et impersonnelles »¹⁹⁹. De même, le professeur Douence souligne que « les deux éléments de généralité et d'impersonnalité qui sont le plus souvent mis en avant sont étroitement liés. Le terme de généralité est d'abord un héritage de la philosophie politique qui fit de la distinction entre les actes généraux et les actes particuliers un des fondements de la liberté et de la démocratie »²⁰⁰. Toutefois ce terme n'est pas d'après le professeur susceptible d'une définition juridiquement précise. C'est donc la notion d'impersonnalité qui apporte le critère essentiel sur le plan du droit²⁰¹.

Ainsi, les auteurs considèrent que la règle générale est également impersonnelle et qu'il n'y pas de différence entre la généralité et l'impersonnalité. La distinction de ces deux termes ne concerne pas vraiment la loi mais sert notamment à distinguer les décisions individuelles du règlement (acte général et impersonnel) du pouvoir exécutif. Henri Dupeyroux a, pour sa part, apporté quelques nuances à l'assimilation de l'impersonnalité à la généralité²⁰². Selon l'auteur, le caractère impersonnel véhicule en réalité une notion relative de la généralité. Si la notion absolue de la généralité se définissait par la portée véritablement universelle de la loi, la notion relative de généralité signifie simplement l'absence dans les termes de la loi, d'une détermination de l'espèce ou de l'individu à qui elle doit s'appliquer. Or une loi conçue en des termes impersonnels n'est pas nécessairement générale au sens absolu du terme²⁰³. Ainsi, le critère impersonnel laisse entrevoir l'idée selon laquelle la généralité est susceptible de degrés. A titre d'exemple, la règle selon laquelle « les Français ont l'obligation de payer des impôts » est certes rédigée en des termes impersonnels mais elle ne vise en fait qu'une catégorie de Français imposables (ceux qui ont des revenus) et non tous les Français. Elle a une généralité moins grande que la règle énoncée par l'article 66-1 de la Constitution de 1958 aux termes duquel « Nul ne peut être condamné à la peine de mort »²⁰⁴. Cette disposition s'applique à toute personne sans aucune exception. Nonobstant cette

¹⁹⁹ Jean Rivero et Jean Waline, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit public, 2004, 20e éd., p. 245.

²⁰⁰ Jean-Claude Douence, *Recherche sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1968, p. 64.

²⁰¹ Jean-Claude Douence, *Recherche sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, op. cit., p. 66.

²⁰² Henri Dupeyroux, « Sur la généralité des lois », art. cit., p. 151.

²⁰³ Henri Dupeyroux, « Sur la généralité des lois », art. cit., p. 151.

²⁰⁴ L'article 66-1 de la Constitution de 1958 issu de la loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort.

différence de degré de généralité, il n'en demeure pas moins que ces deux règles sont toutes qualifiées de normes juridiques générales.

En somme, régissant la conduite humaine²⁰⁵, la règle de droit se caractérise nécessairement d'après la majeure partie de la doctrine par son caractère abstrait, impersonnel et général, si bien que la locution « règle générale » apparaît pour certains auteurs purement tautologique tandis que l'expression « règle individuelle » est un oxymore²⁰⁶. La règle de droit ne peut être que générale car la généralité est la garantie de l'égalité et l'expression de la souveraineté. Telles sont les significations de la règle de droit générale.

B. Les significations de la généralité de la règle

Dans son commentaire de l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789, le professeur Teboul note que c'est l'utilisation du mot « tous » (dans la phrase « La Loi doit être la même pour tous. ») qui évoque la généralité de la loi²⁰⁷. Générale, la loi permet d'aboutir à l'unité de législation ; générale, elle efface aussi les méthodes discrétionnaires et les privilèges qui abondaient sous la monarchie²⁰⁸. En ce sens, la généralité de la règle de droit est conçue comme une garantie de l'égalité (1). Etant l'expression de la volonté générale, la loi, synonyme de règle de droit, se manifeste par ailleurs comme l'attribut de la souveraineté (2).

1. La règle générale, un moyen de protection de l'égalité

Le caractère général de la règle est justifié par l'idée selon laquelle seule la règle à portée générale ou à objet abstrait permet de garantir le principe d'égalité. Ainsi les règles générales sont conçues comme des instruments destinés à assurer l'égalité entre les citoyens et à les protéger de la tyrannie du pouvoir étatique. Elles permettent en effet de limiter les pouvoirs des autorités publiques. Par ailleurs les doctrines qui ont fait de la loi une règle exclusivement générale témoignent aussi d'un rejet des pratiques de lettre de cachet sous

²⁰⁵ Les opinions des auteurs semblent être divisées sur la question de détermination de l'objet de la règle de droit. Certains auteurs considèrent en effet que la règle de droit en s'adressant aux individus n'a pour but que de régler leur conduite ou leur comportement. Le champ d'application de la règle de droit est alors unidimensionnel. Dans cette optique, le sujet de droit est également l'objet du droit. En revanche, d'autres auteurs pensent que la norme de droit peut avoir un double champ d'application : personnel et matériel. Le premier correspond aux sujets (individus ou personnes juridiques) visés par la règle tandis que le second renvoie aux comportements que doivent adopter les sujets. Voir spécialement à ce sujet la thèse d'Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 91 et s.

²⁰⁶ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 40 et s.

²⁰⁷ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit., p. 149.

²⁰⁸ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit., p. 149.

l'Ancien Régime. Elles considèrent que le pouvoir des gouvernants agissant par voie de commandements individuels est nécessairement despotique²⁰⁹. Dès lors seule la loi entendue comme la règle générale peut mettre fin à l'arbitraire du pouvoir.

Si l'idée selon laquelle la loi générale est consubstantielle à la protection de l'égalité a été développée par John Locke dans son *Traité sur le gouvernement civil* en ces termes : « ils gouverneront selon les lois établies et publiées non par les lois muables et variables, suivant les cas particuliers [...]. Il y aura les mêmes règlements pour le riche et pour le pauvre, pour le favori et la courtisan, et pour le bourgeois et le laboureur »²¹⁰, c'est notamment avec la Révolution française que la généralité de la loi s'inscrit définitivement comme un moyen de lutter contre les privilèges et de garantir le principe d'égalité en droit français.

En effet, le droit français de l'Ancien Régime se caractérisait par le pouvoir absolu du monarque. La loi n'était pas l'expression de la volonté générale mais celle du Roi. Selon le professeur Teboul, « enfantée par le roi, et par le roi seul, la loi n'était pas égale pour tous ; les privilèges étaient florissants et particulièrement enracinés ». Le professeur cite pour exemple l'avertissement du Code des commensaux paru en 1720 à Paris qui dit que « ceux qui, postérieurement à la publication de ce code, bénéficient d'arrêt consacrant un nouveau privilège, sont invités à en donner avis au Libraire (qui se chargera de) les ajouter »²¹¹. Ces quelques lignes laissent deviner combien les inégalités étaient criantes²¹². Les privilèges sont présents dans tous les domaines : privilège fiscal au Clergé qui était exonéré de l'impôt ; privilèges honorifiques accordés en fonction des classes sociales ; ou encore privilèges de juridiction montrant une inégalité caractérisée. A titre d'exemple, le noble disposait d'un délai de quinze jours pour comparaître tandis qu'un citoyen ordinaire devait se présenter le jour même. Par ailleurs, la loi était inégale même lorsqu'elle punissait : les nobles ne pouvaient pas subir des peines infâmantes ni la condamnation à mort²¹³.

L'abolition des privilèges proclamée par l'Assemblée Constituante dans la nuit du 4 août 1789 et l'adoption de l'article 6 ont marqué la rupture avec l'Ancien Régime. La loi est désormais l'expression de la volonté de tous (volonté générale) et non d'une seule personne, le Roi (volonté individuelle). La phrase selon laquelle « *la loi doit être la même pour tous*,

²⁰⁹ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 140. Selon l'auteur la distinction entre les règles générales et les règles particulières permet de mettre en exergue l'intérêt de la notion de règle générale. Cette dernière est une notion protectrice de l'égalité.

²¹⁰ John Locke, *Traité du gouvernement civil*, traduit par David Mazel, Paris, Flammarion, coll. GF, 1992, p. 250.

²¹¹ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit., p. 138.

²¹² Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit., p. 138.

²¹³ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit., p. 139.

soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » met en exergue l'aspiration commune à l'égalité. Cette phrase semble envisager la loi comme ayant, par nature, une pluralité de destinataires (le mot « tous » atteste cette idée). Il ne paraît dès lors pas abusif d'affirmer qu'elle met en évidence le caractère de généralité de la loi²¹⁴. Ainsi, la loi, expression de la volonté générale, doit être générale dans son contenu : à défaut, en visant des cas particuliers, elle pourrait être créatrice de privilèges, privilèges dont les révolutionnaires de 1789 souhaitaient précisément la disparition²¹⁵. Il en résulte que la généralité de la loi et l'égalité sont intimement liées. C'est ainsi qu'un décret du 4 novembre 1789 abolit les distinctions des ordres et dispose que tous sont désormais soumis aux mêmes lois, jugés par les mêmes tribunaux, et astreints aux mêmes impôts. La généralité de la règle est donc une réaction contre les privilèges de l'Ancien Régime.

Indispensable à la garantie de l'égalité, le caractère général de la loi ou de la règle est par ailleurs présenté par Emile Artur comme la garantie des citoyens contre l'arbitraire du pouvoir. Si le législateur peut tout faire, il est cependant enfermé selon Emile Artur dans le domaine des formules générales : il ne peut pas faire acception des personnes ou des circonstances individuelles²¹⁶. L'auteur considère que « le législateur peut faire des lois tout à fait générales qui, au fond visent un citoyen déterminé, comme la loi sur les candidatures multiples, du 17 juillet 1889, laquelle, en réalité, était une loi contre le général Boulanger ; néanmoins la nécessité pour le législateur de ne formuler que des règles générales et abstraites lui est une gêne considérable et constitue pour les citoyens une garantie très efficace contre l'arbitraire »²¹⁷. Admettant que le caractère général de la loi ne constitue pas une garantie complète, l'auteur souligne toutefois qu'il est très important que le pouvoir qui peut tout ne puisse rien sur une personne ou une chose individuellement prise²¹⁸.

Dans le même esprit, le Doyen Duguît qualifie le caractère général de la loi de moyen de protection du citoyen contre la puissance des gouvernants : « la généralité de la loi est la sauvegarde par excellence de l'individu contre la tyrannie gouvernante [...]. Cette généralité de la loi reste toujours la sauvegarde essentielle des gouvernés »²¹⁹. Cette idée est également

²¹⁴ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit., p. 145.

²¹⁵ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit., p. 146.

²¹⁶ Emile Artur, « Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions de juger et d'administrer », (1ère partie), R.D.P., 1900, n° 13, p. 214 et s., voir part. p. 223 ; (2ème partie) R.D.P., 1900, n° 14, p. 34 et s. version numérisée, www.gallica.bnf.fr.

²¹⁷ Emile Artur, « Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions de juger et d'administrer », art. cit. p. 223.

²¹⁸ Emile Artur, « Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions de juger et d'administrer », art. cit., p. 223.

²¹⁹ Léon Duguît, *L'Etat : le droit objectif et la loi positive*, op. cit., p. 502.

soutenue par le Doyen Georges Ripert selon lequel « la généralité de la règle doit être considérée comme le caractère essentiel de la loi, en tant que le régime légal constitue la garantie contre l'arbitraire. Elle assure l'égalité en ne permettant pas au législateur de faire entre les hommes des distinctions qui seraient établies sur des considérations religieuses, politiques ou professionnelles »²²⁰. Il en va de même pour le Doyen Carbonnier remarquant que « par son impersonnalité comme par son immutabilité de principe, n'est-elle (règle de droit générale) pas la garantie éthique de la liberté, de l'égalité, de la sécurité, ces valeurs fondamentales que le droit a pour fonction de sauvegarder²²¹ » Le professeur Stark note pour sa part que « le caractère de généralité est l'une des bases de l'égalité politique. Lorsque l'on dit que tous les citoyens sont égaux, cela signifie qu'ils sont soumis à une même loi »²²².

Consubstantielle à la garantie de l'égalité, la généralité de la loi est de surcroît un outil de lutte contre l'arbitraire des gouvernants. S'opposant au particulier et à l'individuel, la loi ne peut selon la majeure partie des auteurs qu'être une règle générale parce qu'elle est également l'expression de la souveraineté.

2. La règle générale, expression de la souveraineté

Si la souveraineté est définie par Jean Bodin comme le pouvoir de donner et de casser la loi à tous en général et à chacun en particulier²²³, l'adoption des lois relève donc de l'exercice de la souveraineté. C'est en ce sens que l'édiction des règles à portée générale est toujours considérée comme une prérogative de la puissance publique, un attribut de la souveraineté, ce qui se traduit par le fait que les personnes privées ne peuvent agir sur l'ordonnement juridique que par le biais du contrat, caractérisé à l'origine par son effet relatif²²⁴. En édictant la norme générale, l'autorité publique agit par voie de commandement unilatéral par opposition à l'acte contractuel des personnes privées.

La conception selon laquelle la loi doit nécessairement être la règle générale parce qu'elle est l'expression de la souveraineté, apparaît avec la Révolution française. A l'époque, la loi est considérée comme l'unique source des règles générales tandis que les autres

²²⁰ Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 314.

²²¹ Jean Carbonnier, « Sur le caractère primitif de la règle de droit », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Paris, Dalloz, 1961, p.109 et s.

²²² Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, *Introduction au Droit*, Paris, Litec, 2000, 5e éd., p. 188.

²²³ Jean Bodin, *Les six livres de la République*, (1576), I, 10, p. 306, cité par Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, coll. Léviathan, p. 52.

²²⁴ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 139.

autorités publiques administratives ou juridictionnelles ne peuvent que statuer des situations concrètes. Selon Emile Artur, il existe trois fonctions différentes, irréductibles l'une à l'autre : la fonction législative qui consiste à faire la loi, la fonction exécutive qui consiste à gouverner et à administrer, la fonction de juger²²⁵. La loi adoptée par la fonction législative se distingue des autres actes de puissance publique par deux caractères essentiels ; c'est une règle générale et c'est une règle qui ne se rattache à aucune autre prescription antérieure comme mesure d'exécution²²⁶. N'étant liée à aucune prescription, la loi s'inscrit dans l'optique d'une règle souveraine.

La loi en tant que règle de droit générale et expression de souveraineté trouve ainsi ses explications dans l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789. Le professeur Teboul note en effet que les termes de l'article 6 de la Déclaration élaborent une conception de la loi entièrement nouvelle en ce qu'ils réconcilient loi et liberté²²⁷. Expression de la volonté générale, la loi ne peut être oppressive : elle est l'acte d'une volonté souveraine. La volonté générale – qui n'est pas celle du Roi mais celle de la Nation – est libre de déterminer le contenu de la loi : la nation ne peut pas s'adresser d'ordre à elle-même²²⁸.

En proposant cette nouvelle conception de la loi, l'article 6 semble ne viser que les lois adoptées par les représentants du peuple ainsi que l'illustre cette phrase : « Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation [de La Loi] ». Cette conception renvoie à la théorie de la représentation et fait de la loi une décision du corps des citoyens²²⁹. Selon Raymond Carré de Malberg, ce qui fait l'originalité de la fonction représentative, c'est que le représentant a une volonté, qui, à l'inverse de celle de l'administrateur, n'est pas conditionnée par une volonté supérieure : il s'agit d'une volonté libre et initiale²³⁰. En ce sens, la loi issue de cette volonté ne peut qu'être libre et inconditionnelle. Elle est donc un acte souverain et incontestable. En effet, aucun juge n'était, antérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 et à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, compétent pour apprécier la constitutionnalité de la loi.

²²⁵ Emile Artur, « Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions de juger et d'administrer », art. cit., p. 219.

²²⁶ Emile Artur, « Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions de juger et d'administrer », art. cit., p. 219.

²²⁷ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit., p. 142-143.

²²⁸ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit., p. 143.

²²⁹ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit., p. 143.

²³⁰ Raymond Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 16 cité par Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit., p. 143.

C'est en vertu de cette nouvelle conception de la loi définie par l'article 6 de la Déclaration que la doctrine ne peut conférer la qualité de loi qu'à des règles à portée générale et impersonnelle adoptées par le Parlement à l'exclusion de celles adoptées par l'Exécutif. Comme l'a observé le professeur Teboul, « quand on se penche sur les termes de l'article 6, on comprend aisément que ce dernier ne vise probablement pas toutes les normes écrites à caractère général et impersonnel ; à l'époque de la Révolution notamment, il est raisonnable d'estimer qu'il exclut de son champ d'application les règlements du pouvoir exécutif : d'une part – c'est l'évidence – les citoyens n'ont pas le droit de concourir directement à la formation de ces règlements ; d'autre part, il n'est guère possible de considérer l'exécutif, qui confectionne ces règlements, comme composé de « représentants » des citoyens »²³¹. Toutefois, l'exclusion du règlement de la catégorie des règles générales est aujourd'hui dépassée parce que l'article 37 de la Constitution de 1958 attribue expressément au pouvoir exécutif le pouvoir de créer des règles de droit générales²³². En vertu de cette disposition, le gouvernement peut édicter les réglementations de portée générale qui ne relèvent pas de la compétence législative.

Il résulte des discours juridiques et doctrinaux que la règle de droit se caractérise par le fait qu'elle est adoptée par le législateur en des termes généraux, abstraits et impersonnels. La généralité, caractéristique fondamentale de la règle de droit sans laquelle cette dernière n'existe pas, est conçue d'une part comme la garantie du principe d'égalité et d'autre part comme la préservation des individus de l'arbitraire des gouvernants. La généralité permet aussi de garantir la permanence de la règle. Le caractère général de la règle a de plus pour but de ne pas assimiler à un véritable pouvoir normatif, monopole de l'Etat, le pouvoir qu'ont les personnes privées d'agir sur l'ordre juridique par le biais de contrats caractérisés par l'effet relatif. La généralité de la règle, comprise parfois au sens de l'universalité, signifie donc que la règle de droit n'est point faite pour les cas particuliers et concrets²³³.

Toutefois il convient de se demander si l'ordre juridique se compose uniquement des règles générales. Par ailleurs, parler de « règle de droit générale » ne revient-t-il pas à laisser entendre qu'il pourrait exister des règles de droit qui ne sont pas générales ? En réalité, l'ordre

²³¹ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit., p. 147.

²³² L'article 37 de la Constitution de 1958 prévoit en effet que « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.*

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décret après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent ».

²³³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 2002, 12e éd., p 83 et s.

juridique français comporte un nombre indéterminé de lois sans portée générale auxquelles plusieurs auteurs refusent d'accorder la qualité de règle de droit.

§2. L'analyse du refus doctrinal de conférer la qualité de règle de droit aux textes législatifs exceptionnels

Dans son ouvrage intitulé *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, le professeur de Béchillon souligne que « la généralité, propriété quantitative, [...] a trait au nombre de sujets de droit, et à rien d'autre. A la question de savoir à combien de destinataires s'applique la norme, elle répond qu'il en existe plusieurs [...] »²³⁴. La généralité renvoie au champ d'application de la règle et à lui seul. Générale, la norme possède un nombre indéfini d'applications individuelles ou particulières²³⁵. Par ailleurs, toutes les règles de droit ne sont pas, selon le professeur, générales. Les normes individuelles, constituent tout autant que les normes générales, des modèles à suivre, des *sollen*, des *devoir-être*. Ce qui signifie que la généralité n'est pas une caractéristique nécessaire de la règle de droit. De même, la normativité (règle ou norme) n'est pas exclusivement réservée au général²³⁶.

Si la généralité peut être retenue comme l'un des critères d'identification de la règle, elle ne semble pas être une condition de sa validité. En effet, le droit français comporte un grand nombre de lois particulières ou individuelles (A). Nonobstant le défaut de caractère général, ces lois n'en demeurent pas moins des règles de droit édictées conformément à la règle constitutionnelle et à ce titre elles déploient leurs effets normatifs.

L'idée selon laquelle les lois individuelles ou particulières sont aussi règles de droit n'est toutefois pas admise sans difficulté. Plusieurs auteurs, tels Emile Artur, Léon Duguit, Joseph Delpech ou Adhémar Esmein ont refusé la qualité de règle à ces lois qu'ils qualifiaient de texte exceptionnel ou décision individuelle (B). En souscrivant à la conception matérielle de la règle de droit et notamment de la loi, ces auteurs considèrent que la loi, en tant que la garantie de l'égalité ne peut être que générale. A défaut de caractère général, la loi ne peut pas non plus préserver les citoyens de l'arbitraire des gouvernants. Peu importe qu'elle soit

²³⁴ Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 36 et s.

²³⁵ Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 36 et s.

²³⁶ Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 36 et s. Dans le même sens voir égal. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 235-253, « Création du droit, application du droit et obéissance au droit ».

adoptée par le Parlement selon la procédure législative, une loi sans caractère générale n'est alors qu'une mesure exceptionnelle ou une décision arbitraire.

A. Des lois particulières et individuelles : textes exceptionnels

Sans contester le caractère général de la loi, Henri Dupeyroux note cependant que, si les auteurs de la doctrine ne retiennent que les critères de généralité, d'abstraction et d'impersonnalité comme les caractéristiques exclusives de la loi, une telle conception conduit à exclure de la catégorie de règles générales un grand nombre de lois à portée individuelle (1) ou à objet particulier (2). Or cette exclusion ne semble pas être justifiée au regard du droit positif²³⁷.

1. L'existence des lois individuelles

On ne saurait ici recenser toutes les lois ou règles de droit individuelles. L'idée est de montrer que le système du droit français n'est pas exclusivement constitué de lois générales mais également de lois individuelles et de lois à portée particulière.

Lors de la formation des institutions de la III^e République, le parlement a voté la loi du 20 novembre 1873 ayant pour objet de confier le pouvoir exécutif et le titre de président de la République pour une durée de sept ans au Maréchal de Mac-Mahon, duc de Magenta. D'après l'article 1^{er} de cette loi, « le pouvoir exécutif est confié pour sept ans au Maréchal de Mac-Mahon, duc de Magenta, à partir de la promulgation de la présente loi ; ce pouvoir continuera à être exercé avec le titre de président de la République et dans les conditions actuelles jusqu'aux modifications qui pourraient y être apportées par les lois constitutionnelles ».

Le critère impersonnel ne semble pas être respecté lorsque le parlement adopte les deux lois du 13 juillet 1906 visant expressément deux personnes : le lieutenant-colonel Piquart et le capitaine d'artillerie Dreyfus. La première loi disposait que « le lieutenant-colonel d'infanterie breveté en réforme Piquart (Marie-Georges) est réintégré dans les cadres de l'armée, et promu général de brigade, pour prendre rang du 10 juillet 1903. Le temps passé par le lieutenant-colonel Piquart dans la position de réforme lui sera compté comme temps d'activité ». La deuxième loi en dérogeant à l'article 4 de la loi du 10 mars 1880 a pour objet

²³⁷ Henri Dupeyroux, « Sur la généralité des lois », art. cit., p. 139 et s.

de promouvoir le capitaine d'artillerie Dreyfus en chef d'escadron. Cette loi est d'autant plus originale qu'elle comporte un seul article aux termes duquel « le capitaine d'artillerie breveté Alfred Dreyfus est, par dérogation à l'article 4 de la loi du 20 mars 1880 modifiée par celle du 24 juin 1890, promu chef d'escadron, pour prendre rang du jour de la promulgation de la présente loi »²³⁸. Il en va de même pour la loi du 27 décembre 1968 qui visait à replacer le général d'armée Catroux dans la première section des officiers généraux de l'armée de terre²³⁹.

D'autres lois qualifiées de « mémorielles » ont été adoptées avec comme unique objet la reconnaissance du mérite de certaines personnalités. Ainsi la loi adoptée le 7 novembre 1918 et celle du 12 février 1920 ont reconnu que Georges Clémenceau, le maréchal Ferdinand Foch et Raymond Poincaré avaient bien mérité de la Patrie²⁴⁰. Dans le même esprit, la loi du 6 décembre 1947 a prévu que le général d'armée Leclerc de Hautecloque avait bien mérité de la Patrie et serait inhumé à l'hôtel national des Invalides.

Le parlement a également adopté certaines lois dans le but d'accorder nominativement une pension à certaines veuves des militaires : loi du 29 mars 1929 accordant une pension viagère et exceptionnelle à la veuve du maréchal Foch ; loi du 18 février 1931 accordant une pension exceptionnelle et viagère à la veuve du général Ferrié ; loi du 17 août 1950 portant attribution d'un supplément exceptionnel de pension à la veuve du général d'armée Giraud.

Il existe également des lois n'ayant aucune permanence c'est à-dire qu'elles disparaissent après leur application à un cas prévu : tel est le cas de la loi du 28 mars 1957 qui a pour objet de régler les funérailles du président Edouard Herriot. De la même façon, le parlement a adopté des lois accordant des privilèges fiscaux à certaines personnes nominativement désignés. C'est le cas de la loi du 28 décembre 1967 qui exonère la succession du maréchal Juin des droits de mutation par décès. Il en va de même pour la loi du 23 décembre 1970 portant l'exonération des droits de mutations sur la succession du général de Gaulle dont l'unique article prévoit que « la succession du général de Gaulle est exonérée de droits de mutation par décès. La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat »²⁴¹.

²³⁸ Joseph Delpech, « Sur deux lois du 13 juillet 1906 et le double caractère d'indétermination et de généralité réputé essentiel de l'acte législatif », R.D.P., 1906, p. 507 et s.

²³⁹ Loi n° 68-1180 du 27 décembre 1968 remplaçant M. le général d'armée Catroux dans la première section du cadre des officiers généraux de l'armée de terre et le maintenant sans limite d'âge dans cette position J.O. du 31 décembre 1968, p. 12404.

²⁴⁰ Ces lois ont été citées par Marc Frangi dans son article intitulé « Les lois mémorielles : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », R.D.P., 2005/1, p. 241-266.

²⁴¹ Loi n° 70-1206 du 23 décembre 1970 portant l'exonération des droits de mutations sur la succession du général de Gaulle, J.O. du 24 décembre 1970.

2. Les lois à objet précis ou restreint

A côté des lois individuelles ci-dessus énumérées, il existe d'autres lois qui nonobstant leur apparence abstraite et impersonnelle ne répondent pas au critère de généralité. Destinées à régler un objet précis, ces lois sans caractère général sont particulièrement nombreuses dans la Constitution de 1958.

Ainsi, le professeur Untermaier note que malgré leurs termes impersonnels et abstraits, certaines lois sont collectives dans la mesure où elles ne visent qu'un ensemble déterminé d'individus²⁴². Ces lois collectives ne sont pas générales. Ainsi en est-il de la loi du 9 juillet 1907 dont l'article 3 exclut les « militaires du 17^e régiment d'infanterie qui ont manqué le 21 juin 1907, à tous les appels depuis le réveil jusqu'à midi » du bénéfice des dispositions de l'article 1^{er} de la même loi accordant un congé anticipé aux appelés et aux engagés volontaires pour la classe 1903²⁴³. Ou plus récemment, la loi du 18 octobre 1999 qui vise précisément « les personnes qui ont participé sous son autorité à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie ou au Maroc entre le 1^{er} janvier 1952 et le 2 juillet 1962 »²⁴⁴.

Se rangent également dans la catégorie de lois collectives à portée non-générale les lois d'amnistie. Selon l'article 34 de la Constitution de 1958 « la loi fixe des règles concernant [...] l'amnistie ». Malgré leur abstraction, ces lois d'amnistie ne sont pas des règles générales dans la mesure où elles visent non pas une véritable catégorie d'infraction ouverte, mais un ensemble fermé et précis²⁴⁵. A titre d'exemple, la loi du 17 juin 1966 a amnistié les infractions commises en relations avec les événements d'Algérie²⁴⁶. Il en va de même pour la loi du 10 janvier 1990 qui s'est bornée à amnistier les infractions commises à l'occasion d'événement survenus en Nouvelle Calédonie²⁴⁷.

²⁴² Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 150.

²⁴³ Joseph Barthélemy, « De la dérogation aux lois par le pouvoir législatif et plus spécialement du pouvoir pour le parlement de faire les lois spéciales applicables rétroactivement à certaines infractions déterminées, notes parlementaires », R.D.P., 1907, p. 472 et s.

²⁴⁴ Loi n° 99-882 du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « aux opérations effectuées en Afrique du Nord » de l'expression « à la guerre d'Algérie et aux combats en Tunisie et au Maroc », J.O., n° 244 du 20 octobre 1999, p. 15647 cité par Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 150.

²⁴⁵ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 151.

²⁴⁶ Loi n° 66-396 du 17 juin 1966 portant amnistie d'infraction contre la sûreté de l'Etat ou commises en relations avec les événements d'Algérie, J.O. du 18 juin 1966, p. 4915 citée par Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 151.

²⁴⁷ Loi n°90-33 du 10 janvier 1990 portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie, J.O., du 12 janvier 1990, p. 489 ; la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie, J.O. du 9 août 2002, p. 13647. L'amnistie peut aussi avoir lieu par mesure individuelle. En effet, la loi d'amnistie peut habiliter le Président de la République à admettre au bénéfice de l'amnistie certaines personnes ayant

Outre ces lois individuelles et collectives, il existe également des lois concrètes c'est-à-dire matériellement non générales²⁴⁸ : les lois d'aliénation des forêts domaniales, les lois déclarant d'utilité publique des grands travaux ou opérations de l'Etat, comme la loi déclarant d'utilité publique l'acquisition par l'Etat d'une partie de la forêt d'Amboise, les lois autorisant la cessation à la commune de la Brigue d'une forêt domaniale ou encore la construction d'un pont suspendu sur la Garonne²⁴⁹.

A cette liste, il faut ajouter les lois ayant pour unique objet d'abroger, de valider ou d'étendre une norme particulière. A cet égard le professeur Untermaier note que « le défaut de généralité est encore plus marqué pour les lois de validation qui portent sur des actes individuels irréguliers comme les arrêtés de nominations ou de promotions prononcées à l'issue d'un concours ou d'un examen professionnel »²⁵⁰. A titre d'exemple, l'article 1^{er} de la loi du 12 avril 2000 relative à la validation législative dispose que « *sont validées rétroactivement les promotions au grade de premier surveillant des services extérieurs de l'administration pénitentiaire prononcées par le directeur de l'administration pénitentiaire en application de l'arrêté du garde de des sceaux, ministre de la justice, du 10 avril 1992 portant la liste d'aptitude aux fonctions de premier surveillant [...]* »²⁵¹. Ayant une portée réduite et précise, ces lois de validations se manifestent comme de véritables exceptions au principe de généralité de la règle. De la même manière, la loi du 10 janvier 1990 a pour unique objet d'étendre le bénéfice de l'amnistie prévu par une autre loi du 9 novembre 1988 à des infractions commises lors des événements survenus en Nouvelle-Calédonie²⁵².

La lecture de la Constitution de 1958 permet également de relever certaines lois n'ayant pas de caractère général. En d'autres termes, ces lois portent sur des objets précis et restreints. A titre d'exemple, l'article 34 de la Constitution prévoit les lois de finances de l'année, les lois de finances rectificatives et les lois de règlements qui autorisent l'Etat à

commis une infraction avant telle date, par décret individuel. Tel est le cas prévu par l'article 10 de la loi du 6 août 2002 énonçant l'amnistie par mesure individuelle.

²⁴⁸ La loi du 30 mars 1942 J.O. du 16 avril 1942, p. 1430 ; la loi n° 30 juillet 1960 tendant à la cession à la commune de La Brigue des terrains domaniaux de la Marta, J.O. du 2 août 1960, p. 7129 cité par Daniel Labetoulle, concl. sur. CE, sect., 9 novembre 1979, Ministre de l'Agriculture et société d'aménagement de la Côte du Monts c/ Association pour la défense de l'environnement en Vendée ; la loi n° 56-1218 du 30 novembre 1956, Autorisation et de déclaration d'utilité publique de la construction d'un pont suspendu et de divers travaux sur la Garonne citées par Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 150.

²⁴⁹ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 150.

²⁵⁰ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 150.

²⁵¹ Loi n° 2000-322 du 12 avril 2000 relative à la validation législative d'un examen professionnel d'accès au grade de premier surveillant des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, J.O. n° 88 du 13 avril 2000, p. 5654.

²⁵² Loi n° 90-33 du 10 janvier 1990 portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie, préc.

percevoir des recettes et à effectuer des dépenses ou encore les lois de financement de la sécurité sociale²⁵³. De même, l'article 35 alinéa 1 dispose que « la déclaration de la guerre est autorisée par le Parlement », l'alinéa 3 de cet article 35 exige l'autorisation du Parlement pour la prolongation au-delà de quatre mois de l'intervention des forces armées à l'étranger²⁵⁴. L'article 36 prévoit que « l'état de siège est décrété en Conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le parlement ». Ou encore l'article 53 prévoit les lois d'autorisation en matière de ratification des traités internationaux.

L'énumération des lois individuelles, particulières ne prétend pas à l'exhaustivité. Elle consiste seulement à mettre en exergue la présence de lois ayant un objet spécifique ou une portée restreinte telles qu'elles sont prévues par le droit constitutionnel français. En d'autres termes, la présence de ces lois signifie qu'il est difficile de retenir la généralité comme la seule caractéristique de la règle de droit.

Si ces lois particulières ou individuelles existent, elles sont qualifiées d'exceptions à des règles générales. N'étant que des textes exceptionnels, leur qualité de « règle de droit » semble dès lors incertaine selon certains auteurs.

B. Le refus doctrinal injustifié au regard du droit constitutionnel positif

S'attachant à la conception matérielle selon laquelle la loi, en tant que la règle de droit protectrice de l'égalité des citoyens, doit être nécessairement générale, les éminents auteurs tels Emile Artur, Léon Duguit, Joseph Delpech, Adhémar Esmein ont dénié la qualité de règle de droit à ces lois sans portée générale (1). Celles-ci ne constituent selon eux que des exceptions, des dérogations à la règle générale. Cette négation de la nature normative de ces textes législatifs particuliers s'explique sans doute par l'adoption d'une ontologie réaliste conduisant à admettre l'existence d'une nature, d'une essence de la loi ou de la règle. Or ni la loi ni la règle n'est un objet naturel et la généralité n'est pas une propriété réelle de la loi²⁵⁵. En se plaçant sous l'angle de l'ontologie réaliste, il serait donc impossible de vérifier, en observant la réalité, si les lois sont par essence, par nature, générales.

²⁵³ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 151. L'auteur note qu'il existe par ailleurs plusieurs catégories de lois de finances. Ainsi l'article 1^{er} de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relatives aux lois de finances dispose qu'« ont le caractère de lois de finances : 1° La loi de finances de l'année et les lois de finances rectificatives ; 2° La loi de règlement ; 3° Les lois prévues à l'article 45 ».

²⁵⁴ L'alinéa 3 de l'article 35 issue de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 est rédigé en ces termes : « lorsque la durée de l'intervention excède quatre mois, le Gouvernement soumet sa prolongation à l'autorisation du Parlement. Il peut décider à l'Assemblée nationale de décider en dernier ressort ».

²⁵⁵ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 146.

Le refus doctrinal d'accorder la qualité de règle de droit à ces lois parce qu'elles ne sont pas générales ne semble pas selon Carré de Malberg être justifié au regard de l'état du droit constitutionnel positif. En effet, les règles constitutionnelles consacrent une double conception formelle et matérielle de la loi. Ce qui signifie que tout acte émanant du Parlement conformément à la procédure législative prévue par la Constitution est une loi, et donc une règle de droit (2).

1. Le refus d'accorder la qualité de règle au texte exceptionnel fondé sur le choix exclusif du concept matériel et général de la règle

Selon Emile Artur, la loi est qualifiée notamment d'après son contenu. Le premier caractère essentiel de la loi est d'être une règle générale²⁵⁶. Face à des lois individuelles, particulières, adoptées par le Parlement, l'auteur déplore la méconnaissance du caractère matériel de la loi en ces termes : « cette notion de loi [...] est étrangère au grand public. Elle est méconnue par le langage courant et même par le langage officiel. On donne le nom de loi [...] à tout ce qui émane des Chambres, à tout ce qu'elles ont élaboré dans les mêmes formes que les lois »²⁵⁷. Or les lois d'amnistie, les lois déclarant l'état de siège, les lois d'intérêt local ou encore les lois qui ordonnent l'établissement d'un chemin de fer ne sont pas des lois. Ce sont des actes de gouvernement ou d'administration qui ont été mis dans les attributions du pouvoir législatif et qui sont faits dans la même forme que les lois. Ainsi, dans ce qu'on qualifie de loi, il faut distinguer les lois véritables et les lois improprement dites²⁵⁸. Seules les premières constituent les règles de droit alors que les secondes ne sont que des décisions.

Dans le même esprit, Joseph Delpech critique la méconnaissance du critère matériel de la loi par le législateur lorsqu'il a adopté les deux lois individuelles concernant le capitaine Dreyfus et le lieutenant-colonel Picquart²⁵⁹. L'auteur souligne que ces lois ont soulevé à la fois la question de morale sociale et de science politique et celle de l'indétermination et de la généralité comme critérium distinctif de la loi. D'après Joseph Delpech, la loi générale s'inscrit dans le droit idéal alors que les lois individuelles semblent être un droit exceptionnel

²⁵⁶ Emile Artur, « Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions de juger et d'administrer », art. cit., p. 214.

²⁵⁷ Emile Artur, « Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions de juger et d'administrer », art. cit., p. 214.

²⁵⁸ Emile Artur, « Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions de juger et d'administrer », art. cit., p. 214.

²⁵⁹ Joseph Delpech, « Sur deux lois du 13 juillet 1906 et le double caractère d'indétermination et de généralité réputé essentiel de l'acte législatif », art. cit., p. 507 et s.

et contraire à la justice. Ces deux lois du 13 juillet 1906 montrent selon l'auteur l'opposition du droit idéal, général et juste au droit exceptionnel, spécial, et contraire aux vrais principes de justice normale. Elles ne sont que des décisions proprement individuelles envisagées au regard de la technique juridique comme d'inutiles illégalités et, au point de vue de l'art politique, comme de dangereux précédents²⁶⁰. Dans cette optique, à défaut de caractère général, ces lois individuelles ne sont que des textes exceptionnels et contraires aux vrais principes de justice normale²⁶¹.

L'idée selon laquelle toutes les lois adoptées par le Parlement ne peuvent pas recevoir la qualité de règle de droit est également soutenue par Adhémar Esmein selon lequel « toute décision prises par les deux Chambres conformément à leur pouvoir porte le nom de loi : c'est le nom générique par lequel on désigne toutes les décisions prises par le pouvoir législatif, et cela est exact du point de vue de la forme »²⁶². Souscrivant au concept matériel de la loi, l'auteur note toutefois : « mais quant au fond, beaucoup d'entre eux ne sont pas des lois. Tous ceux, en effet, qui sont des actes particuliers et qui n'établissent pas une règle générale d'une durée indéfinie, ne répondent pas à la définition exacte de la loi. Ce ne sont pas plus des lois véritables que les arrêts de règlement, émanés de nos anciens parlements, n'étaient des sentences judiciaires »²⁶³.

Si le Doyen Duguit reconnaît l'existence de fait des lois à portée individuelle ou particulière, il ne les considère pas comme des lois au sens matériel. Ainsi que l'a noté le Doyen, « il y a dans ces diverses lois des dispositions individuelles, constituant des dérogations à des règles générales ; elles ne sont point des lois au sens matériel ; et en les votant, le parlement a commis assurément un excès de pouvoir »²⁶⁴. De même, une loi sans portée générale ne peut ni garantir l'égalité des citoyens, ni les préserver de l'arbitraire des gouvernant. Dès lors, Léon Duguit dénie aux dispositions législatives de portée individuelle ou particulière la qualité de loi et de règle. Selon le Doyen, l'adoption par le Parlement d'un acte juridique (concept formel de loi) ne suffit pas à lui conférer la qualité de loi, cet acte doit de surcroît avoir un contenu de portée générale (concept matériel de loi). Ainsi que l'a expliqué le Doyen, « la langue politique en fait donne le nom de loi à tout acte émané d'un

²⁶⁰ Joseph Delpech, « Sur deux lois du 13 juillet 1906 et le double caractère d'indétermination et de généralité réputé essentiel de l'acte législatif », art. cit., p. 508.

²⁶¹ Joseph Delpech, « Sur deux lois du 13 juillet 1906 et le double caractère d'indétermination et de généralité réputé essentiel de l'acte législatif », art. cit., p. 508.

²⁶² Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, L. Larose, 1906, 4e éd, p. 15.

²⁶³ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 15.

²⁶⁴ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p 502.

certain organe politique, qu'on qualifie de législatif ; mais ce n'est là qu'une fausse terminologie consacrée par l'usage et due à la confusion du point de vue formel et du point de vue matériel. Peu importe l'organe politique duquel émane l'acte. Il y a toujours loi, et il y a seulement loi, lorsqu'un acte fait par un gouvernement constate une règle de droit. Dès lors il est facile de marquer les caractères essentiels de la loi positive. Ils sont ceux que nous avons reconnus au droit objectif »²⁶⁵. En conclusion, le Doyen considère donc que la loi est une règle générale ; et toute disposition qui n'a pas ce caractère n'est pas une loi, même si elle est édictée par un prétendu souverain²⁶⁶.

Cette négation de la qualité normative des lois particulières, exceptionnelles connaît ensuite quelques nuances apportées par Joseph Barthélemy. Sans adhérer clairement au concept formel de la loi, l'auteur constate simplement que le parlement a le droit d'adopter des actes qui ne sont pas des lois : « on ne peut reprocher à un acte du Parlement le défaut d'indétermination et de généralité : sans doute [...] ces caractères sont essentiels à la loi proprement dite, entendue au sens strictement juridique. Mais il est évident que le Parlement fait des actes qui ne sont pas des lois ; et qu'il en a le droit »²⁶⁷. Toutefois l'auteur semble lui aussi refuser la qualité de règle de droit à ces lois particulières parce que celles-ci ne sont que des exceptions et dérogations à un principe législatif auquel est lié le législateur. Elles constituent dès lors des illégalités parce que le législateur n'a pas le droit selon l'auteur, de déroger à ce principe tant que celui-ci est toujours en vigueur ainsi que l'illustre cette remarque : « le Parlement ne doit pas être [...] affranchi de la loi : il est lié par elle tant qu'il ne l'a pas abrogée »²⁶⁸.

En somme, à défaut de généralité, certaines lois ne sont que des exceptions, des dérogations à des principes législatifs et ne peuvent pas selon les tenants du concept matériel de la loi prétendre à la qualité de « règle de droit ». Cependant, ce refus de reconnaître la qualité normative à des textes exceptionnels ne semble pas être justifié au regard du droit constitutionnel positif qui admet que la loi puisse être aussi bien générale que particulière.

²⁶⁵ Léon Duguit, *L'Etat : le droit objectif et la loi positive*, op. cit., p. 502.

²⁶⁶ Léon Duguit, *L'Etat : le droit objectif et la loi positive*, op. cit., p. 502.

²⁶⁷ Joseph Barthélemy, « De la dérogation aux lois par le pouvoir législatif et plus spécialement du pouvoir pour le parlement de faire les lois spéciales applicables rétroactivement à certaines infractions déterminées, notes parlementaires », art. cit., p. 474.

²⁶⁸ Joseph Barthélemy, « De la dérogation aux lois par le pouvoir législatif... » art. cit., p. 478. D'après l'auteur, l'article 3 de la loi du 9 juillet 1907 en excluant certains militaires du bénéfice des congés anticipés prévu par l'article 1^{er} de cette même loi constitue une dérogation à l'encontre de certains individus d'un principe légal. Or le législateur est lié par la loi tant qu'il ne l'a pas abrogée. En adoptant également le concept matériel selon lequel la loi doit être générale, l'auteur souligne que « les détenteurs du pouvoir politique ne doivent pas pouvoir prendre arbitrairement telle ou telle décision individuelle, en vue de telle ou telle situation déterminée ; qu'ils sont liés par la règle générale formulée de manière abstraite, sans considération ni d'espèce, ni de personne et ne peuvent prendre des décisions individuelles que conformément à la règle générale contenue dans la loi ».

2. Un refus injustifié au regard du droit constitutionnel positif

Si certains auteurs refusent de reconnaître la qualité de règle de droit à des textes législatifs exceptionnels, cette attitude s'explique sans doute par leur prise de position philosophique et politique. En effet, ces auteurs ne se contentent pas de décrire et d'expliquer la règle de droit, la loi telle qu'elle est, mais aussi telle qu'elle devrait être. La règle de droit est voulue générale. La généralité imposée à la loi permet de remplir une double fonction idéologique ; protection de l'égalité des citoyens, préservation des citoyens de l'arbitraire des gouvernants. Elle est conçue par ces auteurs comme la seule méthode aboutissant à la bonne législation. Ce qui signifie que le législateur n'a pas d'autre méthode que celle de la généralité. Ainsi une loi sans portée générale est contraire à la bonne législation et ne peut être une règle de droit.

Reflet d'un discours prescriptif et idéologique, cette négation de la qualité normative du texte exceptionnel ne paraît pas justifiée pour deux raisons. D'une part elle n'est que l'expression des opinions et jugements de valeur que ces auteurs portent sur la loi. D'autre part elle ne correspond pas à la réalité du droit constitutionnel positif qui habilite le Parlement à édicter les lois générales ou particulières. C'est en ce sens que Carré de Malberg a adressé plusieurs objections à la théorie de la généralité présentée par une partie de la doctrine comme la caractéristique essentielle de la loi et de la règle de droit²⁶⁹.

D'abord, l'auteur souligne que les tenants de la théorie de la généralité ne donnent pas une base juridique à leur théorie. La généralité proposée par ces quelques auteurs comme critérium de la loi se réclame tantôt de la doctrine de Rousseau, tantôt d'une prétendue analogie entre les lois juridiques et les lois physiques, morales, sociales. Or les lois dans l'ordre juridique se différencient des lois naturelles, morales, sociales, en ce que, du point de vue strict du droit, elles reposent sur la seule volonté positive du législateur, et en ce qu'elles présentent par suite un caractère artificiel et éphémère, qui exclut quant à elles toute possibilité de rattacher la notion de règle à l'idée d'une nécessité constante et absolue²⁷⁰. En conséquence, n'ayant pour sa justification que des arguments d'ordre extra-juridique, la

²⁶⁹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, op.cit., p. 292-293.

²⁷⁰ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, op. cit., p. 293.

théorie de la généralité n'est nullement conforme au système actuel du droit public français et elle demeure entièrement dénuée de valeur juridique²⁷¹.

Ensuite si la généralité est habituelle à la règle, elle ne lui est pas indispensable. Parmi les prescriptions édictées par l'Etat, il en est qui, incontestablement, concerne son ordre régulateur et en deviennent partie intégrante, quoiqu'elles n'aient en vue qu'un cas isolé et actuel. Ce qui signifie que si on refuse la qualité de règle de droit à ces prescriptions, on méconnaît par là même leur qualité de norme constitutionnelle. L'auteur cite pour exemple l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui en ne visant que des personnes déterminées (les membres des anciennes familles régnantes) n'en demeure pas moins une règle constitutionnelle permanente et fondamentale composant le statut de l'Etat²⁷².

Enfin, loin de se caractériser par sa généralité, la loi, dans l'acceptation constitutionnelle du terme, a au contraire comme l'un de ses caractères principaux de pouvoir déroger, par voie de mesure particulière, aux règles générales en vigueur²⁷³. Cette remarque signifie que les mesures individuelles, particulières, sont bien des lois et donc des règles de droit. Or refuser la qualité de loi ou de règle à ces textes exceptionnels revient à méconnaître ces réalités juridiques. De même, en déniait la qualité de règle aux lois exceptionnelles les tenants de la théorie de la généralité se sont voués à d'insurmontables difficultés ou contradictions. A cet égard cette remarque de Carré de Malberg est significative « pour avoir nié que la loi puisse déroger par voie de décision particulière à la législation générale, M. Duguit est obligé de soutenir qu'une loi accordant une amnistie individuelle est un acte inconstitutionnel et antijuridique, qu'il est impossible de faire rentrer dans aucune des fonctions régulières de l'Etat [...]. On chercherait en vain dans la Constitution de 1875 un texte ou un principe qui autorise de telles assertions. »²⁷⁴ Carré de Malberg conclut donc que

²⁷¹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, op. cit., p. 296.

²⁷² Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, op. cit., p. 296. Selon l'auteur, certaines lois individuelles forment des règles constitutionnelles et constitutives du statut de la République. A titre d'exemple, la disposition qui déclare inéligibles à la Présidence de la République les membres des anciennes familles régnantes est bien une loi dépourvue de toute portée générale parce qu'elle ne vise qu'un nombre des personnes déterminées. Toutefois la portée statutaire de cette disposition est évidente par ce fait qu'elle a été édictée par la loi de révision du 14 août 1884 et incorporée, à titre de prescription constitutionnelle, dans l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 sur l'organisation des pouvoirs publics ; ce qui atteste qu'elle est devenue l'une des règles permanentes et fondamentales qui composent le statut de l'Etat français.

²⁷³ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, op. cit., p. 299.

²⁷⁴ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, op. cit., p. 298-299. L'auteur souligne que « cette conséquence pratique de la théorie de la généralité est en opposition complète avec le système français des pouvoirs

« le tort de la théorie de la généralité est de construire la notion de la loi matérielle d'une façon purement arbitraire et sans tenir aucunement compte du système de droit positif établi par la Constitution »²⁷⁵.

Les objections de Carré de Malberg plaçant l'abandon de la généralité comme critère exclusif de définition de la loi sont conformes aux lois constitutionnelles de 1875. Celles-ci ne prescrivent en effet pas au Parlement d'adopter uniquement les lois générales. La loi était souveraine à l'époque parce qu'elle n'était soumise à aucun contrôle de constitutionnalité. Elle peut aussi bien être générale que particulière. De même, elle peut porter sur n'importe quel objet.

De nombreux auteurs se rallient ensuite à la position de Carré de Malberg. Ainsi, à propos de l'idée défendue par Léon Duguit selon laquelle la généralité est une nécessité de la loi, Henri Dupeyroux observe que « si la loi est nécessairement générale, pourquoi affirmer avec tant de vigueur qu'elle doit l'être [...] Affirmer que la loi doit être générale, exprimer le désir qu'elle le soit, inviter le législateur à la faire telle, n'est-ce pas au contraire, reconnaître implicitement que la loi n'est pas nécessairement générale par nature »²⁷⁶.

Privilégiant le concept formel de la loi, Charles Eisenmann note que « l'acte législatif n'a en effet pas en droit français un contenu juridique spécifique. Ce n'est pas l'acte par lequel sont édictées des règles de droits, des normes générales. Des actes qui contiennent des dispositions d'espèce, notamment qui concernent les individus déterminés ou quelques personnes déterminées sont traités comme les actes législatif [...]. Ils sont des actes législatifs par cela seul que c'est le parlement qui les a faits, suivant les formes de la procédure législative [...]. Législatif n'est donc pas du tout synonyme de général et même n'inclut pas la notion de généralité »²⁷⁷.

Si la généralité est souvent associée à la règle de droit, le professeur de Béchillon explique qu'elle n'a cependant aucun rôle à jouer dans la définition théorique de la règle de

constitutionnels du Parlement, en tant qu'organe législatif, et avec la conception moderne de la force constitutionnelle inhérente à la loi. Les auteurs précités sont eux mêmes obligés de reconnaître qu'il n'existe, aucune voie de recours permettant à qui que ce soit d'en faire prévaloir la prétendue illégalité ».

²⁷⁵ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, op. cit., p. 300.

²⁷⁶ Henri Dupeyroux, « Sur la généralité des lois », art. cit., p. 142. L'auteur s'interroge également : « mais puisque, en se rabattant sur la notion d'impersonnalité, on admet nécessairement que le législateur peut créer impersonnellement des privilèges pour mille, pour cent, pour dix citoyens, pourquoi s'opposer irréductiblement à ce que les privilèges en question soient accordés nommément ? », p. 155.

²⁷⁷ Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1983, chap. Les actes de l'administration, année 1949-1950, t. II, p. 45 et s.

droit. Le rôle de la généralité se borne d'après le professeur à un classement de différents types de normes²⁷⁸.

La généralité comme critère exclusif de définition de la loi n'a pas été consacrée par la Constitution de 1958. En vertu des normes constitutionnelles posées par les constituants de 1958, le législateur peut adopter les lois générales aussi bien que les lois exceptionnelles c'est-à-dire lois particulières. En effet, si l'article 34 énonce que « *la loi fixe les règles* » ou encore « *les principes fondamentaux* », il ne semble pas pour autant imposer au législateur la condition de généralité. De même, l'article 34 ne distingue pas les lois personnelles des autres lois parce qu'il place l'amnistie dans les matières relevant de la compétence législative : « *la loi fixe des règles concernant [...] l'amnistie* ». La loi peut, selon le droit constitutionnel en vigueur, avoir un objet précis ou spécifique. A titre d'exemple, la loi peut avoir pour objet l'autorisation de la déclaration d'une guerre ou le prolongement de l'intervention de l'armée à l'étranger (l'article 35 de la Constitution) ou encore la prorogation de l'état de siège (article 36). Quant aux lois de finances (articles 47 et 47-1), elles offrent aussi un exemple significatif des lois dépourvues de caractère permanent puisqu'elles n'ont pour durée d'application qu'une année.

Par ailleurs, le pouvoir législatif ne consiste pas seulement à adopter la loi ou à énoncer la règle de droit. Il comporte également la possibilité de déroger ou de faire exception à la règle qu'il pose. Le pouvoir de déroger ou de faire exception a été expressément reconnu par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 juillet 1983 *Démocratisation du secteur public*. De plus, aucune distinction juridique n'est faite entre la loi énonçant la règle et la loi dérogeant ou apportant l'exception à la règle comme l'illustre ce considérant de principe : « *toutes les dispositions législatives ayant la même force juridique, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur, après avoir adopté une règle générale, d'y faire exception ou d'y déroger fût-ce par voie de disposition particulière* »²⁷⁹.

Ainsi, la disposition particulière est celle qui apporte une dérogation, une exception à la règle. Nonobstant son défaut de généralité, elle a la même force juridique que la règle de droit puisqu'elle est édictée par le législateur conformément à la procédure législative prévue par la Constitution. A ce titre, il convient de noter que le Conseil constitutionnel admet tout à fait que le législateur puisse déroger ou faire exception à la règle générale afin de répondre à

²⁷⁸ Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 36 et s.

²⁷⁹ Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983 Loi relative à la démocratisation du secteur public, J.O. du 22 juillet 1983, p. 2267, cons. 11.

la différence de situation à condition de respecter le principe d'égalité. Comme l'illustre le considérant devenu classique : « *en vertu de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».* Toutefois, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »²⁸⁰.

En résumé, le refus de certains auteurs d'accorder la qualité de loi ou de règle à des lois particulières ou individuelles ne se base sur aucun fondement juridique. En l'état actuel du droit constitutionnel, la loi peut aussi bien être générale que particulière. Si la loi particulière ou la loi individuelle est souvent qualifiée d'exception, de loi exceptionnelle ou de texte exceptionnel, il n'en demeure pas moins qu'elle est une règle de droit.

A la lumière des développements précédents, on ne peut que constater la conception doctrinale dominante selon laquelle la règle de droit se caractérise fondamentalement par sa généralité. Le caractère général de la règle semble par ailleurs être étroitement lié à la permanence, à l'abstraction et à l'impersonnalité. Sans ces trois caractéristiques, il semble impossible de parler de « règle de droit ». De même, la généralité permet de distinguer la règle de l'exception. Est règle la loi à portée générale alors que l'exception désigne la loi particulière, spéciale ou individuelle.

Si la généralité de la règle est considérée comme consubstantielle à la garantie de l'égalité et à la protection des individus contre l'arbitraire des gouvernants, elle n'est toutefois pas une condition de validité de la loi. La Constitution de 1958 admet en effet que le législateur puisse édicter à la fois la loi générale et la loi particulière ou individuelle. De même, toutes les dispositions législatives, qu'elles énoncent la règle ou qu'elles fassent exception à la règle, ont toutes la même force juridique²⁸¹. C'est au regard du droit constitutionnel positif que le refus doctrinal d'accorder la qualité de règle de droit aux lois spéciales, individuelles, exceptionnelles ne paraît pas justifié.

²⁸⁰ Décision n°2012-661 DC du 29 décembre 2012, Loi de finances rectificatives pour 2012 (III), J.O. du 30 décembre 2012, p. 21007, cons. 12.

²⁸¹ Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983 Loi relative à la démocratisation du secteur public, déc. préc., cons. 11.

Conclusion du Chapitre 1

Au terme de ce chapitre, il faut admettre que l'identification de l'exception s'avère parfois difficile. Si elle peut être énoncée de manière explicite par certaines normes juridiques, l'exception n'en demeure pas moins présente dans la règle malgré l'absence de référence explicite à ce terme. En effet, son existence peut être repérée grâce à des marqueurs linguistiques très divers ainsi que nous l'avons ci-dessus expliqué. De même, l'exception peut être décelée à partir de l'agencement des normes ou plus exactement du rapport interdépendant des normes tel qu'il est organisé par le droit français

Par ailleurs, si les évocations expresses de l'exception dans les textes constitutionnels et législatifs sont nombreuses, les significations de cette notion ne sont pas pour autant explicites. Les autorités juridiques se contentent d'employer l'exception sans préciser vraiment ce qu'ils entendent par « la règle d'exception ou le texte exceptionnel ». Si certaines normes recourent à l'exception pour désigner la soustraction, l'exclusion ou la limitation, d'autres l'utilisent pour exprimer le particulier, le spécial ou l'idée de quelque chose de rare et singulier. Ainsi, le contenu de l'exception reste toujours indéterminé. Il en va de même pour la qualification juridique de l'exception : est-elle une norme juridique et donc une règle de droit ? A cette question s'ajoute également une autre : quelle est la différence entre une règle et une exception ?

La doctrine propose alors d'utiliser la généralité comme critère de distinction entre la règle et l'exception. La première désigne ce qui est général alors que la seconde relève du particulier, du spécial. Etant la garantie de l'égalité des citoyens, la règle ne peut être que générale. L'exception assimilée à la loi particulière ou spéciale, s'oppose alors à l'égalité en ce qu'elle établit des régimes juridiques différenciés. Conçue par une majeure partie de la doctrine comme la qualité inhérente à la règle, la généralité conduit donc plusieurs auteurs de la doctrine à dénier le caractère de règle à l'exception.

Cependant, si la qualité de règle de droit ne peut être conférée qu'à des lois à portée générale, quelle qualification juridique peut-on conférer à la loi qui énonce d'une part la règle générale et d'autre part l'exception à cette dernière ? La doctrine n'apporte pas de réponse à cette question. Par ailleurs, le refus d'accorder la qualité de règle à la loi exceptionnelle n'est nullement conforme au droit constitutionnel positif qui admet que la loi en tant que la règle de droit, puisse aussi bien être générale qu'exceptionnelle.

Si l'idée selon laquelle l'exception est aussi règle de droit est aujourd'hui admise²⁸², les significations de la règle de droit exceptionnelle ne semblent pas être l'objet d'un consensus doctrinal. Selon les concepts de la règle de droit que les auteurs adoptent, l'exception peut être définie comme un droit exorbitant dérogatoire au droit commun. Elle est par ailleurs souvent assimilée à une anomalie juridique. D'un point de vue de la science politique, la règle d'exception paraît liée à la souveraineté. Ainsi la détermination de la notion d'exception et de son contour en droit constitutionnel nécessite à notre sens d'examiner les diverses significations que la doctrine rattache à cette notion.

²⁸² Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 739. Dans la définition de la règle, l'auteur souligne que la règle désigne toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique) quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue rigide, souple), en ce sens l'exception est aussi une règle.

Chapitre 2. L'ambivalence des définitions de l'exception proposées par la doctrine

Telle qu'elle est conçue par les tenants de la théorie de la généralité, l'exception s'oppose à la règle de droit en raison de son défaut de généralité. Elle est alors utilisée pour désigner les lois particulières, individuelles ou spéciales. Ayant la même force juridique que la règle de droit générale, l'exception est donc une règle de droit à portée ou à objet limité. Plus exactement, l'exception est une règle de droit à laquelle le constituant ou le législateur n'attribue qu'un champ d'application réduit.

Si sa validité juridique (qualité de règle de droit) peut être démontrée en se basant sur le droit constitutionnel positif, il n'en va pas de même pour les significations de la règle exceptionnelle ou du droit d'exception. D'un point de vue formel, on s'accorde aisément à retenir que l'exception se caractérise par sa portée réduite c'est-à-dire par son défaut de généralité. L'exception ne régit qu'une espèce alors que la règle vise le genre. Ainsi l'article 1382 du code civil aux termes duquel « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à réparer* » est une règle générale en ce qu'il vise toute personne et tout fait dommageable. En revanche, l'article 1386 du même code selon lequel « *le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction* » est une règle exceptionnelle en ce qu'il ne régit qu'une catégorie de responsable (le propriétaire) ou un type de dommage (celui causé par le bâtiment).

C'est sous l'angle de vue matériel que la recherche de sens de l'exception s'avère particulièrement périlleuse. Cette notion est assimilée tantôt au droit exorbitant dérogatoire au droit commun tantôt au droit immoral et injuste (**Section 1**). Lorsqu'elle est analysée sur le terrain du droit constitutionnel, l'exception se confond souvent avec la souveraineté ou la raison d'Etat (**Section 2**).

Section 1. L'exception assimilée au droit anormal, dérogatoire au droit commun

Selon la majeure partie des auteurs, si la généralité est retenue comme la caractéristique fondamentale de la règle de droit c'est parce qu'elle permet de nier les différences, les particularités et donc de garantir l'égalité des citoyens. La règle générale s'inscrit dans l'optique de l'universalisme républicain issu de la Révolution de 1789 dont

l'ambition est d'homogénéiser le corps social. L'abolition des privilèges et la proclamation de l'égalité des droits ont en effet rompu en tout point avec la structure en ordres de la société de l'Ancien Régime, dans laquelle chacun possédait une place prédéterminée correspondant à un statut particulier²⁸³.

Dès lors en soustrayant certains individus à la loi ou à la règle générale le législateur ne transgresse-t-il pas le principe d'égalité ? De même, la loi particulière, exceptionnelle, est souvent édictée en vue d'accorder une faveur à telle catégorie d'individus, elle évoque par conséquent le *jus singulare* du droit romain défini par les juristes comme les règles anormales, introduites contre la raison. C'est en ce sens que la règle exceptionnelle est souvent assimilée au droit anormal et exorbitant (§1). Par ailleurs, le terme « exception » est également associé à la loi au contenu jugé par les auteurs de la doctrine défavorable à l'individu (les lois odieuses). Dans ce cas, la règle ou le droit exception est défini comme un droit immoral et injuste (§2).

§1. L'assimilation de l'exception au droit anormal et exorbitant

L'influence du droit romain a été décisive sur la détermination du sens de l'exception. En écartant une catégorie d'individu de la règle générale, la règle exceptionnelle est souvent assimilée au *jus singulare* romain. Le juriste Paul décrivait le *jus singulare* comme les lois introduites contre la raison pour la satisfaction des besoins particuliers²⁸⁴. L'exception est dès lors perçue comme un droit exorbitant et dérogoire au droit commun (A). S'inscrivant sans doute dans un concept matériel et idéologique de la règle de droit, cette définition n'en demeure pas moins polysémique (B).

A. L'exception comme un droit exorbitant et dérogoire au droit commun

Puisqu'elle est utilisée pour désigner les lois particulières, spéciales, individuelles, l'exception est assimilée au *jus singulare* romain. Le dictionnaire des antiquités grecques et romaines donne la définition suivante du *jus singulare* : en principe le droit s'applique à tous les citoyens ; exceptionnellement, il peut être édicté en vue d'une personne déterminée ou en faveur d'une classe de personnes. Dans le premier cas il forme le *jus commune* tandis que

²⁸³ Olivia Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, coll. Corpus Essais, 2004, p. 27.

²⁸⁴ Cité par Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 34.

dans le second cas il constitue un *jus singulare*²⁸⁵ c'est-à-dire le droit de faveur ou de privilège (1). L'exemple du *jus singulare* le plus cité est le testament militaire qui est exonéré du respect des formalités régissant le testament de tous les romains²⁸⁶. Toutefois l'expression « *jus singulare* » peut aussi être prise dans une acception différente : elle désigne une anomalie juridique. En ce sens le *jus singulare* désigne un droit anormal, exorbitant et dérogoire au droit commun (2).

1. La règle exceptionnelle créatrice de privilège

Lorsque le législateur décide de soumettre une catégorie à un traitement juridique différencié, la loi qu'il adopte est souvent considérée comme créatrice de privilèges et dérogoire au principe d'égalité. Si le privilège est une pratique inhérente à la souveraineté et relève donc du pouvoir du Prince, sa pratique a toujours été qualifiée d'exception. Ainsi que l'illustre cette explication de privilège proposée par le *Dictionnaire de l'Antiquité* : « à l'égard d'une cité, les bienfaits du prince peuvent prendre une forme matérielle (aide à la construction) financière (allègements fiscaux) juridique (droits spéciaux) ou symboliques (titres honorifiques) [...]. Ces faveurs sont souvent des passe-droits [...]. Le *beneficium* trouve une vaste application dans le domaine judiciaire : par une simple *adnotatio* ou subscription en réponse à une requête, l'empereur peut autoriser une exception à la loi en faveur d'un particulier, ou recommander au juge l'interprétation la plus favorable de la loi »²⁸⁷.

Ainsi, sous l'Antiquité, le privilège était une faveur accordé par le Prince contre la loi commune. Etant une faveur octroyée souvent nominativement à un individu, il constitue donc une exception juridique. Toutefois le privilège n'est parfois pas exclusivement individuel, il peut également être collectif. Dans ce cas, il fait l'objet d'une règle générale. Les « *Institutes du droit romain* » distinguent le *jus singulare* des lois générales de privilèges en ces termes : « les lois générales contiennent et sanctionnent des règles de droit générales et naturelles ou elles fixent pour des raisons particulières, des principes qui s'écartent de ces règles générales. Dans le premier cas les lois sanctionnent un droit commun (*jus commune*) dans le second cas un droit particulier (*jus singulare* ou exorbitant) [...]. Un privilège, dans le sens large du mot, est toute faveur introduite par la loi et qui s'écarte de la règle commune. Cette faveur peut être

²⁸⁵ Sous la direction de Charles Victor Daremberg et Edmont Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, op. cit., voir « *jus singulare* ».

²⁸⁶ Sous la direction de Charles Victor Daremberg et Edmont Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, op. cit., voir « *jus singulare* ».

²⁸⁷ Jean-Michel Carrié, « Privilège (Droit romain) », in Jean Leclant (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité*, Paris, P.U.F., coll. Quadriga, 2005, p. 1803-1804.

accordée par une loi générale (*lex generalis*) à tous les sujets qui se trouvent dans le cas qu'elle a prévus [...]. Elle peut être aussi le résultat d'une disposition spéciale du législateur (*lex specialis*) en faveur d'une personne ou d'une chose déterminée, et alors c'est le privilège dans le sens restreint »²⁸⁸. Le privilège dans le sens restreint est un privilège personnel. Dès lors seul ce privilège personnel relève du *jus singulare*.

Sous l'Ancien Régime, le privilège était également attribué le plus souvent de manière personnelle, perpétuelle et parfois héréditaire. Mais constitue-t-il une exception au droit commun ? A cet égard, le professeur Saint-Bonnet souligne qu'en réalité, dans la société de l'Ancien Régime, à cause de sa structure juridiquement inégalitaire, chacun est privilégié car chacun appartient à une communauté particulière à laquelle sont attachés des droits singuliers. Le privilège ne saurait donc être, juridiquement, *une exception*²⁸⁹. Dans cette structure juridique et sociale inégalitaire par nature, ce ne sont pas les privilèges en eux-mêmes qui peuvent apparaître odieux mais leur mauvaise répartition. Leur distribution inappropriée a conduit à dénoncer l'inégalité juridique en elle-même dont le privilège n'est qu'une manifestation patente²⁹⁰. D'après le professeur, pour penser péjorativement le privilège, il faut préalablement postuler l'égalité en droit²⁹¹.

En signe de rupture avec la structure inégalitaire de l'Ancien Régime, les constituants révolutionnaires ont proclamé le principe d'égalité dans l'article 6 de la déclaration des droits de 1789 : « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse ». Dans ce sens, le préambule de la constitution de 1791 est particulièrement significatif : « 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 ». Repris par les autres Constitutions, le principe d'égalité s'impose en droit constitutionnel français contemporain comme un dogme infaillible. L'article 1 de la Déclaration des droits de 1789 prévoit que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit [...] ». Selon le préambule de la Constitution de 1946, « le peuple français proclame que tout être humain sans distinction de race, de religion, ni de croyance possède des droits inaliénables et sacrés ». L'article 1 de la Constitution de 1958 dispose que « La France est une république indivisible, laïque [...]. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les

²⁸⁸ Ferdinand Mackeldey, *Manuel de droit romain contenant la théorie des Institutes précédée d'une introduction à l'étude du droit romain*, traduit par Jules Beving, Bruxelles, Société typographique belge, 1837, §196.

²⁸⁹ François Saint-Bonnet, « Privilège », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1209 et s., terme « exception » souligné par l'auteur.

²⁹⁰ François Saint-Bonnet, « Privilège », art. cit., p. 1209.

²⁹¹ François Saint-Bonnet, « Privilège », art. cit., p. 1209.

citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Ainsi, à la société de l'Ancien Régime marquée par l'organisation juridique inégalitaire se substitue une société caractérisée par l'égalité de droit.

Dans le droit français placé sous le principe d'égalité, le privilège apparaît dès lors comme un acte postulant l'inégalité. Ainsi que l'a noté le professeur Saint-Bonnet « depuis l'abolition des privilèges dans la nuit du 4 août 1789, le terme « privilège » a une mauvaise presse dans le vocabulaire juridique mais aussi politique »²⁹². Antinomie de l'égalité, il a définitivement acquis une connotation péjorative issue de son passé : les privilèges seraient réservés aux riches et aux puissants. La méfiance à l'égard des privilèges résulte de l'idée datant de l'Ancien Régime selon laquelle le clergé et la noblesse – en raison de certaines de leurs exemptions – auraient été des ordres privilégiés alors que le tiers état ne l'était pas.

Il en résulte que toute loi ou règle de droit qui accorde une faveur, un avantage, une préférence est une exception à la règle générale d'égalité. Ainsi, « dans toutes ces occurrences contemporaines, le privilège qui résulte de la loi, de la convention ou d'une décision judiciaire [...], reste une exception encadrée juridiquement contrevenant au principe d'égalité »²⁹³. De même, en soustrayant une personne ou une catégorie de personnes à l'application de la règle générale, le droit exceptionnel est non seulement un droit de privilège mais également un droit exorbitant dérogeant au droit commun.

2. L'exception, droit exorbitant dérogeant au droit commun

Le terme « exorbitant » connaît en général deux acceptions. La première est : dépasser la juste mesure, excessif, énorme. Les dictionnaires contemporains le définissent comme ce qui sort des limites, dépasse de beaucoup la juste mesure ou la proportion normale (à propos d'une mesure, d'une somme d'argent ou d'un prix), ce qui a un caractère particulièrement exagéré, excessif, jusqu'à être scandaleux ou encore comme ce qui blesse les convenances, la morale, la règle²⁹⁴. La seconde acception du terme est juridique et désigne ce qui s'écarte de la règle, ce qui ne relève pas de du droit commun.

Utilisé dans le vocabulaire juridique l'exorbitant est donc souvent assimilé au droit dérogeant et signifie ce qui sort du droit commun. Ainsi on trouve les expressions telles « les privilèges exorbitants du droit commun » ou « les clauses contractuelles exorbitantes du droit

²⁹² François Saint-Bonnet, « Privilège », art. cit., p. 1209.

²⁹³ François Saint-Bonnet, « Privilège », art. cit., p. 1210.

²⁹⁴ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op.cit., voir « Exorbitant ».

commun ». La spécificité du sens juridique de l'exorbitant réside dans l'assimilation à la dérogation et donc à l'exception. Selon le *Dictionnaire de droit et de pratique*, « est exorbitant du droit commun [...] le droit spécial, le droit particulier ou encore le droit exceptionnel introduit contre les règles ordinaires », qui est le droit commun fondé sur les maximes générales²⁹⁵. Dès lors le droit exceptionnel parce que celui-ci déroge à la règle est synonyme de droit exorbitant. Celui-ci serait, juridiquement, l'application des règles différentes à certaines situations, des règles qui s'écartent des règles applicables à des situations considérées comme normales²⁹⁶.

Parce que la règle exceptionnelle consiste à mettre en place un régime juridique autre que celui préétabli par une règle générale, elle se manifeste dès lors comme un droit exorbitant et dérogoire, c'est-à-dire un droit qui écarte une règle de droit préexistante et applicable par défaut. A titre d'exemple, selon les règles du régime de responsabilité civile et pénale tous les citoyens français sont justiciables devant les juges judiciaires (juridiction de droit commun). Les articles 67 et 68 de la Constitution de 1958 organisent un régime de responsabilité exceptionnel et de juridiction d'exception en ce qu'ils déclarent que le Président de la République n'est justiciable que devant le Parlement constitué en Haute Cour²⁹⁷. Il en va de même pour les membres du gouvernement qui ne sont, en vertu de l'article 68-1 de la Constitution, pénalement responsables que devant la Cour de justice de la République²⁹⁸.

Assimilé au droit exorbitant, le droit exceptionnel est utilisé pour désigner tout ce qui ne relève pas du droit commun c'est-à-dire du droit privé. Ainsi que l'a observé le professeur Saillant « dans le droit, exorbitant est sans doute un adjectif employé depuis longtemps par les juristes comme synonyme de dérogoire : désigne le fait que la dérogation [...] se fasse par

²⁹⁵ Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 1, Paris, Brunet, 1769, t. 1, p. 505, source www.gallica.bnf.fr.

²⁹⁶ Fabrice Melleray, *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Paris, L.G.D.J., 2004, coll. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers.

²⁹⁷ L'alinéa 1 de l'article 67 prévoit que « le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68 ».

Son alinéa 2 dispose que « Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu ». Selon l'alinéa 1 de l'article 68, « le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour ».

²⁹⁸ L'article 68-1 prévoit que « les membres du gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés de crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Ils sont jugés par la Cour de justice de la République. La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi ».

rapport aux règles du droit privé, entendu comme le droit régissant les rapports juridiques qui s'établissent entre les particuliers, et considéré donc comme un droit commun, comme normalité »²⁹⁹. En revanche, « l'exorbitance [...] désigne une voie non ordinaire ; elle n'existe que par rapport à un chemin ordinaire, celui du droit ordinaire, du droit commun ; et « hors » de celui-ci. Il en découle cette distinction selon laquelle « ce qui est exorbitant est donc le droit public, et ce qui est commun, ce dont on s'écarte est le droit privé »³⁰⁰.

Au-delà de la diversité des qualifications, l'assimilation de l'exception à l'exorbitant consiste à mettre en exergue l'inégalité entendue comme le traitement juridique différencié et inégalitaire que l'exception introduit dans les rapports juridiques. Utilisé dans le rapport entre les particuliers, le droit exceptionnel ou exorbitant dénote l'idée d'un traitement juridique privilégié par rapport à celui prédéterminé par une autre règle. A cet égard, l'arrêt rendu par la chambre mixte de la Cour de cassation le 21 juin 1974 *Perrier* est significatif. A propos du régime juridique de protection des représentants du personnel, la Cour a décidé que « *les règles de protection édictées en faveur des représentants du personnel, ont un caractère exceptionnel et exorbitant qui exclut l'application des règles communes de la responsabilité contractuelle et interdit dès lors à l'employeur de demander la résiliation judiciaire du contrat de travail* »³⁰¹.

Indissociablement lié à l'idée d'inégalité et au traitement juridique différencié, le droit exorbitant est utilisé pour désigner le droit public, plus précisément le droit administratif. Depuis l'arrêt *Blanco* rendu par le Tribunal des conflits le 8 février 1873, l'Etat, les personnes publiques peuvent se soustraire aux règles établies par le droit civil qualifié de droit commun. Ainsi que l'illustre le considérant fondateur du droit administratif énoncé dans cet arrêt *Blanco* : « *la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour le rapport de particulier à particulier ; cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier le droit de l'Etat avec les droits privés* »³⁰². A partir de cet arrêt, il existe un corps de règles différentes de celles

²⁹⁹ Elodie Saillant, *L'exorbitance en droit public*, Paris, Dalloz, 2011, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, p. 4 et s.

³⁰⁰ Elodie Saillant, *L'exorbitance en droit public*, op. cit. p. 93 et s.

³⁰¹ Cour de cass., Ch. mixte 21 juin 1974, *Perrier*, Bull. civ., n° 236.

³⁰² Tribunal des conflits 8 février 1873, *Blanco*, rec. p. 61 ; Voir Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (G.A.J.A.)*, 18^{ème} éd. Dalloz, 2011, coll. « Grands arrêts », p. 1 et s.

contenues dans le code civil et ne s'appliquant qu'à l'Etat et aux personnes publiques agissant dans le cadre des prérogatives de la puissance publique. C'est en ce sens que lorsque l'Etat ou ses agents concluent des contrats avec les personnes privées en qualité de puissance publique et à des fins d'intérêt général, le contrat pourra comporter une clause exorbitante du droit commun et sera soumis au droit administratif en cas de litige³⁰³. La clause exorbitante, caractéristique du contrat administratif, constitue une exception au droit commun³⁰⁴ en ce qu'elle met l'une des parties (la personne publique) au contrat dans une situation de supériorité et lui confère des avantages traditionnellement prohibés ou exclus du droit commun, du droit privé³⁰⁵.

Né d'une exception faite au droit civil, au droit commun, le droit administratif est dès lors qualifié de droit d'exception, de droit exorbitant. La locution « droit exceptionnel, exorbitant ou texte exceptionnel » semble alors être utilisée pour désigner toute règle ou norme de droit ne relevant pas du droit privé, du droit commun. Une telle définition si large de l'exception n'explicite pas sa spécificité. Outre le fait qu'elle ne tient pas compte de la spécialisation des branches du droit, cette définition de l'exception ne permet pas non plus de circonscrire avec précision l'essence de cette notion.

B. La polysémie de cette définition

Créatrice de privilège, l'exception est un droit de faveur accordé à certains particuliers. En établissant un traitement juridique différencié, elle s'oppose au principe d'égalité selon lequel la loi doit être la même pour tous. Lorsqu'elle est assimilée au droit exorbitant, l'exception dénote l'idée d'anomalie juridique et désigne tout ce qui ne relève pas du droit commun. En résumé, le terme « exception » peut être employé pour désigner aussi bien le droit de privilège dérogatoire à l'égalité que le droit anormal, exorbitant et dérogatoire au droit commun.

Les diverses significations rattachées à l'exception s'expliquent sans doute par l'ambiguïté du terme « droit commun » (1) et par un certain concept jusnaturaliste du droit civil selon lequel le droit civil, commun, parce qu'il dérive de la nature, de la Raison humaine, est présumé être juste et équitable. Paré de toutes ces vertus, le droit commun incarne à lui seul la norme entendue comme la normalité. Il est dès lors supérieur à tout autre

³⁰³ C.E 31 juillet 1912 Société des granits porphyroïdes des Vosges, rec., p. 909 ; Voir égal., Tribunal des Conflits (T.C), 16 janvier 1967, Société du Vélodrome du parc des princes, rec. p. 652

³⁰⁴ T.C 2 juillet 1962, Consorts Cazautets, rec, p. 323.

³⁰⁵ Elodie Saillant, *L'exorbitance en droit public*, op. cit., p 96-97.

droit. Son application devrait par ailleurs bénéficier d'une certaine faveur ou préférence. Significative à cet égard est la règle d'interprétation par analogie en vertu de laquelle le juge peut étendre l'application du droit commun à des cas similaires alors qu'une telle possibilité d'interprétation est interdite pour le droit exceptionnel³⁰⁶. Cependant, à l'analyse, ni la supériorité, ni l'application préférentielle du droit commun ne possède de fondement juridique certain (2).

1. L'ambiguïté de l'expression « droit commun »

Si la simple évocation du terme « droit commun » renvoie à l'idée d'un droit civil applicable à tous sans distinction ni exception, la détermination de ses significations juridiques précises s'avère en revanche difficile. Dérivé du latin « *jus commune* », la notion de droit commun se retrouve tout au long de l'histoire du droit. Selon le contexte de son usage, le droit commun (*jus commune*) peut se rapprocher du droit des gens (*jus gentium*) ou du droit naturel (*jus naturale*). Le professeur Renoux-Zagamé note en effet que les romains donnaient déjà un sens équivoque au *jus commune* en l'identifiant tantôt aux règles générales opposées aux dispositions propres à certains types d'actes, tantôt au *jus gentium*, au droit commun à toutes les nations supérieur au *jus civile* de chaque cité³⁰⁷. C'est en ce sens que l'on parle du droit commun de l'Europe et parfois du droit commun de toutes les nations par opposition au *jus proprium*, le droit propre à chaque ordre juridique³⁰⁸.

Lorsqu'elle est cantonnée à un ordre juridique national, en droit français par exemple, l'expression « droit commun » reste en usage pour opposer les principes aux exceptions, les règles d'application générale à celles qui n'édictent que des dispositions spéciales, ou, en procédure, les juridictions qui ont vocation à juger toutes sortes d'affaires à celles qui n'exercent que des compétences d'attribution³⁰⁹. Le sens équivoque de l'expression « droit commun » ne semble pas être élucidé par le droit moderne.

La notion de droit commun a en effet traversé les siècles. Une des premières applications de l'expression vise la rencontre au Moyen Age du droit canonique et du droit romain, d'où a procédé une interprétation réciproque créant une union entre les deux droits.

³⁰⁶ Luc Robine, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, Bordeaux, Delmas, 1933, p. 32.

³⁰⁷ Marie-France Renoux-Zagamé, « Le droit commun européen entre histoire et raison », *Droits*, 1991, n° 14, p. 27-37.

³⁰⁸ Marie-France Renoux-Zagamé, « Le droit commun européen entre histoire et raison », art. cit., p. 27.

³⁰⁹ Jean-Louis Thireau, « Droit commun », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de culture juridique*, op. cit., p. 445 et s.

Le droit romain a été longtemps utilisé par les juristes français comme un droit supplétif commun afin de palier au silence des coutumes³¹⁰. Toutefois Charles Dumoulin, jurisconsulte du XVI^e siècle posa que les coutumes de France étaient le droit commun et qu'il n'est pas nécessaire de recourir au droit romain. En cas de silence de certaines coutumes, il convenait de se reporter aux autres coutumes, spécialement à certaines d'entre elles, telles les coutumes « princesses » plus générales que d'autres. Le grand jurisconsulte projeta de réduire l'ensemble de coutumes à un corps unique, sur le modèle de la coutume de Paris. Ainsi naquit le droit commun coutumier, illustré par Coquille, Loysel. En 1747 Bourjon publia, « *le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes* » dans lequel est exposée la méthode à suivre dans cette recherche de l'unification des coutumes³¹¹.

C'est toutefois avec le projet de rédaction du code civil initié dès 1790 que l'expression de droit « commun » s'affermir et reçoit une autorité renforcée. En effet, la Révolution de 1789 a mis fin à l'émiettement du droit de l'Ancien Régime dû à la diversité des coutumes propres à chaque province. Aussi l'Assemblée constituante posa-t-elle les bases de la réforme d'uniformisation du droit. Elle décréta dans sa séance du 5 juillet 1790, que « les lois civiles seraient revues et réformées et qu'il serait fait un code général de lois simples et claires, appropriées à la Constitution ». Cette disposition a été répétée dans la Constitution de 1791, en ces termes : « il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royaume ». Quelques années plus tard, par un décret rendu le 24 juin 1793 la Convention nationale comprit dans son acte constitutionnel un article par lequel elle dit « que le Code des lois civiles et criminelles serait uniforme pour toute la République »³¹².

L'adoption du Code civil en 1804 termina le processus d'unification du droit pour toute la France. L'expression « droit commun » cesse alors de qualifier le droit général par opposition à des droits locaux. Depuis 1804, le droit commun semble désigner un corps de textes contenu dans le Code civil.

Les origines historiques du droit commun sont ainsi explicitées, il convient de se demander quelle est la fonction de cette notion. Selon le professeur Thireau, l'élaboration d'un concept de droit commun a été nécessaire dans les régimes juridiques pluralistes du passé³¹³. Telle a été la situation de la société française de l'Ancien Régime caractérisée par la

³¹⁰ Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, op. cit., voir « Droit commun, *jus commune* ».

³¹¹ Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, op. cit., voir « Droit commun, *jus commune* ».

³¹² Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, suivi d'une édition de ce code, à laquelle sont ajoutés les lois, décrets et ordonnances formant le complément de la législation civile de la France et où se trouvent indiqués, sous chaque article séparément, tous les passages du recueil qui s'y attachent, éd. Otto Zeller, réimpr., 1827, p. 6 et s., version numérisée www.gallica.bnf.fr

³¹³ Jean-Louis Thireau, « Droit commun », art. cit., p. 446.

diversité de coutumes régissant le droit de chaque province française. A cet égard, cet extrait tiré du projet de Code civil de l'An VIII est significatif : « Une infinité de lois régissait la France avant 1789 ; L'Etat semblait alors n'être qu'une société des sociétés, et pendant longtemps un retour à l'uniformité semble impossible, parce que chacun considérait comme des privilèges indestructibles, les stipulations que sa province, au moment où elle s'était unie au même empire, avaient faites pour le maintien de la coutume qui lui était particulière »³¹⁴.

Ainsi, dans les régimes juridiques pluralistes, le droit commun érigé en véritable système, avec ses valeurs et ses méthodes propres a joué un rôle d'unification très important. Au-dessus des statuts d'application restreinte, des droits particuliers à une catégorie de personne, à une matière, à un territoire, le droit commun représentait l'ordre, l'unité, la rationalité³¹⁵. Mais contrairement à une idée répandue, le droit commun n'élimine pas les droits particuliers. Ainsi que l'a souligné le professeur Thireau « le droit commun contribuait à légitimer les droits particuliers et qu'il n'avait pas nécessairement pour fin d'éliminer mais qu'il cherchait le plus souvent à discipliner et à ordonner. En introduisant une relative unité dans la diversité, il établissait entre les différentes normes, une hiérarchie, il permettait non seulement de les distinguer, de les opposer mais aussi de les combiner, de les faire coexister »³¹⁶.

Si la fonction unificatrice du droit commun peut être explicitée sans grande difficulté, il ne va pas de même pour l'identification du contenu de cette notion. Pour certains auteurs, le droit commun s'identifie généralement au droit romain³¹⁷. Cette affirmation n'est d'après le professeur Thireau que partiellement exacte. Le droit commun n'a pas repris l'intégralité des règles du droit romain parce que certaines d'entre elles ont perdu tout intérêt pratique et ne méritent pas d'être remises en vigueur. Le droit commun intègre alors les dispositions du droit canoniques et mêmes certaines règles des droits locaux qui se révèlent conformes aux lois romaines et contribuent par leur caractère détaillé à en éclairer le sens et à en faciliter l'application³¹⁸. Ce qui signifie que le droit commun renferme à la fois les règles du droit romain et les règles particulières issues des droits locaux.

³¹⁴ Edme-Hilaire Garnier-Deschesnes, *Observations sur le projet de code civil de l'An VIII présenté par la commission nommée par le gouvernement*, le 24 Thermidor an VIII et publié en l'an IX, Paris, Huzard, p 12.

³¹⁵ Jean-Louis Thireau, « Droit commun », art. cit., p. 446.

³¹⁶ Jean-Louis Thireau, « Droit commun », art. cit., p. 446.

³¹⁷ Pierre-Clément Timbal et André Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit public science politique, 2004, 11e éd, p. 232. ; André Gouron, « Le droit commun a-t-il été héritier du droit romain ? », *Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 1998, n° 142-1, p. 283-292.

³¹⁸ Jean-Louis Thireau, « Droit commun », art. cit., p. 448.

Dans le même sens, le doyen André Gouron a souligné que l'opposition du *jus commune* au *jus singulare* ne doit pas être interprétée comme l'existence de deux corps de règles distincts ou séparés³¹⁹. Selon le Doyen, aucun texte du droit romain n'oppose nettement le *jus commune* au *jus singulare*. Ceux-ci forment à l'époque romaine un corps de droit unitaire et se différencient uniquement par leur degré variable de généralité. En réalité, ce sont les glossateurs qui ont proposé une opposition si radicale de ces deux droits selon leur conviction personnelle³²⁰.

L'ambiguïté du terme « droit commun » permet à la doctrine d'entretenir l'idée selon laquelle le droit commun est supérieur à tous les autres droits et qu'il devrait, à ce titre, s'imposer de manière exclusive. Si elle véhicule l'idéologie d'homogénéité ou d'uniformité juridique, à l'analyse, la portée juridique de cette prétention s'avère toutefois incertaine.

2. L'incertitude quant à la supériorité et à la préférence accordées au droit commun

A en croire à la remarque de Joseph Barthélemy selon laquelle « le régime de légalité consiste en ce que les détenteurs du pouvoir public ne doivent pas pouvoir prendre telle ou telle décision individuelle, en vue de telle ou telle situation déterminée ; qu'ils sont liés par la règle de droit générale formulée de manière abstraite [...] », l'impression est donnée que la règle générale a une supériorité juridique incontestable et qu'elle s'impose de manière absolue au législateur. Toute dérogation, toute exception faite à la règle générale *via* les lois particulières ou spéciales dénoterait donc la contradiction, la transgression et l'anomalie juridique. Cette impression peut également exister à propos de l'opposition du droit commun au droit d'exception. Il est dès lors légitime de se demander si le droit commun (règle générale) est réellement supérieur au droit d'exception (règle particulière, spéciale) et sur quelle base juridique se fonde cette supériorité. De même, la supériorité justifie-t-elle une application préférentielle du droit commun ? En d'autres termes le juge doit-il appliquer le droit commun (règle générale) à l'exclusion des autres droits (règle exceptionnelle ou particulière) ?

³¹⁹ André Gouron, « Le droit commun a-t-il été l'héritier du droit romain ? », art. cit., p. 284.

³²⁰ André Gouron, « Le droit commun a-t-il été l'héritier du droit romain ? », art. cit., p. 284-285. L'auteur a en effet souligné que « le *jus commune* désignait la règle juridique générale à laquelle dérogeait telle ou telle disposition d'exception. [...] Bien qu'aucun texte n'opposât nettement l'un à l'autre, ce *jus commune* constituait de fait l'antithèse du *jus singulare* défini par Julien dans les Digestes comme une norme d'exception [...]. Avec Irnerius, le fondateur de l'école boulonaise, un premier pas se trouve franchi : le jus commun est définitivement opposé au *jus speciale* – on dira plutôt, par la suite, *jus singulare* – chaque fois le principe trouve une exception ».

Dans son article portant sur le « droit commun », le professeur Thireau observe que la supériorité conférée au droit commun a été l'œuvre de la doctrine. En effet, « le succès du *jus commune* tient au fait qu'il offrait une méthode apte à surmonter le pluralisme juridique et à résoudre la plupart des difficultés qui en découlaient, en intégrant tous les droits existants au sein d'un même système, sans pour autant les confondre ni leur conférer la même autorité. La notion de droit commun implique la hiérarchie des normes, la supériorité du corps de règles auquel on reconnaît cette qualité »³²¹. Il en résulte que « *la doctrine du jus commune a posé le principe de la prééminence du droit commun sur les droits locaux* »³²².

Cependant, cette supériorité est équivoque, et au demeurant toute relative. D'une part en cas de contradiction avec le droit commun les lois ou coutumes ou statuts locaux s'appliquent prioritairement au nom du principe *specialia generalibus derogant*. En d'autres termes, les dispositions spéciales dérogent aux générales. En revanche, le droit commun (règle générale) ne peut pas déroger au droit exceptionnel (la règle spéciale) s'il ne comporte pas une disposition expresse contraire. A cet égard, l'arrêt du 22 janvier 1988 rendu par le Conseil d'Etat, *Association "Les Cigognes"* est particulièrement significatif. Selon le Conseil d'Etat, « *Considérant que le maintien en vigueur de la législation locale sur les associations procède de la volonté du législateur ; que si, postérieurement à la loi précitée du 1er juin 1924, les préambules des constitutions des 27 octobre 1946 et 4 octobre 1958 ont réaffirmé les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, au nombre desquels figure la liberté d'association, cette réaffirmation n'a pas eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions de ladite loi* »³²³.

Dans le même sens, le Conseil constitutionnel a auparavant décidé dans sa décision du 25 janvier 1985 état d'urgence en Nouvelle-Calédonie que la règle générale, antérieure, ne peut pas, si elle ne comporte pas une disposition expresse contraire, entraîner une abrogation implicite de la loi spéciale. A l'argument soulevé par les requérants selon lequel le législateur ne peut recourir à la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence parce que cette loi n'est pas prévue par la nouvelle Constitution de 1958, le juge constitutionnel répond que « *si la Constitution dans son article 36 vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence [...]. Ainsi, la*

³²¹ Jean-Louis Thireau, « Droit commun », art. cit., p. 446.

³²² Jean-Louis Thireau, « Droit commun », art. cit., p. 446.

³²³ C.E, 22 janvier 1988, Association Les Cigognes, req. n°80936.

Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence [...] »³²⁴.

D'autre part, la supériorité du droit commun n'entraîne aucune exclusivité et plutôt qu'à opposer et éliminer, la méthode du droit commun vise à comparer et à ajouter des règles différentes qui se complètent et se confortent mutuellement³²⁵. La dialectique subtile du droit commun et du droit particulier ou exceptionnel permet de les appliquer cumulativement, de les rendre complémentaires bien plus qu'antagonistes. Il en résulte que le droit commun et le droit exceptionnel se complètent et se confortent réciproquement³²⁶. En complétant les lacunes laissées par les droits spéciaux, le droit commun constitue un droit supplétoire général, applicable en tous lieux en l'absence de dispositions exceptionnelles.

La croyance en la supériorité du droit commun ne peut s'expliquer que par l'adhésion commune des auteurs à l'idée d'une supériorité intrinsèque des lois romaines, à la raison éminente et à l'universalité qui se trouvent en elles³²⁷. En revanche, la supériorité du droit commun est dépourvue de fondement juridique. Comme l'a également noté le professeur Thireau, « face à des droits locaux nombreux mais dispersés, fragmentaires et lacunaires, seul le droit commun identifié au droit romain offrait, selon la majorité des juristes de l'époque, un ensemble cohérent de solution, un vocabulaire technique [...] et la reconnaissance générale dont ce droit bénéficiait constitue la preuve la plus évidente de sa supériorité »³²⁸. Cet argument ou cette attitude fervente traduisait bien la mentalité médiévale tendue vers l'idéal de la *reductio ad unum* où l'unanimité, la commune opinion, passaient pour des manifestations de la vérité³²⁹.

Cette faveur accordée au droit commun entraîna un sentiment général de rejet à l'égard des droits locaux, lois ou statuts particuliers. Ceux-ci rompaient, d'après l'opinion doctrinale dominante, l'harmonie du tout au profit d'intérêts particuliers et souffraient donc de préjugés défavorables. Assimilés au *jus singulare*, les droits locaux, particuliers, sont dès lors qualifiés de « haineux » et d'« odieux ». Ils constituent le droit d'exception et doivent à ce titre être encadrés par l'interprétation stricte.

³²⁴ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, J.O. du 26 janvier 1985, p 1137, cons. 4.

³²⁵ Jean-Louis Thireau, « Droit commun », art. cit., p. 446.

³²⁶ Jean-Louis Thireau, « Droit commun », art. cit., p. 447.

³²⁷ Jean-Louis Thireau, « Droit commun », art. cit., p. 447.

³²⁸ Jean-Louis Thireau, « Droit commun », art. cit., p. 447.

³²⁹ Paul Ourliac, « Droit commun et opinion commune », cité par Jean-Louis Thireau, « Droit commun », art. cit., p 447-448.

Contestant l'idée selon laquelle le texte d'exception, puisqu'il n'a pas la même généralité que le droit commun, doit à cet titre être interprété de manière stricte, Luc Robine affirme que le texte d'exception énonce lui-aussi une règle de droit et que comme toute règle de droit, la disposition exceptionnelle mérite d'être interprétée suivant la raison qui en constitue le fondement et appliquée dans la plénitude de sa raison d'être³³⁰.

S'inscrivant dans la même optique, le Doyen Gérard Cornu souligne que « certain langage oppose trop facilement la règle et l'exception, comme si l'exception n'était pas elle aussi une règle, mais une règle plus spéciale »³³¹. Malgré ce raccourci linguistique, l'opposition de la règle à l'exception ne doit pas, d'après l'auteur, masquer leur identité de nature, sous un degré variable de généralité. Par ailleurs, lorsqu'un texte déroge, c'est-à-dire fait une exception à un principe, il est abusif selon le Doyen de présumer que le droit commun est conforme et la disposition dérogatoire contraire aux principes de la bonne législation³³². Ainsi, l'idée de conformité aux principes de la bonne législation, de supériorité du droit commun, ne tient qu'à la présomption ou à l'opinion de certains auteurs de la doctrine³³³.

La notion de loi spéciale par opposition au droit commun ne va pas sans difficulté selon Raymond Gassin parce que la notion de droit commun est elle-même fort imprécise³³⁴. L'auteur explique l'ambiguïté du terme « droit commun » : « on dit souvent que le droit civil constitue le droit commun des rapports privés, afin de l'opposer aux autres branches du droit privé qui ne comprendraient que des règles particulières. Cette affirmation est à la fois excessive et insuffisante. Elle est excessive parce qu'il est bien évident que toutes les règles de droit civil ne sont pas des règles de droit commun ; le droit civil a ses lois spéciales. Elle est insuffisante aussi parce qu'il paraît exister un droit commun en dehors des règles du droit civil. Ne parle-t-on pas, par exemple, parfois d'un droit commun des sociétés commerciales [...] »³³⁵. Il en résulte que l'opposition du droit d'exception au droit commun n'est pas justifiée, puisque le droit commun peut parfaitement comporter des dispositions exceptionnelles.

³³⁰ Luc Robine, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, op. cit., p. 34-35.

³³¹ Gérard Cornu, *Droit civil approfondi : l'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, Paris, les Cours de droit, 1970-1971, p. 212-213.

³³² Gérard Cornu, *Droit civil approfondi : l'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, op. cit. p. 212-213

³³³ Gérard Cornu, *Droit civil approfondi : l'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, op. cit., p. 212-213 ; dans le même sens, Luc Robine, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, op. cit., p. 45 ; Jean-Louis Thireau, « Droit commun », art. cit. p. 447 ; Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p 83 et s.

³³⁴ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », Dalloz, 1961, chron. XVIII, p. 91-98.

³³⁵ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., p. 92.

Outre l'ambiguïté de la notion de droit commun, la supériorité ainsi que la faveur accordée à ce droit commun n'ont en effet aucune base juridique solide. En l'état actuel du droit constitutionnel positif, il paraît difficile de trouver un fondement juridique à la supériorité du droit commun entendu comme des règles générales. En énonçant que « *la République est indivisible* », l'article 1 de la Constitution de 1958 implique certes l'idée d'uniformité juridique, toutefois il ne semble pas prescrire l'application exclusive des règles générales³³⁶. Si l'article 75 de la Constitution aux termes duquel « les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil du droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé » se réfère au terme « droit commun », il ne semble lui donner ni préférence, ni supériorité. De même, cet article 75 ne prescrit pas non plus que le droit commun s'applique à l'exclusion des droits spéciaux (statut personnel, local). Par ailleurs, en vertu de la décision constitutionnelle du 20 juillet 1983 précitée *Démocratisation du secteur public*³³⁷, le droit commun ne peut avoir une force juridique supérieure au droit exceptionnel ou dérogatoire étant donné qu'ils résultent tous deux des dispositions législatives, à moins que le législateur ne prévoie de manière expresse que telle règle ne souffre pas d'exception.

En résumé, l'assimilation de l'exception au droit de privilège, au droit exorbitant et dérogatoire au droit commun reflète moins la réalité juridique que le préjugé défavorable portée par une majeure partie de la doctrine très attachée à l'idée d'uniformisation et d'unification juridique, à l'égard des lois particulières, des statuts ou droits locaux. Ainsi, définir l'exception comme un droit anormal, exorbitant, ou comme tout ce qui ne relève pas du droit civil, droit commun, ne vise en réalité qu'à assurer d'une part l'application exclusive du droit commun jugée préférable par certains auteurs au détriment du texte exceptionnel et d'autre part à assurer la prétendue supériorité absolue du droit commun. Or selon le professeur Thireau, « dénué de force contraignante, le droit commun ne s'appliquait que par l'adhésion des Français en considération de supériorité. Autant dire que le *jus commune*

³³⁶ L'article 1 de la Constitution alinéa 1 dispose que « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée* ».

³³⁷ Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public, déc. préc., cons. 11 : « *considérant que, toutes les dispositions législatives ayant la même force juridique, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur, après avoir adopté une règle générale, d'y faire exception ou d'y déroger fut-ce par voie de disposition particulière* ».

appartenait d'abord au domaine des croyances, qu'il n'avait d'autres valeurs que celles que lui attribuaient les juristes »³³⁸.

Lorsqu'elle n'est pas définie comme un droit de privilège ou de faveur, l'exception est employée pour désigner l'anomalie juridique ou les lois au contenu jugé par certains auteurs de la doctrine injuste et contraire à la morale. C'est en ce sens que la notion d'exception est souvent utilisée pour qualifier les législations adoptées par le gouvernement de Vichy. C'est donc la définition de l'exception comme des lois odieuses et injustes qu'il faut à présent examiner.

§2. L'exception définie comme un droit injuste et illégitime : le droit de Vichy

L'assimilation de l'exception au droit injuste et contraire à la morale s'explique encore par l'influence persistante du *jus singulare* romain. Non dénué d'ambiguïté, le *jus singulare* peut en réalité désigner deux types d'exception. Il est utilisé par les jurisconsultes pour qualifier la loi qui accorde une faveur ou un privilège à une personne ou une catégorie de personnes. L'exception est dans ce cas jugée favorable et peut être appliquée largement, conformément à la pensée qui a inspirée le législateur³³⁹.

Le *jus singulare* peut également désigner l'anomalie juridique. Cette dernière est définie par le *dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, comme des vestiges ou des survivances d'un état antérieur du droit. L'anomalie juridique consiste selon le jurisconsulte Paul en des règles introduites contre la Raison et doit à ce titre être de droit étroit : on ne peut ni l'étendre, ni l'appliquer par analogie. Plus tard, les glossateurs considèrent que le *jus singulare* compris ici comme une anomalie juridique est une exception introduite en haine d'une catégorie de personnes. L'exemple cité est le cas des prêteurs d'argent contre lesquels les mineurs se trouvent protégés par des mesures d'exception.

C'est ainsi que l'exception est utilisée par certains auteurs pour désigner tantôt les lois pénales qualifiées déjà par les romains d'odieuses, tantôt les lois au contenu jugé injuste et illégitime, comme celles adoptées par le système nazi ou celles édictées par le gouvernement de Vichy (**A**). Toutefois, cette définition s'avère subjective et idéologique parce qu'elle fait dépendre la validité du droit de la morale (**B**) et de l'opinion personnelle de chaque individu

³³⁸ Jean-Louis Thireau, « Droit commun », art. cit., p. 447.

³³⁹ Sous la direction de Charles Victor Daremberg et Edmont Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, op. cit., voir « *jus singulare* ».

du juste et de l'injuste. De surcroît, elle ne permet pas d'expliquer de manière cohérente la validité des normes et règles exceptionnelles en droit constitutionnel positif.

A. La signification de l'exception : droit illégitime et contraire à la morale

Afin de comprendre pourquoi la règle d'exception est définie comme le droit injuste, illégitime et contraire à la morale, il convient d'abord d'exposer les législations adoptées et appliquées durant la période de 1940 à 1944 sous le régime de Vichy (1). C'est parce que le contenu matériel de ces lois heurte la morale et l'opinion dominante des juristes qu'il est qualifié de droit d'exception (2).

1. L'exception assimilée à des lois adoptées par le Gouvernement de Vichy

Juin 1940, la France vient de subir une défaite militaire humiliante. Les organes institutionnels et politiques semblent désorganisés et désorientés. Le maréchal Pétain, ministre d'Etat à l'époque propose à l'Assemblée Nationale de signer l'armistice avec l'armée allemande et obtient l'adhésion de la majorité des députés. Le 10 juillet 1940, l'Assemblée nationale procède à la révision des lois constitutionnelles de 1875 en donnant tout pouvoir au maréchal Pétain.

L'article unique de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 dispose en ces termes « *L'Assemblée Nationale donne tout pouvoir au gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain, à l'effet de promulguer par un ou plusieurs actes, une nouvelle constitution de l'Etat français. Cette constitution devra garantir les droits du travail, de la famille et de la patrie. – Elle sera ratifiée par la Nation et appliquée par les assemblées qu'elle aura créées. – La présente loi constitutionnelle délibérée et adoptée par l'Assemblée Nationale sera exécutée comme loi d'Etat* »³⁴⁰.

Suite à cette investiture, le Maréchal Pétain forme le gouvernement dont le siège se trouve à Vichy. Il fait ensuite voter plusieurs lois. En raison de leur grand nombre, seules certaines d'entre elles considérées par la doctrine comme des lois d'exception seront ici abordées. Relèvent de ces lois d'exception, celles qui réforment la règle d'indépendance de la magistrature, celles qui restreignent l'exercice de la liberté individuelle et publique et celles qui déterminent le statut des personnes d'origine juive.

³⁴⁰ Nous empruntons les références citées par Georges Berlia, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », R.D.P., 1944, p. 46-57.

La loi du 22 juillet 1940 relative à la dénaturalisation a été sans doute édictée dans le but de préparer toutes les autres mesures antisémites puisqu'elle procède rétroactivement à la révision de toutes les acquisitions de la nationalité française intervenues depuis la promulgation de la loi du 10 août 1927 sur la nationalité³⁴¹.

Le journal officiel en date du 18 octobre 1940 oublie ensuite deux lois signées par le Maréchal Pétain les 3 et 4 octobre 1940 à Vichy. La première en date du 3 octobre 1940 vise d'une part à définir le statut des juifs³⁴² et d'autre part à leur interdire d'exercer plusieurs métiers et fonctions publics³⁴³. La loi du 4 octobre 1940 portant sur les ressortissants de « race juive » autorise l'internement des juifs dans les camps. L'article 1 de cette loi prévoit en effet que « *les ressortissant étrangers de race juive pourront, à dater de la promulgation de la présente loi, être internés dans les camps spéciaux par décision du préfet de leur résidence* ». De même, son article 3 dispose que « *les ressortissant étrangers de race juive pourront, en tout temps, se voir assigner une résidence forcée par le préfet du département du lieu de résidence* ».

La loi du 2 juin 1941 prescrit le recensement des juifs. Aux termes de son article 1, « *toutes personnes qui sont juives au regard de la loi du 2 juin 1941 portant statut de juifs, doivent dans un délai d'un mois à compter de la publication de la présente loi, remettre au préfet du département ou au sous-préfet de l'arrondissement dans lequel elles ont leur domicile ou leur résidence une déclaration écrite indiquant qu'elles sont juives au regard de la loi, et mentionnant leur état civil, leur situation de famille, leur profession et leur état des biens* ». S'ensuit la loi du 11 décembre 1942 qui impose l'apposition de la mention « juif » sur les titres d'identité. Selon l'article 1 de cette loi, « *toute personne de race juive au regard de la loi du 2 juin 1941 est tenue de se présenter, dans un délai d'un mois à dater de la promulgation de la présente loi, au commissariat [...] pour faire apposer la mention « juif » sur la carte d'identité dont elle est titulaire [...]* »³⁴⁴.

³⁴¹ Loi n° du 22 juillet 1940 Révision des naturalisations depuis la loi du 10 août 1927, J.O. du 23 juillet 1940, p. 4567

³⁴² Selon l'article 1 de cette loi publiée au Journal Officiel de l'Etat français du 18 octobre 1940, p. 5524 : « *est regardé comme juif pour l'application de la présente loi, toute personne issue de trois grands parents de race juive ou de deux grands-parents de la même race, si son conjoint lui-même est juif* ».

³⁴³ L'article 2 de la loi du 3 octobre 1940 prévoit que l'accès et l'exercice des fonctions publiques et des mandats énumérés ci-après sont interdits aux juifs. Il s'ensuit la liste de plusieurs métiers et fonctions qui sont interdits aux juifs.

³⁴⁴ Loi du 2 juin 1941 remplaçant la loi du 3 octobre 1940, J.O. de l'Etat français du 14 juin 1941, p. 2475. La loi n° 1077 du 11 décembre 1942, J.O. de l'Etat français du 12 décembre 1942, p. 2314.

Toujours dans la liste des mesures antijuives, la loi du 22 juillet 1941 relative aux entreprises, biens et valeurs appartenant aux juifs a pour but d'éliminer toute influence juive dans l'économie nationale³⁴⁵.

Outre ces lois antisémites, certaines autres lois ont été adoptées en vue de modifier le statut des magistrats ou de restreindre l'exercice de la liberté individuelle et publique. A titre d'exemple, l'article 1 de la loi du 17 juillet 1940 permet au ministre de relever les magistrats et les fonctionnaires de leur fonction en ces termes : « *pendant une période qui prendra fin le 30 octobre 1940, les magistrats, et fonctionnaires et agents civils ou militaires de l'Etat pourront être relevés de leur fonction nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire* ». Son article 2 dispose que « *la décision sera prise par décret, sur le seul rapport du ministre compétent et sans autre formalité* ». En vertu de la loi du 18 juin 1941, le ministre peut éloigner les personnes jugées dangereuses pour le maintien de l'ordre de leur lieu de résidence. En effet, selon l'article 1 de cette loi « *[...] le ministre [...] peut prononcer, par arrêté, l'éloignement des lieux où elles résident des personnes dont la présence présente des inconvénients en ce qui concerne le maintien de l'ordre public. La peine applicable à des personnes qui se sont soustraites à la mesure : un mois à un an d'emprisonnement* ».

Toutes ces législations sont postérieurement qualifiées par une grande partie d'auteurs de la doctrine tantôt de justice d'exception, tantôt de droit d'exception ou encore de lois d'exception. Selon Monsieur Bancaud « Vichy recourt à une justice et à un droit essentiellement d'exception » et « Vichy fait fonctionner à son profit cette législation extraordinaire. Mais rapidement cela ne lui suffit plus, il aggrave et tend à généraliser l'exception aux affaires qui touchent au cœur de son ordre juridique »³⁴⁶. Ou encore « les responsables du parquet de Vichy interviennent comme instance rationalisatrice de la législation d'exception »³⁴⁷.

Dans le même esprit, Madame Attali qualifie les législations de Vichy de « corpus juridique d'exception contraire aux libertés fondamentales inhérentes à l'Etat de droit »³⁴⁸. Les lois adoptées par le gouvernement de Vichy constituent ainsi une légalité d'exception

³⁴⁵ Loi du 22 juillet 1941 relative aux entreprises, biens et valeurs appartenant aux juifs, J.O. de l'Etat français du 26 août 1941.

³⁴⁶ Alain Bancaud, « La magistrature et la répression politique de Vichy ou l'histoire d'un demi-échec », Droit et Société, 1996, n° 34, p. 557-574.

³⁴⁷ Alain Bancaud, « La magistrature et la répression politique de Vichy ou l'histoire d'un demi-échec », art. cit., p. 568

³⁴⁸ Sophie Attali, *Le droit antisémite de Vichy : un droit politique d'exception*, thèse dactylographiée, Université Toulouse I, 2008, p. 147.

contraire à l'Etat de droit et donc un droit politique d'exception. Ainsi que l'a souligné l'auteur, « la confrontation aux principes inhérents à l'Etat de droit permettra en outre de considérer le droit antisémite de Vichy comme l'expression spécifique d'un droit politique d'exception »³⁴⁹.

Dans sa thèse portant sur *La notion d'exception en droit*, Monsieur Vergely précise que l'objet de son étude est constitué par les expériences juridiques de Vichy et de la guerre d'Algérie³⁵⁰. La notion d'exception ne peut être élaborée selon l'auteur qu'en s'appuyant sur les normes d'exception en vigueur sous Vichy et pendant la guerre d'Algérie et sur les lois exceptionnelles telles celle du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la Nation pour le temps de guerre, celle du 3 avril 1955 portant l'état d'urgence ou encore celle du 16 mars 1956 prévoyant les pouvoirs spéciaux³⁵¹. Ainsi relèvent de la notion d'exception non seulement les lois de Vichy mais également toutes les lois relatives à la circonstance exceptionnelle actuellement codifiées aux codes administratifs et de la défense.

L'idée selon laquelle les législations de Vichy sont les lois d'exception se trouve également développée sous la plume du Doyen Maurice Duverger. Dans sa contribution intitulée « La perversion du droit », le Doyen note que son étude portant sur « La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940 » publiée en 1942 à la revue de droit public a pour but d'acquiescer la capacité d'agir sur les magistrats et les administrateurs en les poussant vers une interprétation susceptible de corriger les excès des lois d'exception³⁵². L'auteur admet que si ces lois ont été adoptées conformément à la procédure législative de l'époque, elles n'en demeurent pas moins des législations d'exceptions.

Le professeur Gros note pour sa part que l'étude du droit de Vichy recèle un grave problème méthodologique dont la solution conditionne la pertinence des analyses. L'auteur s'interroge alors « peut-on parler d'un droit antisémite sous Vichy sans indiquer d'emblée qu'il s'agit d'un droit d'exception par opposition à ce que nous appelons aujourd'hui l'Etat de droit ? »³⁵³.

Ainsi, la notion d'exception semblerait se réduire à des législations adoptées par les régimes politiques autoritaires ou dictatoriaux. Elle paraîtrait dans cette optique signifier

³⁴⁹ Sophie Attali, *Le droit antisémite de Vichy : un droit politique d'exception*, op. cit. p. 147.

³⁵⁰ Daniel Vergely, *La notion d'exception en droit*, op. cit., p. 49.

³⁵¹ Daniel Vergely, *La notion d'exception en droit*, op. cit., p. 51.

³⁵² Maurice Duverger, « La perversion du droit », in *Religion, société et politique : mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris, P.U.F., 1983, p. 704-718. Voir du même auteur, « La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940 », *R.D.P.*, 1942, p. 277-332 et p. 417-539.

³⁵³ Dominique Gros, « Le droit antisémite de Vichy contre la tradition républicaine », *Le Genre Humain*, 1994, n° 28 Juger sous Vichy, p. 17-26.

tantôt le droit injuste, illégitime et contraire à la morale, tantôt le droit d'oppression de la liberté.

2. La signification de l'exception : droit illégitime, répressif et contraire à la morale

Lorsqu'elle est associée par certains auteurs à la justice, au droit, à la juridiction ou au tribunal, l'exception dénote intuitivement l'idée de répression, de violation ou d'oppression des droits et libertés de l'individu. Elle évoque l'image d'un droit anormal ou d'un droit odieux. C'est en ce sens qu'elle est utilisée pour qualifier le droit de Vichy ou tout droit que l'on estime injuste ou non conforme à un certain concept éthique du droit que l'on défend ou soutient.

La justice de Vichy relève d'après Monsieur Bancaud de l'exception parce qu'il y a dans Vichy une tendance à une répression dont le juge doit être le servent et qui a vocation à devenir toujours plus répressive [...]. La multiplication des tribunaux extraordinaires s'accompagne d'un mouvement continu d'extension de leurs compétences et d'aggravation de leurs dérogations³⁵⁴. Ainsi « l'exceptionnalité que Vichy instaure varie selon les juridictions et dans le temps mais se caractérise toujours selon l'auteur, par une aggravation des peines, une réduction des garanties offertes aux prévenus, une atteinte aux principes juridiques traditionnels (suppression de l'appel, rétroactivité des lois ou encore limitations des droits de la défense...) »³⁵⁵.

Selon le professeur Lochak, les lois antisémites de Vichy sont incontestablement des lois iniques³⁵⁶. L'auteur s'interroge sur le point de savoir si les juges de l'époque peuvent ou doivent refuser l'application de ces lois : « qu'est-ce que je peux faire face à des lois inacceptables, moralement condamnables, en tant que magistrat ? » ou encore « seul face à la loi inique, que peut faire le citoyen en tant que magistrat ? »³⁵⁷. Or en appliquant ces lois exceptionnelles et iniques, les juges de Vichy ont, d'après le professeur, contribué à légitimer ces lois injustes et contraires à la morale.

Dans la même optique, Madame Attali soutient que les lois d'exceptions de Vichy appartiennent au concept de sociologie juridique d'anti-droit défini par le doyen Carbonnier

³⁵⁴ Alain Bancaud, « La magistrature et la répression politique de Vichy ou l'histoire d'un demi-échec » art. cit., p. 560-561.

³⁵⁵ Alain Bancaud, « La magistrature et la répression politique de Vichy ou l'histoire d'un demi-échec » art. cit., p. 560-561.

³⁵⁶ Danièle Lochak, « Le juge doit-il appliquer une loi inique ? », *Le Genre Humain*, 1994, n° 28 Juger sous Vichy, p. 33 et s.

³⁵⁷ Danièle Lochak, « Le juge doit-il appliquer une loi inique ? », art. cit., p. 35

comme « un droit injuste, qui est un phénomène positif ». Correspondent à ce concept d'anti-droit les législations adoptées par le régime politique de Hitler ou de Staline et donc celles adoptées par Vichy³⁵⁸. Ainsi le caractère exceptionnel des lois de Vichy découle de ce que ces lois constituent un droit positif injuste, inhumain et pervers³⁵⁹.

Monsieur Vergely souligne pour sa part que les régimes d'exception, parties prenantes de la légalité d'exception, peuvent se caractériser de deux points de vue. D'une part, « au plan juridique, ils impliquent une redéfinition du partage des compétences législatives et règlementaires. L'organe exécutif en est le grand bénéficiaire. Cette redéfinition puise sa justification dans la théorie dite « des circonstances exceptionnelles » [...]. Cette théorie est la porte ouverte à toutes les formes d'arbitraire, même si le droit sous le contrôle du juge est supposé garantir le respect des libertés »³⁶⁰. D'autre part, « dans la pratique, les régimes et les lois d'exception sont associés à un certain nombre d'atteinte aux libertés [...]. Ces atteintes justifiées temporairement par le contenu historique sont en effet contraires aux principes républicains. Ainsi tout régime d'exception induit, par opposition, la référence au modèle républicain d'organisation des libertés »³⁶¹. L'auteur ajoute par ailleurs que les lois de Vichy sont qualifiées d'exception en raison de leur caractère d'anéantissement complet des libertés : « Vichy manifeste une constance inégalée dans les atteintes aux libertés »³⁶². Enfin, l'auteur observe également que « pour être qualifiée d'exceptionnel, une loi doit en principe faire exception à la liberté. L'exercice de la liberté est en effet la norme dans un contexte républicain »³⁶³.

Le caractère exceptionnel du droit antisémite de Vichy évoque également l'image des monstres juridiques ou d'anormalité juridique³⁶⁴. Ainsi que l'a expliqué le professeur Loquin, « les lois antisémites de Vichy sont des monstres juridiques [...]. L'anormalité de ces lois est également conceptuelle. Elles utilisent pour arriver à leur fin des concepts juridiques tirés d'un système de droit fondé sur la protection de la personne, sur le principe d'égalité juridique entre les sujets de droit – c'est dire qu'elles pervertissent et détournent de leurs objectifs

³⁵⁸ Sophie Attali, *Le droit antisémite de Vichy : un droit politique d'exception*, op. cit., p. 150-151.

³⁵⁹ Sophie Attali, *Le droit antisémite de Vichy : un droit politique d'exception*, op. cit., p. 151.

³⁶⁰ Daniel Vergely, *La notion d'exception en droit*, op. cit., p. 37.

³⁶¹ Daniel Vergely, *La notion d'exception en droit*, op. cit., p. 38.

³⁶² Daniel Vergely, *La notion d'exception en droit*, op. cit., p. 246.

³⁶³ Daniel Vergely, *La notion d'exception en droit*, op. cit., p. 245.

³⁶⁴ Dominique Gros, « Un droit monstrueux ? », *Le Genre Humain*, 1996, n° 30-31 *Le droit antisémite de Vichy*, p. 561-576.

normaux lesdits concepts, en les utilisant à des fins totalement opposées à celles qui les légitiment »³⁶⁵. Ainsi les lois d'exception sont également illégitimes.

Au vu de ces éléments, la notion d'exception ne peut servir qu'à désigner les lois injustes, contraires à la morale, élaborées ou adoptées par les régimes politiques dépourvus de légitimité. Par la règle ou la norme d'exception, il faut dès lors entendre la loi injuste, oppressive de la liberté. Si cette définition permet de défendre un certain concept matériel ou idéologique de droit, elle n'est pas exempte d'ambiguïté. De surcroît elle ne correspond pas à l'état actuel du droit constitutionnel positif.

B. L'ambiguïté de cette définition

Au sein de l'étude, il faut rappeler deux idées. D'une part l'exception est aussi une règle de droit. D'autre part, elle est exceptionnelle, spéciale ou particulière parce qu'elle n'a pas la même généralité qu'une autre règle. A titre d'exemple, la loi du 21 mars 1884 régissant les syndicats professionnels est une règle d'exception en ce qu'elle ne s'applique qu'aux associations syndicales professionnelles. En revanche, la loi du 1^{er} juillet 1901 régissant le contrat d'association est une règle générale parce qu'elle s'applique à toute association. Il en résulte que la qualification d'une règle d'exception nécessite absolument la présence d'une autre norme au regard de laquelle on peut apprécier la différence de degré de généralité. La loi du 21 mars ne pourra être qualifiée d'exception qu'en présence de la loi du 1^{er} juillet 1901. L'exception est donc étroitement liée à la règle. La première se différencie de la seconde par un degré variable de généralité.

Assimilée aux lois antisémites, injustes de Vichy, l'exception cesse de désigner le rapport du particulier au général pour exprimer vraisemblablement la non-conformité au droit naturel, à la morale, de certaines règles de droit positives. En effet, selon une majeure partie d'auteurs, nonobstant leur adoption conforme à une procédure constitutionnelle ou législative prévue (1), les lois de Vichy n'en sont pas moins des exceptions parce qu'elles ne sont pas conformes à certaines normes de droit naturel ou de la morale. Or une telle définition de l'exception s'avère ambiguë et incertaine parce qu'elle semble signifier que la règle exceptionnelle est celle qui n'est pas conforme au droit naturel ou à la morale. Cette définition a dès lors pour conséquence de faire dépendre la validité du droit de la morale ou de l'idéologie (2) et d'engendrer autant de concepts de règles exceptionnelles qu'opinions et

³⁶⁵ Eric Loquin, « Le juif 'incapable' », *Le Genre Humain*, 1996, n° 30-31 *Le droit antisémite de Vichy*, p. 173-188.

concepts du droit injuste. Elle semble de surcroît confondre la règle d'exception avec le concept sociologique d'illégitimité (3).

1. L'examen de la validité juridique des lois de Vichy

La validité du droit de Vichy doit être analysée à l'aune des concepts de l'ordre juridique constitutionnel de l'époque. Il s'agit de savoir si les lois antisémites et injustes ont été édictées conformément à la procédure législative prévue par les lois constitutionnelles de la III^e République. En effet, la validité de la loi dépend de sa conformité à la règle prévoyant les conditions de production, de modification et de destruction des actes législatifs.

A cet égard, il faut noter d'emblée qu'à la différence des Constitutions de la IV^e et de la V^e République, les lois constitutionnelles des 24, 25 février et 16 juillet 1875 ne comportaient aucune référence à la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Elles ne prévoyaient pas non plus les droits et libertés de l'individu. L'ensemble des textes constitutionnels de la III^e République avaient pour unique objet d'organiser les pouvoirs publics et leur rapports.

Si les lois constitutionnelles étaient silencieuses sur la protection des droits et libertés de l'individu, ce silence peut selon le professeur Vimbert être expliqué par deux raisons. D'abord la raison juridique, la consécration des droits et libertés passait nécessairement par un débat sur la difficile définition de leur nature. Étaient-ils individuels ou sociaux, absolus ou relatifs, juridiques ou moraux ? Cette question épineuse devait être éludée au prix d'un silence du constituant. Les droits de l'homme étaient en fait sacrifiés au but politique³⁶⁶. La raison historique ou idéologique ensuite, la première Déclaration des droits était le résultat de la monarchie alors que les républicains s'assignaient pour but de rompre avec le passé monarchique. Pour eux, les idées rationnelles du droit naturel ou droits de l'homme, insaisissables a priori, ne peuvent être définis par un texte juridique. De plus, rédiger une Déclaration des droits de l'homme dans le but de limiter et de contrôler le Pouvoir est une technique plus libérale que républicaine³⁶⁷.

³⁶⁶ Christophe Vimbert, *La tradition républicaine en droit public français*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1992, p. 121. Selon l'auteur, les républicains et les monarchistes ne pouvaient surmonter les idéologies différentes qui les opposaient. Ce qui explique leur silence sur la valeur positive des droits et libertés de l'homme au moment de l'élaboration et de l'adoption des lois constitutionnelles de la III^e République.

³⁶⁷ Selon F. Ponteil, « il s'agit d'une tradition des constitutions métaphysiques de la grande Révolution », *Histoire générale contemporaine du milieu du XVIII^e siècle à nos jours*, éd. D, 4^{ème} éd, 1973, cité par Christophe Vimbert, op. cit., p. 176

En effet, la conception libérale qui affirme la primauté des droits individuels n'a pas plu aux républicains. Ceux-ci développaient depuis des années une conception sociale des droits des individus selon laquelle au-dessus de l'individu se trouve un droit supérieur et « social » exprimant un devoir de solidarité envers la collectivité.

Dès lors, la consécration des libertés et droits individuels ne semblait pas entrer dans les principales préoccupations du constituant majoritaire conservateur. En fait, le constituant de 1875 se souciait plus d'instaurer un régime politique stable que de s'occuper des droits de l'homme. Les lois constitutionnelles visent exclusivement à organiser les pouvoirs publics³⁶⁸. Elles ne mentionnent ni les droits, ni les libertés des individus. Privée de sa force normative, la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ne pouvait s'imposer en tant que référence de normalité. Les individus ne pouvaient pas non plus l'invoquer contre les lois vichyssoises.

Cette absence des droits et libertés de l'homme, c'est-à-dire les normes de références de fond, ne permettaient pas de contester la validité matérielle ou le contenu des lois de Vichy. Ces lois étaient formellement valides au regard des actes constitutionnels adoptés par le gouvernement de Vichy qui ont pour but tantôt d'habiliter le chef de l'Etat français à légiférer, tantôt d'abroger de manière explicite tous les textes constitutionnels antérieurs contraires. A titre d'exemple, l'alinéa 2 de l'article 1 de l'acte constitutionnel du 11 juillet 1940 pris au lendemain de l'acte constitutionnel du 10 juillet 1940 prévoyait que « le chef de l'Etat exerce le pouvoir législatif, en Conseil des ministres : 1° jusqu'à la formation de nouvelles Assemblées [...] ». Son article 2 disposait que « sont abrogées toutes dispositions des lois constitutionnelles des 24, 25 février et 16 juillet 1875, incompatibles avec le présent acte ».

En conséquence, si l'article 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 disposait que « le pouvoir législatif s'exerce par les deux assemblées : la Chambre et le Sénat », il a été toutefois abrogé par les deux actes constitutionnels antérieurs : celui du 10 juillet et celui du 11 juillet 1940. Le pouvoir législatif était désormais confié au chef de l'Etat en vertu de l'article 1 de l'acte constitutionnel du 11 juillet 1940. Cette disposition a par ailleurs consacré une conception formelle de la loi. Elle se contentait en effet d'habiliter le chef de l'Etat français à édicter les lois sans lui imposer des conditions relatives au contenu des actes

³⁶⁸ Comme l'indique le titre de ces lois des 24, 25 février et 16 juillet 1875 « loi relative à l'organisation des pouvoirs publics » ; voir Marcel Morabito et Daniel Bourmaud, *Histoire constitutionnel et politique de la France (1789-1958)*, Paris, Montchrestien, coll. Droit Public, 1998, 5e éd., p. 315 et s.

législatifs. En conséquence, tous les actes adoptés par le Chef de l'Etat français sont valides et ont la qualité de loi.

Cette conception formelle de la loi s'inscrivait dans la tradition de légicentrisme de la III^e République. A l'époque, le parlement était souverain et disposait de compétences illimitées. Il pouvait à ce titre intervenir dans tous les domaines et légiférer sur n'importe quel sujet. La loi n'était soumise à aucun contrôle de constitutionnalité. Les juges judiciaires et administratifs devaient se borner à appliquer la loi conformément au principe de légalité. L'ensemble de ces facteurs ont fait que les lois antisémites de Vichy avaient toute leur validité juridique. En effet, elles ont été édictées par le Maréchal Pétain en qualité de Chef de l'Etat français conformément aux actes constitutionnels d'habilitation des 10 et 11 juillet 1940. Elles ont été ensuite promulguées comme loi de l'Etat et appliquées par toutes les juridictions.

Si elles étaient raciales ou discriminatoires, ces lois ne constituaient pas pour autant l'exception à la règle d'égalité parce que celle-ci n'avait pas de valeur constitutionnelle et positive à l'époque. Ce constat est aussi valable pour les arguments selon lesquels les lois de Vichy étaient dérogoires à la Déclaration des droits de 1789, à la tradition républicaine ou à l'Etat de droit. A cet égard, il faut souligner que ni la Déclaration de 1789, ni la tradition républicaine ou l'Etat de droit n'avait de valeur de droit positif à l'époque³⁶⁹. Ces normes de référence n'avaient en 1940 aucune portée juridique contraignante et ne pouvaient lier le législateur³⁷⁰. De même, si ces lois de Vichy étaient en contradiction avec certains articles du Code civil ou du Code pénal, elles n'y faisaient pas d'exception mais les abrogeaient. En effet, le Code civil et le Code pénal ne sont rien d'autre qu'une compilation des lois édictées par les régimes politiques successifs. Ces codes n'ont pas de valeur supérieure à celle des lois de Vichy. Par ailleurs, en matière de conflit des lois, l'adage « *lex posterior priori derogat* » selon lequel une loi postérieure doit primer sur la loi antérieure doit être appliqué. Dès lors, les législations de Vichy devaient prévaloir sur toutes les autres lois étant donné qu'elles leur étaient postérieures.

Au vu des actes constitutionnels de révision et d'habilitation des 10 et 11 juillet 1940, il est difficile de dénier la validité juridique à des lois antisémites ou injustes de Vichy. Par

³⁶⁹ En effet, les auteurs ont admis qu'à l'époque de Vichy, les droits et libertés énoncés dans la Déclaration de 1789 n'avaient pas une portée juridique certaine. Voir spécialement, Dominique Gros, « Le droit antisémite de Vichy contre la tradition républicaine », art. cit., p. 17-26. Avec quelques nuances, le professeur Dominique Rousseau souligne la portée juridique incertaine tant de la Déclaration des droits de 1789 que de la tradition républicaine. Voir Dominique Rousseau, « Vichy a-t-il existé ? », Le Genre Humain, n° 28 Juger sous Vichy, p. 97-106.

³⁷⁰ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, op. cit., p 285 et s.

ailleurs, ces lois n'étaient pas exceptionnelles mais constituaient en réalité un nouveau droit commun parce qu'elles abrogeaient toutes les autres normes contraires. La contestation de la validité de ces lois peut néanmoins s'effectuer selon certains auteurs sur le terrain du jusnaturalisme selon lequel il ne suffit pas que la loi soit édictée par l'autorité positive compétente, encore faut-il qu'elle ait un contenu juste et conforme à certaines normes de droit naturel, c'est-à-dire la norme morale ou la conscience³⁷¹.

2. La dépendance du droit à la morale : facteur d'ambiguïté et de confusion

En utilisant le terme « exception » pour désigner les lois antisémites, injustes, de Vichy, les auteurs ont en réalité déplacé cette notion d'exception sur le terrain des conditions de validité ou d'invalidité de la règle de droit. En défendant le concept jusnaturaliste ou moral du droit, les tenants de ce concept considèrent en effet qu'il existe toujours des normes éthiques, éternelles, transcendantales et inabrogeables au regard desquelles sera appréciée la validité des normes du droit positif. En conséquence, peu importe le fait qu'elles ont été édictées par une autorité compétente, les lois antisémites de Vichy n'en sont pas moins exceptionnelles parce qu'elles sont contraires et dérogent au droit naturel³⁷².

L'exception désigne ici l'invalidité ou la non-conformité au droit naturel de certaines règles de droit positif. Toutefois, l'appréciation de l'exception dans ce concept de droit naturel implique au préalable la définition d'un droit naturel au contenu déterminé. Or une telle détermination s'avère extrêmement difficile ainsi que l'a noté le Doyen Paul Roubier : « comment concilier l'existence du droit naturel avec les incertitudes sur ce qu'il faut comprendre dans son contenu ? »³⁷³.

C'est l'imprécision du contenu du droit naturel qui est également l'objet des critiques des théoriciens du droit positif. En effet, imprégné de métaphysique, le droit naturel se caractérise par des valeurs jugées transcendantales, immuables et universelles. Cependant, celles-ci ne peuvent être l'objet de la science juridique puisqu'elles ne sont que des opinions et jugements de valeur, c'est-à-dire des propositions qui ne sont ni vraies ni fausses. Dès lors, variable et inobservable, le droit naturel relève de l'idéal et du sentiment subjectif. Le doyen

³⁷¹ Danièle Lochak, « Le juge doit-il appliquer une loi inique ? » art. cit.,

³⁷² Danièle Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », art. cit., p. 252 et s. Voir, du même auteur, « Le juge doit-il appliquer une loi inique ? », art. cit.,

³⁷³ Paul Roubier, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, op. cit., p. 186.

Vedel a souligné la faiblesse du droit naturel : « si un ciel des idées d'où descendraient les droits pour s'imposer aux hommes existe, les tenants du droit naturel doivent expliquer de quelle nuée, ils ont reçu la révélation des Tables de la Loi »³⁷⁴. Par ailleurs l'idée même de « droit naturel » comporte déjà une contradiction car tout droit suppose le recours à une autorité instituée. Pour pouvoir réaliser la justice, les valeurs et principes naturels doivent être positivés. Sans l'intervention de l'autorité positive, le droit naturel n'est qu'« une opinion sur le droit émise au point de vue d'un idéal moral »³⁷⁵.

Afin de pallier l'objection de l'inconsistance du droit naturel, les doctrines jusnaturalistes élaborent une conception restreinte du droit naturel en limitant son contenu à certains principes supérieurs et tangibles érigés en règles communes par Saint Thomas d'Aquin³⁷⁶. Ces principes s'opposent au droit positif par leur caractère éternel et immuable et constituent un droit élémentaire et invariable, auquel l'autorité positive ne peut rien retrancher. C'est alors un ensemble de règles minimales de justice et de morale qui dominent les lois et qui permettent de corriger les excès injustes du droit positif. La référence au droit naturel permet d'élever une barrière contre les règles injustes posées par les pouvoirs publics.

Néanmoins les tenants du droit naturel se heurtent toujours à l'objection soulevée par les positivistes quant aux moyens de concrétisation de leurs principes. En effet, sans la garantie d'une positivité et d'une contrainte de l'autorité instituée assurant son effectivité, le droit naturel reste un pur idéal de justice ou un idéal moral³⁷⁷. Or toute intervention de l'autorité positive suppose des changements et des contingences. En conséquence, attribuer la positivité au droit naturel reviendrait à lui enlever son caractère immuable, extérieur et supérieur au droit positif.

De même, subordonner la validité du droit positif au droit naturel revient en réalité à poser comme condition de validité juridique la conformité du droit à la morale. Or si la morale et la règle de droit sont souvent amenées à partager des domaines communs, il n'en demeure pas moins que la première ne devient une règle juridique que grâce à une injonction positive plus énergique et à une sanction nécessaire au but à atteindre³⁷⁸. Une règle de droit

³⁷⁴ Georges Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 79-97.

³⁷⁵ Paul Roubier, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, op. cit., p. 186.

³⁷⁶ Alain Sériaux, « Droit naturel », Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 507 et s. Voir égal. Simone Goyard-Fabre, « Ecole de droit naturel moderne et rationalisme juridique (XVIIe-XVIIIe) », in Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 564 et s.

³⁷⁷ Xavier Dijon, *Droit naturel*, t. 1 : Les questions du droit, Paris, P.U.F., coll. Themis droit privé, 1998 ; Pierre Kayser, « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *R.R.J.*, 1998/2, p. 387.

³⁷⁸ Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949, 4e éd., p. 6.

existe à partir du moment où elle est énoncée par une autorité compétente. Sa validité dépend en réalité de la procédure juridique d'édition et d'abrogation. A titre d'exemple, l'article 34 de la Constitution de 1958 prévoit les compétences législatives. L'article 45 énonce les conditions dans lesquelles la loi doit être élaborée et adoptée. Pour être valide, la loi doit être adoptée conformément à ces deux dispositions (conception formelle de la loi). Si depuis 1971³⁷⁹, la loi doit respecter les droits naturels de l'homme (conception matérielle) entendus comme certaines valeurs morales, éthiques, c'est parce que ces valeurs ont été positivées et énoncées par le droit positif (Constitution de 1958, décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 *Liberté d'association*). Ainsi, tant que la morale n'est pas positivée et érigée par le droit positif en norme supérieure à la loi, elle ne reste que la source d'inspiration de la loi. Elle ne peut pas être pas la condition de sa validité. Or entre 1940 et 1944, aucune norme de droit positif n'a énoncé les droits et libertés de l'homme. Dispensée de la condition matérielle, la loi pouvait avoir n'importe quel contenu. Si les lois de Vichy étaient contraires à la morale, elles n'en demeuraient pas moins des normes de droit valides.

Définir la notion juridique d'exception comme les lois antisémites de Vichy ou comme toutes les lois au contenu injuste, amoral semble être trop subjectif et variable. En effet, l'indétermination du contenu du droit naturel ainsi que l'absence d'une norme morale universellement partagée a pour conséquence d'engendrer de multiples opinions doctrinales sur la qualité du droit. Dès lors il pourrait exister autant de définitions de norme d'exception que d'interprétations subjectives des individus du caractère injuste ou contraire à la morale de la règle de droit. La loi pénale, qui peut être jugée injuste par la personne à qui elle s'applique, n'est pourtant pas exceptionnelle et reste toujours une règle de droit valide. Il en va de même pour certaines normes de droit positif édictant les sanctions ou les interdictions.

En somme, l'assimilation de l'exception aux lois antisémites de Vichy sert à dénoter la réprobation qu'éprouvent les auteurs à l'égard des lois au contenu jugé injuste, contraire à l'éthique. Consistant en une évaluation subjective de la qualité de la loi, cette définition ne se traduit que comme des jugements de valeur et discours idéologiques sur le droit. N'étant ni vrais ni faux, ces jugements de valeur et discours idéologiques ne décrivent pas le droit tel qu'il est mais tel qu'il devrait être. Par ailleurs, si le droit antisémite de Vichy était invalide au regard du droit naturel, comment expliquer alors qu'il a déployé tous ses effets juridiques et

³⁷⁹ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 Loi relative au contrat d'association dite « Liberté d'association », déc. préc.

été appliqué par toutes les juridictions. En donnant la signification de droit injuste de Vichy à l'exception, ces auteurs semblent confondre cette notion avec le concept d'illégitimité.

3. L'exception réduite au concept sociologique d'illégitimité

Le système juridique et politique de Vichy a pris fin avec la promulgation de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine. En effet, l'article 1^{er} de cette ordonnance du 9 août 1944 déclare que « la forme du gouvernement de France est et demeure la République. En droit celle-ci n'a pas cessé d'exister ». Son article 2 dispose que « sont, en conséquence, nuls et de nul effet tous les actes constitutionnels, législatifs ou règlementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit, promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la République française ». Cette nullité s'applique expressément à tous les actes constitutionnels pris les 10 et 11 juillet 1940 et à toutes les lois et actes antisémites ou créateurs des juridictions d'exception³⁸⁰. Cette ordonnance a non seulement abrogé les actes et lois antisémites de Vichy, mais elle les a notamment considérés comme n'avoir jamais existés.

Qualifier les lois antisémites, au contenu injuste de Vichy d'exception reviendrait à assimiler l'exception à la notion d'illégitimité c'est-à-dire la non-conformité à certains préceptes moraux, sociaux et politiques d'une société donnée et à un moment donné³⁸¹. Ce qui signifie que c'est moins la validité juridique des lois de Vichy qui était contestée que la question de la légitimité de ces lois. A cet égard, le Doyen Roger Bonnard a en effet considéré que les actes constitutionnels de 1940 ont constitué des réformes constitutionnelles valides, dès lors le gouvernement de Vichy était légal et les lois édictées par ce gouvernement sont valides³⁸².

³⁸⁰ Selon l'article 3 de l'ordonnance du 9 août 1944, « Est expressément constaté la nullité des actes suivants :

- l'acte dit « loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 »
- tous les actes dits « actes constitutionnels »
- tous les actes qui ont institués les juridictions d'exception
- tous les actes qui ont imposé le travail forcé pour le compte de l'ennemi,
- tous les actes relatifs aux associations secrètes,
- tous ceux qui établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif.
- L'acte dit « décret du 16 juillet 1940 » relatif à la formule exécutoire. Toutefois les porteurs de grosses et expéditions d'actes revêtus de la formule exécutoire prescrite par l'acte dit « décret du 16 juillet 1940 » pourront les faire mettre à exécution sans faire ajouter la formule exécutoire rétablie ».

³⁸¹ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Illégitime et illégitimité ».

³⁸² Roger Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », R.D.P., 1942, p. 49-60, 149-179, 258-279, 301-375.

En revanche, ce que l'on peut reprocher au droit de Vichy, c'est son caractère illégitime. Ainsi que l'illustre cet extrait de l'histoire de l'Assemblée nationale « le vote de l'acte constitutionnel du 10 juillet 1940 est acquis par 569 voix, contre 80 et 17 abstentions. S'il est illégitime, ce coup d'État contre les institutions républicaines est réalisé dans les formes légales. Il est évidemment inexcusable et inacceptable. Le vote s'explique par un contexte et un climat bien particuliers. Il intervient après deux mois de guerre éclair : les deux tiers du territoire sont occupés par l'ennemi, la France est divisée, l'armée est vaincue, des millions de Français sont réfugiés et errent sur les routes, près de deux millions de soldats français sont prisonniers de guerre. Le Gouvernement, légalement constitué par le maréchal Pétain après qu'il a été désigné par le Président de la République, est dirigé par l'un des plus grands chefs militaires de la Grande guerre, plusieurs fois membre du gouvernement de la République ; le Parlement est réuni à Vichy et les parlementaires sont soumis à des pressions réitérées »³⁸³.

L'idée selon laquelle les lois de Vichy sont illégitimes est également soulignée par Jean-Pierre Le Crom selon lequel « tout ce qui aurait été promulgué sous Vichy serait intrinsèquement mauvais car émanant d'un Etat illégitime, qui plus est sous la botte de l'Allemagne nazie »³⁸⁴.

Toutefois la question de légitimité ou d'illégitimité ne semble pas appartenir au droit qui se réfère plutôt à la légalité ou à l'illégalité, c'est-à-dire la conformité ou la non-conformité à une règle de droit. Ainsi que l'a souligné le professeur Rousseau, « en temps ordinaire, les juristes [...] répugnent à faire de la notion de légitimité ou d'illégitimité un instrument pertinent de la méthode juridique d'appréhension d'une situation, d'un texte d'un événement »³⁸⁵. A la différence de la légalité, elle leur paraît obscure, incertaine et sans consistance suffisante pour fonder une qualification incontestable : dire quelles sont les croyances, les idées, les aspirations, les valeurs auxquelles, à un moment donné, les gens adhèrent, ne relève pas de la compétence des juristes, mais des psychologues, des sociologues, des philosophes³⁸⁶.

Selon le professeur, le cas extraordinaire de Vichy et le décalage d'appréciation né de l'usage de l'argument de légalité conduisent cependant les juristes à faire intervenir

³⁸³ *Histoire de l'Assemblée Nationale : 6. La République dans la tourmente (1939-1945) – La période de guerre, le régime de Vichy, le Gouvernement provisoire de la République française* – source : <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/histoire-1940.asp>

³⁸⁴ Jean-Pierre Le Crom, « L'avenir des lois de Vichy », in Sous la direction de Bernard Durant, Jean-Pierre Le Crom, Alessandro Somma, *Le droit sous Vichy*, Frankfurt, Klostermann, 2006, p. 453-478.

³⁸⁵ Dominique Rousseau, « Vichy a-t-il existé ? », art. cit., p. 101.

³⁸⁶ Dominique Rousseau, « Vichy a-t-il existé ? », art. cit. p. 101.

l'argument de légitimité dans leur analyse de la situation et, sur cette base à juger que le gouvernement de Pétain est illégitime. Ainsi les actes juridiques de Vichy étaient légaux mais illégitimes. Le professeur souligne toutefois que si cet argument d'illégitimité procure aux juristes un avantage certain, « ils maintiennent leur différence avec les politiques en maintenant la légalité de Vichy mais les rejoignent en le déclarant illégitime [...] ils peuvent même défendre que pendant la période 1940-1944 le gouvernement du Général de Gaulle était illégal mais légitime puisqu'il exprimait l'idéal républicain et démocratique »³⁸⁷, il n'est pas pour autant dépourvu d'équivoque. En effet « dans l'usage fait par les juristes de l'argument de légitimité, tout se passe comme si la seule légitimité possible était l'idée républicaine et démocratique [...] le gouvernement de Vichy ne s'y réfère pas, donc il n'est pas légitime. Utilisé de cette manière, l'argument conduit à considérer 1789 illégitime : la transformation des Etats généraux en Assemblée nationale l'est à la fois au regard des cahiers de doléances et de la légitimité monarchique ; le droit positif est violé et le nouveau pouvoir s'installe comme gouvernement de fait »³⁸⁸. Ainsi l'argument de légitimité utilisé dans le contexte de Vichy se traduit comme un jugement de valeur et non un jugement de réalité juridique³⁸⁹.

En résumé, l'assimilation de l'exception au droit de Vichy ou à la loi au contenu injuste semble s'inscrire dans le jugement de valeur et non dans l'analyse scientifique de cette notion. En toute hypothèse, cette définition ne peut pas être généralisée ou applicable aux normes d'exception prévues par le droit constitutionnel positif.

Au vu des développements précédents, on ne peut que constater les difficultés de circonscrire le contenu de la notion d'exception. Lorsqu'elle régit certaines situations individuelles spécifiques, la norme d'exception est définie comme un droit de privilège, un droit de faveur, contraire au principe d'égalité. En établissant un traitement juridique différent, la règle exceptionnelle se décrit comme un droit anormal, exorbitant et dérogoire au droit privé, au droit commun. Elle est dès lors utilisée pour qualifier toute règle de droit ne relevant pas du droit commun, c'est-à-dire du droit privé.

L'assimilation de l'exception aux lois antisémites de Vichy et au concept du droit injuste accroît davantage la confusion qui entoure de cette notion. Cessant de désigner le rapport du général au particulier, l'exception est employée pour évoquer la non-conformité de

³⁸⁷ Dominique Rousseau, « Vichy a-t-il existé ? », art. cit., p. 102.

³⁸⁸ Dominique Rousseau, « Vichy a-t-il existé ? », art. cit., p. 102.

³⁸⁹ Dominique Rousseau, « Vichy a-t-il existé ? », art. cit., p. 102-103.

certaines règles juridiques au droit naturel et à la morale. Ainsi, le droit exceptionnel est un droit injuste, contraire à la morale ou dérogoire à certaines valeurs. Expriment dès lors le jugement de valeur que certains auteurs portent sur le droit, la notion d'exception est utilisée pour désigner toute loi ou règle de droit jugée contraire à l'idéologie des droits de l'homme.

Outre ces significations de droit dérogoire, exorbitant ou injuste, la notion d'exception est également rattachée à la notion de souveraineté ou à des méthodes utilisées par un gouvernement démocratique afin de masquer les atteintes aux droits et libertés de l'homme. C'est donc la définition politique, philosophique, de l'exception comme la souveraineté et comme la suspension et la restriction des droits de l'homme qu'il faut à présent étudier.

Section 2. L'exception assimilée à l'exercice de la souveraineté et à la suspension de l'Etat de droit

Le terme « exception » évoque en général dans le langage du droit l'idée d'un texte exceptionnel destiné à régir une série de cas spécifiques et ayant une généralité moins grande que celle d'une autre norme. En ce sens, il a pour signification une règle de droit spéciale par opposition à une règle de droit générale. L'exception se distingue de la règle par un degré variable de généralité.

Toutefois, certains auteurs pensent que l'exception ne peut pas s'inscrire purement dans un rapport de norme spéciale par opposition à la norme générale. Cette notion, relevant à la fois de l'essence et de l'exercice de la souveraineté (§1), ne peut pas en effet selon Carl Schmitt être étudiée sous l'unique l'angle de la science juridique. L'auteur soutient par ailleurs l'idée selon laquelle l'exception échappe au droit et lui est supérieure³⁹⁰. De même, le droit serait impuissant à appréhender le cas d'exception. Enfin, aucun ordre juridique ne pourrait d'après Carl Schmitt donner à l'exception une signification autre que celle de souveraineté.

Dans le même esprit, le philosophe Giorgio Agemben soutient la thèse selon laquelle l'état d'exception et les législations d'exception ne sont que les reflets de la souveraineté. De même, l'exception est aujourd'hui utilisée comme le paradigme du gouvernement afin de suspendre l'Etat de droit et masquer les restrictions faites aux droits et libertés de l'homme (§2). L'exception constitue par ailleurs d'après l'auteur un double paradoxe en ce qu'elle est

³⁹⁰ Carl Schmitt, *La dictature*, Paris, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 2000 ; du même auteur, *Théologie politique*, traduit par Jean-Louis Schlegel, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1988.

une disposition constitutionnelle qui amène à suspendre la constitution et qu'elle a une portée permanente³⁹¹.

Il convient à présent d'examiner ces deux propositions de définition de l'exception afin de savoir si elles relèvent de l'analyse du droit positif.

§1. La notion d'exception de Carl Schmitt : explicitation et illustration

Construisant la définition de l'exception à partir de sa thèse dite du « décisionnisme » selon laquelle le droit demeure irréductiblement lié à la décision politique³⁹² Carl Schmitt soutient que la souveraineté appartient à celui qui décide de l'état d'exception. Ainsi, la notion d'exception permet selon l'auteur de rendre compte de la souveraineté (A). L'auteur souligne par ailleurs que c'est l'exception qui fonde le droit et non l'inverse. Il en résulte que l'exception, en tant qu'une décision politique de l'état d'exception est supérieure à la règle de droit.

Si la définition de l'exception proposée par Carl Schmitt est d'un certain apport à la science politique et à la théorie de l'Etat, elle ne semble pas relever de l'analyse du droit positif (B) et ne permet pas d'expliquer les normes d'exceptions prévues par le droit constitutionnel en vigueur.

A. L'explicitation de la notion d'exception de Carl Schmitt

Observant le contexte de l'élaboration et de l'utilisation de l'article 48 de la Constitution de Weimar³⁹³ (1), Carl Schmitt définit l'état d'exception comme l'exercice de la souveraineté. Dès lors, l'exception s'identifie à une décision politique souveraine (2) et échappe à l'empire du droit puisque « le souverain est, dans le même temps, à l'extérieur et à l'intérieur de l'ordre juridique »³⁹⁴. Pour Carl Schmitt, la notion d'exception est d'essence

³⁹¹ Respectivement les deux ouvrages de référence : Giorgio Agamben, *Homo Sacer. I, Le pouvoir souverain et la vie nue*, traduit par Marilène Raiola, Paris, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1997 ; du même auteur, *Homo Sacer. II, 1, Etat d'exception*, traduit par Joël Gayraud, Paris, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 2003.

³⁹² Otto Pfersmann, « Normativisme et décisionnisme », in Sous la direction de Philippe Raynaud et Stéphane Rials, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, 3e éd., p. 508-514.

³⁹³ Carl Schmitt, *La dictature*, op. cit., p. 209. Considérant que l'Allemagne a été humiliée par le Traité de Versailles, l'auteur utilise sa démonstration pour discréditer la démocratie parlementaire de la République de Weimar mise en place après la défaite de la première guerre mondiale.

³⁹⁴ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 17.

fondamentalement politique, elle ne peut pas être l'objet d'une analyse purement juridique³⁹⁵. En d'autres termes, l'exception semble relever de la science politique.

1. L'article 48 de la Constitution de Weimar : prémisse de la définition de l'exception proposée par Carl Schmitt

Si la Constitution de Weimar adoptée le 11 août 1919 n'est plus en vigueur, son étude présente toutefois un intérêt en ce qu'elle apporte un éclairage sur l'étude de la notion d'état d'exception. L'adoption de l'article 48 de la Constitution de Weimar du 11 août 1919 a en effet donné la matière à la théorie du décisionnisme élaborée par Carl Schmitt. Selon l'alinéa 1 de l'article 48 de cette Constitution, « si un Land ne remplit pas les devoirs qui lui incombent en vertu de la Constitution et des lois du Reich, le président du Reich peut l'y contraindre en utilisant la force ». Son alinéa 2 dispose que « le Président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre public sont gravement menacés ou compromis au sein du Reich, prendre des mesures nécessaires à leur rétablissement ; en cas de besoin il peut recourir à la force. A cette fin, il peut suspendre totalement ou partiellement l'exercice des droits fondamentaux garantis aux articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 et 153 ».

A cet égard, il faut noter que cet article 48 de la Constitution de Weimar entretient une similitude certaine avec l'article 16 de la Constitution française de 1958. Selon l'alinéa 1 de l'article 16 « lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel ».

Ces dispositions instaurent ce que la majeure partie de la doctrine appelle plus tard « état d'exception »³⁹⁶. L'expression « état d'exception » désigne dans le langage juridique l'ensemble des moyens pour faire face à une situation d'extrême danger. Ces moyens prévus se caractérisent d'une part par le renforcement et la concentration des pouvoirs au profit d'une seule autorité (le plus souvent le pouvoir exécutif) et d'autre part par la restriction ou la

³⁹⁵ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p 19-21.

³⁹⁶ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., Jean-François Kervégan, « Etat d'exception », in Philippe Raynaud, Stéphane Rials, *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 252 et s.

suspension des droits et libertés de l'individu ainsi que de leur garantie constitutionnelle. Selon une majeure partie d'auteurs, l'état d'exception, quelle qu'en soient les dispositions et la dénomination (état de siège, d'urgence, de guerre, pleins pouvoirs ou lois martiales...) paraît toujours incompatible avec les principes juridiques, politiques et démocratiques de l'ordre constitutionnel libéral³⁹⁷.

C'est en observant cet article 48 de la Constitution de Weimar que Carl Schmitt considère que cette disposition, en conférant le pouvoir de décider la situation exceptionnelle au Président du Reich, aurait fait de lui à la fois le dictateur et le souverain. C'est en ce sens qu'il souligne dans son ouvrage *La dictature : « mon étude sur la dictature du président du Reich en application de l'article 48 repose entièrement sur les recherches d'histoire et de théorie de l'Etat. »*³⁹⁸. Quelques années plus tard, l'auteur définit le titulaire du pouvoir de décider l'état d'exception comme le souverain ainsi que l'illustre cette phrase célèbre « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle »³⁹⁹.

2. La notion d'exception de Carl Schmitt : une notion de souveraineté

En décidant de l'état d'exception, le souverain peut suspendre l'application de la Constitution. L'exception est donc supérieure à la règle de droit et se situe en quelque sorte au-delà de la Constitution. Ainsi, l'exception identifiée à la puissance politique ne peut d'après Carl Schmitt être appréhendée par le droit, elle est la souveraineté et se place en dehors et au-delà de l'ordre juridique.

En effet, la supériorité de l'exception consiste en ce qu'elle peut transgresser en toute impunité le droit puisque « le cas d'exception révèle [...] l'essence de l'autorité de l'Etat qui démontre que pour créer le droit, il n'est nul besoin d'être dans le droit »⁴⁰⁰. Dans les cas d'exception, l'Etat suspend l'ensemble des règles de droit en vertu de son principe d'autoconservation. Dès lors, l'exception « montre l'incontestable supériorité de l'existence de l'Etat sur la norme juridique et anéantit le concept idéologique de l'Etat de droit de Krabbe et de Hans Kelsen, selon lequel l'Etat se soumet au droit »⁴⁰¹.

Ainsi, dans la pensée de Carl Schmitt, l'exception ne peut pas être étudiée au même titre qu'une norme juridique quelconque puisque « par situation d'exception, il faut entendre

³⁹⁷ Carl Schmitt, *La dictature*, op. cit., p. 19 et s; dans le même sens, François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit. p. 5 et s ; Giorgio Agamben, *Homo Sacer. II, 1, Etat d'exception*, op. cit.

³⁹⁸ Carl Schmitt, *La dictature*, op. cit., p. 9 (préface de 1927)..

³⁹⁹ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 15.

⁴⁰⁰ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 24.

⁴⁰¹ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 17.

ici une notion générale de la théorie de l'Etat ». La notion d'exception suppose ainsi le retour au moment fondateur de l'ordre juridique c'est-à-dire la création de l'Etat et donc de l'ordre juridique. Au-delà de la primauté de l'Etat sur la norme juridique, l'exception explicite également l'antériorité de l'Etat au droit car c'est l'Etat souverain en tant que puissance suprême et illimitée qui établit l'ordre sur lequel l'ordre juridique peut se construire. L'auteur note en effet qu'« il n'existe pas de norme qu'on puisse appliquer à un chaos. Il faut que l'ordre soit établi pour que l'ordre juridique ait un sens »⁴⁰².

L'exception est donc envisagée par Carl Schmitt d'un point de vue purement fondateur de l'ordre juridique, c'est en ce sens qu'elle est désignée comme le cas limite (limite entre le droit et le fait). A l'opposé du normativisme de Kelsen, l'ordre juridique issu du concept décisionniste n'est ni autorégulateur ni autonome car c'est la décision d'exception qui le crée ou l'anéantit. Manifestation de la puissance du pouvoir politique, l'exception est un moyen de conservation de la suprématie de l'ordre politique (décision) sur l'ordre juridique (norme). Si la définition de la notion d'exception élaborée par l'auteur est d'un apport certain à la science politique et à la théorie générale de l'Etat, elle ne résout pas la question des normes d'exceptions intégrées dans l'ordre juridique et maîtrisées par le droit. Se situant au-delà de la Constitution tout en lui étant soumise, la notion d'exception de Carl Schmitt est non seulement ambiguë mais également métajuridique.

B. La notion d'exception de Carl Schmitt : une définition métajuridique

En définissant le pouvoir de décider de l'état d'exception comme le pouvoir souverain, Carl Schmitt semble étudier la notion d'exception sous l'angle de la science politique (1) et non de la science juridique. Sa proposition de définir l'exception comme le pouvoir d'exercer la souveraineté sert notamment à démontrer la faiblesse de la théorie normativiste défendue par Hans Kelsen. S'inscrivant dans une optique plus sociologique et philosophique que juridique, cette notion d'exception ne semble pas refléter la réalité juridique (2).

⁴⁰² Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 23.

1. L'inscription de la notion d'exception dans la science politique

L'identité entre l'exception et la souveraineté postulée par Carl Schmitt vise non seulement à critiquer le normativisme de Hans Kelsen⁴⁰³ mais également à fermer la porte à toute étude scientifique d'explication objective de l'exception en tant que phénomène juridique. En effet, selon la conception normativiste, ce qui est juridique n'est explicable que juridiquement, c'est-à-dire en application d'un formalisme abstrait, l'existence d'une règle découlant toujours de l'existence préalable d'une autre règle⁴⁰⁴. Dans ce processus d'analyse, le normativisme doit respecter le principe de neutralité axiologique en s'abstenant de toute évaluation politique des avantages et inconvénients des solutions retenues ou des définitions données. Dès lors le normativisme est une méthode d'explication rationnelle, cohérente et neutre du droit. Ainsi l'ordre juridique est un système clos et autorégulateur de normes au sein duquel toute question concrète peut être résolue de façon purement déductive⁴⁰⁵. Les normes sont des subsomptions c'est-à-dire une reformulation de manière appliquée d'une norme générale. On va donc du général au particulier. Au contraire, la méthode normativiste ne peut expliquer juridiquement les phénomènes extranormatifs. L'unité de l'ordre juridique repose entièrement selon le normativisme sur une norme fondamentale préétablie (la Constitution), source de toutes les autres règles dérivées.

En revanche, construit à partir de l'observation des crises politiques donnant lieu à la prise des décisions d'exception, le concept décisionniste du droit postule que « le droit trouve son fondement non pas dans une règle juridique préétablie mais dans une décision politique suprême (la décision de l'état d'exception) dépourvue de tout fondement juridique »⁴⁰⁶. Dès lors il est impossible de subsumer sous une norme supérieure cette décision d'exception prise dans le but de suspendre l'application de l'ordre juridique. C'est cette impossibilité de subsumer la décision de l'état d'exception sous une autre norme qui met en exergue l'échec et l'insuffisance du normativisme selon lequel la Constitution est la norme la plus suprême de laquelle découle toutes les autres normes. Comment le normativisme explique-t-il dès lors la décision politique qui décide de suspendre la norme suprême ?

⁴⁰³ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 23.

⁴⁰⁴ Otto Pfersmann, « Normativisme et Décisionnisme », art. cit., p. 508.

⁴⁰⁵ Jean-François Kervégan, « Etat d'exception », art. cit., p. 253.

⁴⁰⁶ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 22 : « La décision se libère de toute obligation normative et devient absolue au sens propre ». Voir égal. Otto Pfersmann, « Normativisme et Décisionnisme » art. cit., p. 509.

Par ailleurs c'est grâce à la décision de l'état d'exception que les règles juridiques pourront exister et qu'un ordre juridique sera institué. « Donc c'est l'exception et non la règle qui fonde le droit »⁴⁰⁷. Le rapport hiérarchique traditionnel entre la règle et l'exception est alors inversé puisque c'est l'exception qui crée la règle juridique générale. La notion d'exception de Carl Schmitt se caractérise en outre par son aspect irréductiblement irrationnel provoqué par la décision politique et par son extériorité au droit. Elle est l'acte totalement discrétionnaire et insusceptible de contrôle juridictionnel édicté par le Souverain.

L'exception et la souveraineté sont présentées par Carl Schmitt comme des notions « *limites* » ou « *extrêmes* »⁴⁰⁸ ayant permis de mettre en lumière non seulement la faiblesse du concept idéologique de l'Etat de droit mais également l'échec de tout système normatif qui prétend se construire de manière séparée de la politique. C'est bien l'approche adoptée par l'auteur lorsqu'il analyse l'inscription de l'article 48 dans la Constitution de la République de Weimar de 1919. Ainsi le Président du Reich, détenant la totalité des pouvoirs en vertu de l'article 48, est selon l'auteur investi d'une pleine souveraineté. Cependant l'exception dépasse le cadre constitutionnel car elle « correspond à une compétence par principe illimitée et à la suspension de l'ordre établi dans sa totalité »⁴⁰⁹. Dès lors le cas d'exception résultant d'une décision du souverain n'est pas un problème juridique mais relève de la philosophie de l'histoire ou de la métaphysique⁴¹⁰.

Il convient toutefois d'émettre ici quelques remarques et réserves à l'égard de la définition de Carl Schmitt de la notion d'exception afin de bien expliciter ses forces et faiblesses.

2. Le caractère ambigu et métajuridique de la notion d'exception proposée par Carl Schmitt

En premier lieu, Carl Schmitt a substitué en réalité l'étude de la souveraineté à celle de l'exception. Ce glissement de l'objet de son étude s'illustre dès le début de son livre « Est souverain ce lui qui décide de la situation exceptionnelle. Seule cette définition peut satisfaire

⁴⁰⁷ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 23.

⁴⁰⁸ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 18 ; voir égal. du même auteur *La dictature*, op. cit., ; Gérard Timsit, « Pour une théorie des « cas extrêmes » ; aux limites du pouvoir juridictionnel ; droit politique et philosophie, à propos d'un concept », Gérard Timsit, Julien Cantegreil (dir.). Actes de colloque sur *Le concept du cas extrême* organisé à l'école normale supérieure, éd. Rue d'Ulm, 2006, p. 7.

⁴⁰⁹ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 22.

⁴¹⁰ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 19.

à la notion de souveraineté en tant que notion limite »⁴¹¹. Son étude semble par conséquent porter sur la notion du pouvoir constituant et non sur l'exception en tant que la simple règle juridique se caractérisant par un rapport du général au particulier. L'idée du pouvoir constituant est encore plus explicite lorsqu'il souligne qu'« il n'existe pas de norme qu'on puisse appliquer à un chaos. Il faut que l'ordre soit établi pour que l'ordre juridique ait un sens. Il faut qu'une situation normale soit créée, et celui-là est souverain qui décide définitivement si cette situation normale existe réellement [...]. Le souverain établit et garantit l'ensemble de la situation dans sa totalité »⁴¹². L'identification d'un ordre c'est-à-dire un état politique stable sur lequel se fonde un ordre juridique et d'un souverain qui décide de fonder cet ordre droit revient en réalité à identifier le pouvoir constituant originaire.

La notion du pouvoir constituant originaire se situe entre le fait et le droit et signifie en effet « un pouvoir existant en dehors de toute habilitation constitutionnelle et/ou une autorité constituante ayant un pouvoir d'édicter une constitution »⁴¹³. Le pouvoir du constituant originaire est alors illimité et inconditionné. Ainsi le « *pouvoir constituant originaire n'est lié à aucune norme, à aucune constitution* », il relève en vérité de la politique et évoque l'image d'un gouvernement de pur fait ou celle d'une Révolution. Par conséquent, la notion d'exception de Carl Schmitt ne s'attache pas à l'application d'une règle préétablie (par hypothèse, celle-ci n'existe pas encore) mais remonte au moment de la fondation de l'ordre juridique et désigne d'une part « l'acte constituant ou l'acte fondateur » et d'autre part « l'auteur de l'acte fondateur c'est-à-dire l'organe titulaire de la souveraineté »⁴¹⁴. En ce sens la définition de l'état d'exception de Carl Schmitt pourrait être utilisée pour désigner certaines étapes constitutives de l'histoire constitutionnelle française, telle la prise de la Bastille du 14 juillet 1789, la décision d'abolition des privilèges du 4 août de la même année ou encore l'adoption de la Constitution de 1791.

Néanmoins, l'ambiguïté de sa définition de la notion d'exception ou de souveraineté (les deux termes sont interchangeables pour Carl Schmitt) réside dans le fait qu'elle est tantôt prise dans son sens absolutiste « *pouvoir illimité et hors de tout contrôle* », tantôt dans un sens plus classique, qui est paradoxalement le sens normatif. Ainsi « l'exception, c'est ce qu'on ne peut subsumer ; elle échappe à toute formulation générale, mais simultanément, elle révèle un

⁴¹¹ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 15.

⁴¹² Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 23.

⁴¹³ Roger Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cit. p. 36 et s.

⁴¹⁴ Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, P.U.F., 1994, coll. Léviathan, p. 23-29.

élément formel spécifique de nature juridique, la décision, dans son absolue pureté »⁴¹⁵. La notion d'exception de Carl Schmitt oscille alors entre le droit et la politique.

En donnant la consistance de la souveraineté à l'état d'exception tel qu'il est prévu par l'article 48 de la Constitution de Weimar ou plus tard par l'article 16 de la Constitution française de 1958, Carl Schmitt reprend et modernise en vérité les deux théories juridiques bien connues en droit administratif français et en droit international. La première est la théorie « d'acte de gouvernement »⁴¹⁶ couramment utilisée par les administrativistes pour désigner des décisions ou actes lourds de sens politique de sorte qu'ils ne peuvent être l'objet d'un contrôle juridictionnel. La seconde est la théorie « d'acte de nécessité »⁴¹⁷ qualifiée parfois d'état de nécessité, invoquée par les internationalistes pour justifier le pouvoir discrétionnaire des Etats de recourir à la force dans des circonstances exceptionnelles de guerre, de représailles ou d'intervention militaire.

Il en résulte que si l'exception de Carl Schmitt est l'acte de souveraineté, elle ne désigne pas vraiment le pouvoir souverain originaire mais une habilitation juridique que Monsieur Beaud qualifie de « norme ayant une qualité « suprême » c'est-à-dire ayant la qualité juridique d'abroger toutes les autres normes dites « inférieures » sans pouvoir être elle-même abrogée par ces normes inférieures »⁴¹⁸. Si on accepte le sens de « norme suprême » ici proposé, l'exception devient alors une simple règle constitutionnelle supérieure limitant l'application des règles inférieures conformément au principe de la hiérarchie des normes en droit public. Elle ne peut par conséquent se situer au-delà de la Constitution.

Le professeur Troper note pour sa part que le pouvoir de décider l'état d'exception prévu par l'article 16 de la Constitution ne fait pas du Président de la République le souverain⁴¹⁹. Si le Président est seul à prendre la décision d'utiliser l'article 16, sa décision peut être contrôlée a posteriori. En effet, le Parlement se réunit de plein droit et peut accuser le Président du crime de haute trahison et le destituer s'il estime que les conditions de mise en application de l'article 16 n'ont pas été réunies⁴²⁰. Par ailleurs, si le Président prend seul les

⁴¹⁵ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 23.

⁴¹⁶ CE. 19 février 1875, Prince Napoléon, rec, p. 155, concl. David ; voir égal. Marceau Long, Prosper Weil et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2001, 13e éd., coll. Grands arrêts, p. 16 et s.

⁴¹⁷ Sarah Cassella, *L'état de nécessité en droit international public*, Paris, thèse dactylographiée, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2009, p. 76.

⁴¹⁸ Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 24.

⁴¹⁹ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », art. cit., p. 99 et s.

⁴²⁰ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », art. cit., p. 106. En vertu de l'article 16 de la Constitution, le Parlement se réunit de plein droit et l'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels. Il en résulte que le Parlement peut en vertu de l'article 68 de la même

mesures exigées par les circonstances, le Conseil d'Etat a décidé, dans l'arrêt du 2 mars 1962 *Rubin de Servens* que certaines de ces mesures avaient un caractère réglementaire et pouvaient dès lors faire l'objet de recours contentieux. Loin de la notion de souveraineté de Carl Schmitt, le pouvoir de décider l'exception énoncé par l'article 16 n'est qu'une habilitation constitutionnelle encadrée.

En second lieu, malgré les références à la norme juridique (Constitution), la démarche épistémologique adoptée par Carl Schmitt pour définir l'exception ne connaît en dernier lieu que le registre politique et philosophique. En effet, l'auteur évoque l'appartenance de la décision d'exception à l'ordre juridique pour mieux démontrer d'une part la supériorité de la politique à la norme et d'autre part, la dépendance étroite du droit à la politique. Dès lors, la notion d'exception de Carl Schmitt joue le rôle d'idéologie de combat politique⁴²¹. Elle fait l'éloge de la politique en tant que la force au détriment de la norme de droit. Extérieure au droit, la notion d'exception de Carl Schmitt devient par conséquent inopérante pour expliquer les exceptions proprement juridiques. En revanche, intérieure à l'ordre juridique, l'exception n'est rien d'autre la mise en œuvre de la hiérarchie des normes et ne peut alors être considérée comme un acte souverain fondateur.

En raison de sa polysémie, l'exception est également définie par le philosophe Giorgio Agamben comme le paradigme de gouvernement et comme la suspension de l'Etat de droit.

§2. L'exception assimilée à la suspension de l'ordre juridique : une notion d'exception idéologique

Malgré sa dimension d'idéologie politique de combat et sa démarche épistémologique ambiguë, la notion d'exception de Carl Schmitt a eu une grande influence en science politique et morale à tel point qu'elle devient aujourd'hui la source d'inspiration et la base d'étude des nouveaux discours philosophiques et politiques sur la notion d'exception. Toutefois ces discours continuent à entretenir son ambivalence politique et juridique. Par conséquent, loin

Constitution être constitué en Haute Cour pour destituer le Président s'il estime que les pouvoirs prévus par l'article 16 ont fait l'objet d'un usage abusif.

⁴²¹ Otto Pfersmann, « Normativisme et décisionnisme », art. cit., p. 513. L'auteur explique ainsi « La démarche schmittienne, pour laquelle tout est politique, se prive dès le départ elle-même de toute assise scientifique objective et doit par conséquent reconnaître que ses analyses sont toujours des écrits de combats ».

d'être épurée des préjugés, la notion d'exception semble devenir définitivement le concept limite de la doctrine de l'Etat et du droit⁴²².

A l'instar de Carl Schmitt, certains philosophes assimilent l'état d'exception tantôt à la suspension du droit, tantôt à la théorie de la souveraineté. Ainsi, définir l'exception revient à déterminer l'essence du pouvoir. En conséquence, les contributions de la philosophie morale et politique à l'élaboration de la notion d'exception oscillent elles aussi entre le droit et la politique. En effet, pour certains discours philosophiques, l'exception est devenue une méthode gouvernementale dans la lutte contre le terrorisme (A). Toutefois, relevant essentiellement des faits sociaux et politiques, ces définitions demeurent toujours empiriques et ne correspondent pas à l'état du droit positif (B).

A. L'exception : le paradigme du gouvernement conduisant à la suspension des droits de l'homme

La notion d'exception de Carl Schmitt trouve ses prolongements dans les écrits du philosophe Giorgio Agamben qui met en exergue deux caractéristiques de l'exception, l'exclusion et l'inclusion, illustrées par son explication suivante : « l'exception en tant qu'ordre juridico-politique a la structure d'une inclusion de ce qui est, dans le même temps repoussé au-dehors (exclusion) »⁴²³. L'identification de l'exception à travers la souveraineté est également l'objet d'importants développements dans ses œuvres⁴²⁴. L'auteur utilise fréquemment le vocable « l'exception souveraine »⁴²⁵, « l'exception définit la structure de la souveraineté » ou encore « l'exception consubstantiellement liée à la souveraineté »⁴²⁶. Sans se différencier vraiment de l'exception de Carl Schmitt, l'analyse de l'état d'exception proposée par Giorgio Agamben se borne en réalité à reprendre la définition de souveraineté de Carl Schmitt et à la situer dans le contexte contemporain de lutte mondiale contre le terrorisme.

Ainsi « l'exception est non seulement un acte de souveraineté ayant pour but de suspendre l'application du droit mais elle tend également à se présenter comme le paradigme de gouvernement dominant dans la vie politique contemporaine affectée par une guerre civile

⁴²² Giorgio Agamben, *Homo Sacer. I, Le pouvoir souverain et la vie nue*, op. cit., p. 19.

⁴²³ Giorgio Agamben, *Homo Sacer. I, Le pouvoir souverain et la vie nue*, op. cit., p. 26.

⁴²⁴ Giorgio Agamben, *Homo Sacer. I, Le pouvoir souverain et la vie nue*, op. cit., ; du même auteur, *Homo Sacer. II, I, Etat d'exception*, op. cit.

⁴²⁵ Giorgio Agamben, *Homo sacer, le pouvoir souverain et la vie nue*, op. cit., p. 28.

⁴²⁶ Giorgio Agamben, *Homo sacer, le pouvoir souverain et la vie nue*, op. cit., p. 26.

mondiale »⁴²⁷. Il en résulte que l'exception désigne la suspension du droit en cas de guerre et de terrorisme. Afin d'illustrer ses propos, l'auteur invoque les lois de sécurité édictées par le Congrès américain⁴²⁸ après les attentats du 11 septembre 2001 commis sur le sol des Etats-Unis d'Amérique. Ces lois que l'auteur qualifie lui-même d'exception, manifestent « la supériorité du pouvoir dans la lutte contre le terrorisme sur le respect des droits individuels, de surcroît elles sont d'application permanente »⁴²⁹. L'exception n'est plus provisoire mais elle devient la règle permanente portant des atteintes graves aux droits et libertés des individus illustrées par le traitement infligé à des prisonniers de Guantanamo.

Cette analyse cherche à démontrer d'une part la liaison étroite entre l'exception et la violation des droits de l'homme et d'autre part la primauté du pouvoir sur le droit⁴³⁰. La notion d'exception est totalement biaisée. A la différence de Carl Schmitt (qui ne cherche qu'à démontrer la puissance du souverain dans des situations d'exception, mais dont l'exception n'est pas synonyme de violation des droits de l'homme), Monsieur Agamben met en lumière la supériorité politique en cas d'exception pour mieux discréditer le pouvoir d'exception du gouvernement et dévaloriser par conséquent la notion d'exception étant donné qu'elle est un moyen de concentration des pouvoirs et autorise le Pouvoir à violer les droits fondamentaux.

A l'appui de l'idée que l'état d'exception relève de la souveraineté ou de l'essence du pouvoir, l'auteur soutient par ailleurs que l'exception met en évidence une double contradiction : que l'état d'exception est une situation dans laquelle l'exception devient la règle permanente et que l'exception n'est rien d'autre qu'une suspension du droit définie par le droit⁴³¹.

En somme, la notion d'exception proposée par Giorgio Agamben signifie le pouvoir du gouvernement ayant pour but la suspension de l'ordre juridique. Cette notion s'identifie également au concept limite ou extrême à l'instar de la définition de Carl Schmitt.

⁴²⁷ Giorgio Agamben, *Homo Sacer. II, 1, Etat d'exception*, op. cit., p. 11.

⁴²⁸ Respectivement le USA Patriot Act voté par le Congrès des Etats-Unis le 21 octobre 2001. L'acronyme signifie « Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism » ou « Loi pour unir et renforcer l'Amérique en fournissant les outils appropriés pour intercepter et contrer le terrorisme ». Voir Wanda Mastor, « L'état d'exception aux Etats-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations 'en règle' de la Constitution », A.I.J.C., 2008, n° XXIV, p 430 et s.

⁴²⁹ Giorgio Agamben, *Homo Sacer. II, 1, Etat d'exception*, op. cit., p. 12.

⁴³⁰ L'idéologie la plus répandue consiste à démontrer que les lois d'exception sont de purs instruments politiques visant à violer les droits fondamentaux de l'individu. Ainsi dans A.I.J.C. 2008 n° XXIV portant sur le thème « Urgence, Exception et Constitution » la majorité des contributions a étudié l'exception en l'opposant aux droits et libertés fondamentaux. Voir égal. C.R.D.F, 2008, n° 6 « Pouvoirs exceptionnels et droit fondamentaux », op. cit.

⁴³¹ Giorgio Agamben, *Homo Sacer. II, 1, Etat d'exception*, op. cit., p. 14.

Néanmoins, en démontrant que « *l'exception n'est ni extérieure ni intérieure à l'ordre juridique* » l'auteur sème le trouble. En effet, il est légitime de nous demander si cette notion d'exception appartient au droit et quelle est son utilité. Il faut noter par ailleurs le caractère ambivalent de l'assimilation de l'exception tantôt à la souveraineté, tantôt à l'état de nécessité. En effet, l'auteur évoque quelques lignes plus loin dans son livre l'état de nécessité comme le fondement de la notion d'exception⁴³². Par ailleurs, la notion d'exception est perçue par l'auteur comme la fonction de justification de la suspension du droit ou de la violation des droits de l'homme.

B. Le décalage entre les notions d'exception proposées et le droit positif

Il convient de remarquer ici le caractère hétérogène des notions d'exception ci-dessus proposées. A commencer par l'identité entre l'exception et la souveraineté : cette assimilation ne reflète pas vraiment l'état du droit positif. En effet, si on appelle « souveraineté » un pouvoir sans limite, une autorité n'est réellement souveraine que si elle peut à la fois décider de mettre en vigueur l'état d'exception et exercer le pouvoir une fois cette décision prise, sans contrôle et sans limite de durée. Or l'autorité qui déclare l'état d'exception, agit toujours en vertu d'une habilitation constitutionnelle : c'est le cas de l'article 48 de la Constitution de la République de Weimar tout comme de l'article 16 de la Constitution française de 1958. L'hypothèse selon laquelle l'exercice de tous les pouvoirs par une seule autorité peut donner lieu à un coup d'Etat ou à une modification de la constitution en dehors des règles préétablies n'appartient qu'à l'histoire ou à la sociologie, elle n'entre pas dans l'analyse du droit positif défini comme un droit édicté conformément à des règles procédurales prévues et en vigueur⁴³³.

En ce qui concerne l'affirmation selon laquelle l'état d'exception est la suspension de tout droit, quelques réserves sont permises. Selon le professeur Troper, la suspension n'est jamais que partielle. Ainsi « dire qu'on suspend le droit tout entier voudrait dire qu'il n'y a plus de droit de propriété ou sur la filiation. Une telle situation ne se produit jamais. Aucun état d'exception, aucune révolution, aussi radicale soit-elle n'a jamais pris ni ne prendra jamais une telle mesure. La révolution bolchévique de 1917 n'a pas suspendu tout le droit et

⁴³² Giorgio Agamben, *Homo Sacer. II, 1, Etat d'exception*, op. cit., p. 45.

⁴³³ Hans Kelsen, *La théorie pure du droit*, op. cit., p. 271 ; voir égal. Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », op. cit., p. 166.

des pans très importants en ont subsisté pendant une très longue durée »⁴³⁴. Il faut noter par ailleurs que la suspension du droit est soumise aux contrôles politique et juridictionnel qui encadrent ainsi le pouvoir discrétionnaire exercé en situation d'exception⁴³⁵. L'ensemble des législations d'exception codifiées dans divers codes⁴³⁶ ne permet pas de suspendre l'ordre juridique. Ces lois d'exception ne constituent en réalité que des aménagements à l'exercice des compétences dans le but de mieux sauvegarder l'intérêt collectif en des situations de guerre ou de troubles à l'ordre public.

Quant à la question du caractère permanent ou provisoire de l'exception, il faut admettre que les situations d'exception sont toujours perçues comme des circonstances auxquelles on peut essayer de mettre fin à l'aide des moyens exceptionnels qu'elles autorisent⁴³⁷. Cependant, depuis les attentats du 11 septembre 2001 et la lutte mondiale contre le terrorisme, il est extrêmement difficile d'envisager une fin de ces situations, c'est-à-dire prévoir le moment où cesserait toute menace d'attaque provoquée par le terrorisme. Les lois d'exception ont effectivement tendance à devenir permanentes.

Toutefois ces lois, malgré la dénomination d'exception donnée par les auteurs eux-mêmes et non par le législateur⁴³⁸, ne sont rien d'autre que des mesures normatives édictées par le Parlement en France ou par le Congrès aux Etats-Unis d'Amérique, ayant pour but de lutter contre le terrorisme. Elles se distinguent des circonstances exceptionnelles parce qu'elles sont destinées à durer. Cependant, ces lois ne sont que des règles différentes en raison de leur objet (les activités terroristes) ou des règles spéciales ayant un objet et un champ

⁴³⁴ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », op. cit. p 270-273.

⁴³⁵ C.E Ass., 19 octobre 1962 Canal, Robin et Godot, rec, p. 552 ; Voir égal. Alain Bockel, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », A.J.D.A., 1978, p. 355 et s.

⁴³⁶ Le titre 1 du livre 1 de la partie 2 du Code de la Défense nationale comporte un ensemble de législation dont l'application est dite exceptionnelle (les articles L2121-1 à 2121-8 relatifs à l'état de siège, l'article L2131-1 l'état d'urgence l'article L2141-2141-4 mobilisation et mise en garde), op. cit. ; le *Code de l'administration* regroupe les législations d'exception sous le titre 1, « Le régime des actes administratifs, l'action de l'administration », chapitre IV « Législations de crise et circonstances exceptionnelles », op. cit.

⁴³⁷ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », op. cit., p. 106.

⁴³⁸ En droit positif, seule la définition du législateur ou du juge compte et possède de la normativité car il est l'auteur authentique de l'acte normatif. Les autres qualifications ou définitions n'ont qu'une qualité scientifique et non normative. Voir égal. Gérard Cornu, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 79 et s. ; Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p 78-82, l'auteur distingue les normes juridiques des propositions de droit. Seules les premières ont la qualité de norme et la force obligatoire ou contraignante tandis que les secondes n'ont qu'une portée scientifique. Elles sont dépourvues de force obligatoire. Il en va de même pour la distinction entre l'interprétation du droit dite authentique faite par les autorités habilitées (législateur, juges des cours suprêmes) et l'interprétation scientifique faite par les auteurs tels que les professeurs de droit, les praticiens etc. L'interprétation authentique s'incorpore au droit et devient juridiquement obligatoire alors que l'interprétation scientifique n'a pas de valeur juridique contraignante. Voir spécialement Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 335 et s.

d'application précis. On peut évidemment porter un regard critique ou un jugement de valeur sur ces lois en se référant à un modèle idéal des droits de l'homme et de la démocratie⁴³⁹.

Il résulte des approches idéologiques et politiques que la notion d'exception ne devrait pas être perçue ou analysée comme une règle juridique caractérisée par un degré variable de généralité. Au contraire l'exception qui ne serait rien d'autre qu'une prérogative du pouvoir politique devrait être moralement et politiquement condamnée. Les mesures prises en vertu de l'exception ont souvent pour objet de restreindre des droits et libertés individuels. La lutte contre le terrorisme aggrave encore les mesures restrictives des droits fondamentaux. C'est dans ce contexte que les auteurs s'intéressent davantage à la notion d'exception pour manifester leur hostilité à l'égard des lois anti-terroristes⁴⁴⁰. Néanmoins ces discours, qu'ils soient philosophiques, politiques ou juridiques sont tenus du point de vue des droits de l'homme et reflètent un certain militantisme en faveur de la démocratie libérale et des droits fondamentaux. Ils ne correspondent pas à l'état du droit constitutionnel positif.

En résumé, objet des théories et des combats d'idéologies politiques et philosophiques, l'exception évoque un certain tabou en droit public français en général et en droit constitutionnel en particulier. Assimilée tantôt à la souveraineté, tantôt à la suspension des droits et libertés de l'homme, l'exception est intuitivement perçue comme la manifestation du pouvoir arbitraire de l'Etat. Autant de préjugés qui rendent suspecte toute élaboration juridique de la notion d'exception en droit constitutionnel. Cependant, l'exception en tant que règle de droit abonde dans l'ensemble du système juridique. Le professeur Leben a relevé cette abondance en des termes suivants « tenter de recenser ces exceptions serait vain, tant elles sont nombreuses. Peut-être est-il plus intéressant de rechercher des règles qui ne souffriraient aucune exception »⁴⁴¹. L'auteur se réfère implicitement à la notion européenne des droits intangibles et indérogables. Si certaines normes sont en effet énoncées sous forme d'impératif catégorique, il convient toutefois de souligner que leur application peut recevoir des exceptions ainsi que nous allons l'expliquer plus tard.

⁴³⁹ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », op. cit., p. 163 et s.

⁴⁴⁰ Jean-Claude Paye, *La fin de l'Etat de droit : la lutte antiterroriste, de l'état d'exception à la dictature*, Paris, La Dispute, 2004.

⁴⁴¹ Charles Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », art. cit., p. 38-45.

Conclusion du Chapitre 2

Au vu des propositions de définition de la notion d'exception ci-dessus étudiées, on ne peut que constater leur diversité et leur hétérogénéité. Le caractère hétérogène de la notion d'exception peut sans doute être expliqué par les différents concepts de droit défendus par les auteurs.

En effet, lorsqu'elle est édictée sous forme de loi particulière, individuelle, l'exception évoque le droit de privilège ou le droit de faveur. En créant un régime juridique différent de celui préétabli par une autre norme de droit, la règle d'exception constitue une entorse au principe d'égalité. Qualifié par les juristes romains de règles introduites contre la Raison, le texte d'exception dénote l'anomalie juridique. Il est dès lors employé pour désigner le droit anormal, exorbitant et dérogoire au droit commun. Relève alors de l'exception toute règle, tout droit différent ou dérogoire au droit commun, au droit privé. En ce sens le droit public, le droit administratif, est aussi droit d'exception.

Outre le fait qu'elle ne tient pas compte de la spécialisation croissante des branches du droit, cette définition de l'exception n'est pas dépourvue d'équivoque. Elle repose en effet sur une croyance doctrinale selon laquelle le droit commun est supérieur et présente une meilleure qualité que toute autre règle de droit particulière. A ce titre, le droit commun doit s'imposer à l'exclusion du droit spécial. Porteuse de l'idéologie d'uniformité juridique, cette croyance n'est toutefois pas dotée d'une réelle force juridique. Aucune norme de droit constitutionnel positif ne semble en effet imposer l'application exclusive du droit commun entendu comme la règle générale.

La définition de l'exception comme le droit injuste, contraire au droit naturel ou à la morale ne fait qu'accroître la confusion entourant cette notion. Cessant de signifier le rapport du général au particulier, l'exception est employée pour dénoter la réprobation qu'éprouvent certains auteurs de la doctrine à l'égard des lois qu'ils estiment contraires au droit naturel ou à des normes morales qu'ils défendent. Exprimant des jugements de valeur, cette définition ne paraît pas refléter avec exactitude la signification de la règle exceptionnelle telle qu'elle est prévue par le droit constitutionnel en vigueur.

Son assimilation à la souveraineté n'est pas dépourvue d'ambiguïté parce qu'elle déplace la notion d'exception sur le terrain de la sociologie, de la philosophie et de la science politique. La norme ou décision d'exception est employée pour désigner soit la Révolution, soit la révision, l'abrogation ou la modification constitutionnelle. Si cette définition est d'un

apport certain à la science politique, sociologique, elle ne semble pas correspondre à la réalité juridique.

Lorsqu'elle est définie comme le paradigme du gouvernement en lutte contre le terrorisme et comme la suspension des droits et libertés de l'homme, l'exception est utilisée à des fins idéologiques. Cette notion permet à certains discours philosophiques, sociologique et doctrinaux militant pour l'idéologie des droits de l'homme de stigmatiser les lois antiterroristes récemment adoptées par certains Etats. S'inscrivant dès lors dans les discours prescriptifs, cette définition ne relève pas de l'analyse scientifique de la norme d'exception en droit constitutionnel.

Conclusion du Titre 1

Au vu des développements précédents, un constat s'impose : si les textes constitutionnels, législatifs, énoncent l'exception en tant que règle juridique, ils n'ont en revanche pas précisé les significations de cette notion. Par ailleurs, en raison de sa polymorphie, l'exception peut parfois être présente sans que la norme de droit ne se réfère explicitement à ce terme. Ce qui signifie que l'exception peut être aussi bien explicite qu'implicite.

La doctrine se met donc à l'exercice de l'identification de l'exception (**Chapitre 1**) et de définition de cette notion (**Chapitre 2**). En employant la généralité comme critère de distinction entre l'exception et la règle, une majeure partie de la doctrine considère que ne relèvent de la règle de droit que les lois générales, impersonnelles, abstraites et permanentes. En revanche, la généralité érigée en caractéristique fondamentale de la règle de droit interdit d'après ces auteurs de reconnaître la qualité de règle de droit à des lois individuelles, particulières. Celles-ci ne sont que des exceptions. Si la généralité de la loi peut être perçue comme la garantie du principe d'égalité et le moyen de préservation des citoyens de l'arbitraire des gouvernants, elle n'est cependant pas une condition de validité de la loi ou de la règle de droit. La norme constitutionnelle admet en effet que la loi peut être aussi bien générale que particulière. Il en découle que l'exception est aussi une règle de droit et se caractérise par un degré variable de généralité. En d'autres termes, le rapport de règle à l'exception désigne le rapport du général au particulier.

Si la doctrine s'accorde aisément à admettre que l'exception se distingue de la règle par un degré variable de généralité, elle diverge en revanche quant à la détermination des significations de la norme exceptionnelle. Créateur de privilège, le texte juridique exceptionnel est un droit de faveur dérogeant au principe d'égalité. En établissant un régime juridique différent de celui préétabli par une autre règle, le droit d'exception est un droit anormal et dérogeant au droit commun. Lorsqu'elle est assimilée à des lois adoptées par les régimes politiques autoritaires ou dictatoriaux, l'exception désignerait le droit au contenu jugé injuste et contraire au droit naturel ou à la morale. Son identification à la souveraineté, au paradigme de gouvernement ou à la suspension des droits et libertés de l'homme accroît encore l'ambiguïté et l'hétérogénéité entourant la notion d'exception.

Cette vue d'ensemble des manifestations et définitions de l'exception témoigne de la difficulté de cerner son contenu. Cette difficulté ne doit cependant pas conduire au constat négatif de la malléabilité ainsi que de l'inconsistance de cette notion. Bien au contraire, la

diversité de la réalité étudiée constitue le point de départ de toute élaboration notionnelle sérieuse. En ce sens, les références doctrinales au droit d'exception, au texte exceptionnel ou à la justice d'exception ou encore à l'état d'exception, aussi ambivalentes et hétérogènes soient-elles ne pouvaient être ignorées. Elles présentent un intérêt certain pour notre étude en ce qu'elles montrent les écueils méthodologiques à éviter afin de parvenir à une définition plus cohérente de la notion d'exception en droit constitutionnel.

C'est en prenant en compte tous ces éléments qu'il convient à présent de proposer la définition de la notion d'exception en droit constitutionnel positif.

Titre 2. Proposition de définition de la notion d'exception en droit constitutionnel français

Il convient au sein de l'étude de dégager la notion d'exception à partir de l'observation de la réalité juridique, c'est-à-dire de l'ensemble des normes du droit constitutionnel positif. A ce titre, un rappel d'ordre méthodologique s'impose. La méthode d'élaboration de la notion d'exception relève de la science juridique. Ceci signifie qu'elle s'attache à décrire les normes d'exception en droit constitutionnel positif et à en expliciter les significations par les propositions de droit. Celles-ci sont soumises à deux principes de vérification et de logique. La signification proposée est-elle vraie ou fautive au regard de telle ou telle norme ? Constitue-t-elle une explication logique et cohérente au regard de l'ensemble des normes constitutives de l'ordre juridique étudié ?

A titre d'exemple, une proposition de droit qui énonce que l'assassin sera en droit français puni de peine de mort, est fautive au regard de l'article 66-1 de la Constitution de 1958 qui abolit la peine de mort⁴⁴². Une proposition de droit qui énonce que nul ne peut en droit français être condamné à la peine de mort est vraie au regard du même article mais permet-elle d'expliquer de manière logique le cas où le Président de la République décide, dans le cadre de l'application de l'article 16 (pouvoirs exceptionnels), d'appliquer la peine de mort à l'égard de certains individus ? Afin de satisfaire l'exigence de logique, cette proposition de droit doit se formuler de cette manière : si l'article 66-1 interdit la peine de mort, cette interdiction ne semble pas absolue parce qu'elle doit être mise en relation avec l'article 16 de la même Constitution qui autorise le Président de la République à prendre des mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre public constitutionnel. Ces mesures prises par le Président peuvent être aussi bien réglementaires que législatives, ce qui signifie que l'article 16 fait exception au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs. Or si l'article 16 peut déroger au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, serait-il possible de déduire qu'il puisse aussi faire exception à l'interdiction constitutionnelle de la peine de mort étant donné que cette dernière n'énonce pas explicitement qu'elle ne peut être dérogée même en cas de mise en pratique de l'article 16 ? De même les articles 16 et 66-1 de la Constitution française doivent également être mis en relation avec les articles 2 et 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, devenue depuis 1981 partie intégrante du droit français. Selon ces deux dispositions 2 et 15, l'Etat partie à la Convention peut dans certaines situations

⁴⁴² L'exemple est emprunté à Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 38.

suspendre l'application de certaines dispositions de la Convention (l'article 15 alinéa 1) sauf les dispositions relatives au droit à la vie, à la torture, à l'esclavage (l'article 2, 3, 4). Toutefois l'article 2 énonce à la fois le droit à la vie et l'exception à ce droit en ces termes : « la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans le cas où elle résulte d'un recours à la force rendu absolument nécessaire pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale [...] »⁴⁴³. Il résulte de l'ensemble des normes étudiées que le caractère absolu de l'interdiction constitutionnelle de la peine de mort reste incertain. Cette incertitude demeurera aussi longtemps que le juge constitutionnel ne décidera pas que l'article 66-1 ne souffre aucune exception y compris en cas d'application de l'article 16 de la Constitution. Ainsi l'utilité de la science du droit consiste à extraire des énoncés juridiques les significations explicites et implicites et à les mettre en ordre cohérent à l'aide des propositions juridiques.

Par ailleurs, la science juridique est une méthode exempte de jugement de valeur. C'est-à-dire qu'elle ne peut décrire le droit au prisme de ses propres références idéologiques. En effet, l'idéologique est une description non objective d'un objet de la connaissance⁴⁴⁴. Toute description influencée par des jugements idéologiques et subjectifs masque l'objet, le transfigure ou le défigure. Une description du droit faite à partir des références idéologiques engendre souvent contradictions et incohérences. Tel est le cas des discours doctrinaux assimilant l'exception aux lois antisémites de Vichy, au droit injuste, à la souveraineté et à la suspension des droits de l'homme.

Nous avons en effet souligné le caractère ambivalent et hétérogène de ces références à l'exception. Selon certains auteurs, le droit de Vichy est d'exception parce qu'il est contraire et dérogoire aux droits et libertés de l'homme. Cette affirmation ne paraît pas exacte au regard de l'ordre juridique de l'époque de Vichy où les droits et libertés de l'homme n'avaient pas de valeur constitutionnelle supérieure à celle de loi. Les lois antisémites de Vichy n'étaient pas dérogoires mais abrogatoires de l'ordre juridique de la III^e République. Elles constituaient en ce sens un nouveau droit et un nouvel ordre juridique⁴⁴⁵ qui ignorait le principe d'égalité et les droits de l'homme. Le droit d'exception est ensuite défini comme le

⁴⁴³ Sous la direction de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri Imbert, *Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 143 et s.

⁴⁴⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 115.

⁴⁴⁵ Georges Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1942, p. 134 et s. Selon l'auteur, le changement de régime politique entraîne le changement de l'état de droit. Dès lors le droit de Vichy est justifié même s'il a été élaboré au mépris des principes fondamentaux de l'ordre juridique républicain car il est le résultat d'une nouvelle légitimité donc d'une nouvelle conception de l'ordre juridique ainsi que de ses valeurs.

droit injuste, inique et contraire au droit naturel ou encore comme un droit attentatoire aux droits et libertés de l'homme. Cette définition est symptomatique de l'étude de l'exception inféodée à la poursuite d'un idéal axiologique⁴⁴⁶. La norme d'exception n'y est pas décrite telle qu'elle est énoncée par le droit positif mais telle qu'elle est perçue par les auteurs au prisme de leur référence idéologique selon laquelle le droit normal, commun, est favorable, protecteur des droits de l'homme alors que le droit d'exception n'est pas favorable ou protecteur des droits de l'homme⁴⁴⁷.

Si une telle définition devait être admise, elle conduirait à qualifier d'exception l'ensemble du droit pénal, du droit de la responsabilité civile, des lois règlementant l'exercice des libertés individuelles ou publiques, c'est-à-dire dans cette acception d'injuste, d'inique. Elle engendre de plus des contradictions. Comment expliquer la place des normes d'exception dans le droit constitutionnel français positif au sein duquel se trouvent les droits naturels de l'homme dont la valeur constitutionnelle et le respect s'imposent au législateur et sont assurés par le contrôle juridictionnel de constitutionnalité ? En d'autres termes, comment le législateur peut-il adopter les lois d'exception tout en respectant les droits naturels de l'homme ? En effet, une loi, qu'elle soit générale ou exceptionnelle, ne peut depuis 1958 être valide et entrer en vigueur qu'à condition de respecter l'ensemble des normes constitutionnelles. Si une loi d'exception est valide et entre en application c'est qu'elle est conforme aux droits naturels de l'homme, et il ne peut pas être dit qu'elle est contraire ou attentatoire à ces droits. Une affirmation contraire reviendrait à dire que les droits naturels de l'homme porteraient des atteintes à eux-mêmes.

Afin d'éviter les contradictions engendrées par la définition idéologique de l'exception, notre proposition de définir l'exception s'inscrit dans une approche positiviste et restrictive. En ce sens, elle étudie les normes d'exceptions ainsi que leurs effets tels qu'ils sont énoncés, utilisés et déployés en droit positif et non tels qu'ils devraient être selon notre jugement de valeur.

⁴⁴⁶ Daniel Vergely *La notion d'exception en droit*, op. cit., p. 245 et s. ; Voir dans le même sens, Sophie Attali, *Le droit antisémite de Vichy : un droit politique d'exception*, op. cit. p. 147 et s.

⁴⁴⁷ La majeure partie de la doctrine oppose toujours le droit d'exception ou le droit élaboré, adopté pendant les circonstances exceptionnelles aux droits et libertés de l'homme. Le premier est présenté comme l'antinomie des seconds. Voir, entre autres, Pierre-Clément Frier, « Les législations d'exception », *Pouvoirs*, 1979, numéro spécial Les pouvoirs de crise, l'Etat face aux crises, p. 21 et s. ; Daniel Frémont, *Droits intangibles et états d'exception, Non-dérogable rights and states of emergency*, éd. Bruxelles-Bruylant, 1996, coll. Organisation internationale et relations internationales, p. 110 et s. ; Lauréline Fontaine, *Pouvoirs exceptionnels contre garantie des droits ; l'ambiguïté de la question constitutionnelle*, R.D.P, 2009, n° 2, p. 351 et s. Voir notamment C.R.D.F, 2008, n° 6 spécial Pouvoirs exceptionnels et droit fondamentaux, p. 11 et s. ; A.I.J.C., 2008, n° XXIV, « Urgence, exception et Constitution », op. cit., p. 417 et s.

Ainsi, cette notion ne peut à notre sens être élaborée qu'à partir de l'analyse conjointe du droit positif, de la jurisprudence et dans une certaine mesure de la doctrine. Notre objectif consiste à décrire, à expliciter les significations de cette notion d'exception et à en déterminer le contenu. C'est en observant les références juridiques, doctrinales explicites ou implicites à l'exception qu'il faut alors conférer une signification à cette notion (**Chapitre 1**). Son contenu une fois circonscrit, il convient d'expliquer ensuite la méthode d'interprétation stricte à laquelle cette notion est souvent soumise ainsi que sa distinction des notions voisines (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La signification de la notion d'exception : la règle de limitation

L'observation du droit constitutionnel positif ainsi que l'étude conjointe de la jurisprudence et de la doctrine permet d'élaborer le contenu de la notion d'exception. A notre sens, cette notion peut être définie comme *la norme ou la règle de limitation*. La notion juridique d'exception désigne donc une règle de limitation. Cette signification ne s'est pas imposée de manière dogmatique ; elle s'est imposée à partir de la lecture attentive et analytique des références juridiques et doctrinales à l'exception. A titre d'exemple, l'alinéa 4 de l'article 7 de la Constitution prévoit qu'« en cas de vacance de la Présidence de la République [...] les fonctions du Président de la République, à l'exception de celles prévues aux articles 11 et 12 ci-dessus sont provisoirement exercées par le Président du Sénat [...] ». La locution « à l'exception » forme une limitation à la liste des compétences provisoirement exercée par le Président du Sénat. Plus explicitement, si le Président du Sénat est habilité par la règle constitutionnelle à exercer les fonctions du Président, il ne peut toutefois pas exercer la fonction de soumettre un projet de loi au référendum (article 11) ni celle de dissoudre l'Assemblée nationale (article 12). Les fonctions présidentielles provisoirement exercées par le Président du Sénat sont ainsi limitées. Dans le même sens, l'article 89 énonce à la fois la règle de révision et les limites (exceptions) à cette règle. En vertu de cette disposition, aucune procédure de révision ne peut être envisagée ou poursuivie lorsqu'elle porte atteinte à l'intégrité du territoire (alinéa 4) ou encore la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet de révision (alinéa 5). La règle de la révision constitutionnelle trouve ainsi ses limites dans les deux alinéas 4 et 5 de l'article 89.

S'interroger sur l'exception, la dispense, la dérogation, c'est selon le professeur Leben s'interroger sur les techniques susceptibles de venir modérer la force obligatoire ou le caractère contraignant de la règle de droit. Il s'agit en effet de savoir si la règle de droit, en tant qu'impératif et commandement, sera compatible avec les atténuations ou les modérations que véhiculent l'exception et la dérogation ou encore la dispense⁴⁴⁸.

Il est d'usage de comparer la règle de droit définie comme un impératif juridique avec la règle morale relevant de l'impératif moral. L'impératif moral kantien ne supporte aucune atténuation ou modération, c'est en ce sens qu'il est dit « catégorique ». Il s'agit d'un devoir inconditionné, une exigence absolue de la raison. A titre d'exemple, le mensonge est

⁴⁴⁸ Charles Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », art. cit. p. 33 et s.

universellement condamnable alors que dire la vérité est un impératif catégorique. « C'est donc selon Emmanuel Kant un commandement sacré de la raison, ordonnant sans conditions, qu'aucun compromis ne saurait restreindre, qui veut qu'on soit véridique (honnête) dans toutes ses déclarations »⁴⁴⁹.

Nonobstant sa force obligatoire ou son caractère contraignant, la règle de droit en tant qu'impératif juridique est cependant compatible avec toutes sortes d'atténuations ou de modération c'est-à-dire des dérogations, exceptions ou dispenses. Celles-ci constituent en réalité des mécanismes aboutissant à apporter les limitations aux règles de droits⁴⁵⁰. Il en résulte qu'à la différence de l'impératif moral catégorique, le caractère impératif de la règle de droit ne peut qu'être hypothétique et n'exclut nullement qu'elle soit assortie d'exceptions.

C'est d'ailleurs la possibilité d'envisager des exceptions qui permet de distinguer les normes morales des normes juridiques, l'impératif catégorique de l'impératif juridique. La règle morale commande nécessairement une chose bonne en elle-même, car conforme à la raison et elle ne peut souffrir aucune exception. Les normes juridiques, en revanche, ne sont que des impératifs hypothétiques. C'est-à-dire qu'elles commandent une action, non pas de façon absolue, mais comme un simple moyen pour arriver à une fin que l'on désire atteindre. A cet égard, Emmanuel Kant a également admis que « si l'action n'est bonne que comme un moyen pour quelque autre chose, l'impératif est hypothétique ». En effet, les règles juridiques ne sont pas de la forme : « tu dois dire la vérité » mais plutôt de la forme : « si tu ne veux pas être poursuivi pour faux témoignage, tu dois dire la vérité devant un tribunal »⁴⁵¹. Etant une technique d'organisation sociale dont la fin est la coexistence pacifique des membres de la société, la règle de droit n'est jamais bonne absolument en elle-même, mais uniquement dans la mesure où elle est susceptible de jouer un rôle positif dans l'organisation sociale. Ce qui signifie que le droit pourra prévoir autant d'exceptions à la règle qu'il existera de situations qui doivent être traitées de façons différentes pour le maintien de la paix sociale et la défense de l'ordre politique, économique ou moral⁴⁵². Il en résulte que l'exception n'est qu'une technique visant à aménager ou organiser la règle de droit ainsi que son application, elle n'entame en rien l'éventuel caractère impératif de cette dernière.

⁴⁴⁹ Emmanuel Kant, *Œuvres philosophiques*, Paris, Gallimard, coll. La pléiade, t. III, p. 438, cité par Charles Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », art. cit., p. 38.

⁴⁵⁰ Charles Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », art. cit., p. 38.

⁴⁵¹ Charles Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », art. cit., p. 39.

⁴⁵² Charles Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », art. cit., p. 40-41.

Afin de justifier convenablement la définition proposée, il paraît nécessaire d'expliciter dans un premier temps l'idée de limitation (**Section 1**), noyau dur de la notion d'exception ainsi que ses caractéristiques dans un second temps (**Section 2**).

Section 1. L'exception comme la norme de limitation

La limitation est selon le dictionnaire Petit Robert l'action de limiter, de fixer des limites c'est-à-dire la ligne, la frontière qui sépare deux terrains ou deux territoires contigus. Au sens figuré, elle désigne le point que ne peut ou ne doit pas dépasser l'influence, l'action de quelque chose et a pour synonyme le terme « restriction, borne, barrière »⁴⁵³. Limiter est un verbe transitif et implique un complément d'objet direct. Plus précisément, on ne peut que limiter quelque chose ou fixer des limites à quelque chose, par exemple « limiter le pouvoir de quelqu'un ou limiter l'exercice d'un droit »⁴⁵⁴. Le verbe « limiter » semble ainsi s'opposer aux verbes « généraliser et étendre ». Insérée dans le rapport des règles de droit, l'exception sert à limiter ou à poser des limites à l'étendue, à l'application d'une norme trop générale. C'est en ce sens que l'exception est la limite de la règle générale (§1). Elle fixe en effet les limites, les bornes à l'application de la règle de droit générale.

Selon un *a priori* répandu, l'exception est une anomalie juridique. Sa juridicité reste dès lors incertaine. Désormais définie comme une règle de droit de limitation, cette notion se révèle au contraire d'un apport certain à l'organisation des normes en droit constitutionnel français. Sa qualité de norme de droit est prouvée par le fait qu'elle a son fondement dans la Constitution. Celle-ci admet en effet que le législateur peut apporter des exceptions à des règles et principes constitutionnels. En d'autres termes, lorsqu'une règle ou un principe constitutionnel a une portée trop générale, la loi peut lui apporter des limites c'est-à-dire des exceptions. C'est donc la constitutionnalité de la règle exceptionnelle (§2) qu'il convient de mettre en exergue.

§1. La norme d'exception comme la limitation de la généralité de la règle

Le professeur Théry explique l'exception de cette manière : « L'exception est une règle [...]. Si le Parlement ou le gouvernement l'estime nécessaire, pour une catégorie de

⁴⁵³ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Limitation, limiter ».

⁴⁵⁴ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit.

personnes ou une situation abstraitement définie, il leur suffit de prévoir une règle particulière qui selon la formule de Domat viendra borner l'étendue des autres »⁴⁵⁵. Il en résulte que la notion d'exception est utilisée par le législateur pour limiter la validité d'une norme de portée trop générale.

Mais pourquoi faut-il apporter l'exception à la règle générale ? La généralité n'a-t-elle pas été conçue comme la qualité primordiale de la règle ? A ces questions, on répond généralement que si la généralité est nécessaire à la garantie de l'égalité, appliquée de manière absolue, elle peut engendrer des inconvénients (A) et détourne le droit de sa finalité. Ce qui explique que dans certains cas la règle de droit générale doit céder la place à la règle de droit exceptionnelle. Cette dernière limite ou borne l'étendue de la règle générale (B) afin de la préserver d'effets néfastes dus à sa généralité excessive.

A. Les inconvénients de la généralité

Si la généralité assimilée à l'impersonnalité et à l'abstraction est conçue par la majeure partie de la doctrine comme la caractéristique fondamentale de la règle, elle ne doit toutefois pas être accueillie sans discussion. L'expression « règle générale » n'est en effet pas dépourvue d'équivoque. Par généralité faut-il entendre la règle universelle ? De même, la règle générale signifie-t-elle l'uniformité ? Une généralité absolue ne revient-elle pas à nier totalement les particularités inhérentes à l'homme, sujet du droit ? Ces questions évoquent implicitement celle déjà posée par Portalis dans son discours préliminaire sur le projet du code civil en ces termes « mais comment donner les mêmes lois à des hommes qui, quoique soumis au même gouvernement, ne vivaient pas sous le même climat et avaient des habitudes si différentes [...] »⁴⁵⁶.

Ces questions laissent supposer que nonobstant son apport à l'égalité et à la protection des citoyens contre l'arbitre du gouvernement, le caractère général de la règle peut néanmoins engendrer des inconvénients (1). Par ailleurs, la généralité de la règle de droit doit selon certains auteurs être distinguée de l'universalité et de l'uniformité (2). A défaut de cette distinction, la règle générale n'existerait que dans le monde idéal et non dans le monde du droit.

⁴⁵⁵ Philippe Théry, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », art. cit. p. 365.

⁴⁵⁶ Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1er Pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*, op. cit., p. 2.

1. Les inconvénients d'une généralité absolue

Dans son article intitulé « Sur la généralité de la loi » Henri Dupeyroux observe que « l'idée de généralité inhérente à la loi est tellement habituée à l'esprit que les juristes se la transmirent sans examen. Or une telle idée est loin d'être une certitude absolue »⁴⁵⁷. Selon l'auteur, la théorie de la généralité soutenue par la doctrine ne peut pas vraiment se réclamer de l'œuvre d'Aristote puisque si Aristote parle du caractère général de la règle, la généralité n'est pas dans l'optique aristotélicienne présentée comme inhérente à la nature de la loi⁴⁵⁸. De même, la généralité ne semble pas avoir été considérée par Aristote comme la qualité fondamentale de la règle parce qu'elle peut parfois empêcher cette dernière d'être juste et équitable. Ainsi que l'illustre cet extrait tiré de son livre *Ethique à Nicomaque* : « c'est que toujours la loi est générale nécessairement, et qu'il est certains objets sur lesquels on ne saurait convenablement statuer par voie de dispositions générales. Aussi, dans toutes les questions où il est absolument inévitable de prononcer de manière générale, et où il n'est pas possible de le bien faire, la loi ne saisit que les cas les plus ordinaires sans se dissimuler d'ailleurs ses propres lacunes »⁴⁵⁹.

En conséquence, il arrive que la loi générale soit lacunaire et n'apporte pas de solutions à des cas particuliers. Ce qui justifie que cette loi générale ne s'applique pas à ces cas. Selon Aristote, « lors donc que la loi dispose d'une manière toute générale, et que, dans

⁴⁵⁷ Henri Dupeyroux, « Sur la généralité des lois », art. cit., p. 137. Ainsi que l'a noté l'auteur, « il est des conceptions qui paraissent si parfaitement correspondre à la nature même de notre raison que, loin de se complaire à leur spéieuse séduction, notre esprit se devrait ne les recevoir qu'avec une particulière défiance. Mais telle est au contraire, notre puissance d'illusion que ces idées sont les plus souvent acceptées sans contrôle. Accueillies par une faveur générale où tout esprit critique se trouve anesthésié, elles s'insinuent et s'enracinent au plus profond de notre être jusqu'à paraître, simples objets cependant de la pensée, participer à notre pensée même. Telle l'idée de la généralité inhérente à la loi, idées si bien adaptées aux catégories généralisatrices et simplificatrices de notre esprit que tous les juristes du XIXe se la transmirent sans examen les uns aux autres. L'analyse, à quoi ils se livrent parfois, des caractères de la règle de droit s'entendait nécessairement, dans leur esprit de la règle de droit générale. Que la loi pût être ne pas générale, il y avait là comme une conception portant en soit sa propre contradiction et à laquelle nul ne s'arrête un seul instant. Carré de Malberg rompt cette tradition en niant cette nécessité du caractère de généralité. Une matière où règne une certitude illusoire ».

⁴⁵⁸ Henri Dupeyroux, « Sur la généralité des lois », art. cit. p. 138-139. Selon l'auteur, il ne semble pas que la théorie de la généralité puisse vraiment se réclamer de la petite phrase d'Aristote. Ainsi qu'il l'explique : « Il [Aristote] envisage le problème théorique de savoir s'il vaut mieux s'en remettre, pour le gouvernement des hommes, à la discrétion d'un gouvernement vertueux ou ce qui est selon lui préférable, à de bonnes lois. Tandis que le premier édictera indifféremment, au jour le jour, des mesures générales ou particulières, il s'agira, dans le second cas, de règles qui, par définition même, ne pourront être que générales. Cette généralité n'est donc pas présentée comme inhérente à la nature de la loi ; elle ressort seulement de la manière de poser le problème. Problème d'ailleurs purement théorique ; car, ces lois générales, elles auront été nécessairement émises par un législateur et [...] la question se posera de savoir si ce législateur n'aura point la faculté de réformer ou de suspendre ses lois ou d'y déroger par des dispositions individuelles. »

⁴⁵⁹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, op. cit., p. 230-231.

les cas particuliers, il y a quelque chose d'exceptionnel, alors il faut bien, là où le législateur est en défaut, et où il s'est trompé parce qu'il parlait en termes absolus, de redresser et de suppléer son silence, et de prononcer à sa place, comme s'il prononcerait lui-même s'il était là [...]. La nature de l'équité c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe, à cause de la formule générale qu'elle doit prendre »⁴⁶⁰. Dans l'optique d'Aristote, « la règle générale est semblable à un mètre de métal rigide ne permettant pas de mesurer avec exactitude les contours d'un objet sinueux. Elle doit céder la place à la règle particulière qui à l'instar du mètre de plomb utilisé dans l'architecture de Lesbos n'étant point rigide, se pliant à la forme de la pierre, s'accommode aux affaires particulières »⁴⁶¹.

Les inconvénients d'une notion absolue de la règle de droit générale ont également été mis en exergue dans l'œuvre de Saint-Thomas d'Aquin. L'auteur souligne en effet dans la Somme théologique que « pour établir une loi, le législateur considère les conditions générales ; mais l'observance de cette loi serait, dans certaines situations contraires à la justice et au bien commun que la loi entend sauvegarder »⁴⁶². L'exemple cité par l'auteur est donc le cas de restitution de dépôt. Ainsi « la loi prétend qu'il faut rendre un dépôt, ce serait juste dans la généralité des cas, mais peut devenir dangereux dans des cas particuliers, tel le fou qui réclame l'épée qu'il a déposé ou l'individu qui réclame son dépôt pour trahir sa patrie »⁴⁶³. En pareilles circonstances, et en d'autres semblables, il serait selon Saint Thomas d'Aquin mal d'obéir à la loi, et le bien consiste alors à transgresser la lettre de la loi pour rester fidèle à l'esprit de justice et à l'exigence du bien commun. La transgression de la loi est ici justifiée par l'équité⁴⁶⁴. Par ailleurs, la généralité de la loi ne s'oppose pas au principe selon lequel la loi admet la dispense, c'est-à-dire qu'à côté des règles générales qui régiront la grande majorité des rapports sociaux, il y a place pour des règles spéciales édictant une dispense complète ou des atténuations de la règle couramment appliquée. Le soin d'accorder ces dérogations est remis au législateur⁴⁶⁵.

Par ailleurs, l'explication selon laquelle la généralité de la règle en supprimant les privilèges permet de garantir l'égalité n'est pas exempte d'ambiguïté. En disant que l'objet des lois est général Jean-Jacques Rousseau n'exclut pas que la loi puisse établir des privilèges

⁴⁶⁰ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, op. cit., p. 231.

⁴⁶¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, op. cit., p. 231.

⁴⁶² Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II, II, q, 120, a. 1, ad. 1, 2. Source : <http://www.gallica.bnf.fr>

⁴⁶³ Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II, II, q, 120, a. 1, ad. 1, 2, op. cit.

⁴⁶⁴ Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II, II, q, 120, a. 1, ad. 1, 2, op. cit.

⁴⁶⁵ A. Stang, *La notion de la loi dans Saint Thomas*, op. cit., p. 99 et s. cité par Henry Dupeyroux, « Sur la généralité des lois », art. cit., p. 139.

entendus comme des traitements juridiques différents « ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne »⁴⁶⁶. Par généralité, l'auteur semble entendre l'impersonnalité. Or si la généralité et l'impersonnalité peuvent se rencontrer simultanément dans une même loi, elles n'en sont pas moins distinctes l'une de l'autre⁴⁶⁷. La loi impersonnelle n'est en effet pas nécessairement générale.

De même, la généralité ne semble pas interdire au législateur d'adopter des lois à caractère particulier afin d'atténuer la rigueur due à sa règle générale. C'est ce qui a également été développé sous la plume de Montesquieu lorsqu'il souligne qu'« il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait dans certains cas trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent ni modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc à la partie du corps législatif que nous venons de dire [...] ; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle »⁴⁶⁸.

On trouve semblable explication dans l'œuvre de Jean Domat selon lequel « le pouvoir de faire les lois renferme celui d'accorder quelques dispenses que les règles peuvent souffrir ; c'est un des droits du souverain de donner des dispenses de cette nature »⁴⁶⁹. L'auteur cite pour l'exemple le cas de dispense de la règle régissant l'âge requis pour le métier d'officier. Ainsi, « c'est une des règles de l'établissement des officiers qu'ils aient l'âge réglé par la loi ; mais comme il peut y avoir des personnes en qui leur naissance, leur vertu, leur capacité, fassent un mérite si distingué qu'ils puissent remplir les charges avant l'âge réglé pour les exercer ; il est du bien public que le souverain les dispense de cette règle et il n'y a que lui seul qui ait ce pouvoir »⁴⁷⁰.

L'idée selon laquelle la loi peut établir des privilèges est également envisagée par Jean Domat. « C'est aussi par un juste effet de l'ordre de la justice et de la police, qu'on a établi dans les états les mieux policés divers privilèges, qui ne sont autre chose que les exceptions des règles communes en faveur de quelques personnes »⁴⁷¹. L'exemple cité ici est le privilège de vente et d'exploitation exclusive accordé à des inventeurs de chose nouvelle (le brevet) et

⁴⁶⁶ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., p. 71.

⁴⁶⁷ Henri Dupeyroux, « Sur la généralité des lois », art. cit., p. 140.

⁴⁶⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, t. 1, chap. XI, Paris, Gallimard, 1995, p. 1038.

⁴⁶⁹ Jean Domat, *Les quatre livres du droit public, 1697*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1989, Fac-similé de l'éd. de 1829, Paris, Firmin Didot, Livre I, p. 28.

⁴⁷⁰ Jean Domat, *Les quatre livres du droit public, 1697*, op. cit., p. 28.

⁴⁷¹ Jean Domat, *Les quatre livres du droit public, 1697*, op. cit., p. 28

utile pour le bien public. La loi peut en outre accorder selon Jean Domat des privilèges honorifiques pour récompenser les mérites des citoyens⁴⁷².

Par ailleurs, l'idée selon laquelle la généralité est indispensable à la garantie de l'égalité mérite d'être nuancée. La loi peut frapper précisément une personne ou un groupe très restreint de personnes tout en restant générale, abstraite. A titre d'exemple, malgré son caractère général, et abstrait, il n'en demeure pas moins que la loi du 17 juillet 1889 sur les candidatures multiples visait le Général Boulanger⁴⁷³. De même, le texte de loi complétant de manière générale et abstraite les articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 censuré par le Conseil constitutionnel le 16 juillet 1971⁴⁷⁴ n'avait pour but que d'interdire l'association créée par Simone de Beauvoir et Michel Leiris. Le caractère général de la loi du 23 octobre 1984 ne doit pas faire oublier qu'elle ne visait à l'époque que le groupe de presse Hersant⁴⁷⁵.

Le lien intime entre la généralité et l'égalité confère souvent à la première la signification d'universalité et d'uniformité. A l'analyse, l'assimilation de la règle générale à la règle universelle ou uniforme ne paraît pas correspondre à la réalité juridique. C'est donc la distinction entre la généralité et l'universalité de la règle de droit qu'il faut dès lors examiner.

2. La généralité distinguée de l'universalité et de l'uniformité

C'est parce qu'elle est conçue par les révolutionnaires comme un instrument permettant de nier les différences, les particularités, et donc de garantir l'égalité des citoyens que la loi doit nécessairement être générale. La règle générale s'inscrit donc dans l'optique de l'universalisme républicain issu de la Révolution de 1789 dont l'ambition est d'homogénéiser le corps social⁴⁷⁶. L'universalité se définit comme quelque chose qui est universel ou qui est considéré sous son aspect de plus grande généralité⁴⁷⁷. La règle universelle est celle qui a pour vocation de s'étendre à une grande partie de la terre, et concerne tous les hommes (êtres

⁴⁷² Jean Domat, *Les quatre livres du droit public*, 1697, op. cit., p. 28. Le privilège ou l'exception n'a aucune connotation péjorative. « En tant que la récompense du travail et des dépenses des inventeurs, elle sert d'exemple qui attire, à l'imitation de ces inventeurs, ceux qui peuvent être capables de rendre pareils services. Et il y a des diverses sortes d'autres privilèges qui sont des bienfaits et des grâces qu'on ne peut tenir que du souverain. »

⁴⁷³ L'exemple cité par Emile Artur, « Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions de juger et d'administrer », art. cit., p. 223.

⁴⁷⁴ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, titre abrégé de la décision « Liberté d'association », déc. préc.

⁴⁷⁵ Loi 84-937 du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, J.O. du 13 octobre 1984, p. 3200. Voir égal Décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 J.O. du 13 octobre 1984 p. 3200.

⁴⁷⁶ Olivia Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 27.

⁴⁷⁷ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Universalité, universalisme et universel ».

humains)⁴⁷⁸. Utilisée en langage politique et juridique, l'universalité s'oppose à l'exclusion et à la division : le suffrage universel concerne tous les individus, sans distinction de classe ou de fortune.

La règle universelle va de pair avec l'idée d'uniformité juridique. Celle-ci implique que les règles de droit sont toutes semblables ou identiques en tout temps et en tous lieux. A cet égard, l'explication de l'uniformité de Montesquieu mérite d'être citée : « il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits [...] : les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'Etat, la même religion dans toutes ses parties [...] » L'auteur s'interroge cependant « mais cela est-il toujours à propos, sans exception ? »⁴⁷⁹. L'idée d'uniformité a été également soulevée par Portalis lorsqu'il se demanda comment donner la même loi à des hommes qui quoique soumis au même gouvernement, ne vivaient pas sous le même climat et avaient des habitudes si différentes⁴⁸⁰. La question du caractère universel et uniforme de la règle de droit est souvent posée lorsque la loi n'a qu'une généralité catégorielle⁴⁸¹, c'est-à-dire qu'une loi ne s'applique qu'à une catégorie d'individus. En ne visant qu'une catégorie de personnes, la loi ne paraît plus selon certains auteurs être la même règle pour tous. De même, elle cesse de garantir le principe d'égalité.

C'est ce point qu'a souligné le professeur Jouanjan « si la généralité signifie que la norme peut délimiter des catégories, et qu'elle utilise pour ce faire des critères, on voit mal comment cette simple opération garantirait une égalité reconnue à tous les citoyens. Elle ne garantit qu'une identité formelle de traitement entre les membres d'une même catégorie. Admettons que cette identité puisse être qualifiée d'égalité, elle n'est tout au plus qu'une égalité intra-catégorielle »⁴⁸². Si la phrase énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 signifie que « tous les citoyens sont égaux devant la loi », cette phrase ne peut d'après le professeur être logiquement traduite par la phrase « tous les membres d'une même catégorie, librement déterminés par le législateur, sont traités de manière identique »⁴⁸³. C'est l'universalité des citoyens qui est visée par l'égalité. Ce que voyait encore parfaitement

⁴⁷⁸ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Universalité, universalisme et universel ».

⁴⁷⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, t. 2, Paris, Gallimard, 1995, op. cit., Chap. XVIII Des idées d'uniformité, p. 1038.

⁴⁸⁰ Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1er Pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*, op. cit., p. 2.

⁴⁸¹ Olivier Jouanjan, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, 1992, n° 16, p. 131-140.

⁴⁸² Olivier Jouanjan, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », art. cit., p. 135.

⁴⁸³ Olivier Jouanjan, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », art. cit., p. 135.

Esmein en 1896 « l'égalité consiste en ce que tous les citoyens ne forment qu'une classe unique de sujet à l'égard desquels la loi statue uniformément et indistinctement »⁴⁸⁴.

Toutefois, si l'article 6 de la Déclaration postule que « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse » le principe d'égalité en découlant ne paraît pas impliquer le caractère universel et uniforme de la loi, puisqu'une telle implication signifie qu'il est interdit à la loi d'établir les catégories de citoyens ou d'avoir un caractère exceptionnel. Or selon le professeur Leben « il n'est pas concevable que le principe d'égalité tel qu'il est mentionné dans un grand nombre de Constitution ou de Déclarations des droits puisse signifier que la loi (ou toute norme générale) ne peut opérer aucune distinction entre les êtres auxquels elle s'applique »⁴⁸⁵. Une telle interprétation du principe d'égalité revient selon le professeur à dire que « dans un système juridique donné tous les sujets possèderaient exactement les mêmes droits, et seraient soumis aux mêmes obligations. En réalité, aussi bien l'étude historique que la simple réflexion montre à l'évidence que « la loi n'est jamais la même pour tous », contrairement à ce que semble dire l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Quelle que soit la loi, elle comporte toujours des distinctions plus ou moins importantes, par exemple selon l'âge de la personne [...] leur santé mentale [...] leur fortune, leur profession [...] leur statut familial »⁴⁸⁶.

Dans le même esprit, le professeur Bui-Xuan souligne que nonobstant la relative uniformisation de la société française consécutive à l'abolition des « lois particulières », force est de constater que l'égalité formelle proclamée en 1789 n'a jamais résorbé les inégalités socio-économiques : « aux trois ordres de la société se sont en effet rapidement substituées les classes sociales. Des distinctions ont, de surcroît, été instituées au sein même du droit de la République naissante ; la citoyenneté, sphère première de l'universalisme, a elle-même été divisée : aux citoyens actifs bénéficiant du droit de vote et du droit d'être élu, seront opposés les citoyens passifs [...]. Aussi, non seulement l'égalité des conditions n'a jamais été atteinte, mais encore l'égalité des droits est demeurée largement fictive »⁴⁸⁷. Ainsi, l'universalisme révolutionnaire s'accommode progressivement du différencialisme juridique compensatoire et le droit public français oscille sans cesse entre ces deux postulats⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ Olivier Jouanjan, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », art. cit., p. 135.

⁴⁸⁵ Charles Leben, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », R.D.P., 1982, p. 295-353.

⁴⁸⁶ Charles Leben, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », art. cit., p. 299-300.

⁴⁸⁷ Olivia Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 27.

⁴⁸⁸ Olivia Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 26-27.

La règle générale possède selon le professeur Untermaier quatre dimensions ; 1°) personnelle, lorsque la loi vise les personnes, par exemple la loi dispose que « les Français sont ceux qui possèdent la nationalité française » ; 2°) matérielle lorsqu'elle vise les choses comme c'est le cas d'une norme énonçant que « les biens de l'Etat sont régis par le code domanial » ; 3°) spatiale ou territoriale, c'est-à-dire que la loi s'applique à l'ensemble du territoire ou à une localité déterminée. Ainsi, la loi d'ordre public s'applique à l'ensemble du territoire. En revanche certains droits locaux ne s'appliquent qu'à une localité tel le droit appliqué en Alsace-Moselle ; 4°) temporelle, la loi peut avoir une durée de validité aussi bien indéterminée que déterminée. Est d'une durée indéterminée la loi qui énonce que « tout Français jouira des droits civils ». En revanche, les lois de finances de l'Etat ont souvent une durée de validité déterminée (un an). Au vu de ces quatre dimensions, la généralité de la règle ne peut selon le professeur être que catégorielle. Une règle ne peut avoir un champ d'application universel dans ses quatre dimensions⁴⁸⁹.

Au-delà de ces divergences doctrinales, la Constitution ne semble pas non plus imposer un impératif d'universalité ou d'uniformité de la loi. Etant les normes de conduite humaine, les normes de droit ne peuvent être universelles par opposition à des lois naturelles. Par ailleurs, l'article 6 renferme en lui-même le germe de traitement juridique différent (inégalité) parce qu'il autorise la loi à fonder les distinctions sur l'utilité commune ou en fonction des talents et vertus du citoyen. A cet égard Marcel Waline parle de « paradoxe sur l'égalité devant la loi ». L'auteur a en effet développé ce paradoxe en ces termes : « nous ne considérons plus comme des privilèges contraires à l'égalité devant la loi, que les privilèges tenant à la naissance. Les législations d'exception, soit pour conférer à certains des privilèges, soit pour exclure certains du droit commun, sont en voie de passer dans les mœurs, pourvu seulement que les discriminations qu'elles établissent ne tiennent pas à la naissance. Ainsi nous nous habituons aux privilèges, et dans la même mesure nous nous éloignons de l'égalité devant la loi »⁴⁹⁰.

L'égalité issue de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit d'ailleurs être mise en rapport avec l'article 13 de la même Déclaration. Celui-ci dispose que « pour l'entretien de la force publique [...] une contribution commune est indispensable. Elle doit être également répartie entre les citoyens, en raison de leur faculté ». La lecture conjointe de ces deux articles peut être interprétée comme la permission donnée au législateur d'établir autant de catégories

⁴⁸⁹ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 348-349.

⁴⁹⁰ Marcel Waline, « Paradoxe sur l'égalité devant la loi », Dalloz, 1949, chron. VI, p. 25 et s.

que le justifie l'exigence d'utilité commune ou la faculté de chaque citoyen. La loi ne peut par conséquent être exclusivement universelle ou uniforme. C'est ce qu'a auparavant soutenu Montesquieu dans son explication relative à l'uniformité de la loi « Et la grandeur du génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans quel cas il faut de l'uniformité et dans quel cas il faut des différences ? »⁴⁹¹.

En somme, si elle est souvent considérée comme intimement liée à l'égalité, la règle générale comporte toutefois des inconvénients. De même, l'interprétation extensive du principe d'égalité conduirait à faire de la règle générale la règle universelle et uniforme. Or l'article 6 ne paraît pas imposer un impératif d'universalité ou d'uniformité de la loi. A l'analyse, cette disposition n'interdit pas au législateur d'établir des règles différentes. Par ailleurs, les inconvénients de la généralité appellent nécessairement des remèdes. C'est donc l'exception en tant que la borne à la généralité qui est utilisée par le législateur comme moyen d'y remédier.

B. L'exception comme la limitation de l'étendue de la règle de droit générale

Par le mécanisme de l'exception, l'auteur de la règle prévoit à l'avance qu'elle ne s'applique pas, ou pas de la même façon, dans telle catégorie de cas prévue à l'avance. En ce sens, l'exception a le même caractère de généralité que la règle dont elle limite le champ d'application, elle est comme dit Jean Domat, une règle qui borne l'étendue des autres⁴⁹². L'exception est donc une règle de limitation (1) qu'utilise le législateur pour borner la généralité d'une autre règle dont l'application stricte s'avère inadéquate ou inefficace.

En bornant l'étendue d'une règle générale, le législateur édicte donc des règles de droit différentes dérogeant à l'égalité, à l'unité du droit commun. A cet égard, la diversité des législations est symptomatique de l'existence de l'exception (2).

1. L'exception comme bornes à la généralité

Si l'exception est de tout temps et de tout ordre juridique⁴⁹³, elle ne paraît pas mériter d'être étudiée comme une notion juridique autonome. Si certains auteurs l'ont abordée dans leurs travaux, la notion d'exception n'y est analysée qu'à travers la règle de l'interprétation

⁴⁹¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, t. 2, op. cit., p. 1039.

⁴⁹² Charles Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », art. cit., p. 38.

⁴⁹³ François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 4.

stricte des textes exceptionnels⁴⁹⁴. Par ailleurs, la défaveur intuitive qui frappe l'exception fait souvent de cette notion une anomalie juridique invalidant la cohérence et la rigueur des constructions et classifications juridiques⁴⁹⁵. De même, d'un point de vue idéologique, on considère que la règle de droit, porteuse d'égalité, de liberté et d'uniformité doit être déployée dans toute sa portée, son étendue. Toute limite au déploiement ou à l'application extensive de la règle est donc perçue tantôt comme une contradiction, tantôt comme une anomalie. L'ensemble de ces facteurs expliquent sans doute que l'élaboration de cette notion ne rencontre pas beaucoup d'enthousiasme doctrinal.

Toutefois, c'est dans l'œuvre de Jean Domat que la notion d'exception a connu les analyses et développements les plus approfondis⁴⁹⁶. L'exception n'y était pas traitée comme une anomalie juridique mais comme une technique qu'utilise le législateur pour borner l'étendue des autres lois trop générales dont l'application stricte s'avère contraire à l'exigence de justice et d'équité.

Selon l'éminent jurisconsulte, « quoique les lois naturelles ou immuables soient essentiellement justes et qu'elles ne puissent être changées, il faut prendre garde à ne pas concevoir par cette idée des lois naturelles, parce qu'elles soient immuables, et qu'elles ne souffrent point de changement, elles soient telles, qu'il ne puisse y avoir d'exception d'aucune des lois qui ont ce caractère ». En effet il y a des exceptions et des dispenses, sans que néanmoins elles perdent le caractère de lois immuables ; comme au contraire il ya en a qui ne souffrent ni de dispense, ni d'exception⁴⁹⁷.

Il convient d'après le jurisconsulte, de distinguer les lois absolues de celles qui souffrent d'exception. Ainsi « cette différence, qui distingue ces deux sortes de lois, a son fondement sur ce que les lois n'ont de justice et d'autorité que par leur rapport à l'ordre de la société et à l'esprit des premières lois ; de sorte que, s'il arrive qu'il soit de cet ordre et de cet esprit d'en restreindre quelques-unes, ou par des exceptions ou par des dispenses, elles reçoivent ces tempéraments [...] »⁴⁹⁸. L'exemple cité est ici le cas de la loi qui défend de jurer qui connaît la dispense du serment en justice, lorsqu'il faut rendre témoignage d'une vérité. La loi qui ordonne d'exécuter les conventions, connaît l'exception de la dispense du mineur qui s'est légèrement engagé contre son intérêt. Ou encore l'exemple selon lequel la loi

⁴⁹⁴ Luc Robine, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, op. cit. Voir égal. Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit.

⁴⁹⁵ Christian Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2002, p. 193.

⁴⁹⁶ Jean Domat, *Traité des lois*, op. cit., p. 44-47.

⁴⁹⁷ Jean Domat, *Traité des lois*, op. cit., p. 44-47.

⁴⁹⁸ Jean Domat, *Traité des lois*, op. cit., p. 43-44.

qui ordonne que le vendeur garantisse ce qu'il a vendu de tout droit que tout autre pourrait y prétendre, souffre qu'on déroge à cette garantie pour une convention expresse, qui décharge le vendeur de toute autre garantie que de son fait ; ou parce qu'il vend, par cette raison, à un moindre prix, ou par d'autres motifs qui rendent juste la décharge de la garantie.

Loin d'être une anomalie juridique, les exceptions et les dispenses ont selon le juriconsulte « leur fondement dans l'esprit des lois et, qu'elles sont elles-mêmes d'autres lois qui n'altèrent point le caractère des lois immuables, dont elles sont des exceptions ; et qu'ainsi toutes les lois se concilient les unes les autres et s'accordent entre elles par l'esprit commun qui fait la justice de toutes ensembles »⁴⁹⁹. L'exception est dans cette optique perçue comme une technique de délimitation « car la justice de chaque loi est renfermée dans ses bornes, et aucune ne s'étend à ce qui est autrement réglé par une autre loi »⁵⁰⁰. Elle découle par ailleurs de la même source que la règle ainsi que l'a noté Jean Domat « il paraîtra dans toutes sortes d'exception et de dispenses qui sont raisonnables, qu'elles sont fondées sur quelques lois. De sorte qu'il faut considérer les lois qui souffrent des exceptions, comme des lois générales qui règlent tout ce qui arrive communément ; et les lois qui font des exceptions et des dispenses, comme les règles particulières qui sont propres à certains cas ; mais les unes et les autres sont des lois et des règles également justes, selon leur usage et leur étendue »⁵⁰¹.

L'identification de l'exception nécessite la connaissance de l'esprit de la loi⁵⁰². Il en va de même pour l'application des règles générales. Ainsi que l'a souligné le juriconsulte : « quelques lois sont tellement générales et si sûres partout, qu'elles ne souffrent aucune exception, et qu'au contraire il y a plusieurs lois dont il y a des exceptions. Il s'ensuit de cette règle, qu'il ne faut pas indistinctement appliquer les règles générales à tous les cas que leur dispositions paraissent comprendre, de crainte que l'on ne les étende à des cas qui en sont exceptés ; ce qui rend nécessaire la connaissance des exceptions »⁵⁰³.

Ainsi lorsqu'une loi dispose qu'on ne peut faire des conventions contraires aux lois et aux bonnes mœurs, il faut comprendre que cette loi en faisant une exception à la règle générale selon laquelle on peut faire toutes sortes de contrat⁵⁰⁴ limite l'étendue de la liberté contractuelle. Si certaines exceptions sont facilement identifiables par la simple lecture, il n'en va pas de même pour les exceptions implicites. Comme l'a en substance relevé Jean

⁴⁹⁹ Jean Domat, *Traité des lois*, op. cit., p 44.

⁵⁰⁰ Jean Domat, *Traité des lois*, op. cit., p 44.

⁵⁰¹ Jean Domat, *Traité des lois*, op. cit., p 44.

⁵⁰² Jean Domat, *Traité des lois*, op. cit., p 44.

⁵⁰³ Jean Domat, *Traité des lois*, op. cit., p. 65.

⁵⁰⁴ Jean Domat, *Traité des lois*, op. cit., p. 65.

Domat, il y a des exceptions implicites qui ne se trouvent pas écrites dans des lois. De même, certaines exceptions sont écrites mais ne sont pas toujours jointes aux règles qu'elles restreignent. Le juriste parle en réalité de l'agencement et du rapport interdépendant des lois. Il en résulte que la connaissance si nécessaire des exceptions demande également et l'étude en général, et en particulier l'attention à l'esprit des lois dont il faut faire l'application afin qu'on ne blesse pas les exceptions en donnant trop d'étendue aux règles générales⁵⁰⁵.

Ainsi, l'exception n'a été étudiée par Jean Domat ni comme une anomalie juridique, ni comme un élément extérieur à la loi ou au droit. Elle est dans l'optique du juriste bien une loi qui se distingue des autres par un degré variable de généralité. L'exception est donc une règle particulière, spéciale, bornant l'étendue d'une règle générale. Répondant à l'esprit de la loi, l'exception semble être une technique visant à équilibrer les impératifs contradictoires du droit. Ainsi que l'illustre cette remarque « l'application des lois demande la connaissance de leurs principes et de leurs détails, ce qui renferme la lumière du bon sens avec l'étude et l'expérience. Car sans ce fond, on est en danger de faire de fausses applications des lois, soit en les détournant à d'autres matières que celles où elles se rapportent, ou ne discernant pas les bornes que leur donnent les exceptions, ou donnant trop d'étendue à l'équité contre la rigueur du droit, ou à cette rigueur contre l'équité »⁵⁰⁶.

L'idée selon laquelle l'exception est la règle de limitation, de borne, apportée à la règle générale trouve aussi une brève explication dans l'œuvre de Savigny. Le droit normal (*jus commune*) qui est le droit pur (*strictum jus, aequitas*) déduit logiquement des principes (*ratio juris*) alors que le droit d'exception constitue les limites, les bornes ou les tempéraments au droit commun. Ce sont des mesures issues des considérations pratiques (*utilitas boni mores*) que l'évolution de la société dut faire admettre⁵⁰⁷.

A la question « qu'est-ce qu'une exception ? », Vander Eycken répond que « c'est une limitation spéciale »⁵⁰⁸. L'auteur détaille ensuite les caractéristiques de l'exception « quand la loi a une trop grande extension, une autre sert à la restreindre et constitue une exception. Cette exception est plus spéciale que la règle qu'elle restreint, ajoutant des caractères particuliers à

⁵⁰⁵ Jean Domat, *Traité des lois*, op. cit., p. 66.

⁵⁰⁶ Jean Domat, *Traité des lois*, op. cit., p. 66.

⁵⁰⁷ Friedrich Carl von Savigny, *Traité de droit romain*, op. cit., p. 281.

⁵⁰⁸ Paul Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, op. cit., p. 278-285.

l'hypothèse de la règle générale, ayant moins d'extension que celle-ci »⁵⁰⁹. Ainsi, limiter la règle, c'est se ménager la possibilité de réduire son étendue ou son champ d'application.

Il convient d'ailleurs de souligner que par « l'étendue ou le champ d'application », il faut entendre la validité matérielle de la règle de droit. En d'autres termes, l'exception ne s'attache qu'à la validité matérielle de cette dernière. La validité d'une règle est d'abord matérielle lorsqu'elle vise un objet, une catégorie de personnes, un comportement, par exemple, « les Français majeurs ont le droit de vote ». Elle est ensuite temporelle lorsqu'elle comporte une durée de vie déterminée comme c'est le cas des lois de finances qui n'ont qu'une durée de validité d'un an. A l'expiration de ce délai elle sera remplacée par une autre loi. L'expression « règle permanente » ne désigne pas la règle éternelle mais simplement l'absence d'une durée de validité préalablement déterminée. Enfin, la validité est dite territoriale ou spatiale par opposition à la validité universelle lorsque la règle ne s'applique qu'à un territoire déterminé, le territoire français par exemple. En tant que norme de limitation, l'exception ne peut viser que la validité matérielle et territoriale d'une autre règle. A titre d'exemple, lorsqu'il énonce que « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* », l'article 2 du Code civil a pour champ de validité matérielle « la non rétroactivité de la loi ». Toutefois la validité matérielle de cette disposition peut être limitée c'est-à-dire qu'elle est assortie d'exception ainsi que l'illustre la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 24 juillet 1991. En l'espèce, les requérants soutiennent qu'en modifiant de manière rétroactive le droit positif applicable en matière de taxe sur la valeur ajoutée, la loi déferée aurait été inconstitutionnelle. Le Conseil écarte ce grief au motif que « *par exception aux dispositions de valeur législative de l'article 2 du Code civil, le législateur peut pour des raisons d'intérêt général, modifier rétroactivement les règles que l'administration fiscale et le juge de l'impôt ont pour mission d'appliquer [...]* »⁵¹⁰. Ainsi, l'exception limite bien l'étendue de la validité matérielle de la règle de non-rétroactivité de la loi énoncée par l'article 2 du Code civil. Elle ne peut pas en revanche viser la validité temporelle parce qu'une telle hypothèse conduira en réalité à assimiler l'exception à

⁵⁰⁹ Paul Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, op. cit., p. 285-287.

⁵¹⁰ Décision n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, J.O. du 26 juillet 1991, p 9920, cons. 23 et 24. Le juge constitutionnel précise toutefois que « l'application rétroactive de la loi fiscale se heurte à une double limite. D'une part conformément au principe de non-rétroactivité des lois répressives posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle ne saurait permettre aux autorités compétentes d'infliger des sanctions à des contribuables en raison des agissements antérieurs à la publication des nouvelles dispositions, qui ne tombaient pas également sous le coup de la loi ancienne. D'autre part, l'application rétroactive de la loi fiscale ne saurait préjudicier aux contribuables dont les droits ont été reconnus par une décision de justice passée en force de chose jugée ou qui bénéficient d'une prescription légalement acquise à la date d'entrée en vigueur de la loi ».

l'abrogation. Or ces deux notions n'entretiennent pas d'identité et ne produisent pas les effets normatifs semblables ainsi que nous l'expliquerons ultérieurement.

L'exception en tant que la loi bornant l'étendue des autres règles peut être constatée grâce à la diversité législative. Tel est le cas prévu par le droit constitutionnel français.

2. La diversité législative, expression latente de l'exception

Il est possible de constater qu'il existe plusieurs types de lois particulières au sein de la Constitution de 1958. Dépourvues de généralité, de permanence, toutes ces lois sont souvent caractérisées tantôt par leur champ d'application restreint, tantôt par leur objet précis. Certaines d'entre elles ont une durée de validité très limitée comme c'est le cas des lois de finances ou des lois de ratification ou d'habilitation. Ces lois constituent tantôt l'exception à l'égalité, tantôt l'exception à l'uniformité ou l'unité du droit.

A titre d'exemple, l'article 34 dispose que la loi fixe les règles concernant l'amnistie. Définie comme des mesures à portée individuelle⁵¹¹, les lois d'amnistie ne sont donc pas des lois générales dans la mesure où elles ne visent pas une véritable catégorie d'infraction ouverte mais un ensemble fermé et précisément déterminé. En ce sens, les lois d'amnistie sont perçues plus comme des mesures d'apaisement des tensions politiques et sociales intervenant à la suite d'une période de troubles graves que de véritables lois à portée générale. Le législateur décide ainsi d'oublier une catégorie d'infractions qui a pu être commise en relation avec le conflit qui existait de manière à ne pas compromettre le retour à la paix sociale⁵¹². A cet égard, la loi du 10 janvier 1990 portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie est significative⁵¹³.

D'autres lois n'ont qu'un objet, l'autorisation, tel est le cas des lois prévues par les articles 35 (loi autorisant la déclaration de guerre) et 36 de la Constitution de 1958 (loi autorisant la prorogation de l'état de siège au-delà de douze jours). En vertu de l'article 38 de la même Constitution, le parlement peut voter une loi afin d'autoriser le gouvernement de prendre par ordonnance, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. L'article 53 consacre quant à lui la catégorie de loi de ratification et

⁵¹¹ Stéphanie Fournier, « Amnistie, Grâce », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 45.

⁵¹² Stéphanie Fournier, « Amnistie, Grâce », art. cit., p. 46.

⁵¹³ Loi n° 90-33 du 10 janvier 1990 portant amnistie d'infractions commises..., J.O. du 12 janvier 1990, p. 489.

d'approbation des traités internationaux⁵¹⁴. Ces lois d'autorisation, de ratification, posent des questions relatives à la détermination de leur nature. En effet, certains auteurs s'interrogent sur la valeur normative de ces lois. Selon les professeurs Avril et Gicquel, les lois d'autorisation, de ratification, doivent être distinguées des lois normatives dans la mesure où celles-là ne valent pas pour le gouvernement obligation d'agir⁵¹⁵. A l'appui de cette distinction, ces auteurs citent l'analyse faite par Marcel Prélot à l'égard de la loi autorisant la guerre, celle-ci n'étant pas considérée comme une loi, mais comme une résolution parlementaire d'ordre externe⁵¹⁶. Cette distinction entre les lois normatives et les lois d'autorisation, d'habilitation, n'emporte toutefois pas notre adhésion pour deux raisons.

D'une part, la normativité et la permission ne sont pas exclusives l'une de l'autre. La norme permissive est aussi créatrice de droits et obligations à l'égard de ses destinataires⁵¹⁷. De même la normativité des lois d'habilitation est admise⁵¹⁸. D'autre part, la Constitution ne fait aucune distinction entre les catégories des lois qu'elle prévoit. Elle n'impose pas non plus l'impératif selon lequel pour être qualifié de loi l'acte législatif doit nécessairement énoncer les règles ou les normes au sens matériel du terme. C'est-à-dire que la loi permet, défend, ordonne, établit, corrige, punit ou récompense⁵¹⁹. La nature normative de la loi est certes dominante mais n'est pas exclusive. C'est en ce sens que dans sa décision du 21 avril 2005 *Avenir de l'école*⁵²⁰, le Conseil constitutionnel a d'abord affirmé l'exigence de normativité de la loi et l'a ensuite assortie d'une exception concernant les lois de programme prévue par l'article 34 de la Constitution. Ainsi que l'illustre le considérant de principe : « ce rapport annexé fixe des objectifs à l'action de l'Etat dans le domaine de l'enseignement des premier et second degrés. Si les engagements qui y figurent ne sont pas revêtus de la portée normative qui s'attache à la loi, ses dispositions sont de celles qui peuvent trouver leur place dans la catégorie des lois de programme à caractère économique ou social prévue par l'avant-dernier

⁵¹⁴ Selon l'article 53 alinéa 1 de la Constitution de 1958, « Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi ».

⁵¹⁵ Pierre Avril et Jean Gicquel, *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2004, 3e éd, p. 153-154.

⁵¹⁶ Pierre Avril et Jean Gicquel, *Droit parlementaire*, op. cit., p. 153-154.

⁵¹⁷ Jean-Marc Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », Dalloz, 1998, chron., p. 271 et s.

⁵¹⁸ Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006.

⁵¹⁹ Il s'agit d'une conception exclusivement matérielle de la loi selon laquelle la loi a l'unique fonction d'énoncer les normes de comportements. Voir Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1er Pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*, op. cit., p. 2-15. Dans le même sens, Louis Favoreu, Patrick Gaïa et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 201.

⁵²⁰ Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, J.O. du 24 avril 2005, p. 7173, cons. 12.

alinéa de l'article 34 de la Constitution. Dans cette mesure, elles pouvaient être approuvées par le législateur. Le grief tiré du défaut de portée normative ne peut donc être utilement soulevé à l'encontre de l'ensemble du rapport approuvé par l'article 12 de la loi déferée »⁵²¹. Il en résulte que la loi peut énoncer aussi bien les normes de comportement que les normes d'organisation, de programmation de l'action de l'Etat.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 28 mars 2008, le législateur peut adopter les lois à caractère expérimental. Selon l'article 37-1 issu de cette loi, « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ». Cette catégorie de loi comporte en elle-même la possibilité de faire exception à la généralité et par conséquent au principe d'égalité.

A cette diversité de la nature législative, il faut également ajouter la variété des lois à l'application territorialement limitée. A titre d'exemple, le chapitre IV du titre III du livre 1^{er} de la troisième partie du Code du travail comporte les articles L. 3134-1 à 3134-15 formant un ensemble de normes dites « *dispositions particulières aux départements de la Moselle, du Bas Rhin et du Haut Rhin* ». Ces dispositions ont pour but d'imposer dans les seuls départements de l'Alsace (Bas Rhin et Haut Rhin) et en Moselle l'interdiction du travail du dimanche et d'exploitation industrielle, artisanale ou commerciale dans les lieux de vente au public. Etant un droit local particulier, ces articles L. 3134-1 à 3134-15 ne peuvent s'appliquer qu'à une partie du territoire français. Si elles constituent une exception au droit commun et donc au principe d'égalité, ces dispositions locales particulières sont toutefois des normes conformes à la Constitution. C'est ce qu'a affirmé le Conseil constitutionnel dans la décision du 5 août 2011 (QPC) *Société Somodia*. Dans cette affaire, la société requérant conteste la constitutionnalité de l'article L3134-1 du Code du travail au motif qu'il méconnaît le principe d'égalité et qu'il institue une règle locale que ne connaîtrait pas la réglementation du droit commun⁵²². Le juge constitutionnel écarte les deux griefs en se fondant sur deux arguments. D'une part, la législation républicaine antérieure à l'entrée de la Constitution de 1946 a consacré le principe selon lequel, tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur. D'autre part à défaut de leur abrogation ou de leur harmonisation avec le droit commun, ces

⁵²¹ Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, J.O. du 24 avril 2005, p. 7173, cons. 12.

⁵²² Décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, Société Somodia, Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle, J.O. du 6 août 2011, p. 13476, cons. 2.

dispositions particulières ne peuvent être aménagées que dans la mesure où les différences de traitement qui en résultent ne sont pas accrues et leur champ d'application n'est pas accru. Tel est le cas de l'article L3134-1 qui n'est donc pas contraire à la Constitution.⁵²³

La diversité législative peut aussi être illustrée par la loi du 13 mai 1991 portant statut particulier de la Corse remplacé ensuite par la loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse⁵²⁴. L'ensemble de ces dispositions n'ont qu'un champ d'application territorial limité à la Corse. En ce sens ces dispositions forment le particularisme du droit local propre à une partie du territoire.

Dans cette liste des lois à application territorialement limitée, il faut également ajouter la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection des montagnes⁵²⁵. Ainsi cette loi n'a qu'une dimension territoriale très restreinte en ce qu'elle ne s'applique qu'à des montagnes. Ce constat est aussi valable à l'égard de la loi du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral⁵²⁶.

Ces diverses lois à application territorialement limitée se traduisent souvent comme l'expression latente des textes exceptionnels. En rendant inapplicable le droit commun à certaines localités, elles lui apportent de véritables exceptions. Elles paraissent par ailleurs problématiques à l'égard des grands principes constitutionnels fondamentaux tel celui de l'indivisibilité de la République ou encore celui de l'égalité de tous devant la loi. Ces principes n'impliquent-ils pas l'idée d'uniformité du droit applicable sur l'ensemble du territoire national ? Cette question nous amène à nous interroger sur la constitutionnalité des normes d'exception.

§2. Le fondement constitutionnel de la norme d'exception

Dans son article portant sur « la tradition juridique française et la diversité culturelle », le professeur Rouland souligne que dans la mythologie juridique républicaine, le peuple

⁵²³ Décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, Société Somodia, Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle, J.O. du 6 août 2011, p. 13476, cons. 4.

⁵²⁴ Loi n° 91-428 du 13 mai 1991 portant statut de la collectivité de la Corse remplacée par la loi n°2002-92 du 22 janvier 2002 relative à la Corse, J.O. du 23 janvier 2002, p. 1503. Notons au passage que l'article 1 de loi du 13 mai 1991 a été déclaré non conforme à l'article 2 Constitution en ce qu'il consacre l'expression « peuple corse ». Voir Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, J.O. du 14 mai 1991, p 6350.

⁵²⁵ Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne, J.O. du 10 janvier 1985, p. 320.

⁵²⁶ Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral, J.O. du janvier 1986, p. 200.

français constitue « un corps social homogène, composés d'individus libres et égaux en droit, uni dans le respect d'un droit uniforme émanant de la volonté d'un et du peuple français au sein d'une République indivisible »⁵²⁷. Cette remarque met en lumière l'idéal révolutionnaire de concevoir un droit uniforme au sein d'une République indivisible. Une telle vision idéale paraît conduire nécessairement au rejet des lois particulières ou exceptionnelles étant donné que celles-ci sont perçues comme les particularismes des droits locaux, rompant l'harmonie législative, l'unité territoriale ou encore l'égalité.

Si la Constitution de 1958 réunit en son sein les deux principes d'indivisibilité et d'égalité, elle ne semble pas leur conférer une portée absolue. Elle admet en effet que la loi puisse faire exception à l'égalité (A). Perdant son caractère absolu, le principe d'égalité s'accommode donc des exceptions. Il en va de même pour le principe d'indivisibilité de la République. La constitutionnalisation des collectivités territoriales à statut juridique particulier (B) est significative de la conciliation entre la diversité du droit et le respect de l'unité et de l'indivisibilité de la République.

A. L'admission constitutionnelle des exceptions au principe d'égalité

Tel qu'il est issu de l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789 ainsi que de l'article 1 de la Constitution de 1958, le principe d'égalité ne semble pas jouir d'une portée juridique absolue pour deux raisons. D'une part, par son interprétation des textes constitutionnels, le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur le pouvoir d'édicter les textes d'exception ou de dérogation (1). D'autre part, il admet la constitutionnalité des traitements juridiques différents (2) dérogeant à l'égalité.

1. L'habilitation constitutionnelle d'édicter les normes d'exception

Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, le pouvoir législatif a cessé d'être souverain puisqu'il est désormais soumis au respect des normes constitutionnelles. A cet égard, le Conseil constitutionnel a dans sa décision des 8 et 23 août 1985 *Evolution de la Nouvelle-Calédonie* rappelé que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de

⁵²⁷ Norbert Rouland, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, 1994/27, p. 380-418.

la Constitution »⁵²⁸. Si la loi reste toujours la source primaire du droit en ce qu'elle est habilitée en vertu de la Constitution à poser à titre initial des normes à portée générale et individuelle d'où résulteront des droits ou des obligations pour ses destinataires⁵²⁹, sa compétence est cependant limitée à certaines matières prévues par la norme constitutionnelle (l'article 34 par exemple).

Si la Constitution habilite le législateur à édicter les normes de droit, est-ce qu'elle l'a également habilité à faire exception à ces normes ? Cette question a reçu une réponse affirmative de la part du Conseil constitutionnel. Ainsi dans sa décision du 27 juillet 1982 *Loi portant réforme de la planification*, à l'argument soulevé par les requérants selon lequel la loi ne peut modifier une norme antérieure, le juge constitutionnel a répondu que « *le législateur ne peut lui-même se lier. Une loi peut toujours et sans condition, fut-ce implicitement, abroger ou modifier une loi antérieure ou y déroger* »⁵³⁰. Cette solution est ensuite confirmée dans la décision du 28 décembre 1982 à propos de la création du statut dérogatoire des trois villes Paris, Marseille et Lyon⁵³¹. Le juge constitutionnel a également considéré que « *aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'instituer des divisions administratives au sein des communes [...]. Dès lors, si les dispositions critiquées par les auteurs de la saisine, dérogent, pour les trois plus grandes villes de France, au droit commun de l'organisation communale, elles ne méconnaissent pas pour autant la Constitution* »⁵³². Toutefois, le Conseil ne semblait pas dans ces deux décisions préciser la différence entre l'abrogation, la modification ou encore la dérogation à la norme.

C'est avec la décision du Conseil constitutionnel du 20 juillet 1983 *Démocratisation du secteur public*⁵³³ qu'il est possible de trouver le début d'une précision de ce qu'il faut entendre par l'exception et la dérogation. La loi d'exception ou de dérogation paraît ici comme une disposition législative particulière limitant l'étendue des normes générales ainsi que l'illustre ce considérant de principe « *toutes les dispositions législatives ayant la même*

⁵²⁸ Décisions n°196-197 DC des 8 et 23 août 1985, Loi sur évolution de la Nouvelle-Calédonie, J.O. du 24 août 1985, p. 9814, cons. 27 de la décision du 23 août 1985.

⁵²⁹ Bertrand Mathieu, *La loi*, op. cit.

⁵³⁰ Décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, Loi portant réforme de la planification, J.O. du 29 juillet 1982, p. 2424, cons. 8.

⁵³¹ Décision n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, Loi relative à l'organisation administrative de Paris Marseille et Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale, J.O. du 29 décembre 1982, p. 3914.

⁵³² Décision n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, Loi relative à l'organisation administrative de Paris Marseille et Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale, J.O. du 29 décembre 1982, déc. préc., cons. 6.

⁵³³ Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public, déc. préc., cons. 11.

valeur juridique, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur, après avoir adopté une règle générale, d'y faire exception ou d'y déroger fût-ce par voie de disposition particulière »⁵³⁴. De même, dans la décision du 12 septembre 1984, le juge considère que le législateur peut parfaitement assortir sa règle d'exceptions pour adapter cette dernière aux cas différents comme l'illustre cette phrase « *considérant que pour les fonctionnaires civils de l'Etat, la loi abaisse à soixante-cinq ans les limites d'âge qui étaient fixés à un âge supérieur ; que, toutefois, cette règle est assortie d'exception* »⁵³⁵. Ou encore dans la décision du 24 juillet 1991, le juge constitutionnel admet que le législateur peut pour des motifs d'intérêt général, faire exception à la règle de non rétroactivité énoncée par l'article 2 du Code civil « *par exception aux dispositions de valeur législative de l'article 2 du Code civil, le législateur peut pour des raisons d'intérêt général, modifier rétroactivement les règles que l'administration fiscale et le juge de l'impôt ont pour mission d'appliquer* »⁵³⁶. Au moyen d'exception, le législateur apporte donc des limitations à l'étendue des autres normes et principes généraux.

Le Conseil a d'ailleurs pris soin de préciser que le législateur en faisant exception par voie des règles particulières à une règle générale doit toutefois respecter le principe d'égalité. En l'espèce les dispositions exceptionnelles, dérogatoires, sont justifiées par les caractéristiques particulières des entreprises auxquelles elles s'appliquent. Le principe d'égalité se concilie donc avec les normes d'exception. De même, le juge constitutionnel a rappelé qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'opposait à ce que le législateur module les effets de la loi en tenant compte du nombre de salariés, de la spécificité de certaines activités⁵³⁷, etc. Enfin, le Conseil a souligné la nécessité de l'adoption des textes exceptionnels en ces termes « *le secteur public constituait un ensemble divers et complexe, de telle sorte que l'emploi de critères généraux définissant ce secteur et des règles générales s'y appliquant devait nécessairement s'accompagner de dérogations et d'exceptions qui, loin*

⁵³⁴ Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public, déc. préc., cons. 11.

⁵³⁵ Décision n° 84-179 DC du 12 septembre 1984, Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public, J.O. du 14 septembre 1984, p. 2908, cons. 4.

⁵³⁶ Décision n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, déc. préc., cons. 23.

⁵³⁷ Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public, déc. préc., cons. 14.

d'être contraires au principe d'égalité, permettaient de traiter de façon spécifique des situations différentes ne pouvant entrer dans un cadre uniforme »⁵³⁸.

Si le législateur peut édicter les normes d'exceptions et de dérogations, il doit le faire dans le respect des habilitations et des règles et principes constitutionnels. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel a censuré le projet de loi qui prévoyait les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel dotés de statuts dérogatoires. Selon le Conseil, *« en autorisant ainsi le pouvoir réglementaire ou les établissements publics concernés à déroger aux règles constitutives qu'il a fixées et l'autorité ministérielle à s'opposer à de telles dérogations ou à y mettre fin, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution en matière de création de catégories d'établissements publics et n'a pas assorti de garanties légales les principes de caractère constitutionnel que constituent la liberté et l'indépendance des enseignants-chercheurs »⁵³⁹.*

Un tel respect ne semble cependant pas s'imposer au pouvoir constituant qui, selon les termes du Conseil constitutionnel *« est souverain. Il lui est loisible d'abroger, de modifier ou compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée. Ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle. Cette dérogation peut aussi bien expresse qu'implicite »⁵⁴⁰.* Cette affirmation trouve ensuite quelques nuances dans la décision du 30 juillet 2003 *Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales* aux termes de laquelle *« rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles, qui dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles et principes constitutionnels »⁵⁴¹.* En permettant au Parlement d'autoriser temporairement, dans un but expérimental, les collectivités territoriales à mettre en œuvre dans leur ressort, des mesures dérogeant à des dispositions législatives et susceptibles d'être ultérieurement généralisées (article 37-1, 72

⁵³⁸ Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public, déc. préc., cons. 15.

⁵³⁹ Décision n° 93-323 DC du 28 juillet 1993, Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, J.O. du 30 juillet 1993, p. 10750, cons. 12.

⁵⁴⁰ Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 *Traité de l'Union européenne dit « Maastricht II »*, J.O. du 3 septembre 1992, p. 12095, cons. 19.

⁵⁴¹ Décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, *Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, J.O. du 2 août 2003, p. 13302, cons. 3.

alinéa 4 issus de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003), le pouvoir constituant a fait exception à l'article 34 de la Constitution et au principe d'égalité de tous devant la loi⁵⁴².

L'expression « *sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution* » n'est pas exempte d'ambiguïté. En effet, si le juge constitutionnel pose des limites au pouvoir constituant en précisant que celui-ci s'exerce sous réserve des limitations résultant des articles 7, 16 et 89 de la Constitution (les articles 7 et 16 concernent les périodes dans lesquelles la révision constitutionnelle ne peut avoir lieu. Les alinéas 4 et 5 de l'article 89 prévoient d'une part que la révision ne peut avoir lieu si elle porte atteinte à l'intégrité du territoire et d'autre part que la forme républicaine du gouvernement ne peut être révisée) il s'est cependant déclaré incompétent pour contrôler le respect de ces limitations⁵⁴³. Le Doyen Vedel a dès lors observé qu'en l'absence d'un contrôle de supra-constitutionnalité des normes constitutionnelles, il n'existe en réalité aucune limite au pouvoir constituant de déroger par des règles constitutionnelles spéciales aux règles constitutionnelles générales⁵⁴⁴.

En somme, si le législateur ne peut édicter les normes de droit que conformément à la Constitution, il faut néanmoins souligner qu'en l'état actuel du droit constitutionnel, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que le législateur édicte des normes d'exception ou de dérogation. Celles-ci font partie intégrante du pouvoir normatif du Parlement. Ainsi que l'atteste l'absence de régime particulier d'adoption des normes d'exception. Les règles de procédure sont les mêmes qu'il s'agisse d'élaborer une règle de principe ou d'y apporter une exception. La règle exceptionnelle instituant une limitation à la règle générale préexistante n'est donc soumise à aucun régime particulier : il n'existe pas de statut propre aux exceptions. Ces dernières sont traitées comme les règles générales auxquelles elles dérogent⁵⁴⁵. Par ailleurs, le principe d'égalité doit se concilier avec les règles

⁵⁴² Décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, J.O. du 2 août 2003, déc. préc., cons. 3.

⁵⁴³ Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République J.O. du 29 mars 2003, p. 5570 cons. 2. Le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois issues des révisions constitutionnelles, « considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires ; que le Conseil ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ». Cette décision réaffirme la position du Conseil constitutionnel refusant de contrôler la constitutionnalité des lois référendaires décidée pour la première en 1962 à propos de la loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct et adaptée par le peuple par le référendum du 28 octobre 1962. Voir, Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi référendaire, J.O. du 7 novembre 1962, p. 10775, cons. 2.

⁵⁴⁴ Georges Vedel, « Schengen et Maastricht : à propos de la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 », R.F.D.A., 1992, p. 173 et s.

⁵⁴⁵ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 424-425.

ou normes exceptionnelles ou déroatoires. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel admet la constitutionnalité des traitements juridiques différenciés.

2. *L'admission constitutionnelle des traitements juridiques différents*

L'admission constitutionnelle des lois exceptionnelles dérogeant au caractère général de la loi et donc à l'égalité a progressivement commencé avec l'adoption des lois de nationalisation. Dans ses décisions du 16 janvier et du 11 février 1982, le Conseil constitutionnel a d'abord affirmé que « *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard des catégories de personne se trouvant dans des situations différentes, mais il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi* »⁵⁴⁶. A partir de cette prémisse, le juge déduit la constitutionnalité du traitement juridique différent créé par la loi de nationalisation en ces termes « *la dérogation (c'est-à-dire l'exclusion de certaines banques de la liste des banques nationalisées) visant les banques ayant le statut des sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie ou le statut des maisons de réescompte n'est pas contraire au principe d'égalité, certains des éléments des statuts de ces établissements leur étant spécifiques* »⁵⁴⁷. Dans le même temps, le Conseil a également décidé que l'intérêt général peut justifier les exceptions au principe d'égalité. Ainsi, « *le législateur a pu, sans méconnaître le principe d'égalité, exclure de la nationalisation des banques à capital étranger en prenant motif des risques de difficultés que la nationalisation de ces banques aurait pu entraîner sur le plan international et dont la réalisation aurait, à ses yeux, pu compromettre l'intérêt général qui s'attache aux objectifs poursuivis par la loi de nationalisation* »⁵⁴⁸.

Par la décision du 16 février 1982, le juge constitutionnel a aussi affirmé que la loi peut ne pas être générale, abstraite et impersonnelle. Selon le juge, « *l'article 34 de la Constitution dispose que la loi fixe également les règles concernant [...] les nationalisations d'entreprises. Cette disposition n'interdit pas au législateur de déterminer lui-même les*

⁵⁴⁶ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Lois de nationalisation, J.O. du 17 janvier 1982, p. 299, cons. 30.

⁵⁴⁷ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Lois de nationalisation, J.O. du 17 janvier 1982, déc. préc., cons. 31

⁵⁴⁸ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Lois de nationalisation, J.O. du 17 janvier 1982, déc. préc., cons. 32.

sociétés devant être nationalisées conformément aux critères retenus par lui »⁵⁴⁹. Il en résulte que l'article 1^{er} de la loi de nationalisation en visant nominativement les sociétés susceptibles d'être nationalisées n'est pas pour autant contraire à la Constitution.

Le caractère individuel de la loi qui n'est pas un motif d'inconstitutionnalité a été réaffirmé dans la décision du 9 janvier 1990 *Amnistie en Nouvelle-Calédonie*. Selon l'argument soulevé par les auteurs de la saisine dans cette décision, les dispositions de l'article 1 de la loi déférée méconnaissent l'article 34 de la Constitution et le principe de la généralité de la loi en ce qu'elles ne fixent pas des règles mais portent amnistie de certains crimes individualisés. Au vu de ce défaut de généralité, l'article 1 de cette loi ne peut par conséquent être qualifié de loi⁵⁵⁰. En rejetant cet argument, le juge constitutionnel a décidé que le législateur détermine en vertu de l'article 34 de la Constitution l'amnistie. Ainsi sur le fondement de cette disposition le législateur peut enlever pour l'avenir tout caractère délictueux à certains faits pénalement répréhensibles, en interdisant toute poursuite à leur égard ou en effaçant les condamnations qui les ont frappés. Il lui appartient de déterminer en fonction de critères objectifs quelles sont les infractions et, s'il y a lieu, les personnes, auxquelles doit s'appliquer le bénéfice de l'amnistie. L'article 1er de la loi déférée ne contrevient pas selon le juge à ces exigences. En conséquence, « *il ne saurait par suite être reproché au législateur d'avoir méconnu les dispositions de l'article 34 de la Constitution qui définissent l'étendue de sa compétence* »⁵⁵¹. Il en résulte clairement que la généralité n'est pas considérée par le juge constitutionnel comme une condition de la constitutionnalité ou de la validité de la loi.

La Constitution autorise donc le législateur à apporter des exceptions via les lois spéciales ou particulières au principe d'égalité. Parfois, l'édiction des normes d'exception devient un impératif nécessaire à la mise en œuvre de certaines normes constitutionnelles. A titre d'exemple, l'égalité de suffrage prévue par l'article 3 de la Constitution nécessite pour sa mise en application l'adoption des exceptions tenant aux conditions d'âge, d'incapacité, au régime des inéligibilités et d'incompatibilités. Ainsi que l'a souligné le juge constitutionnel dans sa décision du 18 novembre 1982 « *la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et*

⁵⁴⁹ Décision n° 82-139 DC du 11 février 1982, Loi de nationalisation, cons. 5. Voir égal. Loi n° 82-155 du 11 février 1982, J.O. du 13 février 1982, titre 1 – Nationalisation de cinq sociétés industrielle – article 1. Sont nationalisées les sociétés suivantes : Compagnie générale d'électricité ; Compagnie de Saint Gobain ; Pechiney-Ugine-Kuhlmann ; Rhône-Poulenc S.A ; Thomson-Brandt.

⁵⁵⁰ Décision n° 89-265 DC du 9 janvier 1990, Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie, J.O. du 11 janvier 1990, p. 463, cons. 4.

⁵⁵¹ Décision n° 89-265 DC du 9 janvier 1990, Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie, J.O. du 11 janvier 1990, déc. préc., cons. 5 et 6.

l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu »⁵⁵². Par ailleurs depuis la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999, le législateur est autorisé à adopter les textes exceptionnels imposant les quotas par sexe afin de rendre effectif l'égal excès des femmes et des hommes aux mandats électoraux⁵⁵³. Ce qui est symptomatique du changement de la conception du principe d'égalité. D'une égalité abstraite et formelle on passe à une égalité concrète et réelle. Cette dernière est compatible avec les traitements juridiques différents. Comme l'ont observé les professeurs Mélin-Soucramanien et Moutouh, « la volonté d'adapter le principe d'égalité formelle aux réalités sociales conduit les juges à justifier de plus en plus d'inégalités de traitement »⁵⁵⁴.

En matière d'impôt, la Constitution semble même obliger le législateur à prendre des dispositions spéciales, exceptionnelles. En effet, aux termes de l'article 13 de la Déclaration des droits de 1789, « [...], la contribution commune est indispensable. Elle doit être également répartie entre tous les Citoyens, en raison de leur faculté ». Il en résulte qu'au lieu d'édicter une règle générale obligeant tous les Français à payer le même impôt, le législateur adopte un grand nombre de dispositions spéciales visant précisément chaque catégorie d'impôt. De même, l'intérêt général peut justifier l'édiction des exceptions telle l'exonération d'impôt comme l'illustre la décision du 31 juillet 2003 *Loi d'initiative économique*. Est contestée dans cette décision la disposition législative portant l'exonération partielle des droits de transmissions gratuites d'entreprises entre vifs. Le juge constitutionnel a néanmoins confirmé la conformité à la Constitution de la disposition incriminée en ces termes « *il appartient au législateur, lorsqu'il établit une imposition, d'en déterminer librement l'assiette et le taux, sous réserve du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt [...]. le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que, pour des motifs d'intérêt général, le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement d'activités économiques en appliquant des critères*

⁵⁵² Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des français établis hors de France sur les listes électorales, titre abrégé de la décision « Quotas par sexe », J.O. du 19 novembre 1982, cons. 7.

⁵⁵³ Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, J.O. du 7 juin 2000, Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, dite « Quotas par sexe III », cons. 5, 6 et 7.

⁵⁵⁴ Ferdinand Mélin-Soucramanien et Hugues Moutouh, « Les deux faces du principe d'égalité », in Bertrand Mathieu (dir.), *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 203-217.

objectifs et rationnels en fonction des buts recherchés »⁵⁵⁵. Il en résulte que la loi peut parfaitement octroyer des privilèges fiscaux à certaines catégories de contribuables sans être pour autant contraire au principe d'égalité.

Le Conseil constitutionnel affirme en effet de manière constante que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente les situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* »⁵⁵⁶. C'est en ce sens que le juge a admis de manière traditionnelle que l'existence d'une situation différente peut justifier l'édiction de règles spéciales. Ainsi il a considéré que « *sans méconnaître le principe d'égalité, le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques* »⁵⁵⁷. De même, les fonctionnaires appartenant à des corps différents peuvent faire l'objet de traitements différents⁵⁵⁸. Ou encore les personnes physiques ou morales peuvent se voir appliquer des régimes fiscaux différents selon qu'ils ont leur domicile fiscal en France ou hors du territoire⁵⁵⁹. L'intérêt général est un motif fréquemment invoqué par le juge pour justifier les exceptions au principe d'égalité. Ainsi sans admettre explicitement les discriminations positives⁵⁶⁰, le juge constitutionnel juge conforme à la Constitution les dispositions spéciales établies au profit de certaines parties du territoire⁵⁶¹

⁵⁵⁵ Décision n° 2003-447 DC du 31 juillet 2003, Loi pour initiative économique, J.O. du 5 août 2003, p. 13644, cons. 2.

⁵⁵⁶ Parmi de multiples décisions allant dans ce sens, Décision n°2012-660 DC du 17 janvier 2013, Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social. J.O. du 19 janvier 2013, p. 1327.

⁵⁵⁷ Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé dite « Egalité entre français et étrangers », J.O. du 24 janvier 1990, p. 972. Dans cette décision, le juge a admis que les français et les étrangers pouvaient être soumis à des législations différentes en matière d'entrée et de séjours sur le territoire national, cons. 33 et 34

⁵⁵⁸ Décision n°84-179 DC du 12 septembre 1984, Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public, déc. préc., cons. 4 à 8.

⁵⁵⁹ Décision n°91-298 DC du 24 juillet 1991 Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, déc. préc., cons. 27 à 30.

⁵⁶⁰ Ferdinand Mélin-Soucrumamien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, P.U.A.M., Aix-en-Provence, coll. Droit public positif, 1997, p. 206-207. Selon l'auteur, la discrimination positive se définit comme une différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait existante entre elles. Voir dans le même sens, Gwénaële Calves, *La discrimination positive*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 2010, 3e éd.

⁵⁶¹ Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, déc. préc., cons. 34 : « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitations au développement et à l'aménagement du territoire de certaines parties du territoire national dans un but d'intérêt général ».

en tenant compte des critères sociaux⁵⁶² ou encore, au sein de la fonction publique⁵⁶³. Les cas des situations différentes justifiant des traitements juridiques différents ou particuliers peuvent être multipliés à loisir, mais nous nous limitons à ces quelques exemples.

Il en résulte que le principe d'égalité ne s'oppose pas à l'octroi de privilèges par la loi à certaines catégories de personnes. Cette idée a auparavant été développée sous la plume de Jean Domat. A propos de l'octroi d'un privilège d'exploitation exclusive à l'inventeur de choses nouvelles et utiles pour le bien public, le juriconsulte note que ce privilège en tant que la récompense du travail et des dépenses des inventeurs, sert d'exemple qui attire, à l'imitation de ces inventeurs, ceux qui peuvent être capables de rendre pareils services. Ainsi, « il y a des diverses sortes d'autres privilèges qui sont des bienfaits et des grâces qu'on ne peut tenir que du souverain »⁵⁶⁴.

Dans le même esprit, le professeur Teboul note que la loi générale est nécessairement approximative ; et le législateur, par la force des choses, est conduit à édicter les normes spéciales. Mais alors, les lois spéciales ne signifient-elles pas le retour en puissance des privilèges, le pouvoir législatif accordant par les lois impersonnelles ou spéciales, certains avantages à quelques groupes sociaux ? Cette question appelle certainement une réponse positive. Mais il faut être conscient du fait que les nouveaux « privilèges » ne peuvent pas être assimilés à ceux qui existaient avant 1789. D'une part, l'inégalité qu'ils engendrent a un objet différent de celui que l'on rencontrait avant la Révolution ; d'autre part à l'époque de la monarchie, le roi, seul titulaire de la puissance législative, octroyait des avantages sans aval du peuple ; au contraire, après 1789, les « privilèges » – parce qu'ils empruntent le canal de la loi – résultent nécessairement d'une décision qui émane du corps social dans son entier⁵⁶⁵. Ainsi l'objet de l'inégalité et le processus de formation de la loi ayant évolué, la notion de privilège prend une autre couleur et devient acceptable : d'une inégalité imposée on passe à une inégalité consentie⁵⁶⁶. Cette remarque est symptomatique des mutations qu'a connues le

⁵⁶² Décision n°89-257 DC du 25 juillet 1989, Prévention des licenciements économiques, J.O. du 28 juillet 1989, p. 9503. cons. 11. Le Conseil valide des dispositions instaurant des mesures protectrices des droits dans l'entreprise de certaines catégories de « salariés âgées » ou de « salariés présentant des caractéristiques sociales particulières ».

⁵⁶³ Décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, Loi relative au statut général des fonctionnaires, J.O. du 15 janvier 1985, p. 354, cons. 5 et 6. A propos de la création de la troisième voie d'accès à l'école nationale d'administration, le juge constitutionnel admet que les règles de recrutement peuvent être différenciées pour tenir compte de la diversité des mérites à prendre en considération.

⁵⁶⁴ Jean Domat, *Les quatre livres du droit public*, 1697, op. cit., p. 28.

⁵⁶⁵ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit.

⁵⁶⁶ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit.

principe d'égalité. D'une égalité par abstraction des différences on passe à une égalité qui résulte au contraire de la reconnaissance des différences⁵⁶⁷.

L'exception à l'égalité trouve toutefois ses limites dans l'interdiction constitutionnelle de distinguer les catégories d'individus en fonction de leur race, de leur origine ou de leur religion⁵⁶⁸. Ainsi que l'illustre la décision du 19 novembre 2004 *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Le Conseil réaffirme dans cette décision que « *les articles 1 et 3 de la Constitution s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance* »⁵⁶⁹. De même, le juge constitutionnel interdit au législateur d'établir des différences juridiques arbitraires c'est-à-dire des exceptions à l'égalité qui ne sont ni justifiées par l'intérêt général, ni par la différence de situation⁵⁷⁰. Sont également interdites les exceptions à l'égalité qui ne sont pas proportionnées au but poursuivi par la loi⁵⁷¹.

En somme, si le législateur peut apporter des règles différentes à des situations de fait différentes, il ne peut le faire que dans le respect de la Constitution. Par ailleurs, si les règles générales conservent toujours leur place importante dans l'ordonnement juridique, elles n'excluent pas pour autant l'existence des règles exceptionnelles mais s'en accommodent⁵⁷². N'ayant pas une portée absolue, le principe d'égalité paraît être conciliable avec des régimes juridiques différents⁵⁷³ (exceptions). Ce constat peut également être appliqué au principe d'indivisibilité de la République qui semble lui aussi se concilier avec les autres normes

⁵⁶⁷ Parmi de nombreuses contributions à ce thème, voir Pierre-Yves Verkindt, « L'égalité au risque de la diversité », A.P.D., 2008, n° 51 L'égalité, p. 141-157.

⁵⁶⁸ L'article 1 de la Constitution dispose que « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances [...]* »

⁵⁶⁹ Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, J.O. du 24 novembre 2004, p. 19885, cons. 16.

⁵⁷⁰ Voir dans ce sens, Olivier Jouanjan, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », art. cit., p. 138.

⁵⁷¹ Décision n°2009-599 du 29 décembre 2009 loi de finances pour 2010 dite « Taxe Carbonne », J.O. du 31 décembre 2009, p 22995, cons. 82. Voir aussi Ferdinand Mélin-Soucramamien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 127 et s. ; Voir aussi, le rapport public du Conseil d'Etat sur le thème « Egalité », E.D.C.E, n° 48, 1996, p. 21 et s.

⁵⁷² Dans sa thèse portant sur « *Les règles générales en droit public français* », p. 350, Elise Untermaier note que « le législateur peut apporter des règles différentes à des situations différentes ; il peut donc semble-t-il multiplier à l'infini les catégories et les règles spéciales. Il n'y a en effet jamais identité parfaite entre deux situations ; autrement dit, il est toujours possible de trouver une différence entre deux situations et donc d'édicter des règles spéciales à chacune d'elles. Les règles générales portent en elle-même le poison qui les tue : la définition catégorielle de la généralité permet l'édiction de règles spéciales qui viennent « grignoter » le champ d'application des règles générales auxquelles elles dérogent, au point de faire disparaître celles-ci. Les règles générales sont menacées par l'existence, rendue possible par la définition même de la généralité, de règles spéciales ».

⁵⁷³ Ferdinand Mélin-Soucramamien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 167 et s.

constitutionnelles reconnaissant les collectivités à statut juridique particulier. A l'analyse, la Constitution semble reconnaître de manière expresse le principe de spécialité législative dérogatoire à l'unité du droit.

B. La constitutionnalité des statuts juridiques particuliers

En énonçant que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale », l'article 1 de la Constitution semble toutefois assortir ce principe d'indivisibilité d'exception. En effet cette même disposition dispose que « l'organisation de la République est décentralisée ». C'est en ce sens que par des révisions successives le pouvoir constituant insère dans les textes de la Constitution les collectivités territoriales à statut juridique différent ou particulier (1) sans pour autant remettre en cause le principe d'unité et d'indivisibilité de la République⁵⁷⁴. Ce principe semble dès lors se concilier avec la diversité législative c'est-à-dire avec les lois spéciales, exceptionnelles, formant les droits locaux particuliers. Les adaptations et expérimentations législatives constituent l'expression la plus significative de cette conciliation (2).

1. Les collectivités territoriales à statut juridique particulier

Le principe d'indivisibilité de la République pour les révolutionnaires de 1789 exprimait une conception unificatrice de la République. Dans cette conception, l'homogénéité de la Nation devait être renforcée par l'homogénéité du droit applicable sur l'ensemble du territoire. En d'autres termes, l'indivisibilité de la République implique l'unité du pouvoir normatif de l'Etat et marque les limites de l'autonomie locale. Cependant, force est aujourd'hui de constater que le principe d'indivisibilité n'est pas synonyme d'uniformité ou d'unité législative⁵⁷⁵. La Constitution admet en effet la diversité des régimes juridiques applicables à telle ou telle partie du territoire national tout en y mettant des limites.

Si le principe d'indivisibilité de la République va souvent de pair avec l'unité du droit applicable sur l'ensemble du territoire, il n'interdit pas pour autant au législateur, afin de tenir compte des particularismes locaux, de limiter le champ d'application de ses lois à telle ou

⁵⁷⁴ Patrick Dollat, « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République : de l'Etat unitaire à l'Etat uni ? », R.F.D.A., n° 2003/4, p. 670-677.

⁵⁷⁵ André Roux, « Les implications du principe d'indivisibilité de la République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », in Sous la direction de Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *La République en droit français*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1996, p. 77-102. L'auteur souligne que « selon le Conseil constitutionnel, unité et indivisibilité ne sont pas synonymes d'uniformité ».

telle partie du territoire ou à en exclure telle autre. Ce qui traduit en réalité le phénomène de territorialisation du droit⁵⁷⁶. L'unité du pouvoir normatif de l'Etat n'a pas pour corollaire l'unité ou l'uniformité des législations applicables. C'est en ce sens que Louis Favoreu emploie l'expression « l'Etat pluri-législatif » pour qualifier la diversité des droits applicables sur le territoire français⁵⁷⁷. A titre d'exemple, le droit local appliqué en Alsace-Moselle est une bonne illustration d'un droit spécial. Il en va de même pour le droit applicable en Corse ou encore le statut dérogatoire au droit de l'organisation communale des communes des trois plus grandes villes de France : Paris, Marseille et Lyon.

Lorsqu'il est saisi afin de statuer sur la constitutionnalité de ces droits locaux souvent qualifiés d'exception aux principes d'indivisibilité de la République et d'égalité de tous les citoyens devant la loi, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 janvier 1995 *Aménagement et développement du territoire*⁵⁷⁸ admet leur conformité à la Constitution. Selon les auteurs de la saisine, la loi contestée, en précisant les modalités d'application des lois d'aménagement et d'urbanisme adaptées aux particularités géographiques, aurait méconnu les principes d'égalité et d'indivisibilité de la République. Elle conduit en effet à faire coexister des régimes juridiques différents sur le territoire selon que ce dernier se trouve ou non couvert par un régime juridique spécial⁵⁷⁹. A cet argument, le juge constitutionnel répond que « la circonstance que leur champ d'application soit limité à certaines parties du territoire répond à la prise en compte de situations différentes et ne saurait par suite méconnaître le principe d'égalité non plus que porter atteinte au principe d'indivisibilité de la République »⁵⁸⁰. Il en résulte que les spécificités locales peuvent justifier l'édiction par le législateur des textes exceptionnels en ce qu'ils ne s'appliquent qu'à une partie du territoire et dérogent ainsi à la règle nationale générale.

Ainsi, les principes d'indivisibilité et d'égalité ne sont pas absolus et connaissent donc des exceptions en ce qu'ils se concilient avec l'existence des normes de droit spéciales ou particulières. Avec des révisions constitutionnelles successives, le pouvoir constituant est

⁵⁷⁶ Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 513-514.

⁵⁷⁷ Louis Favoreu, « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in Franck Moderne, *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, 1983, p. 15 et s.

⁵⁷⁸ Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, J.O. du 1^{er} février 1995, p. 1706.

⁵⁷⁹ Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, J.O. du 1^{er} février 1995, déc. préc., cons. 3.

⁵⁸⁰ Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, J.O. du 1^{er} février 1995, déc. préc., cons. 5.

intervenu pour donner la base constitutionnelle à des normes de droits locales, spéciales⁵⁸¹. Ce qui signifie que le droit d'exception, c'est-à-dire le droit ayant un champ d'application limité ou un objet spécifique, se trouve inscrit dans la Constitution.

Ainsi sur la base des accords signés à Nouméa le 5 mai 1998, le pouvoir constituant par la loi constitutionnelle du 29 juillet 1998 reconnaît à la Nouvelle-Calédonie un statut d'autonomie, pour une période transitoire de 15 à 20 années pouvant déboucher sur l'indépendance. Dérogatoire à de nombreux principes constitutionnels, ce statut inscrit au titre XIII de la Constitution de 1958 attribue au Congrès de la Nouvelle-Calédonie le pouvoir législatif. Ainsi le Congrès peut voter les « lois du pays » dans les douze matières déterminées par la loi organique notamment la fiscalité, le droit du travail, l'état des personnes, le régime de la propriété, les règles concernant les hydrocarbures, etc. Ces lois peuvent être déférées devant le Conseil constitutionnel après avoir fait l'objet d'une seconde délibération⁵⁸². En revanche, ces lois deviennent définitives après leur promulgation et ne seront susceptibles d'aucun recours. Par ailleurs, dans le cadre des compétences qui lui sont conférées et qui ne relèvent pas des lois du pays, le Congrès et le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ainsi que les assemblées de province ont la possibilité d'adopter des actes réglementaires relevant des compétences législatives telles qu'elles sont définies par l'article 34 de la Constitution. A cet égard Monsieur Fraisse observe que ces autorités de la Nouvelle-Calédonie peuvent donc modifier, abroger ou déroger aux lois régissant des matières dont la compétence leur a été transférée⁵⁸³.

En reconnaissant un statut juridique particulier aux collectivités d'outre-mer, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a constitutionnalisé de manière explicite le principe de spécialité législative ainsi dérogatoire à l'unité et à l'uniformité du droit commun. Ce principe signifie qu'une loi n'est applicable à ces collectivités d'outre-mer que si elle a fait mention expresse et après avoir été promulguée localement. Seules les lois dites « de souveraineté » s'y appliquent de plein droit. Depuis 2003 en vertu de l'alinéa 1 de l'article 74 de la Constitution, les collectivités d'outre-mer ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République⁵⁸⁴. Ce statut semble impliquer un véritable « droit

⁵⁸¹ Michel Verpeaux, *Droits des collectivités territoriales*, Paris, P.U.F., coll. Major, 2005.

⁵⁸² Décision du 99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O. du 21 mars 1999, p. 4234, cons. 20 à 25.

⁵⁸³ Régis Fraisse, « La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie », R.F.D.A., 2000, p. 77-91.

⁵⁸⁴ L'alinéa 1 de l'article 74 de la Constitution est rédigé en ces termes : « Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République ».

à la différence » et contraint les autorités de l'Etat à tenir compte des particularités propres aux populations de ces territoires d'outre-mer pour déterminer leurs lois « statutaires »⁵⁸⁵. Par le vote d'une loi organique, le législateur peut habiliter une collectivité d'outre-mer régi par l'article 74 à intervenir en matière législative afin de prendre des mesures différentes du droit national mais justifiées par la nécessité locale en faveur de sa population en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier⁵⁸⁶. Cette habilitation trouve toutefois des limites dans les matières énumérées à l'alinéa 4 de l'article 73 relevant de l'exercice de la souveraineté de l'Etat ou « *lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti* ». Ainsi, si ces collectivités d'outre-mer peuvent donc dans le cadre déterminé par l'article 74 édicter des actes administratifs faisant exception aux règles générales législatives, elles doivent respecter certains principes constitutionnels relevant de la souveraineté.

Tout en restant au sein de la République c'est le statut d'autonomie qu'a néanmoins choisi la Polynésie française. A l'instar de la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française peut, depuis la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française⁵⁸⁷ également adopter les actes dits « lois du pays » dans les matières relevant normalement de la compétence législative. Cependant, contrairement aux lois du pays de la Nouvelle-Calédonie, les lois du pays adoptées par la Polynésie française demeurent soumises au contrôle spécifique du Conseil d'Etat⁵⁸⁸ et restent donc des actes administratifs ainsi que l'a souligné le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 février 2004⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ Alain Moyrand et Antonino Troianiello, « Commentaire de l'article 74 de la Constitution », in Sous la direction de Gérard Conac, François Luchaire et Xavier Prétot, *La Constitution de la République française : Analyses et commentaires*, Paris, Economica, 2008, 3e éd., p. 1777-1809.

⁵⁸⁶ L'alinéa 3 de l'article 74 dispose en effet que « La loi organique peut également déterminer, pour celles des collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles :

- le Conseil d'Etat exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ;
- l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité ;
- des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier [...] ».

⁵⁸⁷ Loi n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, J.O. du 2 mars 2004. Voir égal. Antonino Troianiello, « Le nouveau statut d'autonomie de la Polynésie française », R.F.D.C., 2004/4 n° 60, p. 833-860.

⁵⁸⁸ Selon l'article 140 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, « les actes de l'Assemblée de la Polynésie française, dénommés « lois du pays » sur lesquels le Conseil d'Etat exerce un contrôle juridictionnel spécifique, sont ceux qui relevant du domaine de la loi, soit ressortissent à la compétence de la Polynésie française en application de l'article 13, soit sont pris au titre de la participation de la

En résumé, l'article 74 de la Constitution permet au législateur organique d'attribuer aux collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie la possibilité d'adopter de véritables droits particuliers justifiés par les nécessités locales en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou encore de protection du patrimoine foncier. Ainsi que l'illustrent les deux articles 18 et 19 de la loi organique du 27 février 2004 précitée qui autorisent la Polynésie française à édicter les mesures juridiques visant à protéger l'emploi local ou la propriété foncière située sur son territoire. Si ces droits particuliers rétablissent ce qu'appellent certains auteurs « la préférence territoriale ou locale⁵⁹⁰ » en matière d'emploi, justifiée par l'étroitesse du marché local de l'emploi, ils constituent cependant de véritables exceptions aux principes d'égalité et d'unité du droit national.

Outre ces droits locaux particuliers reconnus aux collectivités d'outre-mer, l'article 72 alinéa 4 de la Constitution reconnaît aussi aux collectivités locales la possibilité de déroger à titre expérimental pour un objet et une durée limités aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. Dans le même sens, l'article 73 prend en compte le particularisme des départements et régions d'outre-mer en leur accordant la possibilité d'adapter les lois et règlements à leurs caractéristiques et contraintes particulières. A l'analyse, ces expérimentations et adaptations législatives constituent une expression tangible de la norme d'exception c'est-à-dire la norme limitant l'étendue d'une autre norme. Elles révèlent par ailleurs la juxtaposition constitutionnelle d'un droit d'exception au droit commun.

2. Les adaptations et expérimentations législatives : expression tangible de l'exception

En autorisant le législateur organique à habilitier les collectivités territoriales à déroger à titre expérimental aux lois et règlements régissant leurs compétences, la Constitution a ainsi juxtaposé des normes et droits d'exception aux normes et droits communs ou généraux. Selon

Polynésie française à l'exercice des compétences de l'Etat dans les conditions prévues aux articles 31 à 36 [...]. J.O. du 2 mars 2004, op. cit.

⁵⁸⁹ Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, Loi portant statut d'autonomie de la Polynésie française, J.O. du 2 mars 2004, p. 4220 cons. 90 : « considérant que les actes dits « lois du pays » procèdent des délibérations de l'assemblée de la Polynésie française et ont le caractère d'actes administratifs ; qu'ils doivent notamment respecter les principes généraux du droit, ainsi que les engagements internationaux applicables en Polynésie française ».

⁵⁹⁰ Olivia Bui-Xuan, « De la difficulté d'édifier un statut sur mesure : le nouveau statut de la Polynésie française », L.P.A., 2005, n° 36, p. 6-16, selon l'auteur, les mesures de protection de l'emploi et du patrimoine foncier autorisées par les articles 18 et 19 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie instaurent un dispositif de préférence locale.

l'alinéa 4 de l'article 72 de la Constitution, « *dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leur regroupement peuvent lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leur compétence* ». Cette disposition accorde ainsi aux collectivités territoriales le droit à l'expérimentation normative.

Encadrée par la loi organique du 1^{er} août 2003⁵⁹¹, ce droit à l'expérimentation est selon certains auteurs, de nature à accentuer, même de manière temporaire, la diversification des règles juridiques applicables sur le territoire national qu'il s'agisse des règlements nationaux ou des lois⁵⁹². Il consiste en effet à écarter l'application des dispositions législatives et réglementaires normalement applicables à l'exercice d'une compétence⁵⁹³. L'expérimentation est donc une dérogation temporaire à l'identité législative et au droit communément applicable. Ce qui signifie que certaines collectivités territoriales peuvent se soustraire à des dispositions législatives nationales en y apportant des limitations. Le droit à l'expérimentation est ainsi révélateur des normes d'exception en droit constitutionnel.

L'existence des normes d'exception peut également être décelée par l'analyse de l'article 73 alinéas 2 et 3 de la Constitution. Le principe d'identité législative prévu par l'alinéa 1 de l'article 73 aux termes duquel « *dans les départements et régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit* » connaît toutefois deux exceptions. La première résulte de la possibilité d'adaptation de ces lois et règlements énoncée par l'alinéa 2 de ce même article 73 selon lequel « *ces adaptations peuvent être décidées par ses collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées par la loi* ». La seconde résulte de son alinéa 3 « *par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leur spécificité, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées par la loi à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matière pouvant relever du domaine de la loi* ».

L'adaptation des lois et règlements est donc reconnue aux collectivités territoriales dès lors que sont réunies deux conditions : le particularisme de la situation de la collectivité

⁵⁹¹ Loi organique n° 2003-704 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, J.O. du 2 août 2003, p. 13217.

⁵⁹² Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 513-514.

⁵⁹³ Yves Luchaire, « Commentaire de l'article 72 et 72-1 de la Constitution », in Sous la direction de Gérard Conac, François Luchaire et Xavier Prétot, *La Constitution de la République française : Analyses et commentaires*, op. cit., p. 1711.

concernée et la mise en œuvre de cette faculté. Si les conditions prévues par l'article 73 sont réunies, l'adaptation peut consister à rendre inapplicable une disposition législative ou réglementaire sur le territoire de la collectivité concernée. La norme générale, objet de l'adaptation, est donc limitée en ce qu'elle ne peut s'étendre ou s'appliquer à telle ou telle collectivité. Cette inapplicabilité peut être établie de manière temporaire lorsqu'elle est le résultat des mesures d'adaptation prévues par l'article 73 alinéa 2. Cependant, elle peut également être sans limitation de durée si les collectivités territoriales décident en vertu de l'article 73 alinéa 3 de fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire. Dans le second cas, l'adaptation peut prendre la forme de règles qui se substituent ou s'ajoutent aux dispositions de droit commun. Elle forme dès lors à côté de ce droit commun, un droit spécial.

L'article 73 est par ailleurs perçu par certains auteurs comme le fondement d'un pouvoir normatif décentralisé propre à certaines collectivités régies par cette disposition⁵⁹⁴. En effet, l'alinéa 3 de cet article 73 leur ouvre la possibilité, sous certaines conditions, d'être habilitées à déroger au droit commun en fixant « *elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire dans un nombre limité de matière relevant du domaine de la loi* ». Cette disposition attribue donc un pouvoir normatif spécifique aux collectivités territoriales prévue par l'article 73 en ce qu'elle leur permet d'édicter elles-mêmes le droit applicable sur leur territoire. A cet égard, le professeur Gohin observe qu'un seuil est franchi lors du passage du régime défini par l'alinéa 2 à celui défini par l'alinéa 3. En effet, le droit adapté ne se détache pas complètement du droit commun parce que celui-ci constitue le point de départ à partir duquel il est procédé à l'adaptation. Le droit adapté est donc encore basé sur le droit de l'Etat⁵⁹⁵. En revanche, lorsque la collectivité territoriale fixe elle-même les règles applicables sur son territoire, elle édicte un droit d'exception, un droit spécifique par rapport au droit de l'Etat que l'on peut également désigner par l'expression « dérogation ». Il est possible d'affirmer que « l'adaptation, c'est encore du droit commun, au titre d'une variation qualitative dans le cadre du droit commun de l'Etat, alors que la dérogation ou la spécialité, ce sont déjà du droit d'exception au droit commun, au titre d'une variation quantitative dans le cadre d'un droit spécifique par rapport au droit commun de l'Etat »⁵⁹⁶. Dans le même esprit, Monsieur Fraisse souligne que « le principe de spécialité est en réalité [...] une exception au principe de l'unité

⁵⁹⁴ Olivier Pierre-Caille, « Commentaire de l'article 73 de la Constitution », in Sous la direction de Gérard Conac, François Luchaire et Xavier Prétot, *La Constitution de la République française : Analyses et commentaire*, op. cit., p. 1762-1763.

⁵⁹⁵ Olivier Gohin, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », R.F.D.A., 2003, p. 678-683.

⁵⁹⁶ Olivier Gohin, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », art. cit.

de l'Etat et devrait donc comme toute exception, faire l'objet d'une interprétation stricte, ce qui est parfois le cas mais pas toujours⁵⁹⁷ »

Il faut cependant souligner que ni l'expérimentation, ni l'adaptation ou encore la dérogation ne peut intervenir dans certaines matières relevant des compétences régaliennes de l'Etat ou des droits et libertés fondamentaux constitutionnellement garantis. Les normes d'exception reconnues par la Constitution doivent donc se concilier avec les autres principes de valeur constitutionnelle tel celui d'égalité ou celui d'indivisibilité de la République. En réunissant en son sein le droit commun et le droit d'exception, la Constitution cherche à concilier la diversité du droit avec l'unité législative.

Ce sont les inconvénients de la règle de droit générale qui appellent et justifient les normes d'exception. En bornant, en limitant l'étendue de cette règle générale, la norme d'exception la préserve des effets néfastes dus à une généralité excessive. Répondant à raison du droit au même titre que la règle générale, la règle exceptionnelle se différencie de cette dernière par un degré variable de généralité. Etant la limitation de la règle générale, l'exception est donc une norme de droit ayant un champ d'application moins étendu que celui de la règle générale. En d'autres termes, la règle d'exception ne régit que des cas soustraits à la règle générale.

Sa juridicité ne doit plus être contestée, la notion d'exception a en effet sa base dans la Constitution. Celle-ci habilite le législateur à édicter les règles générales aussi bien que les règles d'exception. Loin d'entrer dans un rapport de contradiction ou d'opposition, les principes constitutionnels d'indivisibilité de la République et d'égalité se concilient avec le droit d'exception. La constitutionnalisation des statuts juridiques particuliers ainsi que la reconnaissance à certaines collectivités territoriales de la possibilité de déroger aux lois et règlements en raison de leurs caractéristiques et contraintes particulières sont significatives de cette conciliation.

Désormais définie comme une limitation de l'étendue de la règle générale, la notion d'exception est caractérisée par le rapport du général au spécial. C'est cette caractéristique de spécialité de la règle d'exception qu'il faut à présent étudier.

⁵⁹⁷ Régis Fraisse, « La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie », art. cit. p. 77 et s.

Section 2. L'exception caractérisée par le rapport du général au spécial

La doctrine distingue traditionnellement la règle de l'exception par le critère de genre à l'espèce. La règle vise le genre alors que l'exception règle l'espèce. Dans une conception relative de la généralité, la règle peut aussi être définie comme celle qui régit une catégorie tandis que l'exception ne vise qu'une sous-catégorie. A cet égard, Raymond Grassin note qu'« on entend par lois spéciales celles qui donnent une règle particulière à une série de cas déterminés. On les oppose aux lois générales qui déterminent les règles applicables à tous les cas qui composent un genre donné des rapports juridiques [...]. La distinction entre les lois spéciales et les lois générales revêt ainsi un aspect purement quantitatif ; elle exprime un rapport d'espèce à genre. Peu importe qu'une loi déroge à la règle générale ou se borne à l'appliquer ; le seul fait que son champ d'application est plus limité suffit à lui attribuer le caractère de la loi spéciale »⁵⁹⁸.

Il en résulte que l'exception se caractérise comme une règle spéciale ayant un champ d'application limité. Ce qui signifie que l'identification de l'exception nécessite la comparaison des champs d'application des deux règles visant la même catégorie de fait ou de personnes : relève de l'exception la règle ayant un champ d'application limité par rapport à celui de la règle générale. En d'autres termes, une règle est exceptionnelle ou spéciale au regard d'une autre règle lorsqu'elle régit une catégorie partiellement ou totalement imbriquée dans la catégorie visée par cette dernière (§1). C'est en ce sens que l'exception ne concerne que la sous-catégorie par rapport à la catégorie appréhendée par la règle. Parfois l'exception peut également résulter d'une contradiction entre deux règles (§2) et met alors en lumière sa signification intrinsèque de norme de limitation.

§1. L'exception résulte de la superposition des champs d'application de deux règles

Une précision s'impose ici. Les termes « règle spéciale, règle exceptionnelle » sont utilisés de manière interchangeables étant donné qu'ils désignent tous deux l'idée de limitation de l'étendue de la règle générale et donc l'exception. A cet égard, le professeur Saintourens observe qu'il ne semble pas que l'on puisse trouver entre les règles spéciales et

⁵⁹⁸ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., p. 91 et s.

les règles exceptionnelles une véritable différence de nature⁵⁹⁹. Luc Robine note pour sa part qu'entre les diverses formules telles que droit exceptionnel, exorbitant, spécial, il est impossible de tracer une ligne de partage incontestable⁶⁰⁰. Selon Raymond Gassin, si quelques faibles nuances sont décelables entre ces deux types de règles exceptionnelles et spéciales, leur distinction relève néanmoins d'un exercice de subtilité et de complexité excessif⁶⁰¹. Ainsi, nous ne les distinguons pas.

Il convient en revanche de mettre en exergue une différence entre la règle spéciale, exceptionnelle et la règle particulière. Cette dernière dite aussi « loi particulière » est selon Raymond Grassin une mesure individuelle prise sous forme de loi par le Parlement ; loi au sens formel, elle ne l'est plus dans son acceptation matérielle car étant une mesure individuelle, elle ne présente pas de généralité qui est l'un des traits essentiels de la règle de droit. La règle spéciale ou exceptionnelle, au contraire, si elle est dite spéciale ou exceptionnelle parce qu'elle n'est apte à régir qu'une série de cas déterminés, n'en possède pas moins le caractère de généralité puisqu'elle est appelée à réglementer tous les rapports juridiques semblables qui entrent dans son domaine d'application⁶⁰². Ainsi, sur une échelle de généralité se trouvent en première place les règles générales régissant le genre, puis les règles spéciales ou exceptionnelles visant l'espèce enfin les règles particulières réglant les situations individuelles. La distinction des règles exceptionnelles des règles particulières ne revêt au sein de notre étude qu'un aspect quantitatif et non qualitatif. C'est-à-dire qu'elle ne conduit pas à dénier à la règle particulière la qualité de règle de droit. La loi particulière est aussi une norme créatrice de droits et obligations à l'égard de ses destinataires⁶⁰³.

Selon le professeur Untermaier, une règle est spéciale ou exceptionnelle au regard d'une autre règle lorsqu'elle vise une catégorie entièrement imbriquée dans la catégorie visée par cette dernière. Le rapport de spécialité correspond alors à une superposition partielle des

⁵⁹⁹ Bernard Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse dactylographiée, Université Bordeaux I, 1986, §45.

⁶⁰⁰ Luc Robine, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, op. cit.

⁶⁰¹ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., p. 93. L'auteur s'efforce de distinguer les lois spéciales des lois d'exception. Il admet toutefois que les différences sont insignifiantes. Ainsi « *malgré la complexité de la distinction, il n'en reste pas moins vrai que les diverses dispositions de la loi spéciale s'ordonnent toutes autour des règles véritablement dérogatoires au droit commun, en sorte que ce sont bien ces dernières qui commandent sa nature d'exception* ».

⁶⁰² Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., notes infrapaginales, p. 91.

⁶⁰³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 235. « L'ordre juridique est un système de normes générales et de normes individuelles qui sont unies les uns aux autres par le fait que la création de chacun des normes qui appartient à ce système est réglée par une norme du système, et, en dernière analyse par sa norme fondamentale ».

champs d'application de deux normes (**B**), l'un étant inclus dans l'autre⁶⁰⁴. Il se distingue ainsi de l'indépendance entre deux règles, c'est-à-dire de l'absence de rapport entre celles-ci (**A**).

A. La distinction de l'indépendance de la superposition partielle des champs d'application des règles

L'indépendance entre les règles signifie l'absence de tout lien entre ces dernières. Elle peut d'après le professeur Untermaier être envisagée d'un point de vue de chaque dimension du champ d'application des règles de droit. Il faut ici rappeler les quatre dimensions personnelle, matérielle, spatiale et temporelle que possède la règle de droit⁶⁰⁵. Ainsi, du point de vue personnel, y a-t-il en principe indépendance entre la catégorie des « citoyens de sexe masculin » et celle des « citoyens de sexe féminin », entre « les personnes privées » et les « personnes publiques » entre « les citoyens actifs » et « les citoyens passifs ». Du point de vue matériel, la classe de faits « arrêt au feu rouge » est donc totalement indépendante de la classe des faits « port de signes religieux ». Sur le plan spatio-temporel, la règle applicable du 2 janvier 2006 au 4 mars 2006 est indépendante de celle applicable à compter du 1^{er} juillet 2006, de même que celle qui interdit le stationnement « le long des voies publiques de la commune de X... » est indépendante de celle qui l'interdit « le long des voies publiques de la commune Y... »⁶⁰⁶.

L'indépendance peut caractériser non seulement l'inexistence du rapport entre deux règles mais également deux séries de règles. L'exemple cité par le professeur est l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 20 juillet 1971 *Ville de Sochaux*. Dans cette affaire, le juge administratif a précisé que les règles déterminant les autorités compétentes pour les classements et le déclassement des voies publiques sont indépendantes de celles fixant la répartition des compétences en matière de déclaration d'utilité publique : les premières « ont une portée limitée quant à leur objet et ne peuvent avoir pour effet de modifier les secondes »⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 272.

⁶⁰⁵ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 107-128. La plupart des nos analyses de l'indépendance entre les règles sont tirées de sa thèse portant sur les règles générales en droit public français, p. 272.

⁶⁰⁶ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit. p. 272.

⁶⁰⁷ C.E, 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, rec., p. 561 cité par Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 273.

Le professeur souligne par ailleurs qu'une règle indépendante d'une autre ne peut être appliquée en lieu et place de cette dernière. De la sorte, « la loi du 17 juillet 1940 qui autorise le gouvernement à relever de leurs fonctions les agents de l'Etat n'a pas pour objet de substituer les mesures qu'elle prévoit aux sanctions disciplinaires dont seraient passibles les fonctionnaires » : les mesures de relèvement de fonctions constituent une catégorie indépendante de celles des sanctions disciplinaires. Par conséquent, l'autorité administrative ne peut prononcer une mesure de relèvement de fonction pour un fait qui constitue une faute disciplinaire⁶⁰⁸.

L'indépendance entre les règles de droit a pour conséquence de priver l'autorité normative de la possibilité d'opérer une substitution de base légale. Ainsi, « les pouvoirs de police générale reconnus au maire par les dispositions de l'article L. 2212-2 du Code des collectivités locales sont distincts des pouvoirs qui lui sont conférés dans le cadre des procédures de péril régies par les articles L. 511-1 à L. 511-4 du Code de la construction et de l'habitation, ne relèvent pas des mêmes procédures et n'ont pas la même portée ». Le Conseil d'Etat en déduit que « la commune de Combs-la-Ville n'est dès lors pas fondée à soutenir que l'arrêté du 27 juillet 2005, qui ne pouvait être légalement pris sur le fondement des dispositions des articles L. 511-1 à L. 511-2 du Code de la construction et de l'habitation, trouverait son fondement légal dans celles de l'article L. 2212-2 du Code des collectivités territoriales »⁶⁰⁹.

Enfin le professeur note que l'affirmation de l'indépendance entre deux séries de normes permet d'éviter le contrôle de la conformité de l'une à l'autre. Par exemple dans l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 5 juillet 2000 *Association nationale de défense des rapatriés*, dans la mesure où « le décret attaqué, institue au bénéfice de certaines catégories de rapatriés, un dispositif de désendettement, entièrement distinct de régimes similaires » institués par des lois antérieures, le Conseil d'Etat en déduit que « dès lors, le moyen tiré d'une contrariété entre le décret attaqué et ces lois ne peut être utilement évoqué »⁶¹⁰.

Ainsi l'indépendance des règles juridiques se caractérise par une absence totale de connexité entre ces dernières. Dans cette hypothèse, il n'y a ni règle générale, ni règle spéciale exceptionnelle parce qu'il n'est pas possible de procéder à la comparaison des

⁶⁰⁸ C.E, Sect., 4 février 1944, *Sieur Duplat*, rec., p. 46, cité par rec., op. cit. p. 273.

⁶⁰⁹ C.E 30 novembre 2007, *Monsieur Luneaut*, req., n° 294768, mentionné aux tables du recueil *Lebon* ; *A.J.D.A.*, 2008, p. 208-210, concl. J-P Thiellay, cité par Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 273.

⁶¹⁰ C.E, 5 juillet 2000, *Association nationale de défense des rapatriés*, T. Leb., p. 811 et 1116, cité par Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit. p. 273.

champs d'application de ces normes autonomes régissant des domaines totalement séparés. A titre d'exemple, on ne peut comparer le champ d'application d'une règle selon laquelle « *il est interdit de dépasser 130 km par heure sur l'autoroute nationale* » avec celui d'une règle d'après laquelle « *tout Français jouira des droits civils* ». Ces deux règles ne visent pas les mêmes catégories de faits ou de personnes comparables. Elles sont donc des règles indépendantes.

Il en résulte que l'exception, en tant que la règle spéciale limitant l'étendue d'une règle générale ne peut être décelée qu'à partir de la superposition des champs d'applications de deux règles.

B. L'exception résulte de la superposition partielle des champs d'application de deux règles

Une règle constitue ou apporte une exception à une autre règle lorsqu'elle vise une catégorie de fait, de personne partiellement imbriquée dans la catégorie saisie par cette dernière. Le rapport d'exception et règle correspond à une superposition partielle des champs d'application de deux normes. Il concerne en conséquence les normes qui se trouvent dans un rapport d'imbrication. C'est-à-dire lorsqu'une règle vise un ensemble de faits, de personnes, compris comme une sous-catégorie d'une catégorie relevant d'une autre règle. Les champs d'application de ces deux règles se superposent dans l'une de leurs dimensions⁶¹¹.

A titre d'exemple, la loi du 21 mars 1884 relative à la liberté syndicale en ne visant que les syndicats ou associations professionnelles constitue une règle d'exception au regard de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association en ce que cette dernière régit toutes les associations. Ce qui signifie que si la loi du 21 mars 1884 peut être générale dans l'absolu, elle devient en revanche spéciale, exceptionnelle par rapport à la loi du 1^{er} juillet 1901. Il est également possible de dire que les syndicats et les associations professionnelles constituent une sous-catégorie de la catégorie du contrat d'association visée par la loi du 1^{er} juillet 1901. Ainsi, les champs d'application (liberté d'association et liberté syndicale ou associations syndicales professionnelles) des lois du 1^{er} juillet 1901 et du 21 mars 1884 se superposent partiellement dans leur dimension matérielle.

D'un point de vue personnel, le professeur Untermaier note que la catégorie « citoyen français de sexe féminin » est une sous-catégorie de la catégorie « citoyen français ». La règle

⁶¹¹ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op., cit., p. 274.

qui vise la première est spéciale relativement à la seconde. Il y a aussi imbrication entre la catégorie de personnes publiques et des groupements d'intérêts publics. D'un point de vue matériel, la norme qui vise les avortements thérapeutiques est spéciale par rapport à celle qui vise les avortements dans son ensemble parce « la classe de faits » constituée par les avortements thérapeutiques est entièrement comprise comme une « sous-classe » de la « classe des faits » des avortements⁶¹². D'un point de vue temporel, la catégorie de « mois » est une sous-catégorie de la catégorie « année » : il y a imbrication sur le plan temporel du champ d'application de la norme qui prévoit que le stationnement est gratuit au mois d'août, dans celui de la norme qui prévoit que le stationnement est payant pendant l'année. En ce qui concerne le point de vue spatial, la catégorie « territoire français métropolitain » est une sous-catégorie de celle de « territoire français »⁶¹³.

La règle générale exprime le droit commun, c'est-à-dire un ensemble de dispositions qui découlent de principes généraux et qui n'ont pas de caractère exceptionnel, qui déterminent la règle applicable à tous les cas du même genre. La règle spéciale, ou bien prolonge la règle générale dans ses applications particulières ou bien crée une zone dérogatoire à la loi générale pour des espèces déterminées⁶¹⁴. Les règles générales et spéciales sont imbriquées, elles se retrouvent les unes dans les autres. De même, le droit pénal général se retrouve dans le droit pénal spécial : la loi pénale générale détermine les éléments constitutifs de toute infraction, le droit pénal spécial posant pour chaque délit ses éléments constitutifs propres. Le vol comme toute infraction, comprend un élément légal et un élément matériel. Il relève d'abord du droit pénal général. Toutefois c'est la loi pénale spéciale qui précisera quels éléments matériel et moral le caractérisent pour le séparer d'espèces voisines comme l'escroquerie ou l'abus de confiance⁶¹⁵. Il en va de même pour les articles 1382 et 1383 du Code civil qui posent les principes généraux de la responsabilité civile tandis que les articles 1384 à 1386-16 déterminent les règles spéciales applicables à la responsabilité du fait des choses, du fait des produits défectueux.

⁶¹² Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 274. L'auteur emprunte l'expression « classe de fait » à Riccardo Guastini, « Pondération. Une analyse des conflits entre principes constitutionnels, colloque Conflits de normes, conflit des valeurs, 16 décembre 2005 », centre de théorie du droit, Paris X-Nanterre.

⁶¹³ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 274.

⁶¹⁴ Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, op. cit., voir « Generalia specialibus non derogant », p. 152.

⁶¹⁵ Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, op. cit., voir « Generalia specialibus non derogant », p. 152.

Ainsi la règle d'exception se caractérise par le fait qu'elle ne vise qu'une sous-catégorie imbriquée dans une catégorie entièrement réglée par une autre règle. C'est en ce sens que la règle d'exception est également qualifiée de soustraction d'une partie (sous-catégorie) des cas relevant de la totalité des cas visés par la règle générale. En soustrayant une sous-catégorie à la catégorie visée par la règle générale, l'exception montre bien sa nature de limitation de la règle générale. Elle rend en effet inapplicable cette dernière à des cas qu'elle lui a soustraits. La loi du 1^{er} juillet 1901 ne peut s'appliquer aux syndicats ou associations professionnelles parce que ceux-ci lui sont soustraits et se trouvent régies par la loi du 21 mars 1884. De même, la règle générale de responsabilité civile énoncée par l'article 1382 du Code civil ne peut s'appliquer à la responsabilité des dommages causés par la ruine des bâtiments étant donné que cette dernière est régie par l'article 1386 du même code.

Au vu de ce rapport du général au spécial, on peut dire que les lois et règlements édictés par les articles 34 et 37 de la Constitution constituent les règles générales ou le droit commun par opposition aux règles et droits locaux adoptés par les collectivités territoriales d'outre-mer au titre des articles 73 et 74 de la Constitution. Ces règles et droits locaux sont des exceptions aux règles générales ou au droit commun national en ce qu'ils ne visent qu'une partie des Français et ne s'appliquent qu'à certaines parties du territoire national. Les lois et règlements généraux visent la catégorie de Français (genre) et s'appliquent à l'ensemble du territoire national. Les règles et droit locaux ne visent qu'une sous-catégorie de Français (espèce) vivants dans certaines collectivités territoriale du territoire national. La population d'outre-mer est donc une sous-catégorie imbriquée dans la catégorie de population française. De même, on peut dire que les « lois du pays » de la Nouvelle-Calédonie et celles de la Polynésie française sont une sous-catégorie de la catégorie des lois et règlements généraux ou nationaux.

Il en va de même pour le statut personnel prévu par l'article 75 de la Constitution⁶¹⁶ en ce qu'il constitue une exception au statut civil de droit commun seul visé à l'article 34 de la Constitution. Comme l'a souligné Monsieur Prétot « les dispositions insérées dans l'article 75 ont un objet bien précis : elles dérogent en effet aux dispositions de l'article 3 du Code civil aux termes desquelles « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers » en soumettant pour autant que les intéressés n'y renoncent pas certaines catégorie de citoyens français à des règles propres en ce qui concerne

⁶¹⁶ Selon l'article 75 de la Constitution de 1958 « les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ».

leur statut civil ». En ne visant qu'une partie des Français, le statut civil de droit local⁶¹⁷ est une règle spéciale par rapport au statut civil de droit commun visé à l'article 34 de la Constitution. Ce dernier est une règle générale en ce qu'elle s'applique à tous les Français.

Parfois le rapport du général au spécial se trouve dans la même disposition juridique comme c'est le cas lorsqu'une norme énonce une règle générale et l'assortit d'exception. Ainsi que l'illustre l'article 67 de la Constitution qui prévoit d'abord le régime d'irresponsabilité et d'inviolabilité au profit du Président de la République pendant l'exercice de son mandat puis lui apporte deux exceptions en ces termes « sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68 de la Constitution »⁶¹⁸. L'article 53-2 introduit par la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 porte que la République reconnaît la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité de Rome le 18 juillet 1998. Instituée pour connaître les crimes et délits internationaux, la compétence de la Cour s'applique à tous sans admettre de distinction fondée sur la qualité officielle. Si le Président de la République jouit d'un régime d'inviolabilité et d'irresponsabilité pour les actes accomplis en cette qualité devant les juridictions françaises, il est toutefois justiciable devant la Cour pénal internationale. L'article 53-2 est donc une première exception aux principes d'irresponsabilité et d'inviolabilité puisque le Président peut être amené à rendre compte pendant son mandat, de crimes internationaux, que ces derniers aient été commis ou non dans l'exercice de ses fonctions⁶¹⁹. L'article 68 issue de la révision constitutionnelle du 23 février 2007 consacre une deuxième exception au principe d'irresponsabilité en ce qu'il dispose que « le Président de la république ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour ». Ainsi, les articles 53-2 et 68 limitent le champ d'application de l'article 67 en ce qu'ils lui soustraient certains actes qualifiés de crimes internationaux ou manquement à ses devoirs.

Il en va de même pour l'article 73 de la Constitution. En effet, après avoir énoncé le principe d'identité législative, cette disposition l'assortit d'une exception en ce qu'elle autorise le législateur à habiliter les collectivités territoriales d'outre-mer à déroger à ce

⁶¹⁷ Loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O, n° 68 du 21 mars 1999 www.legisfrance.gouv.fr ; voir égal. Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 statut de droit local applicable à Mayotte J.O. du 13 juillet 2001 consolidée par la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, J.O. du 22 février 2007.

⁶¹⁸ L'alinéa 1 de l'article 67 prévoit que « le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en ces qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68 ».

⁶¹⁹ Voir en ce sens, Pierre Avril, *Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 21 et s.

principe. Ainsi le droit édicté par ces collectivités en fonction de leurs spécificités sera spécial par rapport au droit commun ou national parce qu'il ne s'applique qu'à une sous-catégorie (de personne ou de fait) de la catégorie visé par ce dernier.

L'exception d'inconstitutionnalité, d'illégalité ou encore l'exception de procédure exprime également l'idée de limitation faite à certains règles et principes régissant les étapes ou le déroulement du procès. En effet, avant la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, le principe était l'impossibilité de contrôler la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée et en vigueur. Ce principe peut être limité c'est-à-dire recevoir des exceptions lorsque le juge constitutionnel décide de contrôler la constitutionnalité des lois déjà promulguées. L'exception d'inconstitutionnalité a depuis loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 son fondement dans l'article 61-1 de la Constitution.

En résumé, en soustrayant ou en excluant une sous-catégorie de la catégorie appartenant à la règle générale, la règle d'exception se présente comme une règle spéciale dérogeant à cette dernière. Raymond Gassin observe par ailleurs que l'exception s'explique par le jeu d'un principe général consacré par la loi ; tous les principes consacrés simultanément par une législation ne s'harmonisent pas nécessairement ; lorsqu'un conflit s'élève entre deux de ceux-ci pour la détermination des règles applicables à une série de cas déterminés, le législateur est contraint de choisir et ce choix s'exprime parfois sous la forme d'une exception apportée à la règle générale⁶²⁰.

Il en résulte que l'exception peut également résulter d'une contradiction entre les règles de droit. En apportant une limite à l'étendue de la règle générale, la règle d'exception est souvent perçue comme une contradiction à cette dernière. C'est donc le rapport contradictoire entre les règles générales et les règles exceptionnelles qu'il convient à présent d'examiner.

§2. L'exception résulte de la contradiction entre deux règles

Selon les professeurs Boyer et Roland, l'adage « *d'exceptio est strictissimae interpretationis* » nécessite l'identification des textes exceptionnels c'est-à-dire l'exception⁶²¹. Celle-ci peut être expressément énoncée comme c'est le cas d'une norme qui énonce une exception faite à telle autre disposition mais elle peut être implicitement formulée par « cependant », « néanmoins », « sauf » ou d'autres expressions analogues. L'exception peut

⁶²⁰ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., p. 92.

⁶²¹ Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, op. cit., p. 231-232.

également intervenir lorsqu'il y a conflit entre deux textes, lesquels donnent des solutions différentes pour la même situation juridique. En d'autres termes, en visant la même catégorie matérielle ou personnelle, les deux normes donnent deux solutions contradictoires. La solution du conflit consiste à rechercher si l'une des dispositions ne donne pas une solution de principe, tandis que l'autre aurait un caractère exceptionnel : la préférence serait alors accordée à la première. Les professeurs admettent cependant qu'il est souvent malaisé d'opérer une telle discrimination et la jurisprudence en est réduite à concilier les deux textes en assignant à chacun d'eux un domaine propre d'application.

Il en résulte que le rapport contradictoire entre deux normes peut caractériser l'existence d'une norme exceptionnelle (A). A cet égard, le droit constitutionnel paraît comporter plusieurs normes contradictoires. Toutefois, il faut souligner que c'est en présence de normes contradictoires que la nature de limitation de la norme d'exception est particulièrement mise en exergue (B).

A. Le rapport contradictoire entre deux normes : source d'exception

Tels qu'ils sont prévus par la Constitution, les articles 16 et 38 semblent entrer en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs énoncé au titre des articles 34, 37 ainsi que l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789. Selon cette dernière disposition « *toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminés, n'a point de Constitution* ». Fondant ainsi le principe de la séparation des pouvoirs, cette disposition signifie globalement que les pouvoirs d'un Etat doivent être divisés et attribués à des organes distincts. Ainsi, le pouvoir législatif est confié au Parlement (pouvoir législatif), le pouvoir d'exécution revient au gouvernement (pouvoir exécutif) et enfin le pouvoir de juger au juge (pouvoir judiciaire). En raison de la diversité d'études consacrées à la théorie de la séparation, il ne serait pas possible ici de décrire toutes les nuances de cette théorie, notre propos doit se circonscrire à l'essentiel. L'idée est d'expliquer les caractéristiques fondamentales de cette théorie et d'expliquer pourquoi elle peut dans certaines circonstances s'opposer ou entrer en conflit avec d'autres dispositions constitutionnelles.

La séparation des pouvoirs peut selon la théorie dite traditionnelle ou classique désigner tantôt la spécialisation tantôt l'indépendance des pouvoirs. Elle évoque généralement

trois types de séparation⁶²². D'abord une séparation fonctionnelle, d'après laquelle un organe ou un groupe d'organes est attributaire exclusif de l'intégralité d'une fonction étatique – législative, exécutive ou judiciaire – et forme à ce titre un pouvoir qui n'a aucune part à l'exercice d'une fonction dévolue à un autre pouvoir. Ce type de cantonnement fonctionnel correspond au principe de spécialisation dans une fonction unique. Ensuite une séparation personnelle qui implique que les membres d'un pouvoir ne doivent pas être nommés par un autre pouvoir ou être révocable par lui, ce qui prohibe dans ce dernier cas des procédés tels que le droit de dissolution ou la responsabilité ministérielle. Enfin une séparation matérielle qui interdit tout contact, relation ou communication entre pouvoir, et dont découle par exemple l'impossibilité faite à un membre de l'exécutif de prendre parole dans une assemblée. Cette séparation personnelle et matérielle correspond quant à elle au principe d'indépendance⁶²³. Le but de cette séparation des pouvoirs sera de préserver la liberté politique en empêchant la réunion des pouvoirs. Il s'agit d'instituer un équilibre des pouvoirs de l'Etat.

La séparation peut dans une conception souple ou hiérarchique désigner l'interdiction d'attribuer à un organe unique l'intégralité de la fonction législative. Ce qui signifie que la séparation doit, dans cette conception, être faite à l'intérieur d'une seule fonction de faire les normes. Les tenants de cette conception souple considèrent en effet que l'attribution à un détenteur unique de la puissance législative permettrait à cet organe de modifier à volonté les normes juridiques relatives à la distribution des pouvoirs, et le mettrait en état de s'approprier les autres fonctions⁶²⁴. Il est donc impératif selon eux, afin de prévenir la concentration, qu'aucun organe n'exerce seul la fonction législative. Ainsi la division du pouvoir législatif en plusieurs organes législatifs partiels apparaît selon ces auteurs comme une technique essentielle de la séparation du pouvoir ou comme la balance des pouvoirs, théorie chère à Montesquieu.

De ce bref exposé, on retiendra donc que la séparation des pouvoirs peut signifier tantôt l'interdiction du cumul des pouvoirs ou des fonctions, tantôt la règle de non-concentration des pouvoirs⁶²⁵ aux mains d'une seule personne (organe, autorité). Elle a pour but de maintenir en équilibre l'ensemble des pouvoirs et de préserver les droits et libertés

⁶²² Marc Lahmer, « Séparation et balance des pouvoirs », in Stéphane Rials et Denis Alland, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1407.

⁶²³ Marc Lahmer, « Séparation et balance des pouvoirs », in Stéphane Rials et Denis Alland, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1407.

⁶²⁴ Marc Lahmer, « Séparation et balance des pouvoirs », art. cit. p. 1407-1408.

⁶²⁵ Michel Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1973.

individuels du despotisme. C'est en ce sens que l'article 34 de la Constitution de 1958 attribue essentiellement le pouvoir d'adopter les lois au législateur (fonction législative) et l'article 37 confère au gouvernement le pouvoir d'édicter les règlements d'exécution des lois (fonction exécutive). Le titre XII de cette Constitution crée l'autorité judiciaire et lui attribue le pouvoir de juger et d'appliquer la loi (fonction judiciaire). En vertu de cette répartition de compétence, une autorité ne peut intervenir dans le domaine de compétence relevant d'une autre. Or en permettant au Président de la République de prendre des mesures qui peuvent être aussi bien législative que réglementaire l'article 16 de la Constitution semble entrer en conflit avec le principe de la séparation des pouvoirs.

En effet, lors de l'unique mise en œuvre en 1961 des pouvoirs exceptionnels prévus par l'article 16, le Président de la République a entre le 23 avril et le 29 septembre 1961 pris des mesures touchant à des domaines variés : création des tribunaux, modification de la procédure pénale, suspension de l'inamovibilité des magistrats du siège ou destitution de certains fonctionnaires ou militaires, décisions prévoyant l'interdiction de certains écrits périodiques ou restreignant la liberté individuelle⁶²⁶. Or en tant que l'autorité exécutive, le Président ne peut en vertu du principe de la séparation des pouvoirs prendre ces mesures et décisions qui relèvent du pouvoir législatif. En créant cette confusion des pouvoirs, l'article 16 paraît entretenir un rapport contradictoire avec le principe de séparation des pouvoirs. En effet, la concrétisation de l'article 16 entraîne l'inapplication de ce dernier principe. Comment faut-il expliquer de manière cohérente l'opposition entre ces deux normes⁶²⁷ ?

Il en va de même pour l'article 38 aux termes duquel « le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnance, pendant un délai déterminé, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». Dans le même sens, le gouvernement peut en vertu de l'article 74 de la Constitution dans les matières qui demeurent de la compétence de l'Etat, étendre par ordonnances avec les adaptations nécessaires les dispositions de nature législative en vigueur en métropole à l'organisation particulière des collectivités d'outre-mer visé par l'article 74. Il s'agit des ordonnances d'extension des dispositions législatives et réglementaires aux collectivités territoriales d'outre-mer. Ces dispositions ouvrant au pouvoir exécutif la possibilité

⁶²⁶ Jean Lamarque, « Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16 », J.C.P., 1962, I, n° 1711. Voir égal. François Saint-Bonnet, « Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception », R.D.P., 1998/5-6, spécial Les quarante ans de la Ve République, p. 1699-1718.

⁶²⁷ Antoine Jemmaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse dactylographiée, Université Lyon III, 1975.

d'intervenir dans le domaine législatif sont contraires au principe de séparation des pouvoirs ci-dessus exposé. En effet, le procédé des ordonnances est souvent perçu comme une atteinte portée à ce principe. Ainsi que l'a souligné le professeur Verpeaux « les ordonnances sous la Ve République, sont un moyen volontaire de méconnaître la répartition des compétences normatives entre la loi et le règlement, même si elles constituent une constitutionnalisation de la pratique des décrets-lois des Républiques précédentes [...] »⁶²⁸. En constatant la pratique croissante des ordonnances le professeur Delvolvé s'interroge pour sa part sur le point de savoir quel sera l'avenir du principe de la séparation des pouvoirs⁶²⁹.

Dans le même esprit, il faut également souligner la pratique des lois de validation qui constitue en réalité une intervention du législateur dans le fonctionnement de la justice⁶³⁰. Lors de la saisine du Conseil constitutionnel afin qu'il se prononce sur la constitutionnalité du texte de la loi portant validation d'actes administratifs⁶³¹, les sénateurs ont considéré que cette loi comporterait une intervention du législateur dans le fonctionnement de la justice et serait contraire au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Elle serait en effet de nature à entraîner le rejet de recours actuellement devant la juridiction administrative⁶³². Ainsi, la loi de validation entre dans un rapport de contradiction avec la répartition des compétences.

Le rapport contradictoire entre deux normes constitutionnelles se constate particulièrement sur le terrain des normes constitutionnelles matérielles c'est-à-dire des droits et libertés de l'homme garantis par la Constitution. A titre d'exemple, le droit de propriété prévu tant par l'article 2 que par l'article 17 de la Déclaration semble entrer en contradiction avec les lois de nationalisation, d'expropriation pour cause d'utilité publique. Le droit de grève garanti au titre de l'alinéa 7 du Préambule de 1946 s'oppose au principe de continuité des services publics. Mais sans aucun doute les libertés restent le domaine principal des

⁶²⁸ Michel Verpeaux, « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », Cahiers du Conseil constitutionnel (Dossier : Loi et règlements), 2005, n° 19, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-19/les-ordonnances-de-l-article-38-ou-les-fluctuations-controlees-de-la-repartition-des-competences-entre-la-loi-et-le-reglement.51898.html>, p. 96 et s.

⁶²⁹ Pierre Delvolvé, « L'été des ordonnances », R.F.D.A., 2005/5, p. 909-921.

⁶³⁰ Michel Lesage, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice : contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de thèse, 1960, p. 5-10. Voir égal. Bertrand Mathieu, *Les validations législatives : pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Economica, 1987, coll. Droit public positif.

⁶³¹ Loi n° 80-573 du 25 juillet 1980, portant validation d'actes administratifs, J.O. du 26 juillet 1980, p. 1883, cons. 4, 5 et 6.

⁶³² Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Validation d'actes administratifs J.O. du 24 juillet 1980, p. 1868, cons. 5.

oppositions et contradictions. Ce qui explique que certaines normes constitutionnelles ne font qu'énoncer les libertés pour leur apporter des exceptions. A cet égard l'article 4 de la Déclaration de 1789 est significatif du lien indissoluble entre la liberté et l'exception puisqu'il énonce la liberté en ces termes « la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». De même, l'article 9 de la Déclaration de 1789 apporte l'exception à la liberté de conscience en ces termes « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». Dans le même sens, l'article 11 de cette même déclaration dispose que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi ».

Afin de résoudre le rapport contradictoire entre certaines règles constitutionnelles, le juge constitutionnel recourt à la notion d'exception. En ce sens il décide que les normes constitutionnelles ne sont pas absolues et que leur exercice est susceptible de recevoir des limitations. L'exception apparaît dès lors comme la limitation du déploiement excessif ou de l'application stricte de la règle de droit. Il convient par ailleurs de souligner que ce sont les normes contradictoires qui explicitent la nature limitative de la norme d'exception.

B. L'exception : la limitation de l'étendue de la validité ou de l'application stricte de la règle

Si elles ont une apparence antagoniste, les notions de règle et d'exception s'avèrent en définitive indissociables. Selon le professeur Blumann, « la règle de droit permet une prévision et une programmation d'ensemble, l'exception facilite les adaptations et assouplissements nécessaires⁶³³ ».

Ainsi la règle d'exception est souvent fondée sur l'idée d'adaptation du droit aux circonstances sociales. Elle doit avoir lieu dès lors que le déploiement ou l'application à la lettre de la règle générale s'avère inefficace ou inadéquate. A ce titre Henri Batiffol souligne qu'« il est des cas où la règle de droit qui paraît justifiée dans sa généralité, doit subir une

⁶³³ Claude Blumann, « Le contrôle juridictionnel des dérogations en matière d'urbanisme », R.D.P., 1975, p. 5 et s.

limitation et être écartée en raison des circonstances qui rendent ses effets malencontreux »⁶³⁴. Ainsi, la notion d'exception est justifiée par l'idée selon laquelle l'application stricte de la règle générale peut engendrer des conséquences néfastes, elle doit par conséquent être limitée.

C'est dans l'esprit d'adaptation et de conciliation des normes antagonistes que le juge constitutionnel emploie la notion d'exception en cas de normes contradictoires. Si les articles 16, 38, 74-1 de la Constitution semblent entrer en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs, ils doivent cependant être interprétés comme des exceptions apportées par le pouvoir constituant à ce principe. C'est ce sens que dans la décision du 26 juin 2003 *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, le juge constitutionnel confirme la constitutionnalité de la loi d'habilitation après avoir vérifié le respect des conditions posées par l'article 38 tels que le délai, la finalité, l'objet de la loi d'habilitation⁶³⁵. A cet égard, le professeur Verpeaux note que l'article 38 constitue une dérogation à l'article 34 de la Constitution en ce qu'il autorise le gouvernement à intervenir dans le domaine de la loi exceptées certaines catégories de lois telles que lois organiques, lois de finances ou encore lois de financements de la sécurité sociale qui ne peuvent être l'objet des ordonnances⁶³⁶.

Une question se pose ici : outre les exceptions issues des articles 16, 38 de la Constitution, le principe de la séparation de pouvoirs peut-il connaître d'autres exceptions, par exemple celles qui résultent des lois de validation ? A cet égard, le Conseil constitutionnel a apporté une réponse positive dans sa décision du 22 juillet 1980 *Validation d'actes administratifs*. Selon le juge constitutionnel, il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement. En conséquence, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions ou de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence⁶³⁷. Toutefois le Conseil considère que « ces principes de valeur constitutionnelle ne s'opposent pas à ce que, dans l'exercice de sa compétence et au besoin, sauf en matière pénale, par la voie de dispositions

⁶³⁴ Henri Batiffol, *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1993, 9e éd., p. 120.

⁶³⁵ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, J.O. du 3 juillet 2003, p. 11205, cons. 10 et 11.

⁶³⁶ Michel Verpeaux, « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », art. cit.

⁶³⁷ Décision n° 80-119 du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, déc. préc., cons. 6.

rétroactives, le législateur modifie les règles que le juge a mission d'appliquer. Ainsi le fait que la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel intervient dans une matière ayant donné lieu à des recours actuellement pendants n'est pas de nature à faire regarder cette loi comme non conforme à la Constitution »⁶³⁸. Il en résulte que si la répartition des compétences est une règle constitutionnelle, elle n'est pas pour autant absolue et connaît des exceptions.

Si le législateur peut faire exception à la règle de séparation des compétences, la norme d'exception est cependant subordonnée à plusieurs conditions, ainsi que l'illustrent les décisions du 21 et du 29 décembre 1999. Dans ces décisions, le juge constitutionnel considère que « *si le législateur peut, dans un but d'intérêt général suffisant, valider un acte dont le juge administratif est saisi, afin de prévenir les difficultés qui pourraient naître de son annulation, c'est à la condition de définir strictement la portée de cette validation, eu égard à ses effets sur le contrôle de la juridiction saisie ; ainsi qu'une telle validation ne saurait avoir pour effet, sous peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, d'interdire tout contrôle juridictionnel de l'acte validé quelle que soit l'illégalité invoquée par les requérants* »⁶³⁹.

A propos de cette décision, le professeur Mathieu note que « sa nouveauté réside dans la référence expresse à l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen – fondement désormais du contrôle des lois de validation – et dans l'affirmation selon laquelle l'intérêt général invoqué doit être « suffisant », ce qui semble devoir être compris comme signifiant en fait que la proximité d'un intérêt général suffisant justifie une limitation proportionnée aux exigences tirées de l'article 16 »⁶⁴⁰.

Ces conditions juridiques strictes auxquelles est soumise la loi de validation en tant qu'exception au principe de la séparation des pouvoirs s'expliquent sans doute par l'idée selon laquelle la loi de validation est aussi une exception aux articles 6-1 (droit au procès équitable) et 13 (droit au recours effectif) de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, dans son arrêt du 28 octobre 1999 *Zielinski et Pradal contre France*, la Cour européenne a considéré que la loi de validation, déjà jugée conforme à la Constitution,

⁶³⁸ Décision n° 80-119 du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, déc. préc, cons. 7.

⁶³⁹ Décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000, cons. 64. J.O. du 30 décembre 1999, p. 19730

⁶⁴⁰ Bertrand Mathieu, « Les validations législatives devant les juges de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle », R.F.D.A., 2000, p. 289-304. Voir égal., même auteur, *Les validations législatives : pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, op. cit.

violait l'article 6 de ladite Convention au motif que « le risque financier justifiant la validation ne saurait permettre, en vain, que le législateur se substitue, tant aux parties à la convention collective qu'aux juges pour régler le litige »⁶⁴¹. Depuis cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel fait preuve de la plus grande vigilance en matière de validation législative pour apprécier si le motif d'intérêt général invoqué lui paraît suffisant ainsi que l'illustre sa décision du 13 janvier 2005 *Loi de programmation pour la cohésion sociale* dans laquelle le juge a considéré que l'intérêt général n'était pas suffisant pour justifier une atteinte à la séparation des pouvoirs⁶⁴². La mesure de validation est donc déclarée par le juge contraire à la Constitution⁶⁴³.

La contradiction entre les articles 16, 38, 74-1 ainsi que des lois de validation avec le principe de la séparation des pouvoirs ne peut être résolue que par deux explications. D'une part, les articles 16, 38, 74-1 constituent des règles spéciales ne régissant qu'une sous-catégorie alors que le principe de la séparation des pouvoirs est une règle générale visant la catégorie. D'autre part nonobstant sa valeur constitutionnelle, ce principe n'est pas absolu et peut dès lors supporter des exceptions. En bornant l'étendue du principe de la séparation des pouvoirs l'exception le préserve des inconvénients dus à sa généralité. A cet égard Roland Drago note que « dans quelques cas, l'intérêt de l'Etat peut amener le législateur à intervenir. L'état de nécessité, les circonstances exceptionnelles constituent [...] des moyens d'écarter les conséquences néfastes d'une règle de droit entendue trop strictement »⁶⁴⁴. L'exception apparaît dès lors comme la limitation tantôt du déploiement excessif tantôt de l'application stricte de toute norme de droit de portée trop générale. Par l'application stricte, il faut entendre l'application à la lettre de la règle de droit sans tenir des circonstances sociales, politiques dans lesquelles elle se trouve. L'application stricte s'apparente à une application absolue de la règle de droit.

La nature limitative de l'exception s'opère également à l'égard du droit de la propriété qualifié de droit naturel et imprescriptible de l'homme⁶⁴⁵. Traditionnellement défini comme

⁶⁴¹ C.E.D.H Grande chambre du 28 octobre 1999, Zielinski, Pradal et Gonzalez et autres contre France, req. n° 24846/94.

⁶⁴² Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, Loi de programmation pour la cohésion sociale, J.O. du 19 janvier 2005, p. 896, cons. 32, 33.

⁶⁴³ Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, Loi de programmation pour la cohésion sociale, J.O. du 19 janvier 2005, déc. préc., cons. 34.

⁶⁴⁴ Roland Drago, préface de la thèse de Michel Lesage, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice : contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, op. cit. p. 2.

⁶⁴⁵ L'article 2 de la Déclaration des droits de 1789 prévoit en effet que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».

« le droit de jouir et de disposer des choses de la façon la plus absolue »⁶⁴⁶ le droit de propriété peut-il être limité par les lois de nationalisation ou d'expropriation ? En d'autres termes, est-il compatible avec la norme d'exception ? A cette question, le juge constitutionnel a dans ses décisions du 16 janvier et du 11 février 1982 *Lois de nationalisation* apporté une réponse positive. Ce qui signifie que le droit de propriété n'est pas absolu. En s'appuyant sur les articles 2 et sur l'article 17 de la Déclaration des droits de 1789, le juge réaffirme d'une part le caractère de droit naturel et imprescriptible de la propriété et d'autre part les limitations que le législateur peut apporter à ce droit. Ainsi, « *postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par les limitations exigées par l'intérêt général* »⁶⁴⁷.

Depuis cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel affirme de manière constante que le droit de propriété supporte des limitations exigées par l'intérêt général⁶⁴⁸. Cependant, ces exceptions ne doivent pas dénaturer le droit de propriété. Telle est l'exigence formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 juillet 2000 *Loi relative à la chasse*. Il en résulte que « *le droit de chasse sur un bien foncier se rattache au droit d'usage de ce bien, attribut du droit de propriété ; qu'il ne peut être apporté de limitations à l'exercice de ce droit qu'à la double condition que ces limitations obéissent à des fins d'intérêt général et n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée du droit de propriété s'en trouveraient dénaturés* »⁶⁴⁹.

Dans la décision du 13 janvier 2012 QPC *Consort B*, le juge précise la distinction entre deux types d'exceptions susceptibles d'être faites au droit de propriété. D'une part, la privation du droit de propriété qui relève de l'article 17 de la Déclaration des droits de 1789 aux termes duquel « la propriété est un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, sous la condition d'une juste et préalable indemnisation ». Ainsi, l'expropriation qui est sans doute l'exception la plus grave au droit de propriété ne peut intervenir qu'en cas de nécessité publique, constatée par loi et moyennant une juste et préalable indemnité. D'autre part, les

⁶⁴⁶ L'article 544 du code civil dispose que « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

⁶⁴⁷ Décision n° 82-132 DC du 16 janvier 1982, *Lois de nationalisation*, déc. préc., cons. 16.

⁶⁴⁸ Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, J.O. du 10 janvier 1991, p. 524, cons. 29.

⁶⁴⁹ Décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse*, cons. 24, J.O. du 27 juillet 2000, p. 11550. Voir égal. Alain Pariente, « Un coup d'arrêt aux limitations du droit de propriété en matière de chasse », R.F.D.C., 2001, n° 45, p. 95-110.

limitations de l'exercice de ce droit dont la constitutionnalité s'apprécie au regard de l'article 2 de cette même Déclaration. Dans cette dernière hypothèse, les exceptions faites à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et doivent être proportionnées à l'objet poursuivi⁶⁵⁰. L'excessivité sera donc un motif d'inconstitutionnalité de l'exception. En ce sens, le Conseil constitutionnel a dans sa décision du 7 décembre 2000 *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain* censuré la loi imposant des servitudes au motif que le législateur a apporté tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi⁶⁵¹.

Il en résulte que nonobstant son caractère sacré, inviolable, le droit de propriété n'a pas une portée absolue⁶⁵² et connaît des exceptions justifiées par l'intérêt général. Le même constat peut s'appliquer à l'égard des droits et libertés individuelles ou publiques constitutionnellement garanties.

Depuis la décision du 25 juillet 1979 *Droit de grève à la radio et à la télévision*, le Conseil constitutionnel considère que si le droit de grève a une valeur constitutionnelle, il doit cependant s'exercer dans le cadre des lois qui le règlementent. La nature limitative de l'exception faite au droit de grève s'illustre particulièrement via le considérant de principe : « *en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen et la sauvegarde de l'intérêt général [...]* »⁶⁵³. De même « *la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle* »⁶⁵⁴. Ces limitations peuvent selon le juge aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service public dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du

⁶⁵⁰ Décision n° 2011-208 QPC du 13 janvier 2012 Consort B (Confiscation de marchandises saisies en douane) J.O. du 14 janvier 2012, p. 752, cons. 4.

⁶⁵¹ Décision n° 2000-436 *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, J.O. du 14 décembre 2000, p. 19840, cons. 20.

⁶⁵² Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 927.

⁶⁵³ Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, J.O. du 27 juillet 1979, cons. 1.

⁶⁵⁴ Ibid. Voir égal. Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers des voyageurs*, J.O. du 22 août 2007, p. 13971, cons. 10 et 11.

pays. Nonobstant sa valeur constitutionnelle, le droit de grève n'est pas absolu et connaît donc des exceptions.

Ainsi à propos de la liberté d'entreprendre découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de 1789, le juge constitutionnel a dans sa décision du 27 juillet 1982 *Loi sur la communication audiovisuelle* déclaré qu'« elle n'est ni générale ni absolue »⁶⁵⁵. Dès lors « il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »⁶⁵⁶. Dépourvue de portée absolue, la liberté d'entreprendre ne peut exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi⁶⁵⁷. Le Conseil constitutionnel affirme de façon constante sa jurisprudence concernant les limites à la liberté d'entreprendre.

Qualifiée d'un des droits les plus précieux de l'homme, la liberté de communication n'est pas pour autant absolue. En effet, si tout Citoyen peut parler, écrire, imprimer librement, il doit toutefois répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. Ainsi la liberté d'expression connaît des exceptions déterminées par le législateur comme l'illustre la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse⁶⁵⁸. Si cette loi affirme le principe de libre communication, elle lui apporte également de nombreuses limitations. A titre d'exemples, les articles 23 et 24 de cette loi du 29 juillet 1881 soustraient à la liberté d'expression les propos, discours, écrits, imprimés, de nature à provoquer à la commission de crimes et délits⁶⁵⁹. L'exception apparaît ici en forme de norme d'interdiction en ce qu'elle attache une sanction à certains actes relevant de la liberté d'expression. En d'autres termes, lorsque les propos, écrits, discours, imprimés sont qualifiés de provocation aux crimes et délits, ils ne sont plus

⁶⁵⁵ Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 *Loi sur la liberté de communication audiovisuelle*, J.O. du 27 juillet 1982, p. 2422, cons. 12 et 13.

⁶⁵⁶ Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, J.O. du 14 juin 1998, cons. 26.

⁶⁵⁷ Décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, J.O. du 5 juillet 1989, p. 8382, cons. 5 : « Considérant que la liberté d'entreprise n'est ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ».

⁶⁵⁸ Les articles 23, 24, 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse limitent l'exercice de la liberté d'expression en sanctionnant certains types de propos, d'écrits, qui peuvent provoquer à la commission des crimes et des délits. Le chapitre IV de cette loi porte cet intitulé : « Des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication ».

⁶⁵⁹ Ibid. Voir à ce sujet, Nathalie Droin, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, L.G.D.J., 2010, coll. Fondation Varenne ; Guillaume Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité : Etude de droits privés*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006.

couverts par la liberté d'expression, ou dit autrement ils échappent à cette liberté et entrent dans le champ d'application des exceptions c'est-à-dire des interdictions. La liberté d'expression se trouve ainsi limitée parce qu'elle ne peut s'étendre à ces propos et discours provoquant à la commission de crimes et délits.

La liberté d'expression ne peut donc s'exercer que dans le cadre de la réglementation fixée par la loi. Telle est également la position du Conseil constitutionnel. Depuis la décision de principe des 10 et 11 octobre 1984, le juge affirme de manière constante que le principe de libre communication ne s'oppose pas à ce que le législateur compétent aux termes de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice de leur liberté publique, édicte des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire ou imprimer⁶⁶⁰. En raison de la valeur importante de la liberté d'expression le juge constitutionnel précise néanmoins les limites de la réglementation. Ainsi « *s'agissant d'une liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son existence est l'une des garanties essentielle du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* »⁶⁶¹.

Il ne saurait être possible ici d'analyser l'intégralité des exceptions apportées aux droits et libertés garantis par la Constitution. L'objectif consiste à expliquer que le rapport contradictoire entre deux normes permet de relever l'existence de l'exception, c'est-à-dire la limitation. Ainsi, la contradiction surgit lorsqu'une norme dispose que les pouvoirs doivent être divisés, séparés, et qu'une autre autorise la confusion ou la concentration des pouvoirs. De même, deux normes entrent en opposition lorsque l'une d'elles autorise la liberté d'expression, et que l'autre interdit les propos et expressions racistes ou négationnistes. En pareille situation, la seconde norme est une exception en ce qu'elle limite l'application de la première norme et exclut de son champ certaines expressions incriminées. Il est également possible de dire qu'en visant seulement les propos racistes ou négationnistes, la seconde norme est spéciale en ce qu'elle ne régit qu'une sous-catégorie par rapport à la totalité des expressions visée par la première norme.

⁶⁶⁰ Décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, J.O. du 13 octobre 1984, p. 3200, cons. 36.

⁶⁶¹ Ibid., cons. 37.

En résumé, la notion d'exception se caractérise par le rapport du général au spécial. Sa présence implique la superposition ou l'interférence partielle des champs d'application de deux règles. En ne visant qu'une sous-catégorie imbriquée dans la catégorie régie par la règle générale, la règle d'exception limite l'étendue de cette dernière. Elle n'a dès lors qu'un champ d'application limité parce qu'elle n'opère qu'à l'égard des cas soustraits à la règle générale. C'est en ce sens que la règle régit le genre alors que l'exception ne régle que l'espèce.

Le rapport de la règle (du général) à l'exception (au spécial) peut intervenir en cas de contradiction entre deux normes, c'est-à-dire que ces normes donnent des solutions différentes pour la même situation juridique. En pareil cas, il faut rechercher si l'une des normes ne donne pas une solution de principe tandis que l'autre fournirait une solution exceptionnelle. C'est-à-dire que l'une donne une solution générale tandis que l'autre donne une solution spécialement adaptée à une série de cas limitée. Le rapport contradictoire entre deux normes se constate particulièrement en droit constitutionnel et implique deux idées suivantes : d'une part, aucune des deux normes ne peut avoir une portée absolue ; d'autre part, l'exercice de ces normes est susceptible de recevoir des exceptions. Le juge constitutionnel affirme en effet de manière constante qu'en raison de leur caractère contradictoire, les droits et libertés de valeur constitutionnelle ne sont pas absolus et connaissent donc des exceptions. En s'attachant tantôt à l'application des principes constitutionnels (séparation des pouvoirs par exemple) tantôt à l'exercice de ces droits et libertés (droit de propriété, droit de grève, liberté d'expression, etc.), cette notion met en exergue sa signification matérielle de limitation. L'exception est donc la limitation de l'application stricte de la règle de droit générale. Plus exactement, elle limite l'étendue d'une règle générale lorsque son application stricte s'avère inadéquate ou produit des conséquences néfastes.

Conclusion du Chapitre 1

L'analyse combinée du droit positif, de la jurisprudence et de la doctrine permet de proposer une définition de la notion d'exception. Celle-ci désigne la *norme ou la règle de limitation* c'est-à-dire une norme qui apporte ou détermine la limite à l'étendue d'une autre règle générale. En ne régissant qu'une sous-catégorie soustraite de la catégorie, l'exception est une norme ayant un champ d'application plus limité que celui d'une autre norme.

La limitation, noyau dur de la notion d'exception s'explique par l'idée selon laquelle la généralité n'est pas exempte d'inconvénients, son application absolue pouvant détourner la règle juridique de sa finalité. Générale, la règle est nécessairement approximative et ne donne pas de solutions adéquates à des cas exceptionnels ou particuliers. Ce qui explique la nécessité de lui apporter des limites, des bornes. En limitant l'étendue de la règle générale, la règle exceptionnelle soustrait certains cas de l'empire de cette dernière pour les soumettre à un régime juridique différent.

Les critiques les plus récurrentes adressées à la norme d'exception consistent à montrer l'entorse qu'elle fait aux principes d'égalité et d'unité du droit commun. S'inscrivant sans doute dans la conception absolue de ces principes, ces critiques semblent davantage relever du jugement de valeur que de l'analyse du droit positif. En habilitant le législateur à édicter les normes d'exception, la Constitution met en lumière le caractère relatif du principe d'égalité. Ainsi que l'illustre également la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente les situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un ou l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »⁶⁶². De même, la constitutionnalisation des collectivités d'outre-mer à statut juridique particulier est significative de la relativité des principes d'indivisibilité de la République et d'unité ou d'uniformité du droit commun. Ces derniers se concilient avec l'exception. Au vu de ces éléments, la constitutionnalité des normes d'exception ne peut pas être contestée.

En se caractérisant par le rapport du général au spécial, l'exception désigne la norme spéciale ne régissant qu'une sous-catégorie imbriquée dans la catégorie visée par la règle générale. Elle n'a en conséquence qu'un champ d'application limité par rapport à celui

⁶⁶² Décision n°2012-232 QPC du 13 avril 2012, Monsieur Raymond S. [Ancienneté dans l'entreprise et conséquences de la nullité du plan de sauvetage de l'emploi] J.O. du 14 avril 2012, p. 6886, cons. 3.

conféré à une autre règle. En ce sens, la règle exceptionnelle régit l'espèce alors que la règle générale vise le genre.

C'est en présence d'un rapport contradictoire entre deux normes d'égale validité que la notion d'exception met en lumière sa signification intrinsèque de norme de limitation. En effet, lorsqu'une norme, en raison de sa portée trop générale entre en conflit avec une autre règle, la solution du conflit consiste à lui apporter une limitation. La notion d'exception explicite ainsi le caractère relatif de certains principes et règles de droit.

Si sa qualité de règle de droit est admise, l'exception, parce qu'elle est une règle de limitation, ne reçoit pas la même faveur que la règle générale. En effet si elle semble a priori avoir une supériorité sur cette dernière comme l'illustre l'adage *lex specialis generalibus derogant* cette supériorité est néanmoins relativisée par la règle de l'interprétation stricte. C'est donc l'interprétation stricte de l'exception ainsi que sa distinction des notions voisines qu'il faut à présent étudier.

Chapitre 2. L'interprétation stricte de la norme d'exception et sa distinction des notions voisines

C'est parce qu'elle est souvent assimilée au phénomène de mise à l'écart⁶⁶³ ou encore à celui de l'ineffectivité de la règle de droit que la norme exceptionnelle supporte toujours une défaveur intuitive. Sa seule évocation renvoie d'emblée à l'image d'un droit de privilège, d'un droit inégalitaire ou dérogoire au principe d'égalité. En se soustrayant au droit commun, la norme d'exception révélerait sa nature de droit exorbitant ou anormal. Une analyse subjective du contenu matériel de certaines normes de droit vient renforcer davantage cette défaveur parce qu'elle conduit à assimiler la norme d'exception à des lois odieuses ou injustes.

Lorsqu'elle véhicule la diversité du droit, la norme exceptionnelle est souvent perçue comme un élément rompant l'harmonie et l'unité du droit commun. A propos du rapport de la règle et de l'exception, certains auteurs de la doctrine parlent de conflit de l'un et du multiple⁶⁶⁴. Il en résulte que si la règle de droit générale représente l'égalité, l'unité, l'harmonie du droit, elle semble s'opposer de manière irréductible à la règle exceptionnelle. Celle-ci apparaît comme l'antinomie de celle-là.

Cette défaveur intuitive semble se traduire par la différence de traitement imposé à la règle exceptionnelle. Si la règle de droit générale jouit de la faveur d'être étendue dans toutes ses potentialités d'application, la règle de droit exceptionnelle est au contraire encadrée par la règle de l'interprétation stricte (**Section 1**). Elle est strictement cantonnée aux cas auxquels elle est destinée. Elaborée en réalité dans le but de maintenir le bon fonctionnement du couple règle/exception, la méthode d'interprétation stricte n'est justifiée que lorsqu'elle est utilisée comme une technique permettant de délimiter le champ d'application de la règle et de l'exception. En d'autres termes, elle permet d'établir la frontière entre la règle et l'exception. C'est en ce sens qu'elle permet à l'exception de résoudre le conflit des normes. En revanche lorsqu'elle est employée pour marquer la préférence subjective accordée à la règle générale au détriment de la règle exceptionnelle, cette méthode d'interprétation restrictive qui conduit en fait à retrancher du texte exceptionnel certaines de ses applications rationnelles est loin d'être exempte d'ambiguïté.

⁶⁶³ Philippe Théry, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », art. cit., p. 363.

⁶⁶⁴ Elise Untermaier, *Les règles générales en droit public français*, op. cit., p. 6. Voir égal. Aude Rouyère, « La dispense en droit public : l'"un" et le "multiple" », *Droits*, 1997, n° 25 La Dispense, p. 73-90.

Désormais définie comme une norme de limitation, l'exception désigne en effet la limitation de l'étendue ou de l'application stricte d'une règle générale. A ce titre elle doit être distinguée des notions voisines telles que l'abrogation ou la dérogation (**Section 2**). Cette distinction permet de mettre en exergue la spécificité de la notion d'exception telle qu'elle est énoncée et utilisée en droit constitutionnel.

Section 1. L'interprétation stricte du texte exceptionnel : explication et illustration

La qualification d'une règle d'exceptionnelle ou de spéciale au regard d'une autre règle qualifiée de générale ne signifie pas simplement la recherche des degrés divers de généralité mais entraîne notamment certaines implications ; à savoir l'application prioritaire de la règle exceptionnelle (la règle exceptionnelle déroge à la règle générale) et sa soumission à la règle d'interprétation stricte (§1). En ce sens, l'exception doit rester strictement cantonnée aux cas auxquels elle est destinée.

D'origine romaine, l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis* n'est pas perçu par certains auteurs de la doctrine comme une simple technique de délimiter les frontières ou plus précisément le champ de validité de la règle et de l'exception. Elle est considérée plutôt comme une puissante preuve de la préférence accordée à la règle générale au détriment de la règle exceptionnelle. La première est traditionnellement considérée comme conforme à la Raison du droit alors que la seconde semble être contraire au principe d'une bonne législation⁶⁶⁵. Si cette règle d'interprétation stricte est expressément admise en droit pénal⁶⁶⁶, son application généralisée et absolue à l'égard de tout texte exceptionnel ne doit toutefois pas être admise sans discussion. A l'analyse, la signification de la règle d'interprétation stricte de texte exceptionnel s'avère ambivalente et complexe. Par ailleurs, son application généralisée et systématique au texte exceptionnel est loin d'être l'objet d'un consensus doctrinal (§2).

⁶⁶⁵ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit, p. 24-25.

⁶⁶⁶ L'article 114 du Code pénal dispose que « la loi pénale est d'interprétation stricte ».

§1. Les significations de la méthode d'interprétation stricte du texte exceptionnel

L'interprétation est une opération indispensable à la concrétisation des règles de droit⁶⁶⁷. Elle désigne à la fois l'opération par laquelle une signification est attribuée à une chose, qui peut être un objet matériel ou un énoncé, et le produit de cette opération⁶⁶⁸. Lorsqu'elle est faite par des autorités normatives compétentes (législateur, exécutif, juges), l'interprétation est qualifiée d'authentique par opposition à l'interprétation scientifique donnée par la doctrine. La première produit les effets juridiques et s'incorpore au corpus du droit alors que la seconde n'engendre aucune conséquence juridique.

Il existe actuellement quatre méthodes générales d'interprétation⁶⁶⁹. L'interprétation sémiotique dite parfois « littérale » se fonde sur le langage. Les mots reçoivent le sens qu'ils ont habituellement dans la langue et les expressions celui qui résulte des règles de la grammaire. L'interprétation génétique repose, elle, sur une connaissance de la volonté réelle de l'auteur du texte, telle qu'on peut la reconsidérer par exemple à travers les travaux préparatoires. On dit également qu'il s'agit de l'interprétation fondée sur la recherche de la *ratio legis* c'est-à-dire de l'intention du législateur. L'interprétation systémique vise à éclairer un fragment de texte par un autre voire par d'autres textes. Enfin l'interprétation fonctionnelle qualifiée parfois d'interprétation téléologique consiste à donner au texte la signification qui lui permettra de remplir la fonction qu'on lui attribue. Cette interprétation fonctionnelle ou téléologique se fonde sur la finalité poursuivie par le législateur⁶⁷⁰.

L'interprétation est également soumise à des procédés et principes de logique ou d'arguments utilisés dans le raisonnement juridique tels que l'argument *a contrario* (par opposition), l'argument *a pari* (analogie) ou *a fortiori* (à plus forte raison). Ces procédés dérivent de l'idée selon laquelle la loi est cohérente et complète et permettent d'en définir le sens et la portée par de simples opérations de déductions logiques, tout en tenant compte de la nature des textes⁶⁷¹.

⁶⁶⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 335 et s. Voir, dans le même sens, Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, P.U.F., coll. Themis droit privé, 2001, p. 230. Selon l'auteur, « l'interprétation de la loi est inhérente à sa nature et constitue une nécessité permanente de son application quels que soient les perfectionnements qu'on puisse apporter à la législation ».

⁶⁶⁸ Michel Troper, « Interprétation », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 843.

⁶⁶⁹ La plupart de nos développements sont tirés de Michel Troper, « Interprétation », art. cit., p. 844 et de Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 230.

⁶⁷⁰ Michel Troper, « Interprétation », art. cit., p. 844.

⁶⁷¹ Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 243.

Selon le professeur Bergel, au-delà des exigences de la coordination de divers textes entre eux, on admet que seules les règles générales sont susceptibles d'être interprétées de manière extensive et qu'en revanche les règles spéciales qui dérogent à la règle et qui correspondent à des exceptions sont en principe d'interprétation stricte.

Mais que signifie précisément la règle d'interprétation stricte du texte exceptionnel ? La réponse traditionnellement apportée à cette question consiste à expliquer que les exceptions, parce qu'elles limitent et dérogent aux principes et règles de valeur constitutionnelle ne peuvent être étendues au-delà de leur champ d'application déterminé. Il en résulte que la méthode d'interprétation stricte n'est pas dans cette optique utilisée pour déterminer le domaine de validité de la règle et de l'exception. Elle est employée afin d'interdire d'étendre les textes exceptionnels (A) afin de préserver la prééminence des règles et principes (B) de droit généraux.

A. Interdire l'extension du texte exceptionnel par l'analogie

A l'analyse, l'interprétation stricte semble désigner l'interdiction ou l'impossibilité d'étendre le texte exceptionnel par des procédés d'analogie (1). Cette interdiction apparaît également comme un moyen d'encadrer le pouvoir d'interprétation du juge (2) afin de sauvegarder les principes de légalité et de séparation des pouvoirs.

1. Interdiction d'étendre le champ d'application du texte exceptionnel par le raisonnement analogique

L'interprétation stricte ou restrictive est souvent étudiée par opposition à l'interprétation extensive qui se justifie par un texte de droit commun non répressif lorsqu'on est en présence d'une lacune⁶⁷². L'interprétation extensive consiste à étendre la portée d'une disposition à une situation qu'elle n'a pas expressément prévue. Elle se réalise par l'un des procédés principaux de logique qui est le raisonnement par analogie également appelé « argument a pari ». L'interprétation par analogie cherche, dans le silence de la loi, à déduire d'une ressemblance entre deux choses, deux droits, deux situations, une similitude de régime juridique. Ce qui signifie que l'extension analogique est une interprétation permettant d'appliquer un texte à des matières ou à des cas qu'il n'a pas prévu, parce qu'ils sont

⁶⁷² Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 244.

identiques à ceux visés par ce texte. On considère dès lors qu'il est logique d'appliquer la même solution à des hypothèses semblables et qu'il serait incohérent de les soumettre à des solutions différentes⁶⁷³.

En revanche, l'interprétation stricte d'un texte qualifié d'exceptionnel consiste à restreindre son domaine d'application aux strictes limites qu'il implique. Elle est synonyme d'interprétation exégétique ou littérale et entraîne le plus souvent un resserrement ou une restriction du champ de validité du texte exceptionnel. Selon les professeurs Roland et Boyer, que le texte exceptionnel soit regardé comme la loi régissant l'espèce par opposition à la règle générale qui embrasse le genre ou qu'elle soit définie comme représentant de l'exception par rapport au droit commun, la conséquence est la même lorsqu'on cherche à déterminer son domaine d'application. Le caractère exceptionnel ou spécial interdit tout raisonnement par analogie : la loi spéciale ou exceptionnelle ne peut être étendue à des cas voisins pour lesquels elle ne dispose pas expressément ; elle doit rester à l'intérieur des frontières que lui trace son libellé textuel, sans pouvoir les franchir si peu que ce soit⁶⁷⁴. L'interprétation stricte du texte exceptionnel semble ainsi désigner l'interdiction faite au juge d'étendre l'exception à des cas similaires certes mais qui ne lui sont pas expressément soumis. Elle est considérée comme la meilleure manière de respecter à la fois la lettre des textes exceptionnels, dérogatoires, et les dispositions de textes généraux, en conservant à ceux-ci toute leur portée⁶⁷⁵. Ainsi, le raisonnement restrictif s'impose de manière générale dès l'instant que le texte qu'il s'agit d'appliquer est de portée exceptionnelle ou spéciale.

La raison qui justifie l'interprétation stricte de l'exception ne réside pas dans la nécessité de délimiter des frontières entre la règle et l'exception mais se trouve souvent dans l'idée selon laquelle la règle de droit générale est porteuse des principes d'égalité, de liberté tandis que la règle exceptionnelle présente des entorses à ces principes. Dès lors la règle est présumée être de meilleure qualité et fournir de meilleures solutions tandis que l'exception est une norme de moindre qualité. A cet égard, les observations du professeur Attias sur le lien entre la règle et l'exception sont particulièrement significatives. Ainsi, « dire que la servitude par exemple est une exception au principe de la propriété pleine et entière, ce n'est pas seulement poser une règle plus spéciale à côté d'une règle plus générale. L'une serait, au

⁶⁷³ Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit. Voir égal., dans le même sens, Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 132.

⁶⁷⁴ Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, op. cit. p. 843.

⁶⁷⁵ Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 193.

mieux, un correctif ; elle est plus souvent un palliatif, un pis-aller, qui menace, à la fois, la règle la plus normale et préférable et l'unité de la connaissance »⁶⁷⁶.

La règle exceptionnelle relève selon le professeur d'un droit de moindre qualité comme l'illustre cette remarque « le principe indique la bonne direction, la tendance forte, l'idéal, ici la liberté, là l'égalité, ailleurs la protection du plus faible. L'exception quelque peu regrettable va à contre-courant. Elle ne marque pas un échec de la théorie qu'il faudrait réviser. Elle installe, dans une hiérarchie substantielle, une règle de qualité inférieure à une place qui assure la sauvegarde de la règle principale et préférable »⁶⁷⁷. Quelques lignes plus loin, le professeur ajoute qu'il est à craindre que l'exception ne submerge et n'emporte le principe, celui-ci doit bénéficier d'une prévalence qui est précellence et préséance⁶⁷⁸. Il en résulte que la règle exceptionnelle n'a pas la même qualité que la règle générale, elle est celle à laquelle le juriste a recours faute de mieux, en désespoir de cause. Elle prend figure d'anomalie dans le bel ordonnancement du savoir juridique⁶⁷⁹. Sa mauvaise qualité conduit à limiter strictement le texte exceptionnel au domaine qui lui est attribué.

Outre la qualité médiocre conférée par certains auteurs au texte exceptionnel, l'interprétation stricte est également justifiée par l'argument selon lequel elle permet d'encadrer le pouvoir d'interprétation du juge lorsque celui-ci est amené à interpréter les textes qualifiés d'exception.

2. *L'interprétation stricte comme moyen d'encadrer le pouvoir d'interprétation du juge*

Sous l'influence du *jus singulare* romain, l'exception est souvent assimilée à des textes défavorables à l'individu, elle doit par conséquent être strictement limitée à certains cas qui lui sont destinés. A cet égard l'article 114 du code pénal est particulièrement significatif en ce qu'il dispose expressément que « la loi pénale est d'interprétation stricte ». Par sa seule méthode d'interprétation, l'ensemble de droit pénal se transforme en droit d'exception, c'est-à-dire de droit défavorable. L'exception ne semble plus ici se caractériser par le rapport du général au spécial, mais se trouve dans un rapport d'opposition matérielle entre la norme de permission (favorable) et la norme d'interdiction (défavorable).

⁶⁷⁶ Christian Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2002, p. 194.

⁶⁷⁷ Christian Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2002, p. 194.

⁶⁷⁸ Christian Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2002, p. 194.

⁶⁷⁹ Christian Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2002, p. 194.

L'interprétation stricte telle qu'elle est prévue par l'article 114 du code pénal semble de prime abord permettre selon certains auteurs d'encadrer le pouvoir et la liberté d'interprétation du juge⁶⁸⁰. Après avoir écouté les plaideurs, le juge pénal peut faire parler la loi. Il prononce les peines ou les absolutions mais il est tenu par la source descendante de la loi. Le juge acquiert le pouvoir d'interprétation mais le législateur lui impose la méthodologie à suivre. La méthode d'interprétation stricte de la loi est présentée comme le corollaire du principe de la légalité pénale⁶⁸¹. En effet, s'il est nécessaire d'accorder au juge pénal un pouvoir d'interprétation, il convient toutefois de contenir ce pouvoir dans des limites strictes afin de ne pas vider le principe de légalité pénale de son essence même. En cantonnant le pouvoir d'interprétation du juge dans les strictes limites prévues par le texte, l'interprétation stricte paraît contribuer à la garantie de la séparation des pouvoirs.

En vertu de la méthode d'interprétation stricte, le juge pénal ne peut recourir à l'interprétation par analogie du texte pénal. Ce procédé consiste en effet à transposer la règle formulée par le législateur à une espèce similaire, il est dès lors contraire au principe de la légalité pénale car le juge, par extension, crée de nouvelles incriminations en se transformant en « député de l'ombre ». En limitant l'interprétation du juge à la lettre de la loi, la méthode d'interprétation stricte lui interdit de s'immiscer dans la compétence législative⁶⁸². Outre cette fonction technique d'encadrement de la liberté d'interprétation du juge, la méthode d'interprétation stricte est significative de l'idée libérale selon laquelle le juge ne peut appliquer des lois défavorables à l'individu au-delà des situations strictement et légalement définies⁶⁸³. Ainsi que l'illustre l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 28 novembre 2006. Dans cette affaire, le juge a censuré la décision d'une Cour d'appel qui avait étendu l'incrimination du délit d'outrage au bénéfice d'une administration alors que seules les personnes physiques titulaires de l'autorité peuvent s'en prévaloir au motif que « les juges d'appel ont excédé les prévisions de l'article 433-5 du code pénal et ont violé le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale »⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Claudia Ghica-Lemarchand, « L'interprétation de la loi pénale par le juge », in *Actes du Colloque du Sénat, Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006*, www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf (page consultée en mars 2013), p. 168-223.

⁶⁸¹ Claudia Ghica-Lemarchand, « L'interprétation de la loi pénale par le juge », art. cit.

⁶⁸² Claudia Ghica-Lemarchand, « L'interprétation de la loi pénale par le juge », art. cit.

⁶⁸³ Gaston Stefani, Georges Levasseur et Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit privé, 2000, 17e éd., p. 128-129.

⁶⁸⁴ Cass. crim. 28 novembre 2006, n° 06-80548.

L'idée selon laquelle l'interprétation stricte permet d'encadrer le pouvoir et la liberté d'interprétation du juge trouve une brève explication sous la plume du professeur Lebeau⁶⁸⁵ selon lequel le droit romain invente la méthode d'interprétation stricte du texte exceptionnel afin de limiter le pouvoir d'interprétation du juge fondé sur l'équité. Cette méthode vise à limiter les entorses que les solutions jurisprudentielles peuvent faire à la loi civile. Elle a pour but de conserver, de sauvegarder la valeur éminente de la loi civile ou des règles et principes de portée générale réputés être conformes à la Raison du droit et aux principes de la bonne législation.

Il en résulte que la méthode d'interprétation s'explique également par sa fonction de sauvegarde de la primauté des règles et principes de droit généraux.

B. Afin de sauvegarder la prééminence des règles et principes de droit généraux

Cette idée trouve des illustrations tant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel que dans celle du Conseil d'Etat. Si le juge constitutionnel semble appliquer la méthode d'interprétation stricte à toutes les exceptions faites par le législateur aux règles et principes constitutionnels, cette méthode est cependant particulièrement utilisée à l'égard des exceptions au principe d'égalité. A titre d'exemple, dans la décision du 12 février 2004 *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, le juge constitutionnel fait une interprétation stricte des dérogations constitutionnelles au principe d'égalité. Comme l'illustre ce considérant de principe « *rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle ; toutefois la mise en œuvre de telles dérogations ne saurait intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à l'application du statut d'autonomie ; il en est ainsi des dispositions édictées en faveur de la population locale en vertu du dixième alinéa de l'article 74 de la Constitution* »⁶⁸⁶.

De cette prémisse selon laquelle « *les dérogations ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre du statut d'autonomie* » le juge a censuré l'article 19 de la loi organique portant le statut d'autonomie de la Polynésie au motif qu'en

⁶⁸⁵ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 24-28.

⁶⁸⁶ Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O. du 2 mars 2004, p. 4220.

étendant l'exclusion du transfert de propriété à certaines catégories de personnes, cette disposition a méconnu la notion de population au sens des articles 72-3 et 74 de la Constitution⁶⁸⁷. En d'autres termes, l'extension de la mesure d'exclusion (exception) à certaines personnes ne répond pas selon le juge à la stricte nécessité de la mise en œuvre du statut d'autonomie. Elle doit être censurée afin de préserver la valeur constitutionnelle du principe d'égalité.

On trouve le même raisonnement dans la décision du 12 avril 2011 *Loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs*. Dans cette affaire, le juge constitutionnel applique la règle d'interprétation stricte au régime d'inéligibilité. Si le législateur organique est compétent en vertu du premier alinéa de l'article 25 de la Constitution, pour fixer les conditions d'éligibilité aux assemblées parlementaire, il ne saurait d'après le Conseil constitutionnel priver un citoyen du droit d'éligibilité dont il jouit en vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789 que dans la mesure nécessaire au respect du principe d'égalité devant le suffrage et à la préservation de la liberté de l'électeur. A partir de ces exigences constitutionnelles, le juge considère que « *les dispositions fixant une inéligibilité sont d'interprétation stricte ; ainsi, une inéligibilité ne saurait prévaloir pour l'ensemble du territoire que de manière expresse* »⁶⁸⁸. Il en résulte qu'en cas de silence du texte, le juge ne peut étendre un régime d'inéligibilité à l'ensemble du territoire.

Toutefois, il convient de souligner qu'en raison de sa spécificité, la notion d'exception lorsqu'elle s'applique aux normes et principes de valeur constitutionnelle, ne se soumet pas exclusivement à la méthode d'interprétation stricte. Elle se soumet davantage au contrôle de nécessité et de proportionnalité ainsi que nous l'expliquerons plus tard.

En revanche, l'interprétation stricte des textes exceptionnels ou dérogatoires est fréquemment utilisée par le Conseil d'Etat. A titre d'illustration, dans l'arrêt du 29 octobre 1997, le juge administratif décide que « *la dérogation, nécessairement d'interprétation stricte, ainsi appliquée à la règle selon laquelle les handicapés sont admis dans un centre d'aide par le travail ne relèvent pas des stipulations de l'accord national interprofessionnel du 8 décembre 1961, ne peut avoir pour effet de contraindre les organismes gestionnaires à*

⁶⁸⁷ Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, J.O. du 2 mars 2004, déc. préc., cons. 34.

⁶⁸⁸ Décision n° 2011-628 DC du 12 avril 2011, Loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs, J.O. du 19 avril 2011, p. 6836, cons. 5 et 6.

établir les cotisations auxquelles ils sont tenus [...] »⁶⁸⁹. De même, dans un autre arrêt rendu le 1^{er} septembre 2009, le Conseil d'Etat affirme que « l'inscription des associations de gestion et de comptabilité au tableau de l'ordre des experts-comptables est une exception au principe selon lequel seuls les experts-comptables et les sociétés qu'ils constituent peuvent exercer cette profession, qui ne peut être que d'interprétation stricte »⁶⁹⁰. L'interprétation stricte du texte exceptionnel afin de préserver la règle générale peut également être illustrée par l'arrêt du 22 novembre 1963 dans lequel le Conseil d'Etat affirme que « eu égard à leur caractère exceptionnel, ces dispositions, qui apportent une dérogation tant aux règles générales relatives aux limites d'âge qu'aux principes antérieurement admis par le législateur en ce qui concerne la réparation des préjudices de carrière subis par les fonctionnaires [...] doivent recevoir une application stricte »⁶⁹¹.

Si elle semble être justifiée tantôt par la préférence accordée à des règles et principes de droit généraux, tantôt par l'idée d'encadrement du pouvoir d'interprétation du juge, l'application systématique de la méthode d'interprétation stricte au texte exceptionnel n'est cependant pas exempte d'ambiguïté. Une partie des auteurs de la doctrine considère en effet que la méthode d'interprétation ne présente d'utilité qu'à la condition d'être utilisée comme une technique pour délimiter le champ de compétence attribué à chaque règle qu'elle soit générale ou exceptionnelle. Elle ne doit pas en revanche être employée pour réduire le champ d'application normal de l'exception.

§2. L'ambivalence de la règle d'interprétation stricte de la norme d'exception

L'ambivalence de la méthode d'interprétation stricte découle de l'idée selon laquelle tout texte exceptionnel ne mérite pas d'être interprété strictement. Ce qui signifie que si la méthode d'interprétation stricte vise à maintenir la frontière tracée entre la norme générale et la norme exceptionnelle et donc la séparation des champs d'application de chacune de ces normes, elle ne doit pas être utilisée pour retrancher le texte exceptionnel de ses potentialités d'application. En effet, une application absolue et automatique de cette méthode au texte exceptionnel est loin de faire l'objet d'un consensus doctrinal (A). Certains auteurs

⁶⁸⁹ C.E, 29 octobre 1997, Association départementale des amis et parents d'enfants inadaptés des Hautes-Pyrénées, req. n° 164667, inédit au Lebon.

⁶⁹⁰ C.E, 1^{er} septembre 2009, Centre de gestion agréé habilité de France (GGA France), req. n°330657 inédit au recueil Lebon.

⁶⁹¹ C.E du 22 novembre 1963 Sieu Sichel, rec, p. 570.

considèrent que nonobstant son degré variable de généralité, l'exception est aussi une règle de droit et doit à ce titre être appliquée dans toute son étendue. Par ailleurs l'idée selon laquelle la méthode d'interprétation stricte du texte exceptionnel permet d'encadrer le pouvoir d'interprétation du juge mérite d'être nuancée. Le juge conserve toujours une marge de liberté considérable en tant qu'interprète authentique des énoncés juridiques (**B**).

A. La divergence doctrinale relative à la méthode d'interprétation stricte du texte exceptionnel

Si la méthode d'interprétation stricte peut être utilisée comme une technique de délimitation du domaine d'application du texte exceptionnel, elle ne doit pas selon le professeur Bergel être ressentie comme trop absolue⁶⁹². L'interprétation stricte des textes spéciaux, exceptionnels, se justifie tout à fait pour des règles exorbitantes du droit commun qui constituent de véritables exceptions à des principes généraux ou essentiels, tels les principes d'égalité ou de liberté. Il en est de même pour des textes considérés comme spécialement rigoureux, telles les lois pénales d'aggravation. De telles dispositions doivent être cantonnées dans les limites strictes que leur a assignées le législateur. Toutefois, l'auteur note que toute exception n'est pas dérogatoire aux principes et règles généraux et il convient de ne pas appliquer l'interprétation stricte à des textes exceptionnels lorsque ceux-ci constituent le prolongement d'un principe ou d'une règle générale.

On trouve de semblables idées sous la plume de Luc Robine selon lequel en droit civil l'interprétation stricte n'a pas de fondement juridique affermi. Ainsi « les codes français ne portent aucune disposition générale concernant l'interprétation stricte des lois exceptionnelles. Le législateur n'a pas voulu prendre parti, estimant sans doute que c'eût été entraver la marche de la science, et d'ailleurs gêner l'interprétation plutôt que la servir »⁶⁹³. Contestant par ailleurs l'idée selon laquelle le texte d'exception, puisqu'il n'a pas la même généralité que le droit commun, doit à cet titre être interprété de manière stricte, Luc Robine affirme que le texte d'exception énonce lui-aussi une règle de droit et que comme toute règle de droit, la disposition exceptionnelle mérite d'être interprétée suivant la raison qui en constitue le fondement et appliquée dans la plénitude de sa raison d'être⁶⁹⁴. Selon l'auteur, le texte

⁶⁹² -Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit. p. 193.

⁶⁹³ Luc Robine, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, op. cit., p. 10.

⁶⁹⁴ Luc Robine, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, op. cit., p. 34-35.

exceptionnel est une espèce juridique purement formelle, une modalité de la structure externe de la loi. Ainsi « porter des exceptions à une règle est un simple procédé technique du législateur »⁶⁹⁵. L'exception est un procédé permettant à la loi de régler de manière précise et détaillée les situations qui lui sont soumises.

Dans le même esprit, Henri Dupeyroux note également que « les lois minutieuses où le législateur moderne, non content d'exprimer le principe général qui inspire son action, le concrétise déjà dans la loi même et s'efforce d'éviter ou de réduire l'infidélité des interprétations ultérieures en précisant lui-même à l'avance les cas multiples où il prévoit que la loi pourra s'appliquer, les accompagnements que chacun pourra comporter, les exceptions qui seront permises »⁶⁹⁶. Il en résulte que l'exception doit être interprétée comme toute règle de droit et non par l'interprétation stricte réduisant sa portée ou sa raison d'être.

L'interprétation stricte du texte exceptionnel semble être fondée sur la croyance absolue en la meilleure qualité de la règle de droit générale. Or une telle croyance ne paraît pas refléter avec exactitude la réalité du droit. En ce sens, le Doyen Gérard Cornu souligne que « certain langage oppose trop facilement la règle et l'exception, comme si l'exception n'était pas elle aussi une règle, mais plus spéciale »⁶⁹⁷. Malgré ce raccourci linguistique, l'opposition de la règle à l'exception ne doit pas, d'après l'auteur, masquer leur identité de nature, sous un degré variable de généralité. Plus profondément, le Doyen observe qu'une autre habitude mentale – qui joue comme un préjugé défavorable – vient aggraver le contraste. La bonne conscience de l'interprétation stricte dérive plus ou moins sourdement de l'idée que la disposition exceptionnelle est, en soit, une disposition exorbitante, anormale ; qu'elle correspond non pas sans doute à un droit odieux, mais au moins à un droit anormal, à un droit de privilège, à un droit dérogoire⁶⁹⁸. Or lorsqu'un texte déroge, c'est-à-dire fait une exception à un principe, il est abusif selon le Doyen de présumer que le droit commun est conforme et la disposition dérogoire contraire aux principes de la bonne législation⁶⁹⁹.

Le Doyen souligne par ailleurs que l'application de la méthode d'interprétation stricte n'est pas sans danger parce que dans sa généralité, elle ne distingue pas là où il est essentiel de distinguer. Sa logique simpliste englobe toutes les exceptions dans la même restriction et

⁶⁹⁵ Luc Robine, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, op. cit., p. 192.

⁶⁹⁶ Henri Dupeyroux, « Sur la généralité des lois », art. cit., p. 160.

⁶⁹⁷ Gérard Cornu, *L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil, cours de droits civil DESS et Doctorat*, Cours dactylographié, 1970-1971, Cours dactylographié, p. 212-213.

⁶⁹⁸ Gérard Cornu, *L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, op. cit., p. 212-213.

⁶⁹⁹ Gérard Cornu, *L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, op. cit., p. 212-213

en fait un instrument dangereux parce qu'aveugle. Elle expose même l'interprète à une double exagération : à surévaluer le droit commun et à sous-estimer l'exception⁷⁰⁰.

La méthode d'interprétation stricte, appliquée de manière absolue peut également être négatrice de la finalité du texte exceptionnel or celle-ci est aussi honorable et fondamentale que celle qui inspire la règle générale. A cet égard, le professeur Théry souligne que « les exceptions toujours plus nombreuses aux principes généraux ne sont que la manifestation de la complexité croissante des relations juridiques, et ce qui est sans doute plus discutable, d'une manie de la réglementation. Mais ces concepts reposent sur l'idée que le droit n'épuise pas la réalité qu'il régit, et qu'il peut même avoir des effets pernicieux (*summum jus summa injuria*) que la finalité de la règle ne peut exclure d'autres finalités souhaitables. Dans ce cas il peut être justifié d'écarter la règle pour éviter un mal plus grand, ou en vue d'un bien plus grand »⁷⁰¹. Il en découle que l'exception répond elle aussi à la raison juridique qui la justifie. Il y a lieu de prendre celle-ci en considération. Parfois, au-delà de leur apparence contradictoire, il n'existe aucune opposition fondamentale entre la règle générale et la règle exceptionnelle⁷⁰². Il faut rejeter radicalement tout préjugé défavorable et donc toute interprétation restrictive ; il faut au contraire réaliser que si le législateur a posé une règle spéciale, exceptionnelle à telle personne, à telle catégorie des biens, c'est qu'il a obéi à une raison très forte. Il faut donc lui donner toute sa valeur et sa raison d'être⁷⁰³.

En effet, il est des règles d'exception qui procèdent d'un intérêt fondamental ou supérieur à celui qui justifie la règle générale à laquelle elles dérogent. A titre d'exemple, selon l'alinéa 3 de l'article 215 du Code civil, les époux ne peuvent pas l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels le logement de la famille est assuré. Cette disposition bien que dérogatoire au fonctionnement normal du régime de droit de propriété répond néanmoins à une finalité essentielle qui est la protection du logement familial. De même, lorsque la loi établit un traitement différent, cette exception à l'égalité répond tantôt à un impératif d'effacer une inégalité de fait, tantôt à une exigence de rétablir le rapport d'égalité rompu par les circonstances. Il en résulte que quand une règle est énoncée sous forme d'exception, il faut aller à sa raison d'être et celle-ci peut faire reconnaître l'exception comme la sauvegarde d'un principe supérieur. Une exception de cette nature mérite d'être appliquée dans toute la mesure

⁷⁰⁰ Gérard Cornu, *L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, op. cit., p. 213.

⁷⁰¹ Philippe Théry, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », art. cit., p. 363.

⁷⁰² Gérard Cornu, *L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, op. cit., p. 214.

⁷⁰³ Gérard Cornu, *L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, op. cit., p. 215.

de sa raison d'être, fut-ce au prix d'une extension par analogie. On ne peut réduire le domaine d'une exception sous prétexte que c'est une exception⁷⁰⁴.

Ainsi, le législateur ne peut apporter une exception à la règle générale que si cette exception permet d'atteindre un objectif ou une finalité qui ne peut pas être réalisé par l'application de la règle générale. C'est en sens que le Conseil Constitutionnel a admis la constitutionnalité de la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence. Il existe en droit constitutionnel français un principe fondamental reconnu par la loi de la République selon lequel la juridiction administrative bénéficie d'une compétence réservée en matière d'annulation et de réformation des actes de puissance publique. Toutefois le législateur peut faire une dérogation ou une exception à ce principe dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Cette exception n'est pas une négation mais constitue selon le juge un aménagement précis et limité des règles de compétences juridictionnelles, justifié par les nécessités d'une bonne administration de justice. Dès lors, elle ne méconnaît pas le principe ci-dessus analysé⁷⁰⁵. Il en résulte qu'en répondant à des finalités d'intérêt général, la norme d'exception est digne d'être appliquée dans toute sa raison d'être. Une restriction de son champ d'application fondée sur l'interprétation stricte conduit à nier ses propres finalités.

La méthode d'interprétation stricte ne devrait pas selon le professeur Lebeau entraîner une réduction du champ d'application normal du texte exceptionnel. S'il doit rester dans les limites qui lui sont assignées, on ne peut en revanche par interprétation stricte ou restrictive retrancher du texte exceptionnel certaines potentialités d'application⁷⁰⁶. Ainsi que l'illustre l'arrêt rendu par la première chambre civile le 14 juin 2005. Le juge affirme dans cette affaire que *« l'application stricte d'une disposition dérogatoire n'exclut pas qu'elle soit faite dans toute la mesure de sa raison d'être. La Cour d'appel a retenu, à bon droit, que la radiodiffusion prévue à l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle désigne aussi, outre la transmission sans fil de son, ou d'image et son [...], la transmission par satellite de signaux dont les moyens de décryptage lui sont fournis par l'organisme de radiodiffusion [...], elle a exactement déduit qu'il constituait une radiodiffusion au sens du texte précité »*⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ Gérard Cornu, *L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, op. cit., p. 214.

⁷⁰⁵ Décision n° 87-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, J.O. du 25 janvier 1987, p. 924 cons. 15, 16, 17 et 18.

⁷⁰⁶ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 132.

⁷⁰⁷ Cass. Civ. 1^{er} chambre, 14 juin 2005, n° 02-17196, Bull. 2005, I n° 263, p. 220.

Il résulte des développements précédents que la méthode d'interprétation stricte ne doit pas être utilisée comme une technique de réduction de la portée d'un texte exceptionnel mais plutôt comme un procédé de détermination du champ d'application de celui-ci. Par ailleurs, la méthode d'interprétation stricte du texte exceptionnel n'a pas une portée absolue en ce qu'elle n'interdit pas au juge d'interpréter de manière extensive les textes exceptionnels mais jugés favorables à l'individu. Ce qui paraît contradictoire avec l'idée selon laquelle la méthode d'interprétation stricte permet d'encadrer le pouvoir d'interprétation du juge lorsqu'il est amené à appliquer le texte exceptionnel. C'est-à-dire que le juge se bornerait à comparer les champs d'application de deux règles et à appliquer de manière automatique l'interprétation stricte à la règle ayant une portée plus réduite par rapport à celle d'une autre règle. Or, si la confrontation ou la comparaison des champs d'applications des textes généraux et exceptionnels semble résulter d'un constat objectif, il n'en va pas de même pour l'appréciation du caractère favorable ou défavorable d'un texte exceptionnel. En raison de son caractère ambivalent, la méthode d'interprétation stricte est loin de pouvoir encadrer le pouvoir d'interprétation du juge, celui-ci conserve en réalité toute sa liberté pour décider si un texte exceptionnel est l'objet d'une interprétation extensive ou restrictive.

B. Une méthode d'interprétation stricte neutralisée par la liberté de l'interprète authentique

Il convient d'expliquer au sein de l'étude la portée relative de la méthode d'interprétation stricte en ce qu'elle n'interdit pas au juge d'interpréter de manière extensive le texte d'exception qu'il soit favorable ou défavorable (1). En réalité, le juge est libre d'interpréter de manière stricte ou extensive un texte qu'il soit exceptionnel ou général. Ainsi la méthode d'interprétation stricte est plus ou moins neutralisée par la liberté de l'interprète authentique (2).

1. La fluctuation de la méthode de l'interprétation stricte

Dans leur commentaire sur l'adage « *exceptio est strictissimae interpretationis* », les professeurs Roland et Boyer notent que cet adage revêt deux significations⁷⁰⁸. La première intervient en présence de deux normes contradictoires (conflit de normes) donnant des

⁷⁰⁸ Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, op. cit., p. 231-232.

solutions ou des réponses différentes pour la même situation juridique. La solution du conflit consiste à rechercher si l'une des normes ne donne pas une solution de principe, tandis que l'autre aurait un caractère exceptionnel. La préférence serait alors accordée à la première.

La seconde signification prend tout son relief – en l'absence d'opposition textuelle – quand l'interprète rencontre des exceptions reconnues comme telles, qu'il s'agisse d'exception formellement annoncée par « cependant, néanmoins » ou autres expressions analogues ou qu'il s'agisse d'exception virtuelle dérivant de la nature des dispositions légales en ce qu'elles établissent un privilège, une incapacité, une déchéance.... L'adage exige que les exceptions soient contenues dans les limites du texte et interdit catégoriquement toute création d'exception en dehors d'une disposition légale précise⁷⁰⁹.

Toutefois, les juges ne suivent pas toujours scrupuleusement cette directive. La liberté que prend la jurisprudence est légitime lorsque les dispositions prétendument exceptionnelles apparaissent comme des applications fragmentaires d'un principe général sous-entendu. De même l'interprétation stricte n'a de raison d'être que dans la mesure où la loi spéciale réalise une véritable dérogation à la loi générale. Or il faut se garder de croire que toute disposition qui présente un caractère exceptionnel soit exclusive du droit commun⁷¹⁰. A titre d'exemple, la stipulation pour autrui prévue par l'article 1121 du code civil est certes une exception à l'article 1165 du même code, mais elle n'est pas pour autant dérogatoire au droit puisqu'elle procède également du principe de l'autonomie de volonté. Elle mérite dès lors d'être interprétée de manière extensive. L'interprétation stricte n'est utile que lorsqu'elle permet d'identifier le domaine de validité respectif de la règle et de l'exception

Par ailleurs, l'article 111-4 du Code pénal aux termes duquel « la loi pénale est d'interprétation stricte », ne semble pas interdire au juge pénal de donner une interprétation extensive à des lois pénales favorables. Ainsi des causes d'exonération de responsabilité, des faits justificatifs qui constituent des exceptions à la répression pénale, reçoivent une interprétation extensive ou par analogie⁷¹¹.

De même, si le juge paraît être tenu d'interpréter strictement les lois pénales défavorables, c'est-à-dire celle qui définissent les éléments constitutif d'infraction et fixent les peines, cela ne l'a pas empêché d'étendre ces lois à des cas non prévus par le législateur. C'est ainsi qu'avant l'adoption de l'article 311-2 du code pénal incriminant la soustraction

⁷⁰⁹ Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, op. cit., p. 231-232.

⁷¹⁰ Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, op. cit., p. 231-232.

⁷¹¹ Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 2001, 2e éd., coll. Manuels, p. 302. Voir égal. Gaston Stefani, Georges Levasseur et Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., p. 129.

d'énergie, le juge a étendu l'article 379 du code pénal punissant le vol de chose à la soustraction du courant électrique alors que l'électricité n'est pas une chose matérielle⁷¹². De même, la jurisprudence a étendu à la diffamation par la voie de la radio et du cinéma la loi du 29 juillet 1881 qui punit la diffamation publique (article 29) par les journaux, les affiches ou au cours d'une réunion publique⁷¹³. Ce qui signifie que la règle d'interprétation stricte ou restrictive n'oblige pas le juge répressif à limiter l'application de la loi pénale aux seuls hypothèses prévues par le législateur. Il a la possibilité de les étendre à des hypothèses que la loi n'a pas prévues, pourvu qu'elles entrent dans la formule légale.

Cette fluctuation de la méthode d'interprétation stricte se constate également en droit commun, droit civil, si certaines exceptions sont d'interprétation stricte telle que l'incapacité, la déchéance, d'autres, telle que la dispense, l'exemption, peuvent être interprétées de manière extensive. Toutefois la jurisprudence ne reste pas fidèle à cette ligne de conduite. Le juge peut interpréter de manière stricte le texte exceptionnel favorable comme la loi d'amnistie. A l'inverse, il peut faire une application extensive de la règle d'incapacité qui est souvent considérée comme exception défavorable.

Ainsi la méthode d'interprétation stricte n'a aucune portée absolue. Elle n'est qu'une technique de délimitation du champ de validité du texte exceptionnel et ne peut pas à notre sens être utilisée comme un indicateur de la qualité matérielle de la norme d'exception. En réalité, l'application de l'interprétation stricte ou extensive à l'exception relève de la liberté d'interprétation du juge. En respectant certes les procédés, méthodes d'interprétation, le juge reste toutefois libre de qualifier une exception de favorable ou de défavorable et de lui appliquer l'interprétation restrictive ou extensive.

2. La liberté de l'interprète authentique

En vertu du principe de la séparation des pouvoirs, le juge ne devrait avoir ni la liberté, ni le pouvoir de créer du droit. Son pouvoir d'interprétation qui est compris comme une activité de découverte d'une signification cachée, est étroitement lié à l'idée que le juge n'exerce et ne doit exercer aucun pouvoir. Il se borne à énoncer un syllogisme, dont la

⁷¹² Cass. Crim. 3 avril, 1912, Sirey 1913, I, p. 337, note Roux ; voir une application similaire pour le vol d'eau résultant du démontage du compteur, Cass. Crim, 11 octobre 1978, Dalloz, 1979, note Vuitton. Le nouveau code pénal comporte désormais l'article 311-2 qui incrimine la soustraction d'énergie.

⁷¹³ Cass. Crim 14 janvier 1971, Dalloz, 1971, p. 101, rapport Chapar, Bull., n° 14 ; J.C.P. 1971, II, n° 17022 note Blin.

prémisse majeure est la loi et la prémisse mineure est le fait. De la confrontation du fait au droit, le juge déduit ensuite la solution. Lorsque l'énoncé de la loi est clair, il n'y a pas lieu d'interpréter et lorsqu'il n'est pas clair, l'interprétation consiste seulement à découvrir, à l'aide de méthodes sûres, une signification cachée, mais néanmoins présente dans l'énoncé⁷¹⁴. Ainsi, la théorie de l'interprétation comme activité de découverte de signification a pour but d'interdire au juge de participer à la création normative

Cependant, cette théorie ne correspond qu'en partie à la réalité juridique. L'interprétation ne peut pas être entièrement réduite à une simple opération de déduction du syllogisme. Elle est également un acte de volonté. En effet si interpréter, c'est déterminer la signification d'un texte et si cette signification n'est pas autre chose que la norme exprimée par le texte, c'est l'interprète qui détermine la norme. Celle-ci n'est donc pas réellement posée par l'auteur du texte interprété c'est-à-dire par le législateur mais par l'interprète authentique. Il en découle que le véritable auteur de la norme n'est pas le législateur ou le Parlement mais le juge en tant qu'interprète authentique. Selon la théorie réaliste de l'interprétation, la norme est le produit de l'interprétation comprise comme l'acte de volonté. Un énoncé ne devient norme que s'il est interprété comme tel par les autorités chargées d'appliquer le droit c'est-à-dire les Cours et tribunaux suprêmes qui ont le droit de dire le dernier mot, par exemple le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation en droit français⁷¹⁵. L'interprétation ne consiste pas seulement à découvrir les significations d'un énoncé mais elle est également créatrice du droit⁷¹⁶. Par ailleurs, ces interprètes authentiques ne se contentent pas de créer les normes de droit mais leur confèrent aussi un statut, une valeur. C'est-à-dire qu'ils décident par leur qualification que telle pratique, tel texte, a non seulement la signification de norme, mais aussi de norme à valeur administrative, législative,

⁷¹⁴ Michel Troper, « Interprétation », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, art. cit., p. 846.

⁷¹⁵ Michel Troper, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1994, p. 85 et s.

⁷¹⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 339-340. Selon l'auteur, le droit à appliquer est un cadre à l'intérieur duquel il y a plusieurs possibilités d'application : « La question est de savoir laquelle des possibilités données dans le cadre du droit à appliquer est « exacte », cette question n'est par hypothèse, absolument pas une question de connaissance portant sur le droit positif ; il ne s'agit pas là d'un problème de théorie du droit, mais d'un problème de politique juridique. La tâche qui consisterait à déterminer le jugement seul correct ou l'acte administratif seul correct à partir de la loi est pour l'essentiel la même que celle qui consisterait à créer dans le cadre de la Constitution les lois qui seraient seules correctes. Il est bien impossible de déterminer à partir de la Constitution, par interprétation, les lois qui seraient seules correctes ; on ne peut pas davantage, déterminer par interprétation, à partir de la loi, le jugement seul exact. Certes il existe une différence entre les deux cas, mais une différence simplement quantitative, et non pas qualitative, qui consiste uniquement en ceci que la liaison du législateur au point de vue du fond est beaucoup moindre que la liaison du juge, que dans la création du droit le premier est relativement beaucoup plus libre que le second. Mais celui-ci est aussi créateur du droit, et lui aussi est, dans cette fonction relativement libre [...] ».

constitutionnelle ou supra-constitutionnelle⁷¹⁷. En ce sens, la hiérarchie normative est interne au discours de l'interprète⁷¹⁸.

Etant un acte de volonté, le raisonnement des interprètes authentiques du droit ne peut donc pas se réduire à la logique déductive du syllogisme. La validité de la norme inférieure ne provient que de l'acte de volonté de l'organe d'application qui interprète l'énoncé. Il n'y a pas de déduction possible de la validité. A cet égard, le professeur Troper souligne que « de la connaissance d'une norme générale telle tous les voleurs doivent être punis de six mois de prison, on ne peut pas inférer l'existence de la norme le voleur Dupont doit être puni de six mois de prison, l'existence de cette dernière ne dépend que du fait d'un tribunal qui prononce effectivement cette sentence. Cependant il arrive que le tribunal prononce une sentence différente, qui sera également valide dès lors qu'elle émane d'une autorité compétente »⁷¹⁹.

Dans la théorie réaliste de l'interprétation, l'interprète authentique est libre, c'est-à-dire qu'il est libre d'attribuer n'importe quelle signification au texte qu'il interprète. Cette signification s'impose même lorsqu'elle va contre la compréhension commune ou le langage ordinaire. A titre d'exemple, dans l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 17 février 1950 *Dame Lamotte*, le juge administratif a interprété de manière radicalement contraire au sens littéral de ce texte et à l'intention connue de son auteur. En effet, l'article 2 de l'acte dit loi du 23 mai 1943 dispose explicitement que « l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire ». Le Conseil d'Etat a interprété cette disposition comme n'excluant pas le recours pour excès de pouvoir qui est en réalité un recours administratif⁷²⁰, il s'agit donc d'une interprétation *contra legem*. Ainsi, s'agissant d'un acte de volonté et non de connaissance, l'interprétation n'est pas susceptible d'être vraie ou fausse. Ce qui signifie qu'à partir du moment où elle est une décision à laquelle le système juridique attache des effets

⁷¹⁷ Michel Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, op. cit., p. 293 et s.

⁷¹⁸ Voir sur ce thème, le débat entre Denys de Béchillon et Michel Troper : Denys de Béchillon, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », R.R.J., 1994/1, p. 247-266, et la réponse de Michel Troper, « Répliques à Denys de Béchillon », R.R.J., 1994, 1994/1, p. 267-274.

⁷¹⁹ Michel Troper, *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 2003, p. 120.

⁷²⁰ C.E, Ass. 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte*, rec, p. 110 ; R.D.P. 1951, p. 478 concl. Jean Delvolvé, note Marcel Waline. Voir égal. Michel Troper, « La liberté de l'interprète », in *Actes de colloque organisé par le Sénat les 29 et 30 septembre 2006*, thème « L'Office du juge », Paris, Sénat, coll. Les colloques du sénat, www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf (page consultée en mars 2013), p. 28 et s.

juridiques et qui est insusceptible de recours, cette interprétation est authentique, valable et s'incorpore au corpus normatif⁷²¹.

On reproche souvent à la théorie réaliste de l'interprétation d'avoir fait du juge un pouvoir souverain et d'avoir inversé la hiérarchie des normes⁷²². Cette critique mérite toutefois d'être nuancée. En réalité, la liberté de l'interprète authentique n'est pas synonyme de pouvoir arbitraire ou de liberté sans limite. Elle n'est qu'une liberté juridique résultant du système juridique. Elle ne signifie pas que la décision des juges suprêmes échappe à tout déterminisme. Bien au contraire, l'acte d'interprétation est enserré dans un réseau de contraintes⁷²³.

D'abord, la structure de la motivation des décisions judiciaires limite le pouvoir des juges. Ceux-ci sont contraints de dissimuler leur pouvoir de création normative en présentant leurs décisions comme déduites des normes et principes généraux considérés comme objectifs. Cependant, pour que ces principes aient une véritable portée, il faut qu'ils soient invoqués dans de multiples jugements. Ce qui explique la stabilité de la jurisprudence puisque les juges sont en quelque sorte liés par les justifications qu'ils ont eux-mêmes créées. Ensuite, la configuration du système juridique empêche les juges de faire un usage arbitraire de leur liberté d'interprétation. En effet, tout interprète authentique se trouve enserré dans un rapport complexe où il entre en concurrence avec d'autres interprètes authentiques comme c'est le cas des décisions collégiales, collectives. Enfin, en exerçant sa liberté d'interprétation, chaque interprète authentique doit tenir compte de celles des autres interprètes. A titre d'exemple, le président de la République peut interpréter librement les conditions de la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution mais il doit tenir compte des moyens d'action dont dispose le Parlement qui peut lui aussi interpréter librement l'article 68 et décider que l'usage qu'a fait le Président de ses pouvoirs de crise constitue un manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. Ce qui entraîne la destitution du Président de la

⁷²¹ Michel Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », art. cit., p. 293 et s.

⁷²² Etienne Picard, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », in *Actes du colloque organisé par le Sénat les 29 et 30 septembre 2006*, www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf p. 42 et s. ; voir égal. Denys de Béchillon, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », art. cit. p. 252 et s.

⁷²³ Michel Troper, « Répliques à Denys de Béchillon », art. cit., p. 270. Voir dans le même sens, sous la direction de Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzczak, *Théories des contraintes juridiques*, Bruxelles, Bruyant, Paris, L.G.D.J., 2005, coll. La pensée juridique.

République. Dès lors qu'il y a deux interprétations souveraines qui peuvent s'équilibrer l'une l'autre, aucun interprète authentique ne peut être considéré comme souverain⁷²⁴.

Si la théorie réaliste de l'interprétation encourt souvent la critique de se focaliser principalement sur l'interprétation donnée par les Cours suprêmes et d'ignorer l'existence des énoncés normatifs avant leur étape de concrétisation par les juges, elle présente cependant un grand intérêt scientifique en ce qu'elle permet de décrire le droit tel qu'il est réellement, c'est-à-dire un ensemble de rapports de force, d'interaction entre les pouvoirs. Au-delà du rapport d'interdépendance, il ne faut pas oublier que les interprètes authentiques tels que le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation disposent d'une véritable liberté juridique d'interprétation et de création normative dans la mesure où aucune juridiction supérieure ne peut casser leur jurisprudence.

Une ultime objection peut ici être soulevée et qui consiste à dire que le législateur peut toujours réformer, modifier une jurisprudence qu'il juge excessive ou inopportune. La réponse à cette objection est la suivante : le texte réformant ou modifiant cette jurisprudence doit à son tour être appliqué et donc interprété par le juge⁷²⁵. Rien ne lui interdit dès lors de faire une interprétation neutralisant les effets escomptés de la loi. Mais si le juge constitutionnel ou administratif ne fait pas cette interprétation neutralisante, c'est parce qu'il est contraint de composer avec les autres autorités du système juridique et d'assurer une certaine cohérence de sa jurisprudence. Ce qui signifie qu'il n'y pas une obligation juridique pour les juges des Cours suprêmes de choisir une interprétation précise, mais seulement le produit de la situation dans laquelle ils se trouvent et qui les contraint à choisir l'interprétation rationnelle et cohérente. Ainsi les interprètes authentiques sont juridiquement libres mais socialement déterminés⁷²⁶.

La méthode d'interprétation stricte au texte exceptionnel n'a donc pas de portée juridique absolue. Le juge est libre de décider d'appliquer une interprétation extensive ou restrictive à un texte qu'il soit exceptionnel ou général.

Intimement liée à la défaveur intuitive selon laquelle la norme d'exception n'a qu'une qualité médiocre, la méthode d'interprétation stricte cherche à cantonner cette dernière dans les strictes limites qui lui sont attribuées. En s'opposant à l'extension du texte exceptionnel

⁷²⁴ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », art. cit. p. 106.

⁷²⁵ Michel Troper, « Interprétation », art. cit., p. 846-847.

⁷²⁶ Michel Troper, « Interprétation », art. cit., p. 846-847.

par le raisonnement par analogie, la méthode d'interprétation stricte est justifiée tantôt par la sauvegarde de la primauté des règles et principes de droit généraux tantôt par l'encadrement du pouvoir d'interprétation du juge.

Si elle peut être utilisée comme une technique afin de déterminer ou distinguer le champ de validité respectif de la norme d'exception de celui de la norme générale, elle ne doit pas conduire à retrancher le texte exceptionnel de ses applications rationnelles. En répondant à une finalité législative, l'exception est aussi une règle de droit et mérite d'être appliquée dans sa raison d'être. Cet argument explique sans doute la fluctuation relative à l'application de l'interprétation stricte par le juge. Si la méthode d'interprétation stricte peut être utilisée comme un procédé d'interprétation, elle n'est pas en revanche un impératif pour le juge. Celui-ci conserve toute sa liberté d'interpréter de manière restrictive ou extensive un texte qu'il soit exceptionnel ou général.

Le régime d'interprétation stricte du texte exceptionnel est ainsi expliqué, il convient à présent de distinguer la notion d'exception définie comme la norme de limitation des notions voisines telles que la dérogation ou l'abrogation.

Section 2. L'exception distinguée des notions de dérogation et d'abrogation

Selon le professeur Leben, s'interroger sur la dérogation, l'exception et la dispense, c'est s'interroger sur les techniques susceptibles de venir modérer la force obligatoire ou le caractère contraignant de la règle de droit⁷²⁷. Il s'agit en effet de savoir si la règle de droit, en tant qu'impératif et commandement, sera compatible avec les atténuations ou les modérations que véhiculent l'exception et la dérogation ou encore la dispense.

Si ces notions d'exception et de dérogation ont un point commun en ce qu'elles affectent, limitent l'étendue, la validité de la règle générale, il n'en demeure pas moins que la première présente quelques différences par rapport à la seconde (§1). En effet, l'exception peut selon certains auteurs être distinguée de la dérogation par le fait qu'elle fait partie intégrante du pouvoir normatif initial et qu'elle a une portée générale et permanente. En revanche, la dérogation ne semble pas posséder ces caractéristiques. La distinction de l'exception de la dérogation permet d'explicitier la différence des régimes juridiques auxquels chacune de ces deux notions sera soumise.

⁷²⁷ Charles Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », art. cit., p. 38-39.

Une fois distinguée de la dérogation, l'exception doit également être différenciée de l'abrogation (§2). Si la première ne consiste qu'à limiter une partie de la validité de la règle générale sans en remettre en cause l'existence, la seconde entraîne au contraire la suppression totale de la règle générale. Ainsi, une norme dont la validité est limitée peut toujours déployer ses effets normatifs tandis qu'une norme abrogée ne produit plus aucun effet juridique et disparaît de l'ordre juridique.

§1. L'exception différenciée de la notion de dérogation

Telles qu'elles sont utilisées par les autorités normatives, les notions d'exception et de dérogation n'ont pas été l'objet de distinctions claires. Plus exactement, elles sont souvent utilisées de manière interchangeable. En effet, l'exception définie comme la limitation de la portée ou de l'étendue d'une règle de droit peut être exprimée de plusieurs manières et par des formes linguistiques très variées comme que nous l'avons précédemment souligné. Ainsi, le pouvoir constituant emploie tantôt le terme « exception » (article 7 alinéa 4 de la Constitution) tantôt le terme « dérogation » (article 73 alinéa 3) ou encore d'autres marqueurs linguistiques (c'est-à-dire des propositions et adverbes tels « sauf », « pourvu que », « cependant », « toutefois » etc.) pour dénoter la limitation de l'étendue d'une règle constitutionnelle. De même le Conseil constitutionnel se contente de dire que « toutes les dispositions législatives ayant la même valeur juridique, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur, après avoir adopté une règle générale, d'y faire exception ou d'y déroger fût-ce par voie de disposition particulière »⁷²⁸ sans proposer la distinction entre l'exception et la dérogation. Face à cette imprécision, un bref détour sur les significations de ces deux termes données par les dictionnaires paraît utile.

La dérogation désigne dans le langage courant « infraction ou violation⁷²⁹ ». Le verbe « déroger » signifie « ne pas observer une loi, une règle ou ne pas appliquer une règle » et semble avoir pour synonyme « transgresser ou violer ».

Toujours dans le langage courant, l'exception est définie comme une « exclusion, une soustraction ». Le verbe « excepter » désigne « ne pas comprendre dans, ne pas inclure dans ou mettre hors de quelque chose »⁷³⁰. Il en résulte que l'exception ne paraît pas avoir la même

⁷²⁸ Décision n° 83- 162 DC du 20 juillet 1983 Démocratisation du secteur public, déc. préc., cons 11.

⁷²⁹ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Dérogation, Déroger »

⁷³⁰ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Exception, Excepter ».

signification que la dérogation. Mais comment peut-on alors expliquer l'usage interchangeable si fréquent de ces deux termes dans les discours juridiques ?

Selon le professeur Delmas-Marty, la langue du droit ne traite pas de manière équivalente les manquements à la loi selon que l'auteur est un simple particulier ou l'Etat. Lorsqu'il n'observe pas la loi, l'Etat ne commet pas infraction à la loi mais il y déroge⁷³¹. Utilisée par le législateur, la dérogation désigne dès lors la mise à l'écart de la loi autorisée dans certains cas précis. Ainsi, transposée dans le vocabulaire juridique, la dérogation signifie « une action d'écartier l'application d'une règle de droit dans un cas particulier, elle est dite dans ce cas une dérogation individuelle. Elle s'oppose à l'exception en ce qu'elle n'arrache à la règle qu'un seul cas concrètement déterminé »⁷³².

C'est en ce sens que la doctrine propose ensuite quelques critères de distinction de ces deux notions. Le premier critère pourrait être appelé organique parce qu'il est fondé sur les différentes autorités créatrices d'exception et de dérogation (**A**). Le second critère serait dit quantitatif en ce qu'il distingue l'exception de la dérogation par la comparaison de l'étendue du champ d'application de chacune de ces deux notions (**B**). Plus précisément, étant une règle, l'exception semble posséder le caractère général et permanent tandis que la dérogation paraît relever davantage de mesures judiciaires ou de décisions administratives individuelles.

A. Les organes d'édiction : premier critère de distinction entre l'exception et la dérogation

Dans son ouvrage portant sur *La dérogation en droit public*, le professeur Leurquin-De Visscher propose de distinguer l'exception de la dérogation selon que l'une ou l'autre a été édictée par l'autorité normative compétente pour édicter la règle générale, ou par une autorité subordonnée. Plus précisément, parce que l'exception est une règle, elle ne peut être édictée que par l'autorité habilitée à créer des règles de droit générales (**1**), c'est-à-dire le législateur ou parfois l'autorité administrative ayant la compétence d'édicter les règlements autonomes. La dérogation semble dès lors n'être issue que de la norme d'habilitation par laquelle l'autorité supérieure autorise l'autorité subordonnée à apporter, dans certains cas et sous certaines conditions précises, des exceptions ou limites à sa règle générale. Elle est

⁷³¹ Mireille Delmas-Marty, *Raisonnement la raison d'Etat : vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1989, p. 19.

⁷³² Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., voir « Dérogation, Déroger ».

qualifiée par l'auteur de « pouvoir de déroger sur habilitation » (2). En d'autres termes, le législateur habilite le pouvoir administratif à déroger à la règle de droit générale.

1. L'exception comme la règle générale ne peut être édictée que par l'autorité investie du pouvoir normatif général

Le professeur Leurquin-De Visscher distingue le pouvoir de dérogation d'initiative qu'elle qualifie de « pouvoir d'exception » du « pouvoir de déroger sur habilitation » dit aussi « pouvoir de dérogation »⁷³³. Par le pouvoir d'exception, il faut entendre le pouvoir ou la possibilité d'apporter ou de faire exception à une règle ou de limiter la portée de cette dernière.

Ce pouvoir d'exception trouve ses racines dans le principe d'adaptation du droit au fait et s'exerce soit concurremment soit postérieurement à l'élaboration de la règle atteinte de dérogation. L'auteur d'une règle peut en effet se rendre compte immédiatement que la solution de la règle qu'il vient d'imaginer, communément adéquate, ne convient pas pour une partie des situations comprises dans l'hypothèse de cette règle et aussitôt, par le biais d'une exception, restreindre son domaine d'application⁷³⁴. A titre d'exemple, le législateur édicte une règle selon laquelle « *tous les Français doivent payer l'impôt* », puis il se rend compte qu'il y des Français sans ressource ni revenu. Il assortit immédiatement sa règle générale de l'exception disposant que « *exception faite à la disposition précédente, les Français qui n'ont ni revenu, ni ressource sont exonérés d'impôt* ». Il s'agit dans ce cas bien d'une exception parce que celle-ci est édictée par l'auteur de la règle générale et qu'elle est elle-même une règle ayant un champ d'application limité. En effet, elle ne vise qu'une sous-catégorie (les Français sans ressources) de la catégorie (tous les Français) régie par la règle générale.

Cependant, il se peut que ce ne soit qu'à l'expérience et donc postérieurement à son intervention initiale que l'autorité s'aperçoive de l'inadéquation de la règle à certaines situations particulières ; l'élaboration de règles dérogatoires s'impose alors tantôt pour la raison que la règle générale a dès son origine été partiellement inadaptée, tantôt parce que les changements de certaines situations de fait sont depuis lors intervenus. Le professeur souligne toutefois qu'il n'est pas possible que l'autorité de la règle initiale intervienne à chaque fois

⁷³³ Françoise Leurquin-De Visscher, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, coll. Centre d'études constitutionnelles et administratives, 1991, p. 105-106.

⁷³⁴ Françoise Leurquin-De Visscher, *La dérogation en droit public*, op. cit., p. 106-107.

pour apporter une règle appropriée à chaque situation. Elle peut dans ce cas habiliter une autorité subordonnée à apporter les exceptions à sa règle initiale dans certaines circonstances concrètement appréciées. N'ayant plus la portée générale, ces exceptions ne sont donc que des dérogations exercées conformément à la règle d'habilitation.

Ce sont donc les titulaires des pouvoirs de dérogation et d'exception qui fondent la distinction ainsi que le souligne l'auteur « dès lors qu'aucune habilitation à déroger n'a été conférée, un principe apparaît d'emblée : le pouvoir de déroger ne peut être mis en œuvre que par celui ou par ceux qui exercent la maîtrise sur la matière à laquelle la règle ressortit. En effet excepter, c'est régler [...]. Il en résulte que seule la ou les autorités qui ont compétence pour régir une matière déterminée ont le pouvoir d'établir les exceptions aux dispositions qui ordonnent celle-ci »⁷³⁵. C'est donc seule l'autorité qui a édicté la règle qui peut y faire exception et non une autre autorité, par exemple l'autorité d'exécution. Cette identité entre l'auteur de la règle et l'auteur de l'exception est imposée par le respect du principe du parallélisme des compétences.

La dérogation peut avoir lieu par une délégation de compétence. En effet, l'autorité titulaire du pouvoir d'exception peut estimer qu'une autorité subordonnée est mieux à même d'exercer un tel pouvoir. Dans ce cas, en édictant la règle générale, l'autorité compétente (ou l'autorité supérieure) peut instituer un pouvoir de dérogation⁷³⁶ : elle habilite une autre autorité, c'est souvent l'autorité subordonnée dite aussi autorité d'exécution à déroger dans certains cas à la règle générale. Cette idée a été auparavant développée sous la plume de Hans Kelsen selon lequel « un bon législateur ne saurait renoncer aux moyens permettant dans certaines circonstances de corriger les effets d'une loi »⁷³⁷. Son impossibilité de prévoir tous les cas pouvant se présenter à l'avenir ne peut ainsi être déniée. C'est alors l'organe d'application qui participe à l'adaptation du droit aux circonstances concrètement appréciées. Afin d'illustrer cette habilitation à déroger, il convient de citer l'article L. 221-17 alinéa 1 du Code du travail⁷³⁸ qui habilite le préfet à déroger à la règle générale énoncée par l'article L.

⁷³⁵ Françoise Leurquin-De Visscher, *La dérogation en droit public*, op. cit., p. 118-119.

⁷³⁶ Françoise Leurquin-De Visscher, *La dérogation en droit public*, p. 160, il s'agit donc de pouvoir de déroger sur l'habilitation ou le pouvoir de dérogation.

⁷³⁷ Ce passage relatif à la dérogation se trouve développé dans Hans Kelsen, *Théorie pure du droit, Introduction à la science du droit*, Neuchâtel, La Baconnière, coll. Etre et penser, Cahiers de philosophie, 1953, p. 146. Voir égal. Hans Kelsen, « Derogation » in *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, p. 339 et s.

⁷³⁸ L'article 221-17 alinéa 1 du code du travail dispose que « lorsqu'un accord est intervenu entre les syndicats d'employeurs et de travailleurs d'une profession et d'une région déterminées sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est donné au personnel suivant un des modes prévus par les articles précédents, le préfet du

221-5 du même code selon laquelle « le repos hebdomadaire doit être donné le dimanche ». Ainsi, s'il décide de donner aux salariés d'une entreprise déterminée le repos un jour autre que le dimanche, le préfet n'apporte qu'une dérogation et non une exception à la règle générale parce que la dérogation ne résulte pas d'un pouvoir initial mais d'une norme d'habilitation d'origine législative.

Par ailleurs l'autorité normative peut dans certains cas s'autohabiliter à déroger à la règle générale qu'elle édicte. Sans avoir la possibilité de prévoir une exception à la règle générale, elle veut toutefois se réserver la possibilité d'y déroger par la suite. Le professeur explique qu'une telle autohabilitation est nécessaire pour les autorités administratives, subordonnée par la jurisprudence à la règle *patere legem quam ipse fecisti* qui, à la différence du législateur ne peuvent pas édicter d'actes particuliers ou de règlements d'application dérogeant à un règlement antérieur fût-il de valeur juridique inférieure. Elles ne peuvent le faire que si elles ont explicitement prévu la possibilité de déroger à ce règlement⁷³⁹.

Il en résulte que l'exception, étant une règle, est intimement liée au pouvoir initial d'édicter la règle de droit générale. Elle perd sa nature de norme d'exception lorsque son exercice est attribué par l'autorité de la règle générale à une autorité d'exécution. L'exception se mue alors en mécanisme de dérogation. Ayant son origine dans une norme de délégation de l'exercice d'une compétence, la dérogation semble impliquer la division du pouvoir normatif.

2. La dérogation comme une décomposition du pouvoir normatif

Dans sa thèse intitulée *Recherche sur la dérogation en droit public*, le professeur Rouyère met en exergue d'abord la nature de norme technique de la dérogation comme l'illustre cette phrase « la dérogation est une technique normative à part entière »⁷⁴⁰. Viennent ensuite la définition de la dérogation ainsi que la distinction de cette notion de l'exception. Selon le professeur, « le processus de dérogation est composé d'un pouvoir de dérogation instauré par le dispositif normatif initial et par lequel une autorité reçoit la faculté de mettre à l'écart la norme de principe. Cette destruction du pouvoir normatif est l'élément central de la notion. Elle permet en particulier de localiser précisément le critère essentiel de la distinction

département peut, par arrêté sur la demande des syndicats intéressés, ordonner la fermeture au public des établissements de la profession ou de la région pendant toute la durée de ce repos [...] »

⁷³⁹ Ibid., p. 180.

⁷⁴⁰ Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse dactylographiée, Université Bordeaux I, 1993, p. X.

entre la dérogation et l'exception. Cette dernière est un volet de la norme initiale, tandis que la dérogation est une production normative de relais, seulement liée à la règle par un rapport de validation »⁷⁴¹.

Ainsi l'exception est distinguée de la dérogation par sa caractéristique d'être une composante de la norme initiale, et non une concurrente de celle-ci. Le professeur Rouyère souligne en effet que le préfixe « ex » n'ayant de sens que par rapport à la règle de principe, et que l'exception s'impose à l'autorité chargée de la mettre en œuvre au même titre que cette dernière⁷⁴².

Par ailleurs, il existe dans le cas de l'exception, un partage théoriquement strict des fonctions entre l'auteur de la norme initiale et l'autorité d'exécution. Le premier dispose d'un pouvoir normatif comportant la possibilité d'aménager le principe édicté selon les diverses modalités, dont la création de l'exception. C'est en ce sens que « l'exception est une composante de la règle générale. Elle est une norme, réglementant les hypothèses non prises en charge par la règle de principe, en raison de leur spécificité ». L'autorité d'exécution n'a qu'un « devoir d'exception », la compétence de l'administration étant ainsi liée⁷⁴³. De cette répartition des fonctions entre l'auteur de la norme initiale et l'autorité d'exécution découle la distinction⁷⁴⁴ entre l'exception et la dérogation.

Il en résulte que le pouvoir d'accorder une exception revient au législateur. L'exception est imposée à l'autorité qui intervient en aval de la conception de la norme, et n'est chargée que de son exécution, dans la mesure où elle est due à son destinataire⁷⁴⁴. Le pouvoir de créer une exception et l'application au sens strict de cette exception sont scindés rigoureusement entre le législateur et l'autorité administrative : il existe un pouvoir d'excepter au niveau du législateur qui se concrétise par la création d'un droit dérogatoire accordé par l'autorité d'exécution, c'est-à-dire l'autorité administrative, au profit d'un destinataire désigné comme tel initialement dans la loi⁷⁴⁵.

Cette idée a été auparavant développée sous la plume du professeur Lecocq selon lequel « la dérogation peut être définie comme le pouvoir détenu par l'administration, en vertu d'une règle générale, de mettre à l'écart partiellement ou totalement cette même règle dans certains cas particuliers. Les motifs justifiant la mise à l'écart de la règle doivent être dictés

⁷⁴¹ Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. X.

⁷⁴² Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 71.

⁷⁴³ Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 71.

⁷⁴⁴ Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 72.

⁷⁴⁵ Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 72.

par la satisfaction de l'intérêt général »⁷⁴⁶. Le propre de la dérogation est donc d'être précisément prévu par la norme elle-même. C'est la raison pour laquelle elle est envisagée comme une technique juridique permettant l'adaptation, la continuité, et la cohérence des normes générales d'un ordre juridique. Modération de l'application de la règle de droit, elle est un outil de résolution des conflits relatifs au domaine d'application matériel des règles⁷⁴⁷. Jugé indispensable au bon fonctionnement d'un Etat moderne, la dérogation permet une meilleure adaptation du droit au fait⁷⁴⁸.

En résumé, l'exception est différenciée de la dérogation par le fait qu'elle n'implique aucune décomposition du pouvoir normatif alors que la dérogation se présente comme un processus. Etroitement liée à la règle de principe, l'exception est aussi une règle mais une règle spéciale tandis que la dérogation ne peut qu'être une mesure juridique de nature administrative. L'exception s'impose à l'autorité d'exécution qui n'a qu'une compétence liée pour la mettre en œuvre. Toutefois, lorsque le pouvoir de dérogation découle d'une délégation de compétence normative ou d'un transfert du pouvoir de décision, elle confère dans ce cas un certain pouvoir discrétionnaire à l'autorité subordonnée ou d'exécution⁷⁴⁹. Ce qui signifie que l'autorité habilitée par une norme supérieure à déroger dispose d'une marge de manœuvre dans l'exercice de son pouvoir, qui se concrétise tant par la liberté de choix de déroger ou de ne pas déroger que par la liberté de décider du contenu de la mesure dérogatoire.

A ce critère organique ou hiérarchique de distinction entre l'exception et la dérogation, il faut également souligner que la première puisqu'elle est une règle, possède un caractère permanent et général alors que la seconde ne semble pas avoir cette qualité.

B. La généralité et la permanence, second critère de distinction

Au vu de développements précédents, la dérogation peut être définie comme le pouvoir détenu par l'administration, en vertu d'une règle générale, de mettre à l'écart partiellement ou totalement cette même règle dans certains cas particuliers (1) concrètement déterminés. N'étant que des mesures et décisions individuelles justifiées soit par l'intérêt

⁷⁴⁶ Pierre-André Lecocq, *Le pouvoir de dérogation de l'administration*, thèse dactylographiée, Université Lille II, 1985, p. 611-612. L'auteur distingue deux types de dérogation en droit public : les « dérogations-infractions », infléchissements de la règle et les « dérogations de compétence déliée » prévues par le droit.

⁷⁴⁷ Françoise Leurquin-De Visscher, *La dérogation en droit public*, op. cit., p. 55.

⁷⁴⁸ Françoise Leurquin-De Visscher, *La dérogation en droit public*, p. 103-106.

⁷⁴⁹ Françoise Leurquin-De Visscher, *La dérogation en droit public*, op. cit. p. 167. Voir égal., même auteur, Aude Rouyère, « La dispense en droit public : l'"un" et le "multiple" », *Droits*, 1997, n° 25 La Dispense, p. 73-90.

général soit par l'adaptation du droit aux circonstances, elle se distingue de l'exception par son défaut de généralité (2).

1. La dérogation, une limitation du droit à portée individuelle et concrète

En se limitant à son usage juridique, la dérogation peut d'après le professeur Théry désigner trois idées distinctes. Elle désigne d'abord « la possibilité pour le législateur de limiter le domaine d'application d'une règle générale en édictant une règle différente pour une ou des situations abstraitement déterminées »⁷⁵⁰. Ce premier sens recouvre en réalité la règle d'exception, ou la règle spéciale ayant un champ d'application limité par rapport à une autre règle de principe. A titre d'exemple, en autorisant certaines entreprises à donner le repos hebdomadaire par roulement l'article L. 221-9 et -10 du code du travail est une règle spéciale dérogoire à la règle générale énoncée par l'article L. 221-5 du même code aux termes duquel « le repos hebdomadaire doit être donné le dimanche ». Dans cette hypothèse, la loi fixe elle-même les exceptions à sa règle générale et ces exceptions ont une portée générale et permanente à l'égard de la catégorie des faits qu'elles régissent.

Ensuite, la dérogation désigne les lois supplétives. En effet déroger c'est impliquer la possibilité de choisir une règle autre que celle énoncée par la loi supplétive qui n'intéresse ni les bonnes mœurs ni l'ordre public⁷⁵¹. Ce type de dérogation est souvent utilisé en droit privé puisqu'il permet de prendre en compte l'autonomie de volonté et la liberté contractuelle des individus dans l'élaboration de leurs obligations contractuelles⁷⁵².

Enfin, la dérogation est « la décision qui permet de ne pas appliquer la loi dans un cas particulier et s'oppose à l'exception en ce qu'elle n'arrache à la règle qu'un cas concrètement déterminé »⁷⁵³. Elle est synonyme d'une exemption personnelle ou d'une dispense. Ce dernier et troisième sens semble correspond à la notion de dérogation conçue par la majeure partie de la doctrine en droit public en général et en droit administratif en particulier en ce qu'il implique d'abord un pouvoir d'excepter initial (législateur) puis un pouvoir de déroger accordé à l'autorité administrative (autorité d'exécution) par le biais d'une norme d'habilitation. Par exemple, l'article L. 571 alinéa 7 du code de la santé publique habilite le

⁷⁵⁰ Philippe Théry, « Dérogation, dispense, excuse », art. cit., p. 364.

⁷⁵¹ Philippe Théry, « Dérogation, dispense, excuse », art. cit., p. 364.

⁷⁵² Cécile Pérès, *La règle supplétive*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 7-15.

⁷⁵³ Philippe Théry, « Dérogation, dispense, excuse », art. cit., p. 364. Voir égal. Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., voir « Dérogation, Déroger ».

préfet à déroger à la règle déterminant les conditions de création d'officine. Il s'agit d'une dérogation individuelle, concrète, appréciée au cas par cas. Elle doit être justifiée par les besoins réels de la population résidente et de la population saisonnière⁷⁵⁴. L'article 7 de l'arrêté du 7 août 2006 relatif à la formation doctorale peut fournir aussi une illustration du caractère individuel de la dérogation. Aux termes de cet article 7, « la préparation du doctorat s'effectue, en règle générale, en trois ans. Des dérogations peuvent être accordées, par le chef de l'établissement, sur proposition du directeur de l'école doctorale et après avis du directeur de thèse [...] et sur demande motivée du candidat »⁷⁵⁵. Il en va de même pour l'article L. 123-5 alinéa 3 du Code de l'urbanisme qui habilite l'autorité compétente à accorder la dérogation à titre individuel. En effet en vertu de cette disposition, l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire peut, par décision motivée, accorder des dérogations à une ou plusieurs règles du plan local d'urbanisme pour permettre la reconstruction des bâtiments détruits ou endommagés [...] ⁷⁵⁶. Ces dérogations se caractérisent par leur portée précise et ne peuvent être accordées qu'en fonction de la particularité de chaque situation.

Il en résulte que sous le terme « dérogation » on trouve tantôt une règle d'exception, tantôt une manifestation de la liberté individuelle dans l'élaboration des actes juridiques (loi supplétive) tantôt une exemption individuelle comparable à la dispense en droit privé. A cet égard, le professeur Théry souligne que le style de rédaction du législateur entretient souvent les imprécisions terminologiques⁷⁵⁷. Le professeur Blumann observe pour sa part que la dérogation en matière d'urbanisme pose quant à elle une grande difficulté de définition⁷⁵⁸. En effet, les textes ne donnent pas une définition précise de la notion de dérogation, ce qu'ils nomment « dérogation » peut ne pas en être tandis que certaines expressions telles que « à titre exceptionnel » ou « sauf impossibilité » ou encore « aménagements » peuvent cacher de véritables dérogations. Toutefois la doctrine s'accorde à admettre que les dérogations en

⁷⁵⁴ L'article L. 571 alinéa 7 du code de la santé publique dispose que « Si les besoins réels de la population résidente et de la population saisonnière l'exige, des dérogations à ces règles peuvent être accordées [autorisations dérogatoires] par le préfet après avis du chef de service régional des affaires sanitaires et sociales, du pharmacien inspecteur général de la santé, du conseil régional de l'ordre des pharmaciens et des syndicats professionnels ».

⁷⁵⁵ Arrêté du 7 août 2006 relatif à la formation doctorale, J.O. n° 195 du 24 août 2006, p. 12468.

⁷⁵⁶ L'article L. 123-5 alinéa 3 du code de l'urbanisme prévoit que « l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire peut, par décision motivée, accorder des dérogations à une ou plusieurs règles du plan local de l'urbanisme pour permettre la restauration ou la reconstruction des bâtiments détruits ou endommagés à la suite d'une catastrophe naturelle survenue depuis moins d'un an, lorsque les prescriptions imposées aux constructeurs en vue d'assurer la sécurité des biens et des personnes sont contraires à ces règles ».

⁷⁵⁷ Philippe Théry, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », art. cit., p. 364.

⁷⁵⁸ Claude Blumann, « Le contrôle juridictionnel des dérogations en matière d'urbanisme », art. cit., p. 5-9.

matière d'urbanisme ne peuvent être accordées qu'à titre individuel⁷⁵⁹. Il en résulte que la caractéristique fondamentale de la dérogation réside dans le fait qu'elle n'écarte l'application d'une règle que dans un cas particulier.

2. *Le caractère général et permanent, second critère de distinction*

La notion de dérogation se distingue de la notion d'exception par le fait qu'elle est une décision accordée de manière temporaire à des cas plus ou moins identifiés et individualisés alors que l'exception suppose la notion de règle avec toutes ses caractéristiques, c'est-à-dire, abstraction, généralité, permanence. D'après le professeur Delmas-Marty, s'il y a autant d'ambiguïté entre les notions d'exception et de dérogation, c'est parce qu'il y a deux types de limitations et donc d'exceptions : celles qui sont occasionnelles (on fait exception à la règle pour l'adapter à une situation particulière qui ne surgit que de temps en temps) ; celles qui sont durables⁷⁶⁰ (on pose des exceptions à la règle. Inhérentes à la règle de principe, ces exceptions sont permanentes, générales. A titre d'exemple, les exceptions à l'exercice des libertés sont des règles générales, permanentes. Il n'y a pas de liberté sans limite). La première relève de la notion de dérogation alors que la seconde relève de l'exception. Il est important selon le professeur d'éviter toute confusion entre la limitation dérogatoire qui sont « *des mesures provisoires liées à des circonstances précisément exceptionnelles ou particulières* » et la limitation-exception qui est « *la forme permanente de la réglementation* »⁷⁶¹. Il en résulte que la mesure dérogatoire peut disparaître avec le changement des circonstances tandis que l'exception ne peut l'être qu'avec la modification de la règle de droit.

Dans le même esprit, le professeur Rouyère distingue la notion de dérogation de celle d'exception en ces termes : « à l'instar de la dispense, la dérogation consacre une possibilité de ne pas appliquer la règle de droit en vigueur à un cas déterminé or l'exception ne procède absolument pas de ce mécanisme »⁷⁶². Selon le professeur, l'exception et la dérogation ne se confondent pas mais constituent deux mécanismes distincts puisque « la mise en œuvre de l'exception constitue, encore et toujours, une stricte application de la règle de droit initial, dont elle forme simplement une branche particulière ». En revanche, « la dérogation est la résultante d'un processus normatif juridiquement organisé, permettant à l'autorité qui

⁷⁵⁹ Claude Blumann, « Le contrôle juridictionnel des dérogations en matière d'urbanisme », art. cit., p. 5-9.

⁷⁶⁰ Mireille Delmas-Marty, *Raisonnement la raison d'Etat : vers une Europe des droits de l'homme*, op. cit., p. 19.

⁷⁶¹ Mireille Delmas-Marty, *Raisonnement la raison d'Etat : vers une Europe des droits de l'homme*, p. 19.

⁷⁶² Aude Rouyère, « La dispense en droit public : l'"un" et le "multiple" », art. cit., p. 73 et s.

applique la règle de droit de l'écart, sur la base de motifs donnant lieu à une appréciation, et au profit d'une solution dont le contenu reste à déterminer en fonction des circonstances »⁷⁶³.

Ainsi, la mise à l'écart provisoire de la norme de principe sur des motifs particuliers appréciés au cas par cas constitue d'après le professeur Rouyère le critère essentiel de distinction entre la dérogation et l'exception. En effet, « l'exception est un volet de la norme initiale tandis que la dérogation est une production normative de relais liée à la règle par un rapport de validation »⁷⁶⁴. Ce volet de la norme initiale désigne les exceptions faisant corps avec la règle de principe ainsi que l'illustre l'article 4 de la Déclaration des droits de 1789 aux termes duquel « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles assurant aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». Il en va de même pour l'article 11 de cette même Déclaration qui dispose que « La libre communication des pensées et des opinions [...] : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi ». La dérogation se distingue de l'exception en ce qu'elle est une simple technique de mise à l'écart de la norme de principe dans certains cas concrètement déterminés au moment de la sa concrétisation.

Il en résulte que le second critère de distinction des notions d'exception et de dérogation implique en réalité la distinction entre la règle et la décision. L'exception a la nature de la règle alors que la dérogation relève de la décision (administrative, judiciaire). Cette idée a été également développée sous la plume du professeur Mayer qui établit la différence entre la règle et la décision, entre la norme hypothétique et la norme catégorique afin de mieux cerner le phénomène de mise à l'écart de la norme ou la limitation de la force obligatoire du droit. Le professeur range l'exception dans la catégorie des règles tandis que la dérogation en tant que la mise à l'écart de la règle est qualifiée de décision⁷⁶⁵.

S'inscrivant dans la même optique, le professeur Théry soutient que le législateur ne peut recourir à l'exception que s'il est en mesure de définir abstraitement la catégorie d'actes ou de personnes à laquelle elle s'appliquera. A défaut d'un certain degré d'abstraction et de

⁷⁶³ Aude Rouyère, « La dispense en droit public : l'"un" et le "multiple" », art. cit., p. 73 et s.

⁷⁶⁴ Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 17.

⁷⁶⁵ Pierre Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque de droit international privé, 1973, p. 76-82.

généralité de l'objet auquel s'applique la règle exceptionnelle, le législateur devrait renoncer à cette dernière et recourir plutôt au mécanisme de dérogation⁷⁶⁶.

Les notions d'exception et de dérogation se distinguent également par la marge d'appréciation qu'elles laissent à l'autorité chargée d'appliquer la norme. En effet, « la dérogation relève d'un certain pouvoir discrétionnaire de mise à l'écart de la règle de droit tandis que l'exception en tant que la règle de droit ne laisse pas de marge de manœuvre à celui qui aura la charge de l'appliquer »⁷⁶⁷. Afin d'adapter la règle à des cas concrètement examinés, la dérogation confère en quelque sorte un pouvoir discrétionnaire à l'autorité administrative d'accorder ou de refuser la mise à l'écart de la norme. En revanche, la notion d'exception en tant que règle générale de limitation ne peut pas laisser une si grande marge d'appréciation à l'autorité chargée de l'exécuter sous peine de porter atteinte à la règle de répartition de compétences entre le législateur et l'exécutif.

Deux constats s'imposent ici. D'une part, l'exception et la dérogation semblent être soumises à la logique de hiérarchie des normes. En effet, l'exception résulte d'un pouvoir normatif initial (pouvoir législatif) tandis que la dérogation n'a lieu qu'en présence d'une norme d'habilitation. D'autre part, au-delà des imprécisions terminologiques, la limitation de la force obligatoire ou de la validité du droit, l'élément commun aux notions d'exception et de dérogation n'aboutit pas à leur assimilation. L'exception est une règle de limitation, elle s'attache de manière permanente à la validité matérielle, territoriale d'une autre règle de droit. Elle ne s'épuise pas avec son application. Tant que la règle de principe existe, l'exception existe aussi. C'est en ce sens qu'elle est une forme permanente de la réglementation c'est-à-dire qu'elle limite de façon permanente l'application générale d'une règle afin que celle-ci n'entre pas en conflit avec une autre règle. Ainsi, sans l'exception, les droits et libertés entrent constamment en conflit. En revanche, la dérogation ne limite l'application de la règle de principe que dans certaines circonstances concrètement déterminées et elle peut disparaître avec le changement de ces dernières. Ainsi, le législateur peut supprimer la dérogation prévue par l'article L. 221-9 et -10 du code du travail sans que l'article L. 221-5 du même code n'entre en conflit avec un autre règle. Certes une règle sans possibilité de dérogation peut paraître rigide ou inadaptée à certaines situations, mais sa praticabilité ou son application ne sera pas remise en cause comme c'est le cas de deux normes contradictoires.

⁷⁶⁶ Philippe Théry, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », art. cit., p. 365-367.

⁷⁶⁷ Aude Rouyère, « La dispense en droit public : l'"un" et le "multiple" », art. cit., p. 76.

La distinction de l'exception de la dérogation n'est pas dépourvue d'intérêt pratique dans la mesure où elles ne sont pas soumises aux mêmes exigences en ce qui concerne leur condition de validité ou de constitutionnalité. L'exception est en général soumise au contrôle de nécessité et de proportionnalité ainsi que nous l'expliquerons plus tard. En revanche lorsque le législateur habilite une autre autorité subordonnée à apporter les limites, c'est-à-dire les dérogations à sa règle dans certaines situations qu'il détermine lui-même, ces habilitations législatives à déroger et les dérogations prises conformément à ces habilitations font l'objet d'un contrôle très rigoureux du juge constitutionnel. Ceci est dû au fait que la dérogation nécessite une délégation de compétence normative et se heurte donc au principe d'indisponibilité de compétence⁷⁶⁸. Ainsi, l'autorité habilitée à déroger dispose certes d'un pouvoir discrétionnaire pour édicter les dérogations, sa liberté d'appréciation est toutefois encadrée. En effet, le juge constitutionnel exige que la norme législative d'habilitation doive déterminer des règles de forme et de fond à suivre, prévoit des motifs précis et détermine le contenu des dérogations qu'elle autorise. A titre d'exemple, dans la décision du 28 décembre 2006, le juge constitutionnel précise que « *lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation*⁷⁶⁹ ». Après avoir fait des vérifications, le juge considère qu'en l'espèce l'habilitation à déroger est suffisamment précise et encadrée. Elle est donc déclarée conforme à la Constitution. En revanche, le juge constitutionnel censure toute norme d'habilitation à déroger si elle n'est pas suffisamment encadrée ainsi que l'illustre la décision du 16 juillet 2009. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a censuré d'office les six articles mettant en place des expérimentations sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution au motif que « *si le Parlement peut autoriser [...] des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant la loi, il doit en définir de façon suffisamment précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle* ». Il en résulte que « *le législateur ne pouvait sans méconnaître l'article 37-1 de la Constitution, renvoyer au pouvoir réglementaire la soin de fixer la durée de cette*

⁷⁶⁸ Guillaume Tusseau, « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence, actes de colloque organisé des 12 et 13 juin 2008, à la faculté de droit et des sciences économiques et gestion de Nancy par l'association française pour la recherche en droit administratif*, Paris Litec, 2008, p. 101 et s.

⁷⁶⁹ Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, J.O. du 31 décembre, p. 20320, cons. 5.

déroger⁷⁷⁰ ». L'absence d'encadrement, de durée ou de motif précis d'une habilitation à déroger s'apparente en effet à l'abandon de compétence par le législateur et se heurte au principe d'indisponibilité de compétence.

Au vu de tous ces éléments, il faut conclure que chacune de ces deux notions d'exception et de dérogation conserve sa propre spécificité. Celle de l'exception peut également être affirmée à l'occasion de sa confrontation avec la notion d'abrogation.

§2. La notion d'exception distinguée de la notion d'abrogation

Parce qu'elle désigne la limitation de l'étendue d'une règle générale, la règle d'exception ou spéciale affecte la validité de cette règle générale. Elle doit dès lors être étudiée à l'aune de la notion d'abrogation.

En détruisant la règle dans sa totalité, l'abrogation est souvent définie comme la suppression totale de la validité de la règle de droit (**A**). En d'autres termes elle provoque la disparition définitive de cette dernière. En revanche, l'exception ne frappe la règle que dans une de ses parties comme l'illustre l'adage *lex specialis generalibus derogant*. Elle ne limite la validité de la règle générale que dans certains cas sans pour autant entraîner la disparition de celle-ci. En ce sens l'exception peut être considérée comme l'abrogation partielle de la règle de principe (**B**). Plus exactement, ce n'est plus ici la nature de l'atteinte que subit la règle qui va présider à la différenciation mais bien plutôt l'ampleur de celle-ci.

A. L'abrogation comme la suppression de la validité totale de la règle

Une norme acquiert sa validité à partir du moment où elle a été édictée conformément à la règle de procédure qui préside les conditions de validité juridique. Par exemple, pour pouvoir acquérir la validité d'une loi, un acte ou une décision du Parlement doit être adopté dans le respect des conditions fixées par les articles 34 et 45 de la Constitution de 1958 (conditions de fond, de procédure, la loi doit être promulguée, etc.). La validité d'une règle juridique peut avoir une durée déterminée (validité temporelle) c'est le cas lorsque le législateur énonce qu'une telle loi n'a qu'une durée d'application de deux ans. Elle peut être matérielle lorsque la règle vise une catégorie de gens ou de fait déterminé (les Français jouissent de la liberté d'expression). Elle peut être territoriale quand elle ne s'applique qu'à

⁷⁷⁰ Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, J.O. du 22 juillet 2009, cons. 38 et 39.

une partie du territoire (le droit d'Alsace-Moselle ne s'applique qu'aux habitants de cette région).

La règle ne peut faire partie de l'ordre juridique et produire ses effets normatifs qu'à partir du moment où elle a été valablement créée. On dit dans ce cas que la règle existe, vit et déploie ses effets. Toutefois la norme peut subir des modifications au cours de son existence. En effet, l'auteur de la norme (constituant, législateur, autorité réglementaire) peut estimer que la règle en vigueur n'est plus adaptée à des circonstances nouvelles. Il souhaite donc la changer soit en la supprimant, soit en adoptant des règles nouvelles ayant un contenu totalement différent de celui de la règle ancienne. La première hypothèse désigne l'abrogation ou la norme abrogatoire c'est-à-dire la norme nouvelle qui entraîne la suppression totale de la validité de la règle en vigueur (1) tandis que la seconde hypothèse signifie l'abrogation par la substitution d'une règle nouvelle à la règle ancienne (2) et correspond à l'adage *lex posterior derogat priori*.

1. La définition de l'abrogation : la suppression de la validité de la règle

La validité juridique ne semble pas relever de l'intangibilité ou de l'éternité. Une norme de droit peut perdre sa validité de plusieurs manières. Elle peut la perdre par la fin du temps pendant laquelle elle est valide en vertu de sa propre détermination (c'est le cas d'une norme dont la durée de validité est précisément prévue. Par exemple, des lois de finances qui n'ont qu'une durée de validité d'un an) ou en vertu de la détermination par une autre norme (norme abrogatoire) ou encore parce qu'elle n'est plus effectivement observée ou appliquée (c'est le cas où elle a perdu son efficacité qui est une condition de sa validité)⁷⁷¹. Il s'agit de l'abrogation tacite ou implicite par désuétude.

Il convient selon Hans Kelsen de faire la distinction entre ces différentes manières de perdre la validité et l'abrogation. Car « l'abrogation est la suppression de la validité d'une norme valide par une autre norme »⁷⁷². Ce qui signifie que, parmi ses fonctions habituelles d'habilitation, de permission ou de commandement, la norme a aussi une autre fonction particulière qui consiste dans la suppression de la validité d'une autre norme. La norme qui supprime la validité d'une autre norme est dite abrogatoire. Elle ne dispose pas que, sous certaines conditions, un certain comportement doit avoir lieu, mais elle supprime l'être-

⁷⁷¹ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, traduit par Olivier Beaud et Malkani Fabrice, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1996, p. 139 et s.

⁷⁷² Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 140.

obligatoire d'un comportement statué par la norme jusque-là valide. Elle statue non pas un devoir-être mais un non-devoir-être. A la différence des autres normes, la norme abrogatoire pose non pas le devoir-être d'un comportement ou son abstention mais le non-devoir-être d'un comportement ou d'une abstention, qui est posé comme obligatoire dans une autre norme. La norme d'abrogation ne peut pas être valide par elle-même, elle ne peut être valide qu'en relation avec une norme dont elle supprime la validité. En ce sens, les normes abrogatoires sont qualifiées par le maître de Vienne de normes non indépendantes⁷⁷³. C'est-à-dire qu'elles n'ont de signification qu'en rapport avec d'autres normes.

Ainsi, le problème de l'abrogation concerne principalement le domaine de validité des normes : il s'agit de la validité temporelle, dans la mesure où la norme d'abrogation met fin à la validité d'une norme dans le temps⁷⁷⁴. Toutefois, en mettant fin à la validité temporelle d'une norme, la norme abrogatoire provoque également la disparition de la validité matérielle et territoriale de cette norme. A titre d'exemple une loi adoptée le 1^{er} janvier 2000 interdit le licenciement économique, cette norme s'avère ensuite inadéquate aux situations économiques des entreprises telles qu'elles se présentent en janvier 2010, le législateur édicte alors une norme nouvelle ayant pour unique but de rendre inapplicable la première norme. Cette seconde norme est abrogatoire en ce qu'elle consiste à mettre fin à la validité (temporelle, matérielle et territoriale) de la première. Sa validité supprimée, la règle adoptée le 1^{er} janvier 2000 ne produira plus d'effet juridique et elle disparaîtra définitivement de l'ordre juridique. L'abrogation se distingue de l'annulation en ce qu'elle ne vaut que pour l'avenir, et n'a pas d'effet rétroactif.

Hans Kelsen explique également que l'abrogation peut survenir dans deux cas différents : avec conflit entre deux normes ou sans conflit. Le second cas qui correspond à l'hypothèse d'abrogation de la norme interdisant le licenciement économique ci-dessus expliqué et se présente lorsque l'autorité qui pose la norme considère comme non souhaitable la validité d'une norme valide et veut donc la supprimer. Elle peut le faire par un acte dont la signification est l'abrogation. L'abrogation sera dans ce cas l'unique fonction d'une norme positive. L'exemple cité par Hans Kelsen ici est le cas d'une norme valide selon laquelle tous les individus masculins qui ont atteint 21 ans doivent accomplir leur service militaire. Le législateur peut supprimer cette norme par un acte de législation dont l'unique fonction est la

⁷⁷³ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 140.

⁷⁷⁴ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 140.

suppression de la validité de la norme en question⁷⁷⁵. Cette norme nouvelle n'interdit pas le service militaire aux hommes reconnus bons pour le service mais se borne à abroger la norme qui prescrit le service militaire. Il n'y a donc pas de conflit entre une norme abrogatoire et l'autre norme (norme abrogée).

L'abrogation peut surgir en cas de conflit de normes, c'est-à-dire que les deux normes comportent des prescriptions contradictoires. Dans cette situation, la solution du conflit consiste à faire prévaloir la norme postérieure sur la norme antérieure (*lex posterior derogat priori*). On en déduit que le législateur en édictant une norme nouvelle ayant un contenu totalement contraire à celui de la norme ancienne a voulu abroger cette dernière. Il s'agit de l'abrogation implicite ou tacite par la substitution d'une norme nouvelle à la norme ancienne. A titre d'exemple, une loi votée en 1940 interdit aux femmes d'exercer le métier d'avocat, une loi votée en 1950 dispose que les femmes peuvent exercer le métier d'avocat et plaider devant les tribunaux. En contredisant totalement la première norme, la seconde norme l'abroge et s'y substitue.

2. L'abrogation comme la substitution totale et définitive d'une règle nouvelle à une règle ancienne

En l'absence d'une norme qui énonce explicitement qu'elle abroge une autre norme, l'abrogation peut toutefois avoir lieu lorsque la norme postérieure, nouvelle, comporte une prescription qui rend totalement inapplicable celle d'une norme antérieure, ancienne. En vertu de l'adage « *lex posterior derogat priori* », on considère que la norme nouvelle déroge, c'est-à-dire abroge la norme ancienne. En effet, « la nouvelle proposition de droit peut abolir celle qui existe jusque-là soit totalement soit partiellement. Son contenu peut se limiter à l'abolition pure et simple en fixant une nouvelle réglementation pour le même cas. Dans cette hypothèse, il n'est pas besoin d'une abolition expresse tant que les deux propositions de droit ne sont pas en mesure d'être appliquées ensemble »⁷⁷⁶.

En cas de conflit entre une norme ancienne et une norme nouvelle, la doctrine parle de l'abrogation tacite de la norme antérieure par la norme postérieure ainsi que l'a souligné le

⁷⁷⁵ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 141.

⁷⁷⁶ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 146. Il s'agit de la déduction de l'abrogation du rapport contradictoire entre deux normes proposée par Ferdinand Regelsberger. Hans Kelsen critique cette approche en expliquant que « le fait que deux normes étant en conflit ne sont pas en mesure d'être appliquées ensemble n'est pas une raison pour admettre que l'une supprime la validité de l'autre ». Toutefois ce qui peut être « supprimée » selon l'auteur n'est pas la proposition de droit – ou plus exactement une norme juridique – mais seulement la validité d'une norme juridique.

professeur Aubert « dans tous les cas où l'abrogation tacite du texte ancien est admise, ce texte disparaît définitivement : il ne saurait en aucun cas renaître plus tard du fait de l'abrogation ou de la modification ultérieure de la loi qui lui portait contradiction »⁷⁷⁷. La norme ancienne perd sa validité avec l'entrée en vigueur de la norme nouvelle et par le fait qu'elle sera totalement remplacée par cette dernière. Selon le professeur Crucis, « si les champs, les objets d'une norme ancienne et d'une norme nouvelle sont parfaitement superposables, la norme postérieure impliquera alors l'abrogation pure et simple de la norme ancienne »⁷⁷⁸. Privée de sa validité, la norme ancienne sera vouée à la disparition définitive.

Parce qu'elle porte une atteinte radicale à la totalité du domaine matériel d'application de la règle de droit, l'abrogation a donc la conséquence de supprimer définitivement pour l'avenir toute existence juridique de la règle⁷⁷⁹. Plus rien ne justifie son maintien dans l'ordre juridique dès l'instant où elle devient incapable de produire des effets nouveaux : désormais elle n'est plus susceptible d'exécution, elle n'est également plus susceptible d'avoir une quelconque incidence sur les situations qui apparaîtraient. La règle disparaît donc et de manière définitive. Rien en effet ne pourrait la faire revivre et lui faire réintégrer sa place dans le système des normes : l'abrogation de la règle abrogatoire ne peut procurer à nouveau l'existence à la règle abrogée⁷⁸⁰, de même, une nouvelle manifestation de volonté au contenu identique à celui exprimé dans la règle abrogée a cette conséquence que la même obligation s'impose mais au titre d'une règle nouvelle et non d'une revitalisation de la règle ancienne.

La même idée est également développée sous la plume du professeur Auby selon lequel « l'abrogation se traduit par la disparition d'un acte administratif. Effacé de

⁷⁷⁷ Jean-Luc Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 11e éd., coll. Université, 2006, p. 108-110.

⁷⁷⁸ Henry-Michel Crucis, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française : contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1991, p. 161.

⁷⁷⁹ Françoise Leurquin-De Visscher, *La dérogation en droit public*, op. cit. p. 60.

⁷⁸⁰ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 140. L'abrogation concerne d'après l'auteur, la validité d'une norme, et non pas l'acte consistant à poser la norme. Seule la première peut être supprimée, et non pas ce dernier. Puisque la norme abrogatoire ne se rapporte pas à un comportement, elle ne peut pas être observée ou appliquée. Et par conséquent, elle ne peut pas non plus être violée. Une fois qu'elle remplit sa fonction, c'est-à-dire une fois que la norme à laquelle elle se rapporte a perdu sa validité, la norme abrogatoire perd sa validité à l'égard des normes dont elle a supprimé la validité. Ainsi sa validité par rapport à la norme dont elle a déjà supprimé la validité ne peut pas non plus être supprimée ; elle est non abrogeable. La tentative consistant à supprimer la validité d'une norme (abrogeant une autre norme) à l'égard de cette norme qu'elle abroge, en édictant une autre norme abrogatoire serait sans effet. La seconde norme abrogatoire ne redonnerait pas de validité à la norme dont la validité a été supprimée par la première norme abrogatoire. Une norme, dont la validité a déjà été supprimée par une norme abrogatoire, ne peut recouvrer sa validité qu'au moyen d'une norme ayant le même contenu qu'elle. En fait, elle ne peut, fondamentalement, jamais recouvrer sa validité. La norme, qui est posée comme valide, est une autre norme que celle dont la validité a été supprimée, même si elle a un contenu identique.

l'ordonnement juridique, l'acte n'est plus susceptible d'aucun effet de droit et d'une manière définitive. L'abrogation se distingue ainsi de la modification ou de la suspension d'exécution qui supposent toutes deux le maintien de l'acte »⁷⁸¹. Il en résulte que le texte abrogé disparaît définitivement de l'ordre juridique. L'abrogation (ou la suppression) de la norme abrogatoire ne peut pas non plus faire revivre le texte initial, abrogé. C'est ce qu'a affirmé le Conseil d'Etat dans un arrêt du 28 octobre 2009 *Coopérative agricole d'Armorique maraîchère*. Ainsi « l'abrogation d'un texte ou d'une application ayant précédé à l'abrogation ou à la modification d'un texte ou d'une disposition antérieure n'est pas, par elle-même, de nature à faire revivre le premier texte dans sa version initiale ; qu'une telle remise en vigueur ne peut intervenir que si l'autorité compétente le prévoit expressément ; qu'il ne peut en aller autrement que, par exception, dans le cas où un disposition a pour seul objet d'abroger une disposition qui n'avait elle-même pas eu d'autre objet que d'abroger ou de modifier un texte et que la volonté de l'autorité compétente de remettre en vigueur le texte ou la disposition concernée dans sa version ne fait pas de doute »⁷⁸².

Cette conséquence que produit l'abrogation, à savoir la suppression définitive de l'existence juridique de la règle qui en est frappée, ne se trouve point comme conséquence de l'exception. Pour la raison que cette dernière n'atteint jamais qu'une partie de la règle. N'étant que la limitation de l'étendue de la règle de droit, l'exception peut être considérée comme une abrogation partielle de cette dernière⁷⁸³.

B. L'exception comme une limitation partielle de la règle de droit générale

En présence d'un rapport de contradiction entre une norme d'exception nouvelle et une norme générale ancienne, certains auteurs parlent d'abrogation tacite et partielle de la seconde par la première (1). Plus exactement l'exception ne déroge qu'à une partie de la validité de la règle générale sans en entraîner la suppression, ni la disparition. De même, loin d'entrer dans un rapport d'exclusion mutuelle, l'exception et la règle s'inscrivent dans un mode d'application alternative (2).

⁷⁸¹ Jean-Marie Auby, « L'abrogation des actes administratifs », A.J.D.A., 1967, p. 131-139.

⁷⁸² C.E, 28 octobre 2009 *Coopérative agricole l'Armorique maraîchère*, rec. , req. n° 306708-309751.

⁷⁸³ Françoise Leurquin-De Visscher, *La dérogation en droit public*, op. cit., p. 60.

1. *L'exception comme une abrogation partielle de la validité de la règle*

A titre de rappel, l'exception est définie comme une règle de limitation. Elle consiste en effet à limiter l'étendue d'une autre règle de droit. Elle peut également être qualifiée de règle spéciale en ce qu'elle ne régit qu'une sous-catégorie de la catégorie visée par la règle générale. En d'autres termes, l'exception ne vise que l'espèce intégrée dans le genre appréhendé par la règle de principe. Par exemple, la loi du 21 mars 1884 est une règle exceptionnelle, spéciale en ce qu'elle ne régit qu'une espèce d'association (association syndicale, professionnelle) tandis que la loi du 1^{er} juillet 1901 est la règle de principe ou la règle générale puisqu'elle vise le genre d'association (toute association qu'elle soit professionnelle ou non). Postérieure, la loi du 1^{er} juillet 1901 n'abroge pas pour autant la règle d'exception antérieure en vertu de l'adage *generalis specialibus non derogant*. En soustrayant les associations syndicales de la catégorie d'association, l'exception créée par la loi du 21 mars 1884 ne fait que limiter le champ d'application matérielle de la loi du 1^{er} juillet 1901. Elle n'entraîne en aucun cas l'abrogation de cette dernière si par l'abrogation il faut entendre la suppression totale et définitive de la règle de principe. En d'autres termes, la règle spéciale ne fait pas disparaître la règle générale. Celle-ci s'applique à l'égard des cas qui n'ont pas été exceptés c'est en ce sens que l'exception confirme la règle. L'abrogation (suppression totale) est donc distinguée de l'exception (limitation)

La distinction de la limitation (exception) de l'abrogation devient plus problématique en présence de deux normes ayant les contenus contradictoires ou inconciliables sans que leurs champs d'application ne puissent être déterminés par le critère de spécialité et de généralité. Par exemple, l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789 et les articles 34, 37 de la Constitution de 1958 imposent la règle de séparation de pouvoirs et donc interdisent la concentration ou la confusion des pouvoirs au bénéfice d'une seule autorité tandis que l'article 16 autorise la confusion des pouvoirs au profit du Président de la République. En conséquence, l'application de cette dernière disposition conduit à violer celle posée par l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789.

En pareille hypothèse, la solution du conflit consiste selon la doctrine soit à faire prévaloir la règle postérieure sur la règle antérieure ou encore la règle supérieure sur la règle inférieure en vertu de l'adage *lex posterior derogat priori* et *lex superior derogat inferiori*, mais une telle solution a l'inconvénient d'entraîner en réalité l'abrogation de l'une des deux normes en cause, soit à concilier les deux règles en considérant qu'aucune d'entre elles n'est

absolue et que chacune d'entre elles peut recevoir des exceptions⁷⁸⁴. Cette dernière solution a l'avantage de faire coexister les deux règles par la simple limitation de leur validité ou de leurs champs d'application. A cet égard, le professeur Brunet souligne qu'« il n'y a donc de dérogation proprement dite c'est-à-dire la limitation que lorsqu'on dit d'une loi spéciale qu'elle « déroge » à une loi générale [...]. Les maximes *lex posterior* et *lex superior* conduisent inévitablement à faire prévaloir l'une des deux normes sur l'autre : l'antinomie est certes résolue mais toujours au détriment de l'une des normes en cause [...]. Il existe toutefois un moyen de faire coexister le principe et la loi : admettre que la loi formelle est une loi spéciale qui, sans pour autant l'abroger, ni l'invalider, ne se conforme pas à un principe lui-même entendu comme loi générale. Elle est l'exception à la règle qui comme le veut le proverbe, confirme la règle »⁷⁸⁵.

Ainsi, la distinction de l'abrogation et de l'exception dépend selon la majeure partie des auteurs, de l'étendue du champ d'application de la règle initiale atteinte par la règle spéciale. Lorsque ce dernier n'est qu'en partie concerné, il n'y a pas d'abrogation mais exception. Plus exactement la validité de la règle générale n'est pas abrogée mais seulement limitée. En ce sens, l'exception semble s'inscrire comme une abrogation ou une réduction partielle de la validité de la règle générale.

L'assimilation de l'exception à l'abrogation ou limitation partielle ne semble pas emporter l'adhésion de Hans Kelsen. Le maître de Vienne considère en effet qu'il n'y a pas d'abrogation partielle mais une abrogation totale en cas d'incompatibilité entre une norme ancienne et une norme nouvelle. Si la norme ancienne comporte un contenu contradictoire par rapport à celui de la norme nouvelle, elle sera privée de toute validité et ne peut pas survivre même partiellement⁷⁸⁶. Ainsi que l'a expliqué l'auteur « ce que l'on peut entendre par l'expression « abolition partielle » d'une norme, est la modification partielle de son contenu en particulier de son domaine de validité. Toutefois la modification du contenu d'une norme n'est pas obtenue par la persistance de la validité de la norme juridique, avec un contenu modifié en tant que norme partiellement modifiée, mais par la suppression de la validité d'une norme et son remplacement par une autre norme dont le contenu, comparé à celui de la première norme est en partie différent »⁷⁸⁷. Ainsi, si une norme antérieure du code civil

⁷⁸⁴ Philippe Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Litec, coll. Manuel, 2006, 11e éd., p. 92.

⁷⁸⁵ Pierre Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 207-221.

⁷⁸⁶ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 147-149.

⁷⁸⁷ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 147-149.

énonce que l'âge minimum de la capacité juridique est fixé à 20 ans, une loi postérieure dispose que l'âge de capacité juridique, fixé à 20 ans dans le Code civil, est abaissé à 18 ans, on dit que les mêmes lois continuent à être valides avec un contenu partiellement modifié. Mais cela n'est pas exact. La nouvelle loi abaissant l'âge de minimum de capacité ne modifie pas partiellement la loi antérieure mais l'abroge totalement⁷⁸⁸.

Toutefois, l'hypothèse citée par Hans Kelsen des deux normes dont l'une (antérieure) fixe l'âge de la capacité juridique à 20 et l'autre (postérieure) l'abaisse à 18 ans constitue une situation de conflit total et non pas partiel. En d'autres termes, il n'y a pas de contradiction partielle entre elles et donc il n'y a pas d'exception à la règle. La norme nouvelle, en abaissant l'âge de la capacité juridique à 18 abroge en réalité implicitement la norme ancienne fixant l'âge de la capacité juridique à 20 ans par le fait qu'elle la contredit totalement et non pas partiellement. En effet lorsque les champs d'application de ces deux normes sont entièrement superposables (identité d'objet des deux normes) on ne peut plus parler de dérogation ou d'exception mais seulement d'abrogation⁷⁸⁹. L'abrogation de la norme ancienne est ici dite tacite ou implicite parce que la norme nouvelle n'énonce pas qu'elle abroge la norme antérieure. Mais quand une norme nouvelle contredit totalement la norme ancienne, l'explication ou l'application cohérente du droit ne peut être assurée qu'au prix d'une présomption selon laquelle la règle nouvelle abroge la règle ancienne. Sans doute, la meilleure rédaction de la loi postérieure aurait été formulée de cette manière « la norme fixant l'âge de la capacité juridique à 20 ans est abrogée. L'âge de la capacité juridique est désormais fixé à 18 ans ».

En revanche l'exception comprise comme l'abrogation partielle peut surgir lorsqu'il existe une contradiction partielle entre deux normes. Par exemple, une norme dispose que la conclusion des contrats d'achat et de vente ne peut avoir lieu qu'entre des personnes jouissant de la capacité juridique. Une autre norme prévoit que la capacité juridique n'est pas requise pour la conclusion de certains types de contrats d'achat et de vente tels que l'achat d'une baguette ou la vente des bonbons dans des boulangeries. La validité de la première norme (norme générale) se trouve ainsi partiellement limitée par la seconde norme (exception). En

⁷⁸⁸ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 147-149.

⁷⁸⁹ Henry-Michel Crucis, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française : contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, op. cit., p. 161. Selon l'auteur, « la norme postérieure ne déroge à la norme antérieure que lorsqu'elle ne recouvre pas exactement et complètement le champ d'application, l'objet, le contenu de la norme antérieure. Si les champs, les objets, [...] sont parfaitement superposables, la norme postérieure impliquera alors l'abrogation pure et simple de la norme ancienne ».

effet, la condition de capacité juridique s'applique à tous les contrats de vente et d'achat à l'exception des contrats de vente ou d'achat de baguette et de bonbons. En supprimant une partie de la validité matérielle de la règle générale, l'exception peut être interprétée comme l'abrogation partielle de cette dernière.

On trouve semblable idée sous la plume du professeur Leurquin-De Visscher selon lequel à l'instar de la dérogation, l'exception est une restriction partielle apportée à la validité, à la portée ou encore au champ d'application d'une règle de droit sans remettre pour autant en cause l'existence de cette dernière⁷⁹⁰. Avec quelques nuances, le professeur Rouyère observe pour sa part que la particularité de la dérogation au regard de l'abrogation est de ne pas faire disparaître définitivement la norme initiale⁷⁹¹. Par ailleurs, il convient d'après le professeur de distinguer l'exception en tant que l'abrogation partielle de la dérogation puisque l'une et l'autre n'ont pas le même effet. La première entraîne la disparition définitive d'une partie de la validité d'une norme alors que la seconde n'entraîne que sa suspension d'exécution⁷⁹². Il en résulte qu'il peut exister à la fois des règles spéciales abrogatoires qui provoquent la perte définitive d'une partie de la validité (champ d'application) de la règle générale et des règles spéciales dérogoires, qui n'entraînent quant à elle que la suspension partielle de la règle générale⁷⁹³.

Ainsi, la norme d'exception ne consiste qu'à limiter l'étendue, la validité d'une règle sans remettre en cause son existence, ni sa totale validité. Il reste toujours à la règle à laquelle le législateur a apporté des exceptions un domaine matériel d'application. Sans être atteinte dans son existence, la règle générale continue à produire ses effets. Avec une applicabilité certes réduite mais formellement inchangée, elle continuera à faire partie de l'ordre juridique. C'est en ce sens que l'exception s'inscrit dans l'application alternative de la règle générale et de la règle spéciale.

⁷⁹⁰ Françoise Leurquin-De Visscher, *La dérogation en droit public*, op. cit. p. 60.

⁷⁹¹ Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 175. D'après l'auteur, « l'atteinte portée à la règle initiale dans le cas de la dérogation est totale, mais conditionnée et ponctuelle. La règle écartée demeure virtuellement opérante, et s'appliquera par principe, chaque fois que les conditions de la dérogation ne sont pas établies ».

⁷⁹² Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 175. L'auteur souligne ainsi que « cette suspension d'exécution », selon les termes du Doyen Jean-Marie Auby n'est en rien comparable avec la disparition définitive de l'ordonnement juridique commandée par l'abrogation.

⁷⁹³ Aude Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, op. cit., p. 174. Ainsi « l'acte d'abrogation et l'acte dérogoire se distinguent par le fait qu'ils ne se situent pas au même niveau de compétence. Le premier est adopté [...] selon le même titre de compétence que celui de l'acte initial ; le second correspond à l'exécution d'un pouvoir de dérogation ». L'auteur semble reprendre ici la distinction de l'exception de la dérogation fondée sur le critère organique ci-dessus expliqué c'est-à-dire que l'exception est une règle et ne peut être édictée que par l'autorité habilitée à cet effet (législateur) tandis que la dérogation résulte d'une norme habilitant l'autorité d'exécution à déroger à la règle générale.

2. *L'exception comme l'application alternative de la règle exceptionnelle et de la règle générale*

L'établissement d'un rapport de spécialité entre deux normes a pour conséquence d'appliquer l'adage *lex specialis generalibus derogant*, c'est-à-dire l'application de la règle spéciale aux dépens de la règle générale. Toutefois, la règle d'exception en conflit avec une règle générale n'exclut pas nécessairement l'application de cette dernière. Une règle générale et une règle spéciale sans pouvoir être appliquées en même temps, peuvent néanmoins être appliquées de façon alternative.

N'étant qu'une limitation et non pas l'abrogation de l'étendue de la règle générale, l'exception laisse intacte cette dernière pour les cas qui ne sont pas exceptés. Ce qui signifie que si la règle générale sera écartée au regard des cas qui lui sont soustraits et confiés à une règle spéciale, elle retrouvera en revanche son empire pour les cas qui lui sont toujours soumis. Ainsi que l'illustrent la loi du 21 mars 1884 (association syndicale, professionnelle) et celle du 1^{er} juillet 1901 (toute association). Si elle ne peut pas s'appliquer à l'association syndicale ou professionnelle, la loi du 1^{er} juillet 1901 n'en demeure pas moins applicable à toutes les autres associations. De même, si le statut civil de droit commun prévu par l'article 34 de la Constitution ne s'applique pas à certains citoyens qui ont choisi leur statut personnel (l'article 75 de la Constitution de 1958) il demeurera en revanche applicable à tous les autres citoyens qui n'ont pas ce statut personnel. Ou encore, ne s'appliquant certes pas à la responsabilité due à la ruine du bâtiment régie par l'article 1386, l'article 1382 du code civil régira néanmoins toute autre responsabilité.

L'application alternative de la règle générale et de la règle spéciale peut également être illustrée par l'article 73 de la Constitution selon lequel les collectivités territoriales régies par ce présent article peuvent être habilitées par la loi à fixer elles-mêmes les règles applicables sur le territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi. Ce qui signifie que ces collectivités territoriales ont la possibilité de choisir l'application soit du droit commun, national (lois et règlements) soit du droit spécial, local, qu'elles déterminent elles-mêmes en fonction de leur spécificité. Ainsi le droit commun (lois et règlements nationaux) s'appliquera de plein droit sauf dispositions spéciales explicitement énoncées par les collectivités territoriales. Par ailleurs, une collectivité qui a choisi le droit spécial peut décider à tout moment d'y mettre fin (abroger) pour revenir au droit commun. La mise à

l'écart du droit commun par le droit d'exception n'est que partielle. En effet, s'il ne peut pas déployer ses effets normatifs sur le territoire de la collectivité territoriale qui s'y soustrait, le droit commun demeure en revanche applicable sur le reste du territoire national.

L'application alternative de la règle générale et de la règle exceptionnelle s'explique par deux raisons. D'une part les normes d'exceptions ne sont que des assouplissements ou aménagements et non la négation de la règle de principe. En autorisant la concentration des pouvoirs au profit du Président de la République dans certaines circonstances, l'article 16 de la Constitution doit être interprété comme un assouplissement ou un aménagement de l'application du principe de la séparation des pouvoirs en des situations exceptionnelles. Si son application est provisoirement écartée, ce principe de séparation des pouvoirs retrouvera son empire lorsque les situations exceptionnelles auront disparu. D'autre part la règle générale et la règle d'exception poursuivent des finalités distinctes. A titre d'exemple, la loi du 21 mars 1884 n'a pour but que de régler les associations syndicales ou professionnelles tandis que la loi du 1^{er} juillet 1901 s'assigne la finalité de régir toutes les associations autres que des syndicats.

En somme, à la différence de l'abrogation, l'application de la norme d'exception n'entraîne jamais une suppression totale de la norme générale mais seulement une restriction partielle de la validité territoriale ou de la validité matérielle de cette dernière. C'est en ce sens que l'exception est considérée comme une technique normative d'aménagement ou d'organisation de l'ensemble des règles constitutives d'un système juridique. Elle permet de délimiter l'étendue des différentes règles de droit afin de les harmoniser ou de les coordonner. A cet égard, Paul Roubier observe en effet que « pour établir le régime juridique d'une seule relation de la vie en société, il est bien rare qu'une règle de droit isolée puisse suffire, et en général un faisceau de règles est nécessaire, qui comporte des dispositions de principe, des limitations ou des restrictions, l'indication des conditions dans lesquelles naît ou s'éteint telle situation juridique, des dispositions sur les effets ou la transformation de cette situation »⁷⁹⁴. Dans le même esprit, Henri Batiffol souligne que « les règles de droit ne sont pas isolées, elles forment un ensemble, voire un système ; la délimitation de leurs champs d'application ne saurait se déterminer par la seule précision du sens de leurs termes : il faut encore considérer

⁷⁹⁴ Paul Roubier, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Dalloz, 2005, Fac-similé de l'éd. de 1951, Paris, Sirey, p. 15.

les termes des règles voisines pour éviter les doubles emplois et les lacunes »⁷⁹⁵. Ainsi l'exacte dimension de la règle n'apparaîtra que lorsque celle-ci sera restituée à l'ensemble auquel elle appartient. Au contact des autres dispositions dérogatoires, exceptionnelles elle subira sa juste délimitation, tributaire en dernière analyse d'un jugement de valeur porté sur sa nature et éventuellement sur les raisons qui la fondent dans le système⁷⁹⁶.

Distinguée des notions de dérogation et d'abrogation, la notion d'exception met en exergue sa propre spécificité de règle de limitation. Tandis que la dérogation est subordonnée à la règle générale, c'est ainsi qu'elle est dite d'un pouvoir de dérogation sur habilitation, l'exception ne s'inscrit pas dans le lien de subordination parce qu'elle est indissociablement liée à la règle de principe. Etant elle-même règle, l'exception se caractérise par sa généralité et sa permanence. En revanche la dérogation relève des mesures ou décisions administratives individuelles.

Si elle affecte la validité matérielle, territoriale de la règle générale, l'exception n'en demeure pas moins différente de l'abrogation. En effet, la première n'est qu'une restriction partielle de la règle générale alors que la seconde entraîne la suppression totale de la validité de cette dernière. Modération de l'application stricte de la règle générale l'exception est considérée comme une technique normative d'aménagement et d'organisation de l'ensemble de règles constitutives de l'ordre juridique.

⁷⁹⁵ Henri Batiffol, « Question de l'interprétation juridique », A.P.D., 1972, thème L'interprétation dans le droit, p. 9 et s.

⁷⁹⁶ François Rigaux, « Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application », in *Annales de droit de Louvain*, 1983, p. 285 et s., cité par Françoise Leurquin-De Visscher, *La dérogation en droit public*, op. cit., p. 18.

Conclusion du Chapitre 2

L'analyse de la méthode de l'interprétation stricte du texte exceptionnel révèle deux constats. D'une part, souffrant toujours une défaveur intuitive, la règle exceptionnelle est souvent considérée comme un droit de qualité médiocre. Son existence trouble l'harmonie des règles et principes généraux. C'est en ce sens que la norme d'exception doit être strictement cantonnée à des cas qui lui sont attribués afin qu'elle n'emporte, ni ne submerge les règles et principes. D'autre part, la méthode d'interprétation stricte du texte exceptionnel cherche également à encadrer le pouvoir d'interprétation du juge. Elle s'oppose en effet à ce que le juge étende l'application du texte exceptionnel par le raisonnement ou par l'interprétation analogique.

Si la méthode d'interprétation stricte du texte exceptionnel peut être admise, elle ne peut l'être qu'à titre d'une technique de délimitation des champs d'application respectifs de la règle générale et de la règle exceptionnelle. Elle ne doit pas en revanche être utilisée pour retrancher le texte exceptionnel de ses applications rationnelles parce que l'exception est aussi une règle de droit et à ce titre mérite d'être appliquée dans toute sa raison d'être. En raison de leur nature ambivalente, toutes les exceptions ne sont pas forcément dérogoires aux règles et principes, certaines d'entre elles ne sont que des applications particulières de ces derniers. Ce qui explique sans doute la portée relative de la méthode de l'interprétation stricte. En réalité, le juge, en tant qu'interprète authentique, est libre d'interpréter de manière restrictive ou extensive un texte qu'il soit exceptionnel ou général.

Comparée avec la notion de dérogation, l'exception révèle sa nature spécifique de règle de limitation. Elle se distingue de la dérogation par le fait qu'elle ne peut être édictée que par l'autorité détenant le pouvoir créateur de règle. Le législateur édicte à la fois la norme et l'exception à cette norme. C'est en ce sens que l'exception est considérée comme une forme permanente de la réglementation alors que la dérogation relève des décisions et mesures d'adaptation du droit à des situations individuelles concrètement déterminées. Subordonnée à la règle générale, la dérogation trouve sa source dans une norme d'habilitation. Plus exactement le législateur habilite l'autorité d'exécution à déroger à la règle dans certaines circonstances.

Si l'abrogation signifie la suppression totale de la validité de la règle de droit, l'exception n'apporte qu'une restriction, une limitation partielle à la validité de cette dernière. Lorsqu'elle est atteinte par l'abrogation, la règle disparaît définitivement de l'ordre juridique.

Tel n'est pas le cas pour la règle dont la validité est partiellement limitée ou supprimée. La règle qui connaît des exceptions demeure efficace à l'égard des cas qui ne sont pas exceptés.

Conclusion du Titre 2

Le choix du positivisme comme méthode d'analyse de l'exception se trouve pleinement justifié. Il permet en effet de dégager à partir des diverses évocations de cette notion son unité conceptuelle « la norme de limitation ».

La notion d'exception désigne donc la règle de limitation. Elle consiste à limiter ou à borner l'étendue d'une autre règle de droit dont l'application stricte s'avère néfaste ou inadéquate aux circonstances sociales. En effet, si la généralité est souvent considérée comme la garantie du principe d'égalité, appliquée de manière absolue elle détourne la règle de ses finalités. C'est en tant qu'instrument de préservation de la règle des inconvénients dus à son caractère trop général que l'exception se trouve justifiée.

La qualité de règle de droit de l'exception doit également être affirmée sans hésitation. Ayant son fondement dans la Constitution, la règle d'exception a la même force ou la même valeur juridique que toutes les autres règles. On ne peut pas en effet dénier la qualité de règle de droit à une disposition juridique sous prétexte qu'elle n'a pas le même degré de généralité que les autres normes. Une telle négation semble relever plus de jugement de valeur que de l'analyse de la réalité juridique.

En ne visant qu'une sous-catégorie imbriquée dans la catégorie régie par une autre règle, l'exception se caractérise par son champ d'application limité. Elle est une règle spéciale réglant l'espèce par opposition à la règle générale régissant le genre. Par ailleurs, c'est en tant qu'instrument de résolution de conflits de normes contradictoires que l'exception met particulièrement en exergue sa nature de limitation.

La méthode d'interprétation stricte n'est justifiée qu'à condition d'être une technique de délimitation des champs d'application conférés à la règle et à l'exception. Elle ne doit pas selon une partie de la doctrine être utilisée pour retrancher du texte exceptionnel ses applications rationnelles. Etant elle-même une règle, l'exception mérite d'être appliquée dans toute sa raison d'être. Ayant sa propre spécificité, l'exception se distingue de la dérogation par sa nature de règle de droit et par son caractère général, permanent. La dérogation résulte quant à elle d'une norme d'habilitation et relève des décisions et mesures individuelles et provisoires. N'entraînant qu'une restriction, une limitation partielle de la validité de la règle générale, l'exception se différencie également de la notion d'abrogation. Elle ne fait pas disparaître la règle de l'ordre juridique. En revanche, l'abrogation provoque la disparition définitive de la règle de droit en supprimant totalement sa validité.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

L'identification de l'exception à partir des règles de droit (**Titre 1**) permet de constater l'existence de cette notion en droit en général et en droit constitutionnel en particulier. Se pose ensuite la question de sa définition ou plus précisément la recherche de sa signification. A l'analyse, la notion d'exception possède bien un contenu et une unité conceptuelle. *Elle est une règle de limitation (Titre 2)*. L'exception limite l'étendue de la règle générale afin de la préserver des inconvénients dus à sa généralité excessive. Cette signification « *de règle de limitation* » ne s'est pas imposée de manière dogmatique : elle s'est imposée à la lecture attentive et analytique des références explicites et implicites à l'« exception ».

L'élaboration de la notion d'exception s'inscrit ainsi dans l'observation de la théorie et de la pratique. Il convenait en effet de voir à quelles idées est rattaché le terme « exception » aussi bien dans les énoncés et textes juridiques que dans la jurisprudence et dans les discours de la doctrine. Par la suite il fallait conférer à cette réalité particulièrement hétérogène une certaine cohérence. La définition de l'exception comme la « *règle de limitation* » paraît à notre sens répondre à cette exigence de cohérence. Elle permet par ailleurs de spécifier la notion d'exception par rapport aux autres notions auxquelles elle est souvent assimilée en pratique.

Résultat de l'analyse conjointe du droit positif, de la jurisprudence et des discours de la doctrine, la définition de l'exception ici proposée ne saurait elle-même prétendre à l'« excellence ». La démarche adoptée s'assigne en effet l'objectif de décrire et d'explicitier les traits fonciers de la notion d'exception tels qu'ils existent et sont utilisés en droit en général et en droit constitutionnel en particulier sans prétendre à une « rigueur mathématique⁷⁹⁷ » dont le droit s'accompagne fort peu. L'idée « *de règle de limitation* » nous semble en effet refléter de manière fidèle la réalité juridique. En effet, en raison de leur nature contradictoire, les règles et droits tels qu'ils existent dans l'ordre juridique français ne sont pas absolus. Leur application peut donc être limitée c'est-à-dire recevoir des exceptions. Celles-ci forment donc les techniques d'aménagement de l'application des autres normes. L'adoption de cette définition pourrait conférer davantage de cohérence aux usages épars de l'exception répertoriés.

⁷⁹⁷ Théodore Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, op. cit., p. 301. L'auteur souligne en effet qu'« il serait tout à fait vain d'espérer élaborer en droit un vocabulaire d'une rigueur absolue, mathématique ».

Son contenu ainsi circonscrit, qu'en est-il des effets de la notion d'exception en droit constitutionnel ? Outre l'intérêt théorique que présente toute élaboration notionnelle, il faut que la notion ait elle-même une certaine fonction pratique en droit. La distinction du contenu de la notion d'exception de celui des autres notions voisines précédemment opérée, doit alors conduire à la spécification de ses fonctions. En d'autres termes, il convient à présent d'expliquer l'utilité de la notion d'exception ainsi définie lorsqu'elle est utilisée en droit constitutionnel.

DEUXIEME PARTIE : UTILISATION DE LA NOTION D'EXCEPTION EN DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

Selon certains préjugés très répandus, la définition de la notion d'exception relèverait « *des mythes conceptuels* »⁷⁹⁸. De même, l'exception serait révélatrice sinon de la violation et de la destruction du droit, du moins de contradictions logiques dans l'ordre juridique. Le droit en tant que le *juste* et le *bien* doit s'imposer dans toute son étendue, il ne doit comporter ni restriction ni réserve. L'exception faite à une règle ne pourrait être qu'une anomalie normative. Dès lors, l'étude portant sur cette notion d'exception se doit d'être critique en démontrant les dangers qu'elle représente pour le droit⁷⁹⁹.

Il convient de dépasser ce concept idéologique et absolutiste du droit en présentant la notion d'exception de manière la plus scientifique c'est-à-dire sa description et son analyse les plus objectives⁸⁰⁰. Désormais définie comme « *la norme de limitation* », la notion d'exception apporte au contraire une utilité certaine au droit constitutionnel. L'utilisation de cette notion par les constituants dans les textes politiques, juridiques, libéraux et fondateurs de l'ordre juridique français⁸⁰¹ dément le discrédit intuitif qui l'entoure. En effet, cette notion est utilisée tant par le législateur que par le juge constitutionnel pour limiter l'étendue de la validité ou l'application stricte de la règle générale lorsqu'une telle application est jugée néfaste pour le droit lui-même ou lorsqu'elle détourne la règle de droit de ses finalités.

Les utilités de la notion d'exception doivent maintenant être explicitées. Si la reconnaissance de certaines d'entre elles nécessite l'acceptation de la définition positive et

⁷⁹⁸ Christian Atias, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. Thémis Droit privé, 2004, p. 343 et s.

⁷⁹⁹ Carl Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 17 et s.; Giorgio Agamben, *Homo Sacer. II, 1, Etat d'exception*, op.cit., p. 28 et s.

⁸⁰⁰ Michel Troper, « Science du droit », in Sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 1391 et s.

⁸⁰¹ Dans l'ordre juridique français, on peut considérer la déclaration des droits de l'homme de 1789 comme l'un des textes fondateurs. Ainsi l'article 4 de cette Déclaration emploie expressément le terme « *borne* » qui n'est rien d'autre que la limitation faite à la jouissance et à l'exercice de la liberté. Les exceptions sont ensuite insérées dans les articles 10 et 11 relatifs aux libertés de conscience et d'expression. Voir Jean-Paul Costa, « Commentaire de l'article 4 », in Sous la direction de Gérard Conac, Marc Debène et Gérard Teboul, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, p. 101-113.

restrictive de l'exception ici proposée, elles contribuent cependant à consolider l'équilibre de l'ensemble des normes constitutives de l'ordre juridique constitutionnel.

Un ensemble de normes édictées par les autorités compétentes en vue de régler les comportements humains n'accède à la qualité d'ordre juridique ou de système juridique qu'à partir du moment où il atteint une certaine unité et cohérence. Cette unité s'exprime par le fait que les normes constitutives d'un ordre juridique découlent logiquement de la norme fondatrice de cet ordre et qu'elles ne se contredisent pas et ne génèrent pas d'incohérences⁸⁰². Toutefois, un conflit de normes peut avoir lieu du fait que l'ordre juridique est composé d'un grand nombre de principes et de règles de portée très générale qui sont susceptibles d'entrer en collision et de créer des contradictions. De plus, la superposition des ordres juridiques nationaux et internationaux accroît davantage le risque de normes incompatibles. Un conflit de principes ou de règles d'un ordre juridique existe selon Hans Kelsen à partir du moment où « l'une de ces normes dispose qu'une certaine conduite doit avoir lieu, alors que l'autre dispose que doit avoir lieu une conduite contraire et inconciliable avec la première »⁸⁰³. A titre d'exemple, on peut citer la contradiction entre une norme prohibant l'assassinat et la norme permettant de porter atteinte à la vie d'autrui pour se défendre⁸⁰⁴. Le conflit de normes représente ainsi une absurdité et peut nuire à l'intelligence et à la rationalité du droit.

A la catégorie de conflit de normes, il faut ajouter également le conflit d'intérêts défini comme « une relation antagonique que réalise une opposition de prétentions ou aspirations souvent contradictoires, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements »⁸⁰⁵. Ce type de conflit est celui qui pose le plus de difficulté à la science juridique qui doit expliquer de manière cohérente la question portant sur l'opposition de prétentions juridiques contradictoires⁸⁰⁶. Ces intérêts antagonistes sont par ailleurs tous légitimes et juridiquement protégés. En présence d'un tel conflit, le droit peut régler directement ce type de conflit en prévoyant les normes de résolution. Il arrive toutefois que le législateur confie le règlement du

⁸⁰² Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit, p. 206 et s., « L'unité logique de l'ordre juridique ; les conflits de normes ». Voir égal., même auteur, *Théorie générale des normes*, op.cit., p. 161-163, et p. 288.

⁸⁰³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit, p. 206 et s.

⁸⁰⁴ L'article 127 du Code pénal prévoit la légitime défense ; l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies prohibe le recours à la force en droit international tandis que l'article 51 de la même charte autorise l'emploi de la force. Voir spéc., Rahim Kherad (dir.), *Légitimes défenses*, Paris, L.G.D.J, coll. Faculté de droit Poitiers, 2007, 304 p.

⁸⁰⁵ Antoine Jammaud, « Conflit/Litige », in Sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 255-257.

⁸⁰⁶ On peut citer l'opposition traditionnelle des intérêts du salarié à ceux du patron. Le droit assure pourtant tant au salarié qu'au patron la jouissance de ces intérêts conflictuels. Léo Hamon, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Droit social*, 1983/3, p. 155-164.

conflit d'intérêts à l'organe juridictionnel en s'abstenant de légiférer sur cette contradiction. Le juge est donc appelé à résoudre le conflit et à faire l'œuvre du législateur⁸⁰⁷.

L'utilité de la notion d'exception doit être établie à partir de ces deux types de conflit. Ainsi, l'analyse de l'utilisation de la notion d'exception consiste à mettre en exergue son apport à la résolution des conflits de normes et des droits subjectifs et donc à l'harmonie de l'ordre juridique (**Titre 1**). La notion d'exception fournit dès lors un modèle d'intelligibilité des méthodes législatives et juridictionnelles utilisées tant dans la conciliation des règles et principes juridiques antinomiques que dans la structuration et la coordination de la pluralité de normes. Introduisant une certaine relativité dans la force obligatoire du droit, la notion d'exception forme un outil nécessaire à la conciliation des intérêts contradictoires.

L'évolution de la société et du droit a sensiblement modifié le rôle du législateur et la fonction assignée au juge dans l'ordre juridique français. En effet, d'un rôle prééminent accordé au pouvoir législateur par les constituants de 1789, on passe à un concept de l'Etat de droit où l'Etat doit se soumettre lui-même au Droit et où la prééminence du Droit⁸⁰⁸, entendu comme les droits de l'homme, s'impose sans partage tandis que la primauté de la loi est désormais subordonnée à sa conformité à la Constitution⁸⁰⁹ et au droit international⁸¹⁰. Cette évolution juridique a également affecté l'utilisation de la notion d'exception en droit constitutionnel. Si le pouvoir législatif tout comme le pouvoir exécutif est toujours habilité par les constituants⁸¹¹ à utiliser l'exception pour concilier les principes juridiques antinomiques ou pour régler les intérêts individuels contradictoires, l'utilisation de cette notion par les autorités normatives pour arbitrer les idéologies et intérêts antagonistes est de plus en plus encadrée par les juges européens et nationaux au moyen de leurs contrôles de

⁸⁰⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 242 et s., « *Le rapport entre les décisions juridictionnelles et les normes générales à appliquer* ».

⁸⁰⁸ Le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme contient l'expression « *La prééminence du droit* ». Voir spéc. Sous la direction de Emmanuel Decaux, Louis-Edmond Pettiti et Pierre-Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme commentaire article par article*, préface de Pierre-Henri Teitgen, Paris, Economica, 1999, 2e éd., p. 13.

⁸⁰⁹ Décision n° 85-196 du 8 août et Décision n° 85-197 du 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, rec., p. 63 pour la première décision et p. 70 pour la deuxième décision. Le Conseil constitutionnel déclare la subordination de la loi à la Constitution en ces termes « *La procédure législative [...] a répondu aux exigences du contrôle de la constitutionnalité dont l'un des buts est de permettre à la loi votée qui n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* », cons. 27 de la décision n° 85-197 du 23 août 1985.

⁸¹⁰ L'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946, les articles 55 et 88-1 de la Constitution de 1958 en vertu desquels, les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés et approuvés ont une autorité supérieure à celle des lois et sous réserve de réciprocité.

⁸¹¹ Respectivement, les articles 4, 5, 6 de la Déclaration des droits de 1789 puis les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958.

nécessité et de *proportionnalité* (**Titre 2**). Si la notion d'exception manifeste pleinement la préoccupation constante du législateur dans son entreprise de conserver l'équilibre du droit et des intérêts, son emploi subordonné aux contrôles juridictionnels de nécessité et de proportionnalité est révélateur d'une participation de plus en plus importante du juge à la mission législative d'arbitrage des intérêts individuels et collectifs. C'est donc sur le contrôle de nécessité et de proportionnalité en tant que le régime juridique de la notion d'exception qu'il convient de clore l'étude.

Titre 1. L'utilisation de la notion d'exception dans la résolution des conflits de normes en droit constitutionnel français

Il convient de nous interroger au sein de ce titre sur ce que la notion d'exception peut concrètement apporter au droit ou à l'intelligence du droit. Comment cette notion peut-elle se constituer en un outil de résolution des antinomies normatives et de conflit d'intérêts ? Ces questions permettent de soumettre la notion d'exception au test d'utilité et de rentabilité. Il s'agit en effet de mesurer à quel point cette notion s'avère utile pour le droit et pour les juristes. Au-delà d'un intérêt théorique consistant à accroître l'intelligibilité des méthodes d'explication et d'élimination des phénomènes juridiques contradictoires⁸¹², l'élaboration de la notion d'exception doit également démontrer sa contribution pratique⁸¹³ à la réalisation effective du droit constitutionnel et plus globalement au droit public français⁸¹⁴.

En effet, la résolution ou l'élimination des conflits de normes dans un ordre juridique déterminé ne relève pas simplement d'une question de pure cohérence théorique. Elle manifeste également un impératif inhérent à la qualité normative érigée au rang d'objectif de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 avril 2005 *Avenir de l'école*⁸¹⁵. Ayant pour but de guider les conduites humaines, la norme doit être selon les termes énoncés par le juge constitutionnel « claire, précise, accessible et intelligible »⁸¹⁶. Dès lors, l'ordre juridique ne doit pas comporter des contradictions ou des

⁸¹² Michel Virally, *La pensée juridique*, Paris, Panthéon-Assas Paris II, coll. Les introuvables, 2010, p. XL-XLI. Selon l'auteur « Une théorie générale du droit doit, en toutes ses parties, présenter une valeur explicative du droit existant. Si elle est nécessairement neutre et désintéressée, elle ne représente pas pour autant un simple jeu de l'esprit. Elle ne mérite de prendre place dans la science du droit que si elle s'introduit de façon utile à l'étude et à la compréhension du droit positif ».

⁸¹³ Robert-Edouard Charlier, « La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? », E.D.C.E., 1951/5, p. 32 et s. Selon l'auteur « le droit n'a de valeur que par les possibilités d'application pratique qu'il comporte et en dehors desquelles il ne serait qu'un vain jeu d'esprit. Il n'a de sens qu'en tant qu'il sert, dans une certaine situation de fait, à obtenir un certain résultat, de fait aussi ».

⁸¹⁴ Ainsi que l'a écrit Jean Rivero, « le droit a pour mission de répondre aux exigences fondamentales de la vie sociale, il ne peut valablement fournir cette réponse, au moins dans la conception en vigueur en France, comme de nombreux autres pays, que moyennant la mise en œuvre de mécanismes appropriés, au premier rang, desquels figurent précisément les notions », cité par Roger Latournerie, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », E.D.C.E., 1960/14, p. 61-159, notes infrapaginales p. 94.

⁸¹⁵ Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, déc. préc.

⁸¹⁶ Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, déc. préc. Le juge invoque les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de 1789 et l'article 34 de la Constitution de 1958 pour déclarer qu'« il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence qui lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de 1789, lui imposent

incohérences inintelligibles qui risquent de désorienter le comportement des sujets de droit ou de créer l'arbitraire ou l'insécurité juridique⁸¹⁷. D'autant plus que la qualité et la normativité de la loi semblent devenir aujourd'hui une exigence démocratique⁸¹⁸. L'exception, en tant qu'outil d'élimination des normes antinomiques, contribue donc à la structuration harmonieuse des principes et règles juridiques (**Chapitre 1**). Associée au concept relatif du droit, l'exception introduit une souplesse nécessaire à l'évolution de l'ordre juridique. Il convient dès lors de démontrer qu'en introduisant une certaine relativité dans la force obligatoire du droit, la notion d'exception constitue un outil de conciliation des principes et règles antagonistes en droit constitutionnel français.

Traditionnellement, le droit est défini comme un ensemble de normes régissant les conduites humaines entendues comme les rapports sociaux interdépendants, il a dès lors pour fonction, parmi d'autres, de régler ou de permettre de régler les conflits nés des relations sociales. Ainsi la première vocation du droit est bien « d'aplanir les conflits sociaux »⁸¹⁹. Toutefois le droit peut être générateur lui aussi de conflits puisqu'il accorde des droits (des prérogatives) à certains individus et impose des devoirs (des charges) à l'égard d'autres. Le droit institue ensuite les motifs et procédures aux moyens desquels les individus peuvent se quereller ou s'affronter sur le terrain juridique. A titre d'illustration, il convient de citer ici le conflit possible entre l'exercice de la liberté d'expression et le droit au respect de la réputation ou de la vie privée⁸²⁰. De plus, le phénomène de subjectivation du droit a pour conséquences la multiplication des droits subjectifs ou fondamentaux et l'augmentation des revendications contradictoires⁸²¹. Dans cette perspective et pour pouvoir toujours assurer sa fonction de résolution des conflits, la notion d'exception se manifeste sous deux autres formes implicites : *l'interdiction de l'abus de droit et les notions de devoir et de responsabilité* (**Chapitre 2**). Il

d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

⁸¹⁷ Décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité social pour 1999, J.O. du 27 décembre 1998, p. 19663, cons. 7. Dans cette décision, le juge exige que le législateur respecte *les limites de la rétroactivité fiscale*. Voir égal. Décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, J.O. du 20 janvier 2000, p. 992, cons. 42 et 43.

⁸¹⁸ Bertrand Mathieu, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2006, n° 21, p. 69 et s.

⁸¹⁹ Antoine Jeammaud, « Conflit/Litige », art. cit., p. 255 et s.

⁸²⁰ Décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, « Loi visant à limiter la concentration et assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse », déc. préc. voir égal. Guillaume Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité : Etude de droits privés*, op. cit.

⁸²¹ Gilles Lebreton, « Critique des droits de l'homme et des droits fondamentaux », in Sous la direction de Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials et Frédéric Sudre, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige Dicos Poche, 2008, p. 182 et s.

convient dès lors de démontrer que la notion d'exception contribue d'une part à la résolution des conflits de droits entre les individus et d'autre part à la conciliation des intérêts individuels et collectifs. Limitant des conséquences excessives dues à l'application rigide du droit, la notion d'exception contribue particulièrement au maintien de l'équilibre de l'ensemble de normes et principes constitutionnels contradictoires.

Chapitre 1. L'apport de la notion d'exception à la résolution des normes antinomiques

A partir de notre proposition de définition de l'exception comme « *la règle de limitation* », qui limite l'étendue de la validité ou encore le champ d'application d'une autre norme, il convient d'étudier maintenant la manière dont la notion sera utilisée par les autorités normatives et les arguments invoqués par ces autorités afin de motiver ou justifier l'emploi de cette notion. En d'autres termes, il s'agit d'explicitier ici les utilités fonctionnelles de cette notion d'exception et de prouver qu'elle est parfaitement en mesure de constituer pour les juristes un outil pertinent de résolution des conflits.

En effet, l'utilisation d'une notion juridique signifie « la rendre utile ou la faire servir à une fin précise »⁸²². A ce stade de l'étude, il convient d'expliquer que l'utilité de la notion d'exception réside dans sa capacité de garantir l'unité et la cohérence du droit parce qu'elle contribue à la résolution des contradictions affectant l'intelligence de l'ordre juridique. De surcroît, l'exception permet d'atténuer la rigueur du droit quand son application stricte s'avère contraire à l'équité⁸²³.

Le terme « *résolution* » s'entend dans un premier sens comme « l'action d'apporter une solution à un problème »⁸²⁴. Le second sens du terme désigne « une décision volontaire arrêté après délibération et avec l'intention de s'y tenir »⁸²⁵. Ici, il consiste en une méthode mettant fin à des discordances normatives afin d'assurer une certaine cohérence du droit. Par ailleurs, la résolution des normes antinomiques au stade de leur édicition ou de leur adoption ne peut qu'être abstraite, c'est-à-dire qu'elle opère sur des qualités et des relations de ces normes et non sur leur réalité⁸²⁶. C'est grâce à ce mode de résolution abstraite que le Conseil constitutionnel a réussi à former un bloc de constitutionnalité comportant des principes et règles constitutionnels hétérogènes et contradictoires sans que ces derniers entrent en collision au moment de leur concrétisation⁸²⁷.

⁸²² Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « *Utilisation* » et « *utiliser* ».

⁸²³ Pierre Kayser, « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé », R.R.J., 1999, 1999/1, p. 13-35 ; voir égal. Guy Braibant, « Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration », in *Mélanges Hamon (Léo)*, Paris, Economica, 1982, p. 99-105.

⁸²⁴ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op.cit., voir « *Résolution* » et « *Résoudre* »

⁸²⁵ Ibid.

⁸²⁶ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., voir « *Abstrait* ».

⁸²⁷ En effet, on trouve dans le bloc de constitutionnalité la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 d'inspiration individualiste et libérale et le préambule de la Constitution de 1946 porteur d'une idéologie collectiviste et sociale. Voir spéc. Jacques Chevallier, « Essai d'analyse structurale du préambule », in

En introduisant une dose de relativité dans la validité normative, la notion d'exception constitue un outil pertinent d'élimination de conflits de normes (**Section 1**). Se distinguant des critères traditionnels de résolution de conflit consistant en une invalidation ou en une abrogation des normes contradictoires, la notion d'exception établit un outil de conciliation des normes antinomiques par la dissolution de leur caractère conflictuel (**Section 2**). En faisant coexister un grand nombre de normes en droit public, la notion d'exception contribue ainsi à l'enrichissement de l'ordre juridique.

Section 1. La contribution de la notion d'exception à la résolution des conflits de normes

La notion d'exception soulève en réalité l'opposition entre une conception absolue et une conception relative du droit. Pour illustrer le droit de caractère absolu, il est d'usage de citer l'article 544 du code civil en vertu duquel « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue [...] ». Néanmoins le caractère absolu du droit de propriété s'avère trompeur puisqu'il est immédiatement tempéré par la seconde phrase du même article 544 « [...] pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements »⁸²⁸.

Si le caractère impératif du droit est généralement admis⁸²⁹, l'impératif juridique ne se confond certainement pas avec l'impératif moral catégorique et absolu⁸³⁰. Réceptive à une certaine relativité, la force obligatoire du droit peut s'accommoder aisément d'atténuations et de modérations. Nonobstant les critiques vives de la doctrine à son égard⁸³¹, le concept de la relativité des règles juridiques s'avère toutefois indispensable à l'accomplissement de la

Geneviève Koubi (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, P.U.F., 1996, p. 13-36.

⁸²⁸ L'article 544 du Code civil 2010, Paris, Dalloz. Voir égal. François Colly, « Le Conseil constitutionnel et le droit de propriété », R.D.P., 1988/1, p. 135-197.

⁸²⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. cit., p. 39 et s. ; Charles Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », art cit.

⁸³⁰ Emmanuel Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduit par Victor Delbos, Paris, Delagrave, 1907, p 123 et s., cité par Charles Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », art cit.

⁸³¹ Georges Ripert, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Jossierand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, L.G.D.J., 1929, p. 37, 60 et 61. L'auteur considère que la conception de la relativité du droit est d'inspiration socialiste venant du code des Soviets. ; voir égal. Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. 2 Les preuves. Théorie générale des obligations. Les contrats. Privilèges et hypothèques, Paris, L.G.D.J., 1907, 4e éd., p. 870 et s.

fonction sociale du droit⁸³². Développé en droit privé français au début du XXe siècle par Louis Josserand dans son célèbre ouvrage *De l'esprit des droits et de leur relativité*, le concept de la relativité du droit permet de lutter efficacement contre le phénomène d'abus de droit engendré par le concept de l'absolutisme du droit⁸³³. Selon l'auteur, dans une communauté sociale et humaine régie par la grande loi de l'interdépendance sociale, les droits et libertés doivent être relatifs puisque l'existence d'un droit absolu est socialement impossible et dissolvant⁸³⁴. Par conséquent, l'exception apparaît comme l'admission d'un concept de la relativité du droit⁸³⁵.

Le concept de la relativité du droit n'est pas le propre du droit privé mais se déploie également en droit public et en droit constitutionnel français⁸³⁶. On trouve ce concept dans l'œuvre du Doyen Léon Duguit selon lequel le droit doit correspondre à la solidarité et à l'interdépendance des individus. Il a dès lors une fonction sociale importante et son exercice implique nécessairement des limites⁸³⁷. Des principes et règles juridiques ne peuvent donc être absolus à cause de sa fonction de régulation sociale. L'exercice sans limite d'un droit risque en effet d'entrer en conflit avec d'autres principes et règles juridiques⁸³⁸ et de rompre l'équilibre social.

Il s'agit à présent d'explicitier les causes génératrices de conflits de droits et libertés affectant la cohérence du droit. C'est donc l'identification et la définition de normes antinomiques ou conflictuelles qu'il faut expliquer dans un premier temps (§1). Par ailleurs, si la notion d'exception constitue un outil d'élimination des normes antinomiques, en quoi serait-elle différente des autres critères ou maximes de résolution déjà proposés ? Il convient

⁸³² Antoine Pirovano, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », Dalloz, 1972, chron. XIII, p. 67 et s. L'auteur admet la fonction sociale du droit. Toutefois, il considère que le juge ne peut déterminer l'application du droit en fonction des buts sociaux sans entrer sur le terrain du pouvoir politique.

⁸³³ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, préface de David Deroussin, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2006, Fac-similé de la 2e éd. de Paris, Dalloz, 1939, p. 313.

⁸³⁴ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, p. 15, à propos du droit de propriété.

⁸³⁵ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, p. 18. ; voir égal. Philippe Malaurie, « Discours d'ouverture », *Droits*, 1997, n° 25 La dispense, p. 9. L'auteur parle de la dispense qui est en réalité l'une des manifestations de l'exception.

⁸³⁶ Louis Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, L.G.D.J., 1962 ; voir égal. Laurent Eck, Laurent Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, préface de Thierry Debar, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010.

⁸³⁷ Léon Duguit, *L'Etat : le droit objectif et la loi positive*, préface de Frank Moderne, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, Fac-similé de l'éd. de 1901, Paris, Fontemoing, p. 23 ; p. 153-159. Défenseur de la théorie de la fonction sociale du droit de propriété à l'instar de Louis Josserand, Léon Duguit considère que la propriété n'est pas une prérogative purement individuelle mais au contraire qu'elle est investie d'une fonction sociale déterminée.

⁸³⁸ Sous réserve de la catégorie des droits de l'homme qualifiée par l'article 15 alinéa 2 de la Convention européenne des droits de l'homme d'intangible et d'indérogeable.

de démontrer dans un second temps qu'en introduisant une certaine relativité permettant de limiter la validité normative, la notion d'exception constitue un outil de conciliation et non d'abrogation ou d'invalidation des normes antinomiques (§2).

§1. La notion de conflit de normes : explication et illustration

Comme nous l'avons précédemment souligné, un ensemble de principes et règles appartenant à un ordre juridique unitaire peuvent en raison de leur grand nombre entrer en conflit. Le « *conflit de normes* » employé souvent comme synonyme des « normes contradictoires ou normes antinomiques »⁸³⁹ se constate dans des systèmes ou ordres juridiques se dotant d'une pluralité d'organes normatifs et de nombreux principes et règles généraux (A). Le droit constitutionnel français peut nous fournir un exemple parfait de cette pluralité de normes de droits et libertés constitutionnels relatifs aux droits de l'homme. La démonstration des causes génératrices de normes conflictuelles sera suivie d'une présentation de la typologie des conflits de normes ainsi que d'une analyse des critères de résolution proposés. L'exposé des antinomies en droit nous paraît nécessaire pour démontrer les risques qu'elles représentent pour la cohérence et la bonne application des règles juridiques (B).

A. Pluralité d'organes normatifs et généralité de normes appartenant à un ordre juridique, facteurs de conflits

Selon Georges Scelle, « un ordre juridique est défini comme l'ensemble des règles de droit en vigueur, à un moment donné, dans une société politique donnée. C'est le droit positif de cette société, issu de trois sources formelles : législation, coutume et jurisprudence »⁸⁴⁰. Cette définition qui lie l'existence du droit à une société politique donnée met en exergue le caractère étatique et positif de l'ordre juridique⁸⁴¹. Elle implique aussi l'idée de la pluralité de sources du droit.

⁸³⁹ Otto Pfersmann, « Antinomies », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 67 et s. Voir égal. Chaïm Perelman (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, 1965, p. 6 et s.

⁸⁴⁰ Georges Scelle, « La notion d'ordre juridique », R.D.P., 1944, p. 85 et s.

⁸⁴¹ Georges Scelle, « La notion d'ordre juridique », art. cit., p. 96. Ainsi « L'ordre juridique étatique [...] proscrire les ordres juridiques associationnels ; il réduit toujours à sa convenance le domaine des collectivités décentralisées [...] ».

On appelle donc ordre juridique l'ensemble, structuré en système, *de tous les éléments* entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine⁸⁴². L'analyse de *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen nous permet de dégager quatre critères caractéristiques de l'ordre juridique⁸⁴³ : unité grâce à sa structure hiérarchique fondée sur une norme fondamentale (Constitution) ; efficacité globale assurée par l'ultime recours à la contrainte (l'usage de la puissance publique) ; cohérence (un ordre juridique doit être un ordre intelligible, il est dès lors exempt de contradiction) et complétude (absence de lacune).

Toutefois, la cohérence et l'unité de l'ordre juridique peuvent être remises en cause par la question des normes antinomiques. Hans Kelsen a nié dans un premier temps la question des conflits de normes puis l'a admise dans un second temps⁸⁴⁴. L'auteur considère qu'en raison de l'existence de plusieurs organes compétents dans un ordre juridique pour édicter des normes, l'ordre juridique peut comporter des contradictions entendues comme des normes ayant des contenus contradictoires ou inconciliables. Par ailleurs, l'ordre juridique produit à la fois des normes générales et des normes individuelles. En conséquence la norme générale peut aussi entrer en conflit avec la norme individuelle. L'auteur conclut que la situation de normes antinomiques est peu satisfaisante pour le droit⁸⁴⁵.

Ainsi le conflit de normes provient de deux causes plus ou moins liées ; la pluralité d'organes créateurs de normes (1) et la généralité des catégories de principes et de règles juridiques (2) appartenant à un ordre juridique déterminé. L'étude des facteurs des conflits de normes sera principalement ici étayée par les exemples tirés du droit public français.

⁸⁴² Charles Leben, « Ordre juridique », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1113-1119. Voir égal. Michel Troper, « Système juridique et Etat », A.P.D., 1986, n° 31, p. 29 et s.

⁸⁴³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., Titre V « Dynamique du droit, le fondement de la validité des ordres normatifs : la norme fondamentale », p. 193 et s.

⁸⁴⁴ Dans son ouvrage *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 206 et s., Kelsen considère que le principe de logique entendu comme le principe de non-contradiction ne peut pas s'appliquer à des énoncés normatifs qui ne sont ni vrais ni faux. Par ailleurs, les normes antinomiques ne sont pas affectées d'une nullité *ab initio* mais elles sont seulement annulables. Puis quelques années plus tard, dans son ouvrage *Théorie générale des normes*, il admet l'existence possible des normes antinomiques dans l'ordre juridique et propose des outils de résolution. Voir Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 161.

⁸⁴⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 206 et s.

1. La pluralité d'organes créateurs de normes relevant d'un ordre juridique, premier facteur de conflit

Il convient de différencier la locution « *pluralité d'organes normatifs* » relevant d'un ordre juridique étatique ici retenue de la théorie dite « *pluralisme juridique* ». Celle-ci désigne en effet la « *pluralité de sources étatiques et non étatiques du droit* ». En d'autres termes, selon les partisans du « *pluralisme juridique* », les principes et règles de droit ne découlent pas uniquement de l'Etat érigé par la théorie du monisme juridique comme la source unique du droit mais ils peuvent parfaitement émaner des organes sociaux non étatiques⁸⁴⁶. En ce sens le pluralisme juridique est une théorie fondamentalement critique dans la mesure où elle dénonce l'étatisation du droit présentée dans la doctrine traditionnelle⁸⁴⁷.

Le débat entre le pluralisme et le monisme juridiques peut présenter un grand intérêt, toutefois il dépasse largement le cadre de notre étude portant sur la notion d'exception en droit constitutionnel français entendu comme un ordre juridique unitaire élaboré et adopté par la Constitution française de 1958. Ainsi nous ne prenons pas en compte ici les enjeux du pluralisme juridique.

Par « *pluralité d'organes normatifs* » nous voulons désigner un nombre d'autorités habilitées par la Constitution (norme fondamentale) d'un ordre juridique à édicter les normes régissant les conduites d'une communauté humaine déterminée. A titre d'illustration, l'article 34 de la Constitution française de 1958 habilite le pouvoir législatif à fixer les règles générales, à déterminer les principes fondamentaux et les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat. L'article 37 de cette même Constitution habilite le gouvernement à régler toutes les autres matières ne relevant pas du pouvoir législatif. Au sein du pouvoir réglementaire, se trouvent plusieurs autorités normatives organisées de manière hiérarchique. Se placent au sommet du pouvoir réglementaire le chef de l'Etat et le chef du Gouvernement. Puis dans l'ordre décroissant des détenteurs du pouvoir réglementaire se trouvent les ministres, les préfets, les collectivités territoriales décentralisées, les maires, les autorités administratives indépendantes⁸⁴⁸, etc. Dans cette pluralité d'organes créateurs du droit, il faut également citer les juges, organes juridictionnels créateurs des normes

⁸⁴⁶ Jacques Vanderlinden, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », R.R.J., 1993/2, p. 573-583.

⁸⁴⁷ Hugues Moutouh « Pluralisme juridique », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1159. Selon l'auteur, « la thèse pluraliste du droit dénonce le caractère totalisant et exclusif de la présentation moniste, qui contribue non seulement à entretenir dangereusement la suprématie étatique mais aussi à méconnaître la complexité de la vie sociale en donnant d'elle l'image d'un Tout cohérent, homogène et intégré. Le pluralisme juridique est en général considéré comme un courant doctrinal de relativisation de l'Etat ».

⁸⁴⁸ Georges Dupuis, Marie-José Guédon et Patrice Chrétien, *Droit administratif*, Paris, Sirey, coll. Sirey Université, 2010, 12e éd, p. 176 et s.

individuelles⁸⁴⁹. Ainsi on pourrait qualifier la pluralité d'organes normatifs en droit public français de phénomène d'habilitations successives de compétence normative⁸⁵⁰. Hans Kelsen parle de décentralisation du monopole normatif de l'Etat par habilitation et par délégation⁸⁵¹.

La diversité des organes créateurs de normes peut provoquer la multiplication, la disparité de normes, ainsi que des normes contradictoires. Tous ces problèmes risquent de donner du droit une image de simple agrégat disparate et désordonné d'énoncés normatifs et non celle d'un ordre structuré où chaque norme trouve sa place vis-à-vis des autres⁸⁵². Pour éviter ce risque d'éclatement et d'incohérences nuisible à l'intelligence du droit, Hans Kelsen propose alors d'unifier tous les principes et règles édictés par cette pluralité d'autorités normatives et de les ordonner en système juridique structuré et cohérent selon deux démarches.

La première démarche consiste à examiner l'ordre juridique à l'état « *statique* » c'est-à-dire que la norme n'est valide dans ce système juridique statique que si son contenu est conforme à la norme supérieure. Ainsi que l'a expliqué Hans Kelsen « dans le système normatif statique, c'est en vertu de leur fond ou contenu que ses normes sont valables ; c'est parce que leur validité peut être rapportée à une norme sous le fond de laquelle leur propre fond se laisse subsumer comme le particulier sous le général »⁸⁵³. De même, la norme supérieure sera valide si son contenu est conforme à une autre norme encore supérieure jusqu'à ce qu'on arrive de strate en strate à la norme constitutionnelle. Celle-ci, et sous réserve du rapport entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique international, ne peut plus trouver son fondement de validité dans une norme de droit positif mais seulement dans une norme fondamentale supposée dont le contenu est qu'il faut se conduire comme l'exige la Constitution⁸⁵⁴. Ainsi, la cohérence et la validité de l'ensemble des normes appartenant à l'ordre juridique statique sont assurées par *l'obligation de compatibilité matérielle*.

⁸⁴⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 234, « *Création du droit, application du droit et obéissance au droit* ». Voir égal. Denys de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1996, p. 107. L'auteur explique le rôle créateur du droit des juges sous le titre « *Les fonctions discrètement normatives : les fonctions de justice* ».

⁸⁵⁰ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 62 et s. L'auteur définit « *habiliter* » comme synonyme du verbe « *conférer* ». Ainsi « l'on entend par « *habiliter* » conférer à un individu un pouvoir spécifiquement juridique, c'est-à-dire le pouvoir de créer des normes juridiques ». ; voir Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, p. 11 et s.

⁸⁵¹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 308.

⁸⁵² Charles Leben, « *Ordre juridique* », art. cit., p. 1116 et s.

⁸⁵³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 195 et s.

⁸⁵⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 195 et s.

En revanche, la seconde démarche consiste à examiner le système juridique comme un ordre « *dynamique* ». Dans cette optique, une norme inférieure n'est valide que si elle a été posée conformément aux conditions prévues par la norme supérieure. Il en va de même de cette norme supérieure jusqu'à ce que de palier en palier on remonte jusqu'à la Constitution. Celle-ci est à la fois une norme fondamentale et le point de départ de toutes les opérations de créations du droit. En d'autres termes, la Constitution définit les conditions de validité des normes générales (lois), elle habilite le législateur à fixer les conditions de validité des règlements, etc. Toutefois Hans Kelsen souligne qu'étant la norme suprême située au sommet de l'ordre juridique, la Constitution ne peut pas trouver son fondement dans une règle de droit posée par une autorité qui lui serait supérieure. La seule possibilité d'expliquer de manière cohérente la validité de la Constitution est donc de la supposer comme étant « *une norme-fondement hypothétique* » d'où l'expression « *norme fondamentale comme hypothèse logique-transcendantale* »⁸⁵⁵. Dans l'ordre juridique dynamique, l'unité et la cohérence des normes sont assurées par *l'obligation de conformité hiérarchique et formelle*.

Il découle de la combinaison de ces deux démarches que l'unité et la cohérence de l'ensemble des normes appartenant à un ordre juridique sont garanties par les deux obligations de *compatibilité de contenu* et de *conformité hiérarchique*⁸⁵⁶. En d'autres termes, le principe de conformité structure le nombre d'organes créateurs de normes de manière hiérarchique et au moyen des habilitations successives à créer ou appliquer des normes⁸⁵⁷, d'où l'expression imagée « *la pyramide des normes* », tandis que le principe de compatibilité garantit que le contenu de ces normes édictées par ces divers organes et à des moments différents ne contredise pas le contenu de la norme supérieure ou celui de la norme fondamentale. En se dotant de ces deux principes de compatibilité et de conformité, l'ordre juridique devrait pouvoir se prémunir contre les normes contradictoires. Toutefois, l'unité et la cohérence logique de l'ordre juridique peuvent encore être altérées par la généralité des principes et règles appartenant à ce même ordre.

⁸⁵⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 201 et s.

⁸⁵⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 195.

⁸⁵⁷ Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, op. cit., p. 11 et s.

2. La généralité des normes, second facteur de conflits des règles juridiques

En effet, le conflit de normes peut toujours survenir malgré l'existence de ces deux principes de compatibilité matérielle et de conformité hiérarchique. Hans Kelsen l'a également admis en ces termes : « on ne peut pas nier qu'il est possible qu'en fait des organes juridiques posent des normes générales entre lesquelles il y ait conflit »⁸⁵⁸. Ainsi les normes et principes constitutionnels peuvent entrer en conflit entre eux en raison de leur généralité c'est-à-dire à cause de leur champ d'application trop étendu⁸⁵⁹. A titre d'exemple, le principe de liberté peut entrer en collision avec le principe de responsabilité⁸⁶⁰ ou avec l'ordre public⁸⁶¹. De même, le droit de grève peut s'opposer au principe de continuité du service public. Quant au principe de légalité, celui-ci peut se heurter d'une part au principe de sécurité juridique et d'autre part à l'intérêt général comme l'a récemment illustré la décision rendue par le Conseil d'Etat le 11 mai 2004 *Association de lutte contre le chômage*⁸⁶².

La notion de généralité de normes juridiques désigne en effet l'aptitude d'une règle à recevoir un nombre indéterminé d'applications. Est générale la norme qui s'applique à un ensemble de cas, d'individus⁸⁶³. Dans un souci de garantir l'égalité des citoyens, la règle ou norme juridique doit avoir un caractère général et impersonnel⁸⁶⁴. Ainsi, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 énonce la généralité en ces termes : « la Loi est l'expression de la volonté générale [...]. Elle doit être la même pour tous [...] ». Dès lors, la généralité est devenue la caractéristique fondamentale de la norme⁸⁶⁵.

⁸⁵⁸ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 206 et s.

⁸⁵⁹ Guillaume Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », Dalloz, 1991, chron., p. 265 et s. Selon l'auteur, « Les normes constitutionnelles [...] suscitent plus que d'autres des conflits, des antagonismes par leur généralité et par leur large champ d'application à des situations juridiques variées ».

⁸⁶⁰ L'article 1382 du code civil énonce en ces termes le principe de responsabilité civile ; « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

⁸⁶¹ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, J.O. du 22 janvier 1981, p. 308, cons. 56 à 58 ; voir égal. Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, déc. préc, cons. 3.

⁸⁶² C.E. Ass. 11 mai 2004, Association AC et autres, rec., p. 197, concl. Devys ; voir égal. H. Stahl et Courrèges R.F.D.A., 2004, p. 438 et s. ; concl. Devys, R.F.D.A., 2004, p. 454 ; J-C Bonichot, A.J.D.A., 2004, p. 1049.

⁸⁶³ Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op.cit., p. 36 et s.

⁸⁶⁴ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 328 « Droit », p. 774 « Règle » et p. 607 « Norme ».

⁸⁶⁵ Gérard Teboul, « Commentaire de l'article 6 », art. cit., p. 149.

Le critère de la généralité de la norme devient très problématique quand la norme juridique en question n'est pas une règle mais un principe⁸⁶⁶. En effet, le droit constitutionnel français ne se compose pas seulement des règles entendues comme des normes ayant un contenu plus au moins précis et limité mais il comprend également des principes tels que les principes de séparation des pouvoirs⁸⁶⁷, d'égalité⁸⁶⁸, de liberté⁸⁶⁹, de sécurité juridique⁸⁷⁰ ou encore de continuité du service public⁸⁷¹, etc. Or les principes se distinguent des règles par leur degré croissant de généralité comme l'a souligné André Lalande pour qui l'étendue du champ des principes est telle qu'elle forme une sorte de champ continu où l'on ne peut que définir des points de condensation et des repères⁸⁷². Jean Boulanger considère pour sa part que « les principes sont des propositions directrices dont les règles découlent, ou auxquelles elles apportent des exceptions »⁸⁷³. Dans le même esprit, le professeur Guastini qualifie les principes juridiques généraux de « normes fondamentales et structurellement indéterminées »⁸⁷⁴.

Enfin, dans son célèbre ouvrage *Prendre les droits au sérieux*, Ronald Dworkin utilise le terme « *principe* » pour désigner « *l'ensemble des standards autres que les règles* ». La notion de Ronald Dworkin de principe-standard désigne en réalité des exigences dictées par la justice, par l'équité ou par la morale. Les principes utilisés en droit n'ont pas un contenu précis mais se contentent de fournir un ensemble de directives⁸⁷⁵ et de valeurs que les juges ou tout acteur juridique doivent prendre en compte. Selon l'auteur, les principes se distinguent

⁸⁶⁶ Franck Moderne, « Légitimité des principes généraux du droit dans la théorie du droit », R.F.D.A., 1999, p. 722-742 ; Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, préface de Pierre Bouretz, traduit par Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1995.

⁸⁶⁷ L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁸⁶⁸ L'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, réaffirmé par le préambule de la Constitution de 1946 puis par l'article 1^{er} de la Constitution de 1968. Ce principe est par ailleurs repris dans plusieurs textes juridiques internationaux tels la Convention européenne des droits de l'homme et la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

⁸⁶⁹ Ce principe est devenu en quelque sorte un principe universel et occupe une place centrale dans le droit public français. Ainsi l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme classe la liberté dans la catégorie des droits naturels imprescriptibles.

⁸⁷⁰ Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, déc. préc. Voir égal. C.E. Ass. 24 mars 2006, Société KPGM et Société ERNST et YOUNG et autres, rec., p. 154 ; voir concl. Aguila, R.F.D.A., 2006, p. 463, note F. Moderne.

⁸⁷¹ Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, déc. préc. ; voir égal. C.E. Ass., 7 juillet 1950 *Dehaene*, déc. préc., rec., p. 426 ; C.E. 19 mai 2008 Syndicat Sud RATP, req. n° 312329, mentionné au table du recueil Lebon, ; concl. Lenica, R.J.E.P., 2008, comm. n° 32.

⁸⁷² André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., voir « principe ».

⁸⁷³ Jean Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 51-74.

⁸⁷⁴ Riccardo Guastini, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in Sylvie Caudal (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, coll. Etudes juridiques, 2008, p. 113-123.

⁸⁷⁵ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 80 et s.

de la règle par quatre éléments ; leur *caractère de directive* ; leur *poids ou importance de valeur* ; leur *contenu indéterminé* et leur *mode d'édition*⁸⁷⁶.

Afin d'illustrer la généralité des principes et règles et leur coexistence dans un ordre juridique, il convient de citer ici le bloc de constitutionnalité considéré comme la source de l'ordre juridique français. On trouve dans ce bloc les dispositions de la Constitution de 1958 dont le préambule renvoie aux dix-sept articles de la Déclaration des droits de 1789 et aux dispositions du préambule de la Constitution de 1946 auxquels il faut ajouter les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁸⁷⁷ (PFRLR) puis les principes particulièrement nécessaires à notre temps (PPNT), et enfin, la catégorie des principes à valeurs constitutionnelles⁸⁷⁸ et des principes et objectifs de valeur constitutionnelle⁸⁷⁹. Toutes ces normes de références ont la même valeur constitutionnelle et un champ d'application très général. Elles sont qualifiées tantôt de principes constitutionnels tantôt de règles constitutionnelles. De même, un principe constitutionnel ou matriciel⁸⁸⁰ une fois identifié peut se décliner en d'autres principes et règles de portée générale. Leur généralité engendre dès lors des valeurs idéologiques différentes et contradictoires susceptibles d'entrer en conflit.

En effet, le préambule de la déclaration de 1789 qualifie ses dix-sept articles de « *principes simples et incontestables* ». Tous ces principes ont une portée extrêmement générale et sont porteurs de valeur libérale et individualiste considérée comme source des *droits-libertés* de l'homme. En revanche, s'inspirant de l'idéologie sociale et collective, le préambule de la Constitution de 1946 renvoie à des « principes politiques, économiques et

⁸⁷⁶ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 79 et s.

⁸⁷⁷ Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, J.O. du 21 juillet 1988, p. 9448, cons. 11. « Considérant que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République » ; voir les notes de Pierre Avril et Jean Gicquel, *Pouvoirs*, 1989, n° 48, p. 185 ; Patrick Wachsmann, *A.J.D.A.*, 1988, p. 752.

⁸⁷⁸ Décision n°94-343 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, décision dite « Bioéthique » J.O. du 29 juillet 1994, p. 11024, cons. 2, « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ».

⁸⁷⁹ Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, « Loi relative à la communication audiovisuelle », J.O. du 27 juillet 1982, p. 2422., cons. 5, « Considérant qu'ainsi il appartient au législateur de concilier [...] l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelles que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression [...] ».

⁸⁸⁰ Bertrand Mathieu, « Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Dalloz*, 1995, chron., p. 211.

sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » créateurs des *droits-créances*⁸⁸¹ au profit des individus. Ces principes sociaux économiques sont également de valeur constitutionnelle et d'application générale. Par conséquent, la généralité de tous ces principes et normes constitutionnels cumulée avec les valeurs idéologiques contradictoires crée le risque de conflits et de normes antagonistes. D'autant plus que la référence faite dans le préambule de la Constitution de 1946 à la Déclaration de 1789 aboutit à juxtaposer deux textes dont la logique est foncièrement différente. Selon le professeur Chevallier, « ces textes ne sont pas seulement complémentaires comme l'avaient souhaité les constituants, mais comportent aussi des visions sinon antinomiques, du moins dissemblables des droits et libertés, et plus généralement des rapports entre l'individu et la société »⁸⁸².

En somme, la pluralité d'organes créateurs de normes et la généralité des principes et normes sont à l'origine des conflits de normes. Elles génèrent effectivement des prescriptions, interdictions et permissions incompatibles. Il convient à présent d'étudier les types de conflits de normes que l'ordre juridique est amené à rencontrer et les outils destinés à leur résolution.

B. L'exposé de la typologie de conflits de normes et des critères de résolution proposés

Les causes des conflits de normes ou des normes antinomiques ont été identifiées et explicitées. Il convient maintenant d'esquisser la typologie des conflits de normes (1) afin d'explicitier les conséquences de ces conflits sur la cohérence et l'unité du système juridique. Soucieux de préserver l'unité et la cohérence de l'ordre juridique du phénomène de normes contradictoires, les théoriciens de la science juridique construisent et perfectionnent les différents critères de résolution des conflits dont la portée fera l'objet d'une analyse approfondie (2). Celle-ci permet dès lors de mettre en exergue le lien étroit unissant la notion d'exception avec l'un des critères de résolution de conflits de normes.

⁸⁸¹ Jacques Chevallier, « Essai d'analyse structurale du préambule », in Geneviève Koubi (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, P.U.F., 1996, p. 13-36.

⁸⁸² Jacques Chevallier, « Essai d'analyse structurale du préambule », art. cit., p. 31.

1. Typologie de conflits de normes et les critères de résolution proposés

La science du droit accorde une place centrale à la logique formelle des propositions de droit entendues comme des assertions⁸⁸³. Ayant pour fonction scientifique de décrire de manière logique et cohérente le droit, ces propositions sont soumises aux principes logiques et particulièrement au principe de non-contradiction⁸⁸⁴. Dès lors le problème des contradictions et des antinomies en droit suscite beaucoup d'intérêt sur le terrain de la théorie générale du droit⁸⁸⁵.

Les antinomies au sein des systèmes juridiques peuvent être définies comme la relation qui, « *tout en unissant deux normes qui prescrivent des solutions incompatibles à propos d'une hypothèse qu'elles visent l'une et l'autre, rend impossible l'application simultanée de ces normes* »⁸⁸⁶. En d'autres termes, les normes antinomiques sont celles qui prescrivent des conduites contradictoires ou solutions incompatibles⁸⁸⁷. Selon le professeur Bobbio, le caractère conflictuel des normes antinomiques suppose également que « les domaines de validité ou les champs d'application respectifs de ces normes coïncident en tout ou en partie de manière telle qu'il y ait au moins une situation dans laquelle ces normes soient toutes deux applicables »⁸⁸⁸. Les conflits des normes affectent d'une déficience logique l'ordre juridique et font obstacle à l'application de ces normes contradictoires.

⁸⁸³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 78-79 ; Georges Kalinowski, *Introduction à la logique juridique : éléments de sémiotique juridique, logique des normes, et logique juridique*, préface de Chaïm Perelman, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1964.

⁸⁸⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 206.

⁸⁸⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 206 et 207 ; Chaïm Perelman, *Les antinomies en droit*, op.cit. ; voir Norberto Bobbio, « Le bon législateur », in Hubert Hubien (dir.), *Le raisonnement juridique : actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale*, Bruxelles, Bruyant, 1971, p. 243-249.

⁸⁸⁶ André-Jean Arnaud, « Antinomie », in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., coll. Quadriges, 1993, 2e éd., p. 37 et s.

⁸⁸⁷ La doctrine cite souvent l'affaire dite « *Guérisseur Roux* » rendue par le Tribunal correctionnel d'Orléans le 29 novembre 1951. Dans cette affaire, un guérisseur sans être titulaire d'un diplôme d'Etat de docteur en médecine a été poursuivi pour exercice illégal de la médecine en vertu des articles 1, 2, 5 et 70 de l'ordonnance du 24 septembre 1945 qui subordonne l'exercice de la médecine à la possession d'un diplôme d'Etat de docteur en médecine. Le guérisseur se défendait en invoquant l'article 63 alinéa 2 de l'ancien code pénal obligeant toute personne à porter secours et assistance à un tiers en danger ou en péril. Il considère avoir agi conformément à la règle du droit pénal. Le tribunal est confronté en réalité à une contradiction entre les règles interdisant à toute personne sans qualification de docteur en médecine de s'immiscer dans l'exercice de la profession médicale et les règles ordonnant à toute personne de porter secours et assistance à un tiers en danger et en péril. Le juge a résolu cette antinomie en faveur de l'obligation de secours et d'assistance « *attendu que l'inculpé se connaissant le pouvoir de guérir avait le devoir et donc le droit d'intervenir ; qu'en effet, il ne pouvait s'abstenir sans commettre le délit prévu et puni par l'article 63 alinéa 2 du code pénal* » ; voir Paul Forières, « Les antinomies en droit », in Chaïm Perelman (dir.), *Les antinomies en droit*, op. cit., p. 20 et s.

⁸⁸⁸ Norberto Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Essais de théorie du droit : recueil de textes*, Paris, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, 1998, p. 89-103.

Il convient par ailleurs de distinguer ici le conflit de normes du conflit entre ordres juridiques. En effet, on ne peut parler de conflit de normes ou de normes antinomiques qu'à propos des normes relevant toutes du même ordre juridique⁸⁸⁹. En cas de contradiction entre une norme d'un ordre juridique national et une norme appartenant au droit international ou au droit européen, il faut plutôt parler de normes incompatibles. Dans le cadre de notre étude, nous ne traitons pas le problème d'incompatibilité entre les normes du droit national avec celles du droit européen ou international, étant donné que la question de l'incompatibilité des ordres juridiques dépasse largement l'objet de notre étude⁸⁹⁰. Toutefois, il convient de souligner que la notion d'exception, en tant que norme de limitation est constamment utilisée par le juge national et par le juge international ou européen pour concilier les normes constitutionnelles nationales et internationales ou européennes incompatibles. Intimement liée à l'idée de pondération et de conciliation, cette notion s'avère particulièrement efficace à la résolution de l'incompatibilité entre le droit européen, international et le droit interne. Si l'alinéa 14 du préambule de la Constitution de 1946, puis l'article 55 et le titre XV (articles 88-1 à 88-7) de la Constitution de 1958 permettent de hiérarchiser le droit international, européen et le droit national⁸⁹¹, la notion d'exception peut être utilisée comme un moyen de conciliation et de régulation des normes internationales, européennes avec les normes constitutionnelles de l'ordre juridique national⁸⁹².

En revanche, trois types de conflits de normes appartenant à un système juridique sont traditionnellement présentés. Ils seront spécialement étudiés au sein de notre thèse. D'abord un conflit de normes peut survenir entre une norme édictée par une autorité supérieure et une

⁸⁸⁹ Paul Foriers, « Les antinomies en droit », art. cit.

⁸⁹⁰ Nous citons ici l'article du professeur Jean Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », A.P.D., 1986, p. 85-105.

⁸⁹¹ Sur cette question, nous nous référons à la décision du Conseil constitutionnel n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, rec., p. 19 et aux jurisprudences des deux ordres juridictionnels judiciaire et administratif. Voir Cass. Ass. plénière 24 mai 1975, « *Société Café Jacques Vabre* », et Cass. Ass. plénière Demoiselle Fraisse in Henri Capitant, François Terré et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1 Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, Paris, Dalloz, coll. Grands Arrêts, 2007, 12e éd., p. 1-39. Voir C.E, Ass. 20 octobre 1989 Monsieur Nicolo, concl. Frydman, rec., p. 190 ; J.C.P., 1989, II, n° 21371 ; note B. Genevois, R.F.D.A., 1989, p. 824. Voir égal. C.E Ass. 30 octobre 1998 Sarran, Levacher et autres, concl. Maugué, rec., p. 369 ; voir égal. note Alland, R.F.D.A, 1998, p. 1081.

⁸⁹² Bertrand Mathieu, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence – Autorité – Conflit – Régulation », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2011, n° 32, Dossier « Convention européenne des droits de l'homme », <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-32/les-decisions-du-conseil-constitutionnel-et-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme%C2%A0-coexistence-%E2%80%93-autorite-%E2%80%93-conflits-%E2%80%93-regulation.99055.html>. Voir égal. Théodora Papadimitriou, *La régulation des rapports entre l'ordre constitutionnel français et l'ordre juridique de l'Union européenne par le Conseil constitutionnel*, thèse dactylographiée, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010.

norme adoptée par une autorité inférieure. Par exemple, une loi prescrit un comportement inconciliable avec celui énoncé par le règlement.

Ensuite, deux normes émanant d'une même autorité mais édictées à des moments différents peuvent être antinomiques parce qu'elles énoncent des prescriptions contradictoires ou inconciliables. A titre d'exemple, une loi adoptée en 1975 interdit et punit l'avortement, une autre loi adoptée en 1980 sans abroger la loi de 1975 autorise l'avortement.

Enfin le conflit peut avoir lieu entre des normes émanant d'une même autorité, édictées simultanément mais dotées de champs d'application différents, l'une étant plus générale que l'autre, si ces normes édictent deux comportements qui semblent contradictoires, telles une loi disposant que le meurtre doit être puni, et une autre prévoyant que celui qui a commis un meurtre pour se défendre ne sera pas puni.

Ces normes antinomiques peuvent nuire tant à l'unité qu'à la cohérence logique du droit. Elles altèrent par ailleurs la rationalité du système juridique⁸⁹³ et rendent difficile l'application des règles de droit. Selon Hans Kelsen, l'unité et la cohérence de l'ordre juridique peuvent être assurées par le refus de conférer la validité à des normes prescrivant les conduites contradictoires ou inconciliables. L'auteur considère donc que « si les prescriptions énoncées par les autorités juridiques sont contradictoires ou dépourvues de sens, elles ne peuvent pas prétendre à la validité juridique »⁸⁹⁴. Les énoncés antinomiques ne devraient pas être qualifiés de normes valides. Ils seraient donc dépourvus d'effet juridique.

Cependant, l'ordre juridique peut toujours comporter des normes valides mais ayant des contenus contradictoires. Afin de résoudre ces types de conflit de normes et de préserver l'unité logique de l'ordre juridique, les théoriciens du droit ont étudié et classifié trois critères. D'abord en cas de conflit entre les normes supérieures et les normes inférieures, on peut lui appliquer le critère *hiérarchique* : *lex superior derogat inferiori*. Ensuite, on peut utiliser le critère *chronologique*, *lex posterior derogat priori*, pour résoudre le conflit des normes dans le temps. Enfin, le critère *spécial*, *lex specialis derogat generali*, est élaboré pour résoudre le conflit entre les normes exceptionnelles et les normes générales.

⁸⁹³ François Ost, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in Michel van de Kerchove (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1978, p. 97-184.

⁸⁹⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 207-208.

Examinons donc chacun de ces critères pour apprécier leurs avantages et inconvénients. Cet examen nous permet d'expliquer en quoi la notion d'exception serait un outil de résolution de conflit plus efficace et plus utile.

2. L'analyse des critères de résolution de conflits de normes antinomiques

D'abord en cas de conflit entre une norme supérieure (loi) et une norme inférieure (règlement), les auteurs proposent de le résoudre par application du critère *hiérarchique*, *lex superior derogat inferiori*, consistant à faire prévaloir la norme édictée par l'autorité supérieure sur la norme adoptée par l'autorité inférieure. Toutefois, il faut souligner que quand ces auteurs disent qu'une norme supérieure déroge à une norme inférieure, il ne faut pas entendre par là que la première *limite* la validité de la seconde mais que la norme supérieure « *abroge* » la norme inférieure⁸⁹⁵. En d'autres termes, la norme supérieure prive la norme inférieure de sa validité et donc de son existence juridique. Par conséquent, la norme inférieure sera définitivement éliminée de l'ordre juridique. Le conflit est résolu par l'effacement de la norme inférieure en faveur de la norme supérieure. Cet effacement peut être obtenu au moyen d'une déclaration d'inconstitutionnalité ou d'une annulation juridictionnelle⁸⁹⁶. A titre d'exemple, en droit constitutionnel français, si un texte législatif paraît contradictoire avec une norme constitutionnelle, le Conseil constitutionnel le déclare contraire à la Constitution. Ce texte ne recevra pas sa validité juridique et n'entrera pas en vigueur. De même, si un règlement est édicté par l'Exécutif en méconnaissance d'une loi à laquelle il doit se soumettre, le juge administratif prononce la nullité de ce règlement sur le fondement de la violation de la loi et le prive ainsi de sa validité. Le règlement annulé disparaîtra de l'ordre juridique⁸⁹⁷.

Ensuite, l'application du critère *chronologique*, *lex posterior derogat priori*, au conflit entre une norme antérieure et une norme postérieure produit les mêmes effets d'abrogation que le critère hiérarchique. En effet, la norme nouvelle, postérieure « *ne déroge pas* » à la norme antérieure si on entend par « *déroger* » le fait d'imposer une *limitation au champ*

⁸⁹⁵ Ricardo Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, cité par Pierre Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 207-221.

⁸⁹⁶ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 164 et s. ; Norberto Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », art. cit., p. 90 et s.

⁸⁹⁷ Sous réserve d'un maintien exceptionnel de l'acte autorisé par le juge administratif en application de la jurisprudence du Conseil d'Etat du 11 mai 2004 Association AC et autres, rec. p. 197, concl. Devys.

d'application de la norme ancienne c'est-à-dire à l'étendue de sa validité. En réalité, la norme postérieure « *abroge* » la norme antérieure par le fait qu'elle la contredit totalement. Le terme « *abroger* » doit s'entendre dans son sens juridique comme « retirer la force obligatoire ou la validité à un acte »⁸⁹⁸. A titre de rappel, dans son ouvrage portant sur la *Théorie générale des normes* Hans Kelsen définit l'abrogation comme « la suppression de la validité d'une norme valide par une autre norme »⁸⁹⁹. En cas de conflit entre deux normes édictées à des moments différents, l'idée d'abrogation (et non de dérogation) est d'autant plus justifiée que souvent la norme nouvelle, postérieure, est présumée plus adéquate et plus juste que la norme ancienne qui n'a dès lors plus de raison d'être et doit être abrogée. L'antinomie est ici résolue mais au détriment de la norme antérieure.

Enfin, seul le critère de *spécialité*, *lex specialis derogat generali* correspond à la dérogation entendue comme *limitation apportée au champ de validité de la norme générale*. En effet, le conflit entre une règle spéciale et une règle générale se résout dans cette hypothèse par la *limitation du champ d'application de la règle générale* qui se voit privée en quelque sorte d'une partie de sa validité. Cette perte partielle de validité peut aussi être qualifiée d'abrogation partielle. Dans cette situation, la norme générale ne disparaît pas, elle demeure toujours au sein de l'ordre juridique malgré l'amputation d'une partie de sa validité. Le critère de spécialité met en exergue de nouveau le rapport de règle à l'exception

A titre d'illustration, on peut citer l'article 121-4 du code pénal qui énonce en des termes très généraux la responsabilité pénale : « Est l'auteur de l'infraction la personne qui : 1° commet les faits incriminés ; 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit ». Le caractère général de l'article 121-4 est toutefois limité par les articles 122-1 à 122-7 du même code qui énumèrent les *cas d'irresponsabilité et d'atténuation de la responsabilité pénale* auxquels l'article 121-4 ne peut pas s'appliquer⁹⁰⁰. Il en résulte que les articles 122-1 à 122-7 constituent des règles spéciales limitant une partie de la validité de l'article 121-4 sans l'abroger. L'antinomie est ici résolue par la restriction ou la réduction des champs de validité ou d'application des normes générales sans que celles-ci soient abrogées ou éliminées de l'ordre juridique. De même, l'article 16 de la Constitution est une règle spéciale au regard du principe général de la séparation des pouvoirs énoncé par l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789.

⁸⁹⁸ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit.

⁸⁹⁹ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit. p. 139 et s.

⁹⁰⁰ Les articles 122-1 à 122-7 constituent un ensemble de *causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de responsabilité*. Voir Code pénal 2011, Paris, Dalloz.

Ainsi explicité, le critère spécial désigne l'utilisation de la notion d'exception dans la résolution des normes conflictuelles. Plus précisément en se bornant à limiter la validité d'une norme plus générale afin qu'elle n'entre pas en conflit avec une autre norme, le critère spécial n'est que l'application de cette notion d'exception à des normes antinomiques. Comme nous l'avons précédemment expliqué, en ne régissant qu'une sous-catégorie soustraite à la catégorie d'une norme générale (superposition partielle des champs d'application), la norme d'exception est aussi la norme spéciale parce qu'elle n'a qu'un champ d'application limité. Par ailleurs, c'est parce qu'il applique l'exception aux normes au contenu contradictoire que le critère de spécialité se révèle à la fois d'ordre matériel et formel par opposition au critère chronologique et au critère hiérarchique qui ne sont que des modes formels de résolution des normes antinomiques⁹⁰¹.

Il résulte de cette analyse que les trois critères de résolution de conflit produisent des conséquences différentes sur la validité des normes antinomiques⁹⁰². En application du critère chronologique ou du critère hiérarchique, le conflit des normes se résout par l'abrogation de l'une des normes en cause. En revanche la résolution du conflit entre une norme spéciale et une norme générale peut se faire au moyen d'une simple limitation. Toutefois, dans ce cas il ne s'agit pas réellement d'un critère formel de résolution de conflit mais d'une application de la notion d'exception aux normes antinomiques. Sans nier leur utilité certaine, les deux critères hiérarchique et chronologique comportent néanmoins des limites. Consistant en une abrogation ou une élimination des normes contradictoires, ils ne permettent pas de conserver la pluralité des normes au sein de l'ordre juridique. Celui-ci risque dès lors de s'appauvrir.

Le critère spécial s'inscrit ainsi dans l'application de la notion d'exception aux normes générales dans le but d'éviter que celles-ci ne deviennent antinomiques. En effet, en raison de leur généralité, les normes peuvent entrer en collision au moment de leur concrétisation. Dès lors le moyen d'éviter leur conflit sans entraîner l'abrogation de l'une d'entre elles consiste à limiter leur portée trop générale en leur fixant des champs d'application séparés⁹⁰³. Toutefois, l'utilisation de la notion d'exception dans la résolution des conflits de normes ne peut être logiquement acceptée qu'à la condition d'adopter au préalable un concept de la relativité de la règle de droit. En s'accommodant d'exception, la règle n'est qu'un impératif hypothétique et non un impératif catégorique.

⁹⁰¹ Norberto Bobbio « Des critères pour résoudre les antinomies », art. cit., p. 90 et s.

⁹⁰² Pierre Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », art. cit., p. 218 et s.

⁹⁰³ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., p. 91 et s.

§2. La notion d'exception, comme l'expression de la relativité de la règle de droit

En tant que « *norme de limitation* », la notion d'exception s'attache à limiter l'étendue de la validité ou limiter l'application stricte du droit et met en exergue l'idée selon laquelle l'application à la lettre du droit s'avère parfois inutile et néfaste. Dès lors, une certaine souplesse sera nécessaire à l'adaptation du droit aux circonstances sociales⁹⁰⁴. De même, la règle de droit n'existe pas pour elle-même, il ne faut pas que le respect qui lui est dû la détourne de sa finalité⁹⁰⁵. Ainsi, la règle de droit ne doit pas être traitée comme entité absolue ne souffrant aucune restriction ni réserve ; au contraire, une dose de relativité s'avère bénéfique pour son évolution⁹⁰⁶.

L'adoption d'un concept relatif du droit à travers la notion d'exception est en effet indispensable à la résolution de certains types de normes antinomiques matérielles ou réelles (**B**), ainsi que nous allons le démontrer ensuite. L'apport de la notion d'exception à la résolution des antinomies juridiques doit être précédé d'une analyse des forces et faiblesses des critères de résolutions de conflit de normes ci-dessus étudiés. Sans nier leur utilité évidente, ces critères semblent parfois insuffisants pour apporter une réponse satisfaisante à des conflits des droits de l'homme ou des droits constitutionnels fondamentaux. Ayant un statut juridique égal, ces droits ne sont pas hiérarchisables (**A**). Par conséquent, leur conflit ne peut être résolu par leur abrogation.

A. L'analyse critique des critères de résolution des normes antinomiques exposés

Comme nous l'avons précédemment exposé, trois critères sont qualifiés par les auteurs de maximes de résolution des normes antinomiques. Ces critères permettent en réalité de justifier la préférence accordée à l'une des normes en conflit⁹⁰⁷. Toutefois, les critères hiérarchique et chronologique semblent inopérants pour résoudre les conflits des normes et

⁹⁰⁴ Yves Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1972, p. 259. L'auteur distingue les règles jurisprudentielles fixatives de celles qualifiées de souples et démontre ensuite l'adoption très favorable des règles jurisprudentielles souples par le Conseil d'Etat. Ainsi, « cette seconde catégorie des jurisprudences souples est infiniment plus favorable à la mutabilité de la règle jurisprudentielle ; elle permet la modification discrète de celle-ci, presque secrète, sans heurt parce qu'elle semble ne concerner que le champ d'application de la règle et non pas son contenu ».

⁹⁰⁵ René Chapus, *Droit administratif général*, t.1, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001, 15e éd, p. 1085..

⁹⁰⁶ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., p. 321.

⁹⁰⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 101 ; Norberto Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », art. cit., p. 90 et s.

principes constitutionnels (1). En effet, d'un statut juridique égal, les normes et principes ou encore droits et libertés constitutionnels ne sont susceptibles d'aucune hiérarchie formelle ou matérielle (2).

1. Les limites des critères hiérarchique et chronologique de résolution des normes antinomiques

Il découle de nos analyses précédentes que l'utilisation de chacun de ces critères de résolution des normes antinomiques ne produit pas les mêmes conséquences. Les différentes répercussions que produisent ces trois critères sur la validité des normes ont été également démontrées par le professeur Guastini en ces termes ; « la maxime *lex posterior* selon laquelle la loi postérieure déroge à la loi antérieure signifie en réalité qu'elle abroge la loi antérieure. De même la maxime *lex superior* selon laquelle la règle supérieure déroge à la norme inférieure veut dire en réalité qu'elle la prive de toute validité ou force obligatoire. Il n'y a donc de dérogation proprement dite que pour la maxime *lex specialis* »⁹⁰⁸. En effet, l'utilisation des deux critères hiérarchique (*lex superior*) et chronologique (*lex posterior*) conduit inévitablement à faire prévaloir l'une des normes antinomiques sur l'autre. L'antinomie ou le conflit est certes ici résolu mais toujours au prix de l'abrogation ou de l'exclusion de l'une des normes en cause. Par ailleurs, ces deux critères de résolution des normes antinomiques s'avèrent parfois inopérants pour certains types de conflit de normes.

A titre d'exemple, en présence d'un conflit entre une norme supérieure mais antérieure et une norme inférieure mais récente et donc postérieure, il convient de savoir quel critère, hiérarchique ou chronologique, doit s'appliquer. Cette question se pose également en cas de conflit entre une norme spéciale mais antérieure avec une norme générale mais postérieure. Selon Norberto Bobbio, « pour répondre à cette question, il faut établir une hiérarchisation des critères de résolution de conflit de normes »⁹⁰⁹. Toutefois la classification de ces critères par ordre de priorité semble entachée d'ambiguïté puisque les auteurs n'arrivent pas à lui donner un fondement convaincant⁹¹⁰. En d'autres termes, au nom de quelle considération faut-il accorder la préférence au critère hiérarchique ou au critère chronologique ?

⁹⁰⁸ Ricardo Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, op. cit., cité par Pierre Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », art. cit., p. 218 et s.

⁹⁰⁹ Norberto Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », art. cit., p. 91 et s.

⁹¹⁰ André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., voir « Antinomie ».

Les limites des critères hiérarchique et chronologique proviennent également du fait que leur application entraîne une abrogation quasi automatique des normes conflictuelles sans que la valeur et l'importance sociale de ces normes soient prises en compte dans la pesée des intérêts ou dans l'appréciation de leur contribution substantielle à l'équilibre du droit. En conséquence, si on applique le critère chronologique aux normes et principes constitutionnels dans l'ordre juridique français, cela signifie que les dispositions de la Constitution de 1958 doivent l'emporter sur celles du préambule de 1946, lesquelles prévaudraient sur la Déclaration des droits de 1789. Comme nous l'avons précédemment démontré, une telle application conduit en réalité à l'abrogation des normes antérieures. Dès lors la Déclaration des droits de 1789 devrait être abrogée parce qu'elle est la plus ancienne et antérieure aux autres principes et dispositions constitutionnels de 1946 et de 1958.

Un tel raisonnement a été démenti par l'examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui refuse d'appliquer les critères de résolution ayant des conséquences d'abrogation aux normes conflictuelles relevant du bloc de constitutionnalité. A titre d'illustration, la loi de nationalisation de 1982⁹¹¹ fondée sur les principes économiques et sociaux du préambule de 1946, norme postérieure, ne peut pas abroger le droit de propriété prévu par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789. Au contraire, elle a été limitée par les droits et libertés issus de cette Déclaration, norme antérieure. De même, le droit de chacun à obtenir un emploi énoncé par le préambule de 1946 n'a pas pu prévaloir sur la liberté d'entreprendre⁹¹² issue tant des articles 4 et 17 de la Déclaration de 1789 que de la loi Le Chapelier de 1791. Le droit de grève énoncé par le préambule de 1946 ne l'emporte pas non plus sur les articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789⁹¹³.

Les exemples pourraient être multipliés à loisir. Il ne paraît cependant pas de l'intérêt de l'analyse de les énumérer de manière exhaustive. Nous voulons en effet simplement montrer que les deux critères hiérarchique et chronologique semblent insuffisants pour résoudre certains types de conflits de normes ayant la même validité et n'étant pas

⁹¹¹ Décision n° 81- 132 DC du 16 janvier et décision n° 81-139 DC du 11 février 1982 Lois de nationalisation, déc. préc.

⁹¹² Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, J.O. du 18 janvier 2002, p. 1053, cons. 45 à 50.

⁹¹³ Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel, J.O. du 23 octobre 1982, p. 3210, cons. 9 et 10.

hiérarchisées comme c'est le cas des principes et règles constitutionnels en droit public français⁹¹⁴.

Si les critères chronologique et hiérarchique permettent de résoudre le conflit de normes par l'abrogation de la validité de l'une des normes en cause, il existe d'après le Doyen Vedel des types de conflit de normes qui ne peuvent pas être résolus par un appel à la notion d'abrogation de validité. En effet, « il est des hypothèses où le conflit se produit entre deux règles appartenant au même ordre juridique, de même niveau hiérarchique et l'une et l'autre non abrogées. Si les critères de validité stricto sensu ne fournissent pas de règle de solution du conflit, celui-ci ne peut être résolu que par l'interprétation »⁹¹⁵. Le Doyen parle alors de la difficulté de hiérarchiser les normes appartenant au bloc de constitutionnalité.

2. L'absence de structure hiérarchique dans les normes constitutionnelles

Nous l'avons précédemment évoqué, le principe hiérarchique proposé par Kelsen consiste à régler les rapports normatifs entre plusieurs règles et principes d'un ordre juridique afin d'obtenir leur cohérence et leur unité. La hiérarchie des normes désigne donc un ensemble de règles déterminant la production, la modification, l'abrogation de normes ainsi que la résolution des « conflits » entre elles⁹¹⁶. Toutefois, il arrive que l'ordre juridique comporte des normes édictées par la même autorité ayant des contenus contradictoires sans que les critères hiérarchique et chronologique de résolution de conflit ne leur soit applicables comme c'est le cas avec les droits et principes contenus dans le bloc de constitutionnalité.

Selon le professeur Turpin, « faute d'une hiérarchisation préétablie, certaines antinomies en droits et libertés constitutionnels sont, si on les prend au pied de la lettre, insolubles »⁹¹⁷. En effet, le droit de grève et le principe de continuité du service public s'excluent par définition, de même, la liberté personnelle de la mère s'oppose au droit à vivre de l'enfant, et l'ordre public entre également en collision avec la liberté. Ou encore, le devoir

⁹¹⁴ Guillaume Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », Dalloz, 1991, chron., p. 265 et s.

⁹¹⁵ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », in *La Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen et la jurisprudence, actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1989, p. 35 et s.

⁹¹⁶ Otto Pfersmann, « Hiérarchie des normes », in Sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 779 et s. Voir égal. Denys de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, op. cit., p. 34.

⁹¹⁷ Dominique Turpin, « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, 1985/2, p. 87 et s.

de réserve lié à certaines fonctions publiques se heurte à la liberté d'expression⁹¹⁸. Ayant tous un statut juridique égal, ces droits et libertés antinomiques ne peuvent être résolus par les critères d'abrogation de leur validité.

Dans le même ordre d'idée, examinant les droits et principes appartenant au bloc de constitutionnalité, le Doyen Vedel déclare qu'« aucune hiérarchie ne peut être établie entre ces textes du point de vue de leur validité. Leur valeur résulte pour tous du vote au référendum constituant de 1958 qui leur a conféré un statut juridique égal »⁹¹⁹. Par conséquent, « il faut à cet égard écarter toute théorie faisant prévaloir en droit telle ou telle disposition ou tel ou tel ensemble de dispositions sur les autres parties du bloc de constitutionnalité »⁹²⁰. Une telle théorie introduirait en effet nécessairement la hiérarchie au sein des normes et principes constitutionnels d'égale validité et entraînerait l'abrogation de l'un d'entre eux en cas de conflit.

Or, il est extrêmement difficile de hiérarchiser les normes et principes constitutionnels tels qu'ils existent dans le système juridique français pour deux raisons ; d'une part elles font partie intégrante du droit positif puisqu'elles ont été toutes adoptées par le référendum constituant de 1958⁹²¹ ; d'autre part ces normes sont toutes porteuses des valeurs éthiques, politiques et sociales contradictoires certes mais indispensables à l'équilibre et au bon fonctionnement de la démocratie et de l'ordre juridique français⁹²². A notre sens, établir une hiérarchie entre ces normes revient à dire que les unes sont plus valables que les autres. Par ailleurs, une telle hiérarchie ne peut s'établir dans notre droit public sans recourir au concept de droit naturel⁹²³. Ainsi, la hiérarchisation des droits et libertés constitutionnels entraîne une conséquence redoutable puisqu'elle implique une certaine conception de « supra-constitutionnalité »⁹²⁴. Selon les termes du Doyen Vedel, « dès que se dessine une théorie,

⁹¹⁸ René Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001, 15e éd, p. 245 et s.

⁹¹⁹ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », art. cit., p. 52.

⁹²⁰ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », art. cit., p. 53.

⁹²¹ François Gazier, Bruno Genevois et Michel Gentot, « La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel », *E.D.C.E.*, 1989, n° 40, p. 149-183. S'interrogeant sur la possibilité de hiérarchiser les normes relevant du bloc de constitutionnalité, l'auteur considère que la hiérarchie formelle des principes et règles constitutionnels doit être exclue puisque ces principes et règles sont tous des droits référendaires. Une hiérarchie matérielle est néanmoins évoquée mais elle demeure incertaine.

⁹²² Jacques Chevallier, « Essai d'analyse structurale du préambule », art. cit., p. 13 et s.

⁹²³ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », art. cit., p. 54 et s.

⁹²⁴ Georges Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », art. cit., p. 91 et s ; voir égal. Michel Troper, « La notion de principes supraconstitutionnels », *R.I.D.C.*, 1993, n° spécial Journées de la Société de Législation

même voilée, de la supra-constitutionnalité [...] se pose le problème des sources du droit que le juge constitutionnel est chargé d'appliquer »⁹²⁵. Si le juge constitutionnel établit une hiérarchie entre les normes relevant du bloc de constitutionnalité alors que rien dans la Constitution de 1958 ne lui permet de le faire, le Conseil s'érigerait dans ce cas en source autonome du droit. Une telle hypothèse n'est pas acceptable dans notre tradition juridique fondée sur la démocratie comme fondement du droit et sur le principe de séparation des pouvoirs⁹²⁶. De plus, le juge ne peut créer des règles en concurrence avec le pouvoir constituant ou avec le pouvoir législatif sans tomber dans le piège du « *gouvernement des juges* »⁹²⁷.

Cette idée a été parfaitement illustrée par le Doyen Vedel en ces termes : « la vraie pierre de touche du gouvernement des juges se trouve dans la liberté que le juge constitutionnel s'octroie non d'appliquer la Constitution ou de l'interpréter mais [...] de la compléter sinon de la corriger par des règles qui sont sa propre création »⁹²⁸. Il en découle dès lors que la hiérarchisation des normes constitutionnelles encourt le risque d'aller de pair avec la mise en place du gouvernement des juges comme illustre le Doyen lorsqu'il écrit : « attendons que la jurisprudence et la doctrine arrivent à construire une théorie de la hiérarchie matérielle des normes constitutionnelles sans tomber dans le gouvernement des juges »⁹²⁹.

Outre le spectre du gouvernement des juges⁹³⁰, une telle hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité entraînerait certains effets automatiques et notamment l'invalidation de la norme de degré inférieur dans le cas où elle est contraire à la norme de degré supérieur ou l'abrogation des normes antérieures si celles-ci entrent en collision avec les normes

Comparé, p. 337-355, p. 352 ; Bertrand Mathieu, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », L.P.A., 1995/29, p. 13 et s.

⁹²⁵ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », art. cit., p. 63.

⁹²⁶ Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 Loi portant validation d'actes administratifs, déc. préc., cons. 6 et 7 ; Décision n° 99-422 DC 21 décembre 1999 Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000, J.O. du 30 décembre 1999, cons. 64. Voir égal. Michel Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit.

⁹²⁷ Ce qui explique le refus constant du Conseil constitutionnel de statuer sur une révision constitutionnelle. Voir égal. Décision n° 2003-469 DC du 23 mars 2003 Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République approuvée par le Congrès le 17 mars 2003, déc. préc., cons.3.

⁹²⁸ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », op. cit., p. 62.

⁹²⁹ Ibid.

⁹³⁰ Edouard Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, fac-similé de la 1ère éd. de 1921, Paris, Giard.

postérieures⁹³¹. Or nous avons relevé plus haut à propos du conflit entre la loi de nationalisation et le droit de propriété ou entre le droit d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre que ces conflits entre normes constitutionnelles ayant toutes la même validité ne peuvent être résolus ni par le critère hiérarchique, ni par le critère chronologique. Seule la pondération ou la conciliation au moyen de l'interprétation permet à ces normes de ne pas entrer en conflit.

Cependant, l'interprétation conciliant ou pondérant des normes conflictuelles ne peut être logiquement admise qu'à la condition d'adopter un concept relatif du droit. En d'autres termes, un concept permettant d'apporter des exceptions à la validité des règles juridiques en fonction de circonstances factuelles.

B. L'acceptation d'un concept relatif du droit nécessaire à la pondération des normes antinomiques non-hiérarchisées

La pondération des normes antinomiques implique l'idée selon laquelle les normes ne sont pas absolues mais relatives. La relativité des principes et règles juridiques signifie que ceux-ci peuvent recevoir les limitations nécessaires à leur adaptation aux évolutions de la société. Il convient d'explicitier ici qu'en limitant la validité des normes juridiques, la notion d'exception manifeste leur relativité (1). Le caractère relatif du droit s'exprime implicitement dans la distinction entre la règle générale et la règle spéciale⁹³². Dès lors, le critère spécial de résolution de conflit qui n'est en réalité qu'une application de la notion d'exception aux normes antinomiques doit être explicité (2).

1. La notion d'exception comme la manifestation de la relativité des normes

Le terme « *relativité* » sert à caractériser quelque chose qui n'existe que par rapport à une autre chose ou quelque chose qui ne se suffit pas à soi-même, qui n'est ni absolu, ni indépendant⁹³³. Il doit s'entendre ici comme l'idée selon laquelle l'élaboration et l'application des règles juridiques sont relatives aux circonstances sociales, économiques, politiques et

⁹³¹ Paul Amserek, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », R.R.J., 2007/2, p. 557-581.

⁹³² Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit. ; voir aussi Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique e*, op. cit.

⁹³³ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, voir « Relativité ».

géographiques variables⁹³⁴. Ainsi, défenseur d'un droit flexible, le Doyen Carbonnier explique le concept relatif du droit en ces termes : « le droit qui est présent dans une catégorie des relations humaines peut être conçu comme une masse statique, susceptible de plus ou de moins ». Le caractère relatif du droit doit être compris selon le Doyen non comme « la pâte à modeler » mais comme « une baisse plus ou moins considérable de la rigueur et de la pression juridique »⁹³⁵. Norberto Bobbio parle des normes et de leurs divers degrés de force obligatoire⁹³⁶ pour souligner la différence entre l'impératif catégorique (norme morale) et l'impératif hypothétique (droit).

Le caractère relatif des règles et principes juridiques n'est pas le propre du droit moderne et rationnel. Aristote avait démontré le caractère relatif du droit à travers la notion d'équité « la loi est générale et cette nature fait qu'il y a des cas d'espèces pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude »⁹³⁷. Plus tard, Montesquieu soutenait que « s'il est vrai que le caractère de l'esprit et les passions du cœur soient extrêmement différents dans les divers climats, les lois doivent être relatives et à la différence de ces passions et à la différence de ces caractères »⁹³⁸.

La relativité des normes juridiques s'exprime à travers les limitations de leur validité⁹³⁹. Ainsi, l'exception est révélatrice de la nature hypothétique des normes juridiques. Sont hypothétiques et relatives les normes qui autorisent ou prohibent des conduites humaines sous certaines conditions et circonstances, elles s'opposent dès lors à des normes catégoriques ou absolues qui prescrivent des conduites de façon inconditionnelle et en toute circonstances. Selon Hans Kelsen « dans une société empirique, il ne peut exister aucune norme de prescription, même une norme prescrivant l'abstention qui ne comporterait pas quelques exceptions. Même les prohibitions les plus fondamentales [...] ne valent qu'avec certaines

⁹³⁴ Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, t.1 : Le relatif et l'universel, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 2004, p. 30 ; p 46..

⁹³⁵ Jean Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, 10e éd., p. 26.

⁹³⁶ Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit : recueil de textes*, Paris, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, 1998, p. 119-121..

⁹³⁷ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, op. cit., p. 230 et s.

⁹³⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, op. cit., t. 2, troisième partie, livre XIV, chap. I, p. 474 et s. La démonstration du caractère relatif du droit s'appuie sur une expérience effectuée par l'auteur lui-même. En effet, Montesquieu observe au microscope le tissu d'une langue de mouton et les pyramides formées entre les mamelons pour tirer les conclusions suivantes « j'avais fait geler la langue de mouton et j'ai trouvé, à la simple vue, les mamelons ont considérablement diminués. J'en ai examiné le tissu avec le microscope et je n'ai plus vu de pyramides. Mais à mesure que la langue s'est dégelée, j'ai vu les pyramides se relever. Cette observation confirme ce que j'ai dit, que dans les pays froids les sensations sont moins vives [...] comme on distingue les climats par les degrés de latitude on pourrait les distinguer [...] par les degrés de sensibilité ».

⁹³⁹ Georges Ripert, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Jossierand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, op.cit., p. 33 et s.

limitations »⁹⁴⁰. Il convient selon nous d'adopter cette analyse pour démontrer que l'ordre juridique positif ne peut comporter que des normes hypothétiques ou relatives dont la validité s'accommode de limitations. Le caractère relatif des normes juridiques signifie que leur concrétisation varie avec les faits et avec les circonstances de temps et de lieu.

Le caractère relatif s'attache également à des normes qualifiées de suprêmes telles que les normes constitutionnelles dont l'application et la validité ne sont jamais illimitées ou absolues. Afin de mieux expliciter la relativité des règles de droit, il convient de citer ici un arrêt rendu par la Cour de cassation de Belgique le 11 février 1919 et les conclusions du procureur Terlinden qui sont à cet égard d'un enseignement éclairant.

Dans cet arrêt, les requérants contestent sur le fondement des trois articles 25, 26 et 130 de la Constitution belge, la constitutionnalité des arrêtés-lois adoptés pendant la première guerre mondiale par le Roi et le gouvernement belge sans la participation du Parlement. Or selon l'article 25, « les pouvoirs sont exercés de la manière établie par la Constitution », tandis que l'article 26 prévoit que « le pouvoir législatif s'exerce collectivement par le Roi, la chambre des représentants et le Sénat ». L'article 130 formule une interdiction explicite de faire exception à la Constitution en ces termes « la Constitution ne peut être suspendue ni en tout ni en partie ». Selon les requérants, ces arrêtés-lois sont contraires à la Constitution parce qu'ils ont été adoptés en violation de l'article 26. En effet, ils considèrent que ni le contexte de guerre ne permettant pas de réunir les Chambres, ni l'urgence de la sauvegarde des intérêts vitaux de la défense du territoire et de la continuité de la Nation ne permettent au Roi d'adopter les arrêtés-lois en violation des articles 25 et 26 ou de faire exception à l'article 130 de la Constitution.

Sous l'apparence d'un choix difficile entre une interprétation absolue et une interprétation relative des articles 25, 26 et 130 de la Constitution belge, La Cour de cassation belge s'est en réalité confrontée à un conflit d'intérêts dont la résolution permettrait de déclarer la conformité ou la non-conformité à la Constitution de ces arrêtés-lois. En effet, il s'agit de savoir lequel des deux intérêts, celui de faire respecter la Constitution à la lettre et celui de la défense du territoire et de la continuité de la Nation, doit prévaloir sur l'autre.

Par ailleurs, si le juge accorde la prévalence à l'un des deux intérêts en cause, quelle sera la conséquence sur la validité des normes porteuses de ces intérêts ? En d'autres termes,

⁹⁴⁰ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 110.

si l'intérêt de la défense du territoire prévaut sur celui du respect de la Constitution, cela signifie-t-il la supériorité des arrêtés-lois sur les dispositions constitutionnelles entraînant l'invalidation de ces normes constitutionnelles ?

Dans ses conclusions prises avant cet arrêt, le procureur Terlinden expose le caractère relatif des règles constitutionnelles en ces termes : « une loi n'est jamais faite que pour une période ou un régime déterminé. Elle s'adapte aux circonstances qui l'ont motivée et ne peut aller au-delà. Elle ne se conçoit qu'en fonction de sa nécessité ou de son utilité ; aussi, une bonne loi ne doit pas être intangible, car elle ne vaut que pour le temps qu'elle a voulu régler. La théorie peut envisager les abstractions. La loi, œuvre essentiellement pratique, ne s'applique qu'à des situations essentiellement concrètes. C'est ce qui explique que si la jurisprudence peut étendre l'application d'un texte, il y a à cette extension des limites, et que celles-ci se trouvent atteintes chaque fois qu'à la situation qu'avait envisagée l'auteur de la loi, viennent s'en substituer d'autres, en dehors de ses prévisions. Une loi – Constitution ou loi ordinaire – ne statue donc jamais que pour des périodes normales, pour celles qu'elle peut prévoir. Œuvre de l'homme, la loi est soumise, comme toutes les choses humaines, à la force des choses, à la force majeure, à la nécessité »⁹⁴¹. Le procureur invite ensuite la Cour à suivre ses conclusions et à conclure au caractère constitutionnel des arrêtés-lois.

Souscrivant à la position du procureur, la Cour de cassation belge a affirmé que « c'est par application des principes constitutionnels que le Roi, resté pendant la guerre le seul organe du pouvoir législatif ayant conservé sa liberté d'action, a pris des dispositions ayant force de loi que commandaient impérieusement la défense du territoire et les intérêts vitaux de la Nation »⁹⁴². La Cour fait prévaloir ainsi l'intérêt de la défense du territoire sur celui du respect strict de la Constitution en confirmant la validité des arrêtés-lois. Toutefois, les articles 25, 26 et 130 de la Constitution belge n'ont pas été invalidés, ni abrogés, leur validité a reçu une simple limitation justifiée par la situation de guerre.

Comme nous l'avons déjà évoqué, cette solution ne peut être logiquement consacrée qu'à la condition d'adopter une conception relative des règles constitutionnelles au moyen de laquelle la norme est susceptible d'être limitée quand son application stricte s'avère contraire

⁹⁴¹ L'ensemble de ces développements est emprunté à l'étude de André Vanwelkenhuyzen, « De quelques lacunes du droit constitutionnel belge », in Charles Perelman (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, op. cit., p. 339-361.

⁹⁴² André Vanwelkenhuyzen, « De quelques lacunes du droit constitutionnel belge », art. cit., p. 347.

à sa finalité. En revanche, un concept absolu du droit signifie que celui-ci s'applique de manière automatique et indépendante des circonstances. Un tel concept semble peu réaliste dans le monde du droit comme l'a parfaitement illustré l'arrêt de la Cour de cassation belge. En admettant la validité des arrêtés-lois adoptés en dehors des procédures prévues par les normes constitutionnelles, le juge de cassation belge affirme l'idée selon laquelle les règles juridiques, fussent-elles constitutionnelles, ne sont entièrement valables que sous certaines conditions et qu'elles peuvent être limitées⁹⁴³. Le caractère relatif des règles constitutionnelles permet donc de concilier les normes antinomiques par la limitation provisoire de leur validité tandis que l'emploi des critères classiques de résolution aurait entraîné l'abrogation de leur validité. La notion d'exception offre ainsi un avantage indéniable dans la résolution des normes antinomiques.

Ce raisonnement est également valable pour le droit constitutionnel français. Selon Monsieur Turpin, « les antinomies des droits et libertés constitutionnels ne peuvent se résoudre que par une conciliation établie par la loi et sous le contrôle du juge constitutionnel. Les droits et libertés naturels et imprescriptibles n'ont plus dans la société civile, un caractère absolu. Ils peuvent être limités par les nécessités de l'ordre juridique ou des libertés d'autrui »⁹⁴⁴. En cas de conflit entre les droits et libertés constitutionnels, la solution ne peut venir que de leur pondération au moyen des limitations.

Afin de prévenir les conflits entre les droits et libertés constitutionnels, le législateur aménage des limites à leur exercice. Cet aménagement qui peut être illustré grâce à la distinction entre la norme spéciale et la règle générale traduit en réalité l'application de la notion d'exception aux normes générales.

2. La règle spéciale déroge à la règle générale : l'application de la notion d'exception au conflit de normes

Sous l'apparence d'un critère de résolution des conflits de normes, se trouve en réalité l'utilisation de la notion d'exception. Le critère de spécialité désigne bien l'application de la notion d'exception aux normes générales afin d'éviter qu'elles ne deviennent antinomiques. Comme nous l'avons antérieurement soulignée, une règle spéciale est en réalité une règle

⁹⁴³ Ibid.

⁹⁴⁴ Dominique Turpin, « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 91.

d'exception parce qu'elle limite le champ d'application de la règle générale⁹⁴⁵. Selon les termes de Gérard Cornu « la règle spéciale est aussi une règle. Elle est seulement plus spéciale que la règle générale parce qu'elle limite l'étendue de la règle générale »⁹⁴⁶. De même, Monsieur Malaurie définit la règle spéciale comme « une limitation déterminant le champ d'application de la règle générale »⁹⁴⁷. Dès lors, la règle spéciale et la règle exceptionnelle entretiennent une identité matérielle. Elles désignent la même réalité juridique et peuvent être utilisées de manière interchangeable puisqu'elles sont toutes des normes de limitation. En d'autres termes, l'adjectif « *spécial* » ne doit pas occulter sa véritable nature de norme de limitation c'est-à-dire de norme d'exception.

A titre d'exemple, l'article 1101 du code civil est une loi générale portant sur la liberté contractuelle ; « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Tandis que l'article 6 du même code constitue quant à lui une exception ou une loi spéciale en ce qu'il limite la liberté contractuelle ; « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». De même, le devoir d'obéissance hiérarchique en droit de la fonction publique est la règle générale qui ne peut toutefois pas s'appliquer à des ordres illégaux compromettant l'intérêt général. En d'autres termes, le devoir de désobéissance à des ordres illégaux est la règle spéciale limitant le devoir d'obéissance hiérarchique⁹⁴⁸. Dans le même esprit, le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs énoncé au titre de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (règle générale) peut recevoir des limitations en cas d'application des articles 16, 38 et 74-1 (règle spéciale) de la Constitution de 1958. Ce raisonnement est également applicable aux articles 4, 10 et 11 de cette même Constitution puisque le champ d'application, ou la validité de ces dispositions peut être limité par d'autres normes. Ainsi, en cas de conflit entre deux normes d'égale validité, le critère de spécialité conduit le juge à déterminer si l'une des normes est une exception et si l'autre est générale. La solution du conflit consiste à expliquer que chacune de ces normes, exceptionnelle et générale, a son propre domaine d'application et qu'elles ne sont donc pas conflictuelles. De même, le juge peut déclarer que la norme générale n'est pas absolue et peut recevoir des limitations. Dès lors, la norme et ses limitations ne sont

⁹⁴⁵ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit.

⁹⁴⁶ Gérard Cornu, *Introduction au droit civil*, Paris, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 2007, 13e éd., p. 23 ; Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 140 et 152.

⁹⁴⁷ Philippe Malaurie, « Discours d'ouverture », art. cit., p. 5.

⁹⁴⁸ Eric Desmons, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Paris, L.G.D.J., coll. Thèses. Bibliothèque de droit public, 1999.

pas contradictoires mais se complètent. Ainsi, le conflit est résolu sans qu'aucune des deux normes contradictoires ne soit abrogée.

L'application de la notion d'exception aux normes générales et antinomiques a un avantage incontestable. Les normes en conflit ne sont pas abrogées mais seule leur validité est limitée. La notion d'exception permet donc la coexistence de plusieurs normes au sein de l'ordre juridique par l'aménagement de leur champ d'application. Elle évite ainsi les écueils et inconvénients des critères chronologique et hiérarchique ci-dessus démontrés. De plus, au moyen de la notion d'exception, les autorités normatives peuvent prévenir les éventuels conflits de normes en délimitant les champs d'application conférés aux diverses règles. Ainsi, la notion d'exception ne résout pas seulement le conflit de normes mais encore elle le dissout.

Ayant pour essence intrinsèque l'idée de *limitation*, la notion d'exception explicite le caractère relatif de la règle de droit. Ainsi, est relative la norme qui peut recevoir des limitations.

Analysée sous l'angle de la logique formelle du droit, la notion d'exception a donc pour partie une fonction de résolution de certains types de conflit des normes par la limitation de la validité des normes antinomiques. Dès lors, elle se différencie des critères chronologique et hiérarchique résolvant les règles juridiques antinomiques par l'abrogation.

En tant que la norme de limitation, la notion d'exception constitue un outil de conciliation des règles et principes juridiques qui, bien que logiquement non contradictoires peuvent entrer en conflit à l'occasion de leur application. Par conséquent, c'est cette fonction de conciliation de la notion d'exception qu'il faut à présent étudier.

Section 2. L'utilisation de la notion d'exception dans la conciliation des antinomies réelles en droit constitutionnel

Selon certains auteurs⁹⁴⁹, si les critères chronologique et hiérarchique peuvent résoudre les antinomies formelles ou apparentes, ils sont en revanche inefficaces pour éliminer les antinomies réelles ou matérielles et certaines incohérences en droit.

⁹⁴⁹ Norberto Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », art. cit. ; voir aussi, Paul Foriers, « Les antinomies en droit », art. cit., p. 23 et s.

Sont considérées comme antinomies apparentes ou formelles, les conflits de normes dont la résolution s'obtient de manière quasi automatique par l'abrogation de l'une des normes en cause⁹⁵⁰. Dès lors ces antinomies apparentes ne présentent pas de réelles difficultés puisque leur remède a été préalablement établi. En effet, le juge constate les antinomies apparentes et leur applique soit le critère chronologique, soit le critère hiérarchique. L'antinomie est ici résolue par l'invalidation de l'une des normes en cause⁹⁵¹. Par ailleurs, en cas de constat d'antinomies apparentes, le pouvoir d'interprétation du juge est plutôt réduit⁹⁵².

En revanche, il existe bien des antinomies réelles ou des incohérences qui ne peuvent pas être éliminées à l'aide de ces critères formels de résolution de conflit⁹⁵³. En d'autres termes, le juge ne peut pas résoudre le conflit de normes réel par l'abrogation de l'une des normes antagonistes, il doit au contraire les concilier. Ainsi, le juge interprète ces antinomies de manière à les rendre compatibles les unes avec les autres et à les faire coexister en harmonie dans l'ordre juridique. Par l'interprétation conciliante, le juge dissout l'antinomie réelle.

C'est dans l'interprétation tantôt dissolvante tantôt conciliante des normes conflictuelles qu'intervient particulièrement la notion d'exception. Exprimée sous forme de critère spécial, l'exception permet non seulement la résolution mais surtout *la dissolution* de l'antinomie formelle (§1). En cas d'antinomies réelles dites aussi matérielles, le juge utilise l'exception pour les concilier, c'est-à-dire pour les appliquer partiellement l'une et l'autre⁹⁵⁴. L'exception sert dans ce cas à résoudre le conflit relatif aux domaines matériels d'application du droit.

Sans entraîner l'abrogation, ni l'invalidation de l'une ou de l'autre norme en cause, la notion d'exception les rend compatibles les unes avec les autres au moyen de la limitation de leur validité trop générale ou trop étendue. En les faisant coexister en harmonie dans l'ordre juridique, la notion d'exception contribue ainsi à l'adaptation et à l'enrichissement de l'ordre juridique (§2).

⁹⁵⁰ Norberto Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », art. cit., p. 89 et s.

⁹⁵¹ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 165 ; Voir égal. Pierre Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », art. cit., p. 218.

⁹⁵² Dominique Turpin, « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 87 et s.

⁹⁵³ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », art. cit., p. 59 et s ; voir égal. Guillaume Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », op. cit., p. 265.

⁹⁵⁴ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », art. cit., p. 58.

§1. L'utilisation de l'exception dans la dissolution des conflits matériels de normes

Au seuil de l'étude, il convient de rappeler la définition de la notion d'exception comme la « norme ou règle de *limitation* ». *En s'attachant à l'étendue de la validité ou à l'application stricte d'une règle de droit générale* la notion d'exception formule donc une règle de limitation consubstantiellement liée à la règle générale au point que certains auteurs refusent l'idée d'un conflit possible entre la norme exceptionnelle et la norme générale⁹⁵⁵. Celles-ci ne peuvent entrer en conflit étant donné qu'elles ont précisément des domaines de validité séparés, c'est-à-dire qu'elles ont des champs d'application différents. La connexion entre la règle exceptionnelle et la règle générale conforte notre analyse précédente selon laquelle le critère de spécialité traduit effectivement l'application de la notion d'exception aux normes générales dans le but de prévenir leur éventuel conflit. Il faudra démontrer dans le cadre de ce paragraphe que par sa fonction de prévention des conflits, l'exception forme un outil de dissolution des antinomies apparentes dans l'ordre juridique (A).

Toutefois, l'ordre juridique comporte bien des conflits de normes réels définis comme des normes également valides et n'ayant pas forcément des contenus contradictoires mais dont l'application de l'une peut avoir pour conséquence de réduire ou d'annihiler les effets de l'application des autres⁹⁵⁶. Dans ce cas, le juge peut utiliser la notion d'exception comme un outil de conciliation. Selon le Doyen Vedel, la conciliation entre deux normes antinomiques mais de valeur formellement égale doit se comprendre comme *faisant partiellement de droit à l'une et à l'autre* c'est-à-dire comme la limitation partielle et provisoire de la validité de l'une des normes en cause. La référence à la notion d'exception apparaît en filigrane dans les explications du Doyen. L'exception contribue à la conciliation des droits et libertés en conflit. Dès lors, le lien consubstantiel entre la conciliation des normes et la notion d'exception mérite une analyse plus approfondie (B).

⁹⁵⁵ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », art. cit., p. 58 ; Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 144 et 145 ; Pierre Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », art. cit., p. 218 et 219.

⁹⁵⁶ Paul Amselek, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », art. cit., p. 567 et s.

A. La notion d'exception comme outil de dissolution du caractère conflictuel des règles de droit

L'idée selon laquelle le critère de spécialité ou d'exception est considéré comme un outil de résolution du conflit de normes est contesté par certains auteurs et théoriciens du droit⁹⁵⁷ en ce qu'il introduit de nouveaux conflits sous la forme de l'antagonisme règle et exception. Or, la règle et l'exception ne peuvent pas entrer en conflit, C'est précisément l'intérêt de leur distinction. En effet, ces auteurs soutiennent que la règle d'exception ne peut pas entrer en collision avec la règle générale parce que chacune de ces normes a un domaine de validité différente. Par ailleurs, le critère de spécialité ou d'exception n'a pas pour fonction de résoudre le conflit mais au contraire il est un outil pertinent de prévention et donc de dissolution de conflit (1). Ainsi on ne peut parler de conflit entre la norme spéciale, exceptionnelle et la norme générale. Ces deux normes se complètent et forment en réalité une unité (2).

1. La dissolution de conflit au moyen de la norme d'exception

Tout en affectant d'une déficience logique l'ordre juridique, l'antinomie altère aussi le postulat de rationalité du législateur selon lequel les dispositions normatives doivent être nécessairement cohérentes. Dès lors, la constatation et la résolution des normes antinomiques sont soumises à des conditions restrictives et inhérentes à la pratique de l'interprétation juridictionnelle. En effet, l'affirmation de l'existence d'un conflit de normes ne résulte pas d'une constatation objective. En général, ce sont les destinataires des normes qui, à l'occasion de l'application de ces normes dans un cas particulier, prétendent avoir décelé les antinomies. Or les normes ne sont pas applicables telles qu'elles sont énoncées mais seulement moyennant une interprétation qui permet d'identifier les véritables significations⁹⁵⁸. La norme n'a pas en effet une signification ou une application unique mais elle est selon les termes de Hans Kelsen, un cadre à l'intérieur duquel il y a plusieurs possibilités d'application⁹⁵⁹. Le rapport

⁹⁵⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 162 ; Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 88. Pierre Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », art. cit., p. 218 et s.

⁹⁵⁸ Chaïm Perelman, « Le problème des lacunes en droit, Essai de synthèse », art. cit., p. 402 et s.

⁹⁵⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 339-340. Ainsi que l'a noté l'auteur, « Dans tous les cas d'indétermination du degré inférieur, intentionnelle ou non-intentionnelle, plusieurs possibilités s'offrent à l'application du droit. L'auteur de l'acte exécutif peut le faire soit tel qu'il réponde à l'une ou à l'autre des différentes significations linguistiques de la norme juridique, soit tel qu'il réponde ou bien à la volonté, établie d'une façon ou d'une autre, de l'organe auteur de la norme, ou bien à l'expression choisie par lui, soit enfin tel qu'il réponde à l'une ou à l'autre des deux normes qui se contredisent, ou bien qu'il soit décidé comme si les

entre l'antinomie et l'interprétation entraîne la conséquence suivante : par l'interprétation, le juge peut admettre ou nier l'existence de l'antinomie. Soucieux de garantir l'unité et la rationalité du droit, le juge est amené à nier plus souvent l'antinomie qu'à l'admettre. Ainsi que l'a relevé François Ost, « les juges tendent souvent à interpréter les dispositions antinomiques applicables au litige de manière à les rendre compatibles non seulement les unes avec les autres, mais aussi avec l'ensemble des dispositions du système juridique »⁹⁶⁰.

C'est donc sur le terrain de l'interprétation, c'est-à-dire de l'activité propre du juge, que celui-ci constate et traite les conflits de normes. Tantôt l'interprétation dissipe l'illusion du conflit et supprime donc le problème ; tantôt elle constate la réalité du conflit et elle en recherche une solution qui ne peut être selon les termes du Doyen Vedel que de compromis⁹⁶¹.

L'expression « *l'illusion du conflit* » signifie en réalité l'inexistence de normes antinomiques. C'est-à-dire que les principes et droits entre lesquels les justiciables prétendent déceler une contradiction ne constituent pas de conflit de normes parce qu'ils ont des champs d'application différents et séparés. La contradiction est un argument bien souvent utilisée pour contester la constitutionnalité de la loi devant le Conseil constitutionnel. A titre d'illustration, les députés et sénateurs ont saisi le Conseil constitutionnel d'un recours tendant à ce que le Conseil déclare l'inconstitutionnalité de la *loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*⁹⁶² au motif que cette loi, en édictant une infraction pénale applicable à certains comportement des salariés grévistes, aurait été contraire au droit constitutionnel de grève. Selon les auteurs de la saisine, le salarié gréviste ne peut exercer son droit de grève sans être puni par l'infraction pénale. La grève consiste en une cessation du travail, or la loi portant l'infraction pénale vise précisément à réprimer les actions et comportements perturbant la poursuite du travail. Cette loi comporte par conséquent des dispositions contradictoires.

deux normes qui se contredisent l'une l'autre s'annuleraient réciproquement. Dans tous les cas, le droit à appliquer représente un simple cadre à l'intérieur duquel il existe plusieurs possibilités d'application [...] ».

⁹⁶⁰ François Ost, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in Michel van de Kerchove (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1978, p. 97-184.

⁹⁶¹ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », art. cit., p. 57.

⁹⁶² Décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, déc. préc., cons., 18, 19, 20 et 21.

Dans sa décision des 19 et 20 janvier 1981⁹⁶³, le juge constitutionnel dissout le prétendu conflit en montrant que le droit de grève et l'infraction pénale en cause n'entrent pas en conflit puisqu'ils ont des champs de validité différents. En effet, le droit de grève, en tant que règle générale protégeant le salarié gréviste, s'applique à tous les comportements résultant d'un exercice légal du droit de grève. Quant à l'infraction pénale, elle a pour champ d'application les comportements étrangers à l'exercice du droit de grève c'est-à-dire des comportements illégaux et insusceptibles d'être rattachés à l'exercice du droit de grève. Le Conseil conclut donc à l'inexistence du conflit⁹⁶⁴.

La dissolution du conflit de norme peut donc être obtenue moyennant une limitation préalable du champ d'application de la norme générale. C'est en ce sens que la loi spéciale ou exceptionnelle a un champ de validité déterminé plus réduit que celui de la norme générale. Le dualisme juridictionnel⁹⁶⁵ en droit français constitue un exemple parfait de la dissolution du conflit entre le droit administratif applicable aux actes de la puissance publique et le droit civil régissant les actes des personnes privées. Par une exception faite au champ d'application du droit civil, l'arrêt *Blanco*⁹⁶⁶ a été le fondement de la construction d'un droit administratif autonome ayant un champ de validité spécial : *les décisions et actes pris dans l'exercice des prérogatives de puissance publique*⁹⁶⁷. Dès lors, aucun conflit n'a eu lieu puisque la norme d'exception existe en marge de la règle générale et entretient avec celle-ci un rapport de complémentarité⁹⁶⁸ et non de contradiction. Malgré leur apparence dualiste, le droit privé

⁹⁶³ Décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, déc. préc., cons., 18,19, 20 et 21.

⁹⁶⁴ Décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, déc. préc., cons. 20.

⁹⁶⁵ Daniel Labetoulle, « L'avenir du dualisme juridictionnel en droit français. Point de vue d'un juge administratif », A.J.D.A., 2005, n° spécial, p. 1770 et s.

⁹⁶⁶ Tribunal des conflits 8 février 1873, Sieur Blanco. Rec. 1^{er} supplément, p. 61. Voir égal concl. David D. 1873.3, p. 20. L'autonomie du droit administratif a été consacrée à travers les trois considérants successifs. Les juges des conflits considèrent que « la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers [...] ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier ». Il s'agit d'excepter la responsabilité de l'Etat des articles 1382, 1383 et 1384 du code civil pour la soumettre à des règles spéciales, le droit administratif en l'occurrence. Ainsi « cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ». En conséquence, « seule l'autorité administrative est compétente pour en connaître ».

⁹⁶⁷ L'apport de l'arrêt *Blanco* a été réaffirmé par le Conseil constitutionnel en 1987 dans sa décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence, déc. préc. La réserve des compétences de la juridiction administrative est garantie par l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République selon lequel « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents... », cons. 15.

⁹⁶⁸ Le rapport complémentaire entre la règle générale et la règle exceptionnelle peut être illustré à la lumière du lien qu'entretiennent la loi et le principe général du droit élaboré par le Conseil d'Etat. Voir à cet égard, René

(droit commun) et le droit administratif (droit d'exception) se complètent et forment une unité puisqu'ils découlent tous les deux de la même source : l'ordre juridique français chapeauté par la Constitution de 1958⁹⁶⁹. Selon Monsieur Brunet, le choix de l'exception ou de spécialité – ces deux termes ont ici une signification identique – comme critère de résolution d'éventuel conflit entre les normes générales présente un avantage indéniable : celui de faire coexister les principes et les règles contradictoires dans un même ordre juridique et de prévenir d'éventuels conflits entre eux⁹⁷⁰.

En conséquence, l'application de la notion d'exception à travers la loi spéciale aux normes générales ne sert pas à résoudre une antinomie mais à la dissoudre. La dissolution signifie que le conflit n'a jamais existé et qu'aucune des normes contestées par le justiciable n'est antinomique ou invalide. Le postulat de rationalité du législateur est alors sauvegardé. De plus, à la différence des critères chronologique et hiérarchique qui résolvent les normes antinomiques par l'abrogation, la dissolution de l'antinomie au moyen d'une limitation a l'avantage de faire coexister un grand nombre de principes et de normes au sein d'un ordre juridique unitaire⁹⁷¹.

Par ailleurs, si aucun conflit n'est possible entre les normes exceptionnelles et générales, il faut donc conclure à leur unité.

Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles » in *L'administration et son juge*, éd. PUF, 1999, p. 93 et s. L'auteur considère que « si les principes généraux du droit sont supérieurs aux règlements, ils ne peuvent être considérés comme inférieurs à la loi, ni elle supérieure à eux. La relation entre les principes généraux du droit et la loi n'est pas hiérarchique parce que le Conseil d'Etat n'utilise la notion de principes généraux du droit qu'à défaut de loi applicable en la matière et que si le règlement administratif contesté n'a pas empiété sur le domaine législatif défini par la Constitution ». Il résulte de cette analyse qu'il n'y aurait pas de rapport hiérarchique entre la loi et les principes généraux du droit parce qu'il n'existe aucun conflit possible entre eux : ce sont des sources de droit complémentaires l'une de l'autre.

Ce rapport de complémentarité entre la loi et les principes généraux du droit a été obtenu moyennant une dissolution d'éventuel conflit entre la loi et les principes généraux du droit par application de la notion d'exception aux principes en cause. En effet, les principes généraux du droit ne s'imposent pas au législateur car la loi écrite peut y déroger. Selon le professeur Brunet, « les principes généraux du droit deviennent dès lors la règle générale à laquelle la loi, règle spéciale peut déroger, c'est-à-dire limiter leur validité. Le choix du critère spécial dissout ainsi tout éventuel conflit entre la loi et les principes généraux du droit ». Pierre Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », art. cit. p. 215 et 216.

⁹⁶⁹ Louis Favoreu, « Dualité ou unité d'ordre juridique ; Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, actes de colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, organisé par l'université Paris II Panthéon-Assas, Paris, L.G.D.J-Montchrestien, 1988, p. 145.

⁹⁷⁰ Pierre Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », art. cit., p. 218 et 219.

⁹⁷¹ Pierre Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », art. cit., p. 219. Voir égal. Pascal Jan, « Bloc de constitutionnalité », *Jurisclasseur Administratif*, 2010, fasc. n°1418.

2. *L'unité des normes générales et normes d'exception : le dépassement de l'antonyme règle/exception*

L'idée de l'unité des normes générales et exceptionnelles a été défendue par Hans Kelsen sous le nom de norme juridique non-indépendante⁹⁷². Ainsi l'explique l'auteur « sont normes juridiques non-indépendantes celles qui permettent positivement une certaine conduite ; car elles ne font rien d'autre que limiter le domaine de validité d'une norme juridique qui interdit cette conduite en attachant à son contraire une sanction »⁹⁷³. Au-delà de leur apparence contradictoire, la norme de permission et la norme d'interdiction entretiennent en réalité une certaine unité.

La connexion entre les deux normes, générale et exceptionnelle, doit être analysée dans un premier temps à la lumière des normes qui comportent dans leur propre structure une exception. A titre d'exemple, l'article 4 de la Déclaration de 1789 énonce d'une part le principe de liberté et d'autre part les limites de l'exercice de la liberté. La norme de liberté et la norme de limitation sont par conséquent ici étroitement liées. De même, si le législateur adopte séparément deux lois dont l'une garantit l'exercice de la liberté d'expression et l'autre fixe les limitations de cette liberté sous forme d'interdictions, ces deux lois forment nécessairement un ensemble unitaire. En d'autres termes, ces normes se trouvent dans un rapport d'interdépendance et de complétude. Les articles 4,10 et 11 de la Déclaration de 1789, l'article 29 de la Déclaration universelle de 1948 tout comme les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme sont significatifs de l'unité entre la règle générale et la règle d'exception.

Cette unité entre la norme générale et l'exception peut être vérifiée dans un second temps à la lumière des normes qui sans énoncer elles-mêmes l'exception sont toutefois limitées par une autre norme. L'étroite liaison entre la norme générale et la norme d'exception apparaît de manière éclairante selon Hans Kelsen dans la Charte des Nations unies. En effet, dans son article 2§4, la Charte défend à tous les membres l'emploi de la force en attachant à cet emploi de la force les sanctions établies dans l'article 39 : dans son article 51, elle permet l'emploi de la force en tant que légitime défense limitant ainsi l'interdiction générale de

⁹⁷² Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 61 et s.

⁹⁷³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 62 et s.

l'article 2§4. Selon l'auteur, ces deux normes doivent être considérées comme une unité⁹⁷⁴. On trouve le même exemple en droit pénal français énonçant l'interdiction générale du meurtre et sa limitation en cas de légitime défense⁹⁷⁵. Ou encore, il est possible de constater une relation de dépendance ou d'unité entre l'article 16 du Code civil qui interdit toute atteinte à l'intégrité du corps humain afin de garantir la dignité et l'intégrité de la personne humaine et l'article 16-3 du même code qui autorise l'atteinte à l'intégrité du corps humain en cas de nécessité médicale pour la personne. Ces deux dispositions forment une unité car l'une ne se comprend qu'en relation avec l'autre.

S'inscrivant dans la même optique, Raymond Gassin démontre que « les exceptions [...] s'expliquent simplement par le jeu d'un principe général consacré par la loi ; tous les principes consacrés simultanément par une législation ne s'harmonisent pas nécessairement ; lorsqu'une contradiction risque de s'élever entre deux de ceux-ci pour la détermination des règles applicables à une série des cas déterminés, le législateur est contraint de choisir et ce choix s'exprime sous la forme d'une exception apportée à une règle générale »⁹⁷⁶. L'unité de la règle et de l'exception est ainsi explicitée « cette catégorie d'exception et les règles générales ont ainsi une filiation commune ; elles découlent, toutes deux, de la même construction d'ensemble ; ces exceptions font donc partie du droit commun »⁹⁷⁷. C'est en des termes semblables que Véronique Bost-Lagier explique l'unité de la règle et de l'exception : « l'exception est une notion juridique. Elle fait partie de la construction même du droit dès lors que celui-ci est un ensemble de règles de principe dont la plupart sont complétées par d'indispensables exceptions »⁹⁷⁸.

Le professeur Ronald Dworkin soutient également le lien consubstantiel et le rôle de complémentarité entre la règle et l'exception. Selon le professeur, « un énoncé correct de la règle doit tenir compte des exceptions et celui qui ne le ferait pas serait incomplet »⁹⁷⁹. L'auteur réfute d'ailleurs la thèse selon laquelle la légitime défense (règle d'exception) peut entrer en conflit avec l'interdiction de commettre des coups et blessures (la règle générale), car l'obéissance à la première transgresse la seconde. Une telle thèse semble selon Dworkin

⁹⁷⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit. p. 62.

⁹⁷⁵ Les articles 122-1 à 122-7 constituent un ensemble de normes d'exception (causes d'irresponsabilité ou d'atténuation) en ce qu'ils limitent la règle générale de la responsabilité pénale,

⁹⁷⁶ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., p. 91 et s.

⁹⁷⁷ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., p. 91 et s.

⁹⁷⁸ Véronique Bost-Lagier, *L'exceptionnel en droit civil*, thèse dactylographiée, Université Paris II, 2002, p. 2.

⁹⁷⁹ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 82-83.

être le résultat d'une mauvaise compréhension de la notion de conflit⁹⁸⁰ car une règle qui stipule une exception à une autre règle n'est pas en conflit avec cette autre règle. La règle d'exception ne fait que compléter et préciser le contenu de la règle générale⁹⁸¹. Dès lors, une règle et son exception ne font en réalité qu'une seule règle.

En réalité, l'union étroite entre l'exception définie comme règle de limitation et la règle générale s'explique par l'idée développée par Kelsen selon laquelle la norme qui limite la validité d'une autre norme est une norme non-indépendante⁹⁸². Elle ne prend toute sa signification qu'en rapport avec la norme à laquelle elle apporte une limitation. Dès lors, la norme d'exception ne peut ni entrer en collision avec la norme générale ni engendrer une contradiction avec celle-ci.

Le prétendu conflit ou la prétendue contradiction entre l'exception et la règle résulte à notre sens d'une confusion entre la limitation et la violation d'un droit ou d'une liberté⁹⁸³. Cette confusion, souvent d'ordre idéologique, concerne particulièrement le domaine des droits et libertés fondamentaux⁹⁸⁴ dont les bénéficiaires prétendent souvent à un exercice sans limite. En effet, quand le législateur adopte une loi punissant la destruction des biens et la séquestration des chefs d'entreprise lors d'une grève, les bénéficiaires du droit de grève voient dans cette loi une violation du droit constitutionnel de grève. Par leur interprétation, ils prétendent déceler la contradiction entre cette loi et l'exercice du droit de grève. Or cette loi n'apporte en réalité qu'une simple limitation à l'exercice de ce droit.

Il est dès lors important d'établir la distinction entre l'exception et la violation. Selon Monsieur Jakab, les dispositions constitutionnelles protégeant des droits fondamentaux n'interdisent pas leur restriction, leur limitation mais seulement leur violation entendue comme des restrictions injustifiées, arbitraires ou comme des interdictions générales et absolues⁹⁸⁵. L'auteur cite pour exemple la liberté d'expression (liberté protégée par une règle

⁹⁸⁰ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 144 et s.

⁹⁸¹ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 82. Selon l'auteur, l'énoncé correct d'une règle doit tenir compte de toutes les exceptions. Ainsi « Si la liste des exceptions est très longue, il est trop difficile de les énumérer à chaque fois que la règle est citée ; il n'y a, cependant, aucune raison en théorie de ne pas les mentionner toutes, et plus on en mentionne, plus l'énoncé de la règle est correct ».

⁹⁸² Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 62.

⁹⁸³ Andras Jakab, « Principes », A.P.D., 2009, n° 52, p. 387-404.

⁹⁸⁴ Virginie Saint-James, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, Paris, P.U.F., 1995, p. 2 et 3.

⁹⁸⁵ Andras Jakab, « Principes », art. cit., p. 395.

constitutionnelle, l'article 11 de la Déclaration de 1789) et le droit d'agir en diffamation⁹⁸⁶ (limitation de la liberté d'expression) pour démontrer que si l'application de l'une entraîne l'inapplication de l'autre, elle ne traduit pas pour autant une violation ni une contradiction mais une simple limitation ou restriction⁹⁸⁷.

En résumé, manifestée à travers le critère de spécialité, l'application de la notion d'exception par le législateur aux règles juridiques permet de dissoudre leur caractère éventuel antinomique. La règle et l'exception se concilient, se complètent davantage qu'elles ne s'opposent ou se contredisent. Sans les exceptions, l'ordre juridique générerait de manière constante des conflits des droits. Comme l'a parfaitement expliqué Jean Rivero, « l'exercice des droits et libertés sans limite est une source permanente de contradictions et de conflits »⁹⁸⁸. Le critère de spécialité ou d'exception est par ailleurs présumé mieux encadrer le pouvoir d'interprétation du juge. En effet, en présence des normes *générale* et *exceptionnelle*, le juge se contente soit de déclarer l'absence de conflit soit d'appliquer l'une des normes en cause.

Toutefois le juge retrouve sa liberté d'interprétation en cas de conflit de normes réel, c'est-à-dire en cas de conflit entre deux règles ou principes juridiques également valides qui ne sont pas au préalable déterminées par le rapport de règle et d'exception.

B. La notion d'exception, un outil de conciliation des principes et normes réellement antinomiques

La doctrine attribue la qualité de conflit de normes réel (1) à la collision entre des règles ou entre des principes d'égale validité dont la résolution ne peut s'obtenir moyennant l'invalidation de l'un des antagonistes. Le juge doit alors résoudre ce type d'antinomie réelle par la conciliation (2). C'est-à-dire qu'au moyen de la notion d'exception, il impose une limite à la validité de l'une des normes antinomiques en cause. L'exception se distingue de l'abrogation par le fait qu'elle n'entraîne pas la disparition totale et définitive de l'une des normes antagonistes. En ce sens, elle s'avère indispensable à la conciliation des différentes normes.

⁹⁸⁶ L'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse limite la liberté d'expression en créant le délit de diffamation et d'injure. Voir égal. Nathalie Droin, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, op. cit.

⁹⁸⁷ Andras Jakab, « Principes », art. cit., p. 395

⁹⁸⁸ Jean Rivero, *Les libertés publiques*, cité par Virginie Saint-James, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 2 et 3.

1. L'identification et l'explicitation des antinomies réelles

L'antinomie réelle découle souvent de la généralité et de l'abstraction de certains énoncés normatifs. En effet, l'application d'une norme dans toute sa généralité peut anéantir les effets de l'application d'autres normes. Or ces normes contradictoires ont toutes un statut juridique égal et ne peuvent pas être soumises aux critères formels de résolution de conflit pour les raisons ci-dessus expliquées. La doctrine admet dès lors qu'en cas d'antinomies réelles c'est-à-dire de contradiction entre des normes également valides, le juge ne peut que les concilier. Avant d'entrer dans l'analyse de la conciliation des antinomies réelles, il convient de mentionner ici l'étude du professeur Ronald Dworkin relative à la distinction entre la règle et le principe en droit⁹⁸⁹ pour mieux expliciter la notion d'antinomie réelle. Par ailleurs, c'est en apportant son concours à la conciliation des normes et principes réellement antinomiques que la notion d'exception montre pleinement son utilité.

Selon le professeur, les principes se distinguent de la règle (norme) par leur généralité et leur importance. Ils forment donc un ensemble de standards et de directives adressés au législateur et au juge. La règle par sa portée plus réduite est applicable dans un style tout-ou-rien⁹⁹⁰, c'est-à-dire qu'en cas de conflit entre deux règles, l'une d'elles ne peut pas être une règle valide. Ainsi, la résolution du conflit entre deux règles ou deux normes implique nécessairement l'invalidation et l'abrogation de l'une d'entre elles.

En revanche, le conflit entre deux principes ne se résout pas par l'abrogation ni par l'invalidation de l'un d'entre eux. Chargé de résoudre le conflit entre deux principes, le juge doit prendre en considération le poids respectif de chacun d'eux⁹⁹¹. Un principe vaincu dans une espèce donnée n'est pas par là-même invalidé, ni abrogé. Demeurant intact dans l'ordre juridique, il pourra prévaloir à son tour au gré des circonstances. L'auteur conclut dès lors que

⁹⁸⁹ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 84-85.

⁹⁹⁰ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 82. L'auteur explique le caractère tout-ou-rien en ces termes « si les faits qu'une règle stipule sont donnés, alors soit cette règle est valide, auquel cas la réponse qu'elle fournit doit être acceptée, soit elle ne l'est pas, auquel cas elle n'apporte rien pour la décision ».

⁹⁹¹ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 83 et s. Pour étayer sa démonstration, l'auteur cite l'affaire *Riggs vs Palmer* rendue en 1889 par une Cour de l'Etat de New York qui doit décider si l'héritier valablement désigné dans le testament de son grand-père pouvait bénéficier de l'héritage, alors qu'il avait tué son grand-père à cette fin. Selon la Cour, le testament qui a été accompli conformément aux lois en matière de testament attribue les biens à l'assassin. Mais toutes les lois et tous les contrats sont soumis à un principe général de la common law selon lequel personne ne sera autorisé à profiter de sa propre imposture, à tirer avantage de sa propre faute, à invoquer sa propre turpitude ou à acquérir les biens du fait de son propre crime. En conséquence, l'héritier assassin ne peut recevoir l'héritage de son grand-père. Le juge a ainsi fait prévaloir le principe sur les lois en vigueur.

seuls les principes, à cause de leur généralité excessive, peuvent former un conflit de normes réel entendu comme un conflit du domaine matériel d'application. Les critères formels de résolution de conflit sont donc inopérants à l'égard des conflits de principes. Seule la conciliation leur convient. En revanche, les règles, par leur précision et par leur degré de généralité réduit ne génèrent que le conflit formel, susceptible d'être résolu par l'abrogation⁹⁹².

Si cette distinction de Ronald Dworkin entre la règle et le principe en droit présente un intérêt certain, elle n'est pas exempte d'équivoque. En effet, il est légitime de se demander à partir de quel degré ou de quel seuil de généralité, un énoncé juridique sera qualifié de principe. De plus, la généralité va souvent de pair avec l'indétermination et l'imprécision. Un principe trop général, trop imprécis peut-il prétendre à la qualité normative et ne laisse-t-il pas un pouvoir discrétionnaire voire arbitraire au juge qui l'interprète⁹⁹³ ? Par ailleurs, toutes les règles juridiques ne sont pas soumises à la règle du tout-ou-rien en cas de collision. L'arrêt *Riggs v. Palmer* cité par Ronald Dworkin en fournit à cet égard un exemple clair. En effet, dans cet arrêt, en donnant la préférence au principe selon lequel personne ne peut profiter de sa propre imposture, la Cour de New York n'a pas abrogé les lois (règles) régissant la validité de testament. Celles-ci demeurent valides dans l'ordre juridique et peuvent parfaitement faire échec au principe d'interdiction de profiter de sa propre turpitude dans un autre litige⁹⁹⁴.

Nous pensons pour notre part que l'antinomie réelle concerne aussi bien les principes que les règles. Ainsi, la loi de nationalisation, d'expropriation est considéré plutôt comme une règle en raison de sa précision, elle n'est pas pour autant invalide au regard du principe de liberté et de propriété comme l'illustre la décision constitutionnelle du 16 janvier 1982. La loi de nationalisation et le droit de propriété forment une antinomie réelle d'une règle et d'un principe dont la résolution n'est pas l'abrogation automatique de l'une au profit de l'autre mais la conciliation de l'une avec l'autre⁹⁹⁵.

⁹⁹² Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit.,

⁹⁹³ Or la préoccupation fondamentale de Ronald Dworkin est précisément la crainte d'un pouvoir discrétionnaire du juge qui interprète et applique les principes. Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit.,

⁹⁹⁴ En effet, Ronald Dworkin a lui-même admis cette possibilité. Ainsi « nous disons que notre droit respecte le principe selon lequel personne ne peut profiter de sa propre faute, mais cela ne signifie pas que le droit ne permet jamais à quelqu'un de profiter de ses propres méfaits ». L'auteur cite ensuite la règle de la prescription acquisitive qui peut prévaloir sur le principe interdisant à quiconque de profiter de sa propre turpitude. Source, Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 83.

⁹⁹⁵ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 et décision n° 82-139 DC du 11 février 1982, Lois de nationalisations, déc. préc., cons. 16.

La notion d'antinomie réelle désigne en réalité l'idée selon laquelle les normes d'un système juridique doivent *assurer la mise en œuvre d'un grand nombre de valeurs dont la compatibilité ou la concordance s'avère parfois problématique*. A titre d'illustration, il convient de citer les antinomies entre la liberté et l'ordre public⁹⁹⁶, entre le droit de grève et le principe de continuité du service public⁹⁹⁷ ou entre la liberté d'expression et la protection de la vie privée⁹⁹⁸. Le bloc de constitutionnalité de l'ordre juridique français peut aussi servir d'exemple parfait des normes et principes porteurs de valeurs divergentes génératrices de contradictions⁹⁹⁹. Le Doyen Vedel a souligné cette divergence des valeurs en ces termes : « le caractère individualiste et propriétaire du texte de 1789 paraît entrer en contradiction avec l'idéologie collective et sociale du préambule de 1946 »¹⁰⁰⁰. Le professeur Guillaume Drago note pour sa part que « les normes constitutionnelles [...] suscitent plus que d'autres des conflits, des antagonismes par leur généralité et par leur champ d'application à des situations juridiques variées »¹⁰⁰¹.

Outre l'incompatibilité des valeurs, l'antinomie réelle peut également désigner les incohérences dues à l'impossibilité empirique d'appliquer plusieurs normes concernant un même objet, alors que ces normes ne sont pas formellement ou logiquement contradictoires. L'arrêt dit *guérisseur Roux*¹⁰⁰² est significatif de ces incohérences découlant de l'application conjointe de la règle d'interdiction de l'exercice illégal de la médecine et de l'obligation de secours et d'assistance à la personne en péril de mort, alors que celles-ci appliquées de manière séparée ne sont pas antinomiques. Dans le même esprit, les conditions déterminées par le législateur afin de rendre effectif le droit au travail mentionné à l'alinéa 5 du préambule de 1946 peuvent être inconciliables avec la liberté d'entreprendre comme l'illustre la décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2002 *Loi de modernisation sociale*¹⁰⁰³. Ou encore, le principe constitutionnel de protection de la santé peut être contradictoire avec le droit de

⁹⁹⁶ Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006 Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, J.O. du 24 janvier 2006, p. 1139, cons. 9.

⁹⁹⁷ Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007 Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers des voyageurs, cons.10.

⁹⁹⁸ L'article 9 du code civil selon lequel « Chacun a droit au respect de sa vie privée ». Voir égal. Guillaume Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité : Etude de droits privés*, op. cit.

⁹⁹⁹ Jacques Chevallier, « Essai d'analyse structurale du préambule », art. cit.

¹⁰⁰⁰ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », art. cit., p. 52.

¹⁰⁰¹ Guillaume Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », art. cit., p. 265 et s.

¹⁰⁰² Tribunal correctionnel d'Orléans, 29 novembre 1951 Guérisseur Roux, déc. préc.

¹⁰⁰³ Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 Loi de modernisation sociale, J.O. du 18 janvier 2002, p. 1053 cons. 45 et 46 ; Voir aussi Franck Claude, « Loi de modernisation sociale : La nouvelle définition du licenciement économique porte atteinte à la liberté d'entreprendre », in J.C.P., 2002, n° 24, p. 1097 et s.

propriété ou avec la liberté d'entreprendre¹⁰⁰⁴. Ces exemples d'incohérences sont fréquemment constatés dans le domaine des droits et libertés protégés par les normes constitutionnelles.

Il appartient au juge de déceler ces antinomies réelles et de les concilier. Notre analyse s'étend à présent à la notion de conciliation et au lien que celle-ci entretient avec la notion d'exception.

2. Le lien consubstantiel entre la notion d'exception et la conciliation des normes réellement antinomiques

Comme nous l'avons antérieurement expliqué, les critères de résolution de conflit ne peuvent résoudre toutes les antinomies présentes dans un système juridique. Et la forme la plus aigüe d'antinomie est celle qui oppose des normes d'égale validité c'est-à-dire des antinomies réelles. Dans ce cas, le juge peut recourir à des procédés d'interprétation pour écarter l'antinomie. Ainsi procédera-t-il souvent à une interprétation qui permet de pondérer ou de concilier les règles contradictoires. Cet effort de pondération et de conciliation des normes permet notamment au juge de délimiter leurs champs d'application respectifs, de manière à exclure tout conflit entre elles.

L'interprétation conciliante des normes antinomiques relève exclusivement de l'office du juge en sa qualité d'interprète authentique¹⁰⁰⁵. Le juge se définit comme l'autorité habilitée à découvrir les véritables significations d'un énoncé normatif. Puisqu'une règle de droit est « un cadre à l'intérieur duquel il y a plusieurs possibilités d'application »¹⁰⁰⁶, il est dès lors possible de trouver des applications qui ne sont pas contradictoires. C'est en ce sens que nonobstant l'imprécision de la norme, le juge doit l'interpréter de sorte qu'il y trouve le meilleur sens ou la meilleure solution applicable à tel ou tel litige. Face à des normes contradictoires, le juge ne peut refuser de statuer sous peine de commettre un déni de justice¹⁰⁰⁷. Il doit utiliser tous les procédés d'interprétation pour les concilier de manière à

¹⁰⁰⁴ Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, déc. préc., cons. 7, 8 et 9.

¹⁰⁰⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 208 et 209, puis p. 335-339. L'auteur fait la distinction entre l'interprète authentique et l'interprète scientifique. Le juge ou tout organe habilité par une norme supérieure (la Constitution par exemple) à appliquer le droit est qualifié d'interprète authentique parce que leur interprétation est créatrice du droit. Tandis que l'interprète scientifique désigne l'interprétation du droit donnée par les personnes privées, et en particulier par la science juridique, par les juristes, qui ne sont pas des organes du droit. L'interprétation scientifique n'est pas créatrice du droit.

¹⁰⁰⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 337.

¹⁰⁰⁷ Louis Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1964.

obtenir une certaine cohérence. En effet, l'article 4 du code civil interdit au juge de refuser de trancher le litige sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi¹⁰⁰⁸. Cette obligation de juger implique que, quelles que soient les incohérences apparentes du système, le juge doit les éliminer de sorte qu'après son intervention ces antinomies aient disparues. Par conséquent, le juge peut être conduit à traiter l'ensemble des normes juridiques comme si elles formaient, au-delà d'incohérences formelles et provisoires, un système de droit fondamentalement cohérent qui permet de trancher tout litige par une décision juridictionnelle et légalement motivée¹⁰⁰⁹.

Concilier les normes antinomiques signifie donc *les mettre en accord* ou *les amener à s'entendre*¹⁰¹⁰. La conciliation entre deux droits ou principes contraires mais d'égale validité doit se comprendre comme faisant partiellement droit à l'un et à l'autre¹⁰¹¹. En cas de conflit de normes réel, le juge opère une pesée entre les valeurs et les intérêts en présence, il concèdera plus ou moins à l'une ou à l'autre des normes en conflit en prenant des critères très variés.

L'application combinée des droits et libertés contradictoires à un même objet rend donc la conciliation indispensable. Effectuée par les juges en qualité d'arbitre, la conciliation implique l'idée selon laquelle les juges doivent doser les sacrifices imposés à l'un et à l'autre des droits et libertés en cause¹⁰¹². Le Conseil d'Etat emploie fréquemment la technique d'arbitrage dans la conciliation *in concreto* entre l'exercice des libertés et les mesures de police¹⁰¹³. Dans le même esprit, le Conseil constitutionnel arbitre, concilie les droits et libertés individuels avec les objectifs de valeur constitutionnelle tels que la sauvegarde de l'ordre public¹⁰¹⁴, l'intérêt général et la continuité du service public.

Quel rapport entretient alors la conciliation avec la notion d'exception ? Avant de répondre à cette question, il faut d'emblée souligner que la conciliation doit a priori être effectuée de manière générale et abstraite par le législateur. Sa concrétisation ne peut toutefois

¹⁰⁰⁸ L'article 4 du code civil interdit le déni de justice en ces termes : « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable du déni de justice ».

¹⁰⁰⁹ André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., voir « Antinomie ».

¹⁰¹⁰ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « conciliation » et « concilier » ; voir égal. Guillaume Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », art. cit., p. 266 ; Virginie Saint-James, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, op. cit., p. 2 et 3. ;

¹⁰¹¹ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », art. cit., p. 59.

¹⁰¹² Léo Hamon, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p. 158.

¹⁰¹³ C.E., 19 mai 1933, Benjamin, déc. préc. ; C.E. Ass., 23 décembre 1936, Bucard, rec., p. 1151.

¹⁰¹⁴ Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, J.O. du 12 octobre 2010, p. 18345, cons. 4 et 5.

se passer qu'à l'intérieur de l'activité d'interprétation du droit par le juge c'est-à-dire son activité de découverte d'une ou des véritables significations du droit¹⁰¹⁵. En outre, la conciliation désigne d'une part la recherche de l'équilibre entre les antagonistes et d'autre part l'ensemble de justifications et d'arguments permettant d'accorder les prétentions ainsi que les intérêts contradictoires des uns avec les autres.

Or l'entente ou l'harmonie des droits et libertés contradictoires ne peut être obtenue selon nous qu'au prix de concessions et sacrifices réciproques entendus comme des restrictions et limitations faites aux uns et aux autres¹⁰¹⁶. A notre sens, la conciliation faite par le juge constitutionnel ou administratif désigne en fait le contrôle juridictionnel de l'*existence* et de l'*intensité* des limitations imposées à l'une et à l'autre des normes antagonistes. Par son pouvoir d'interprétation conciliante, le juge détermine en réalité un *seuil d'équilibre* au moyen duquel il vérifie et apprécie la licéité des limitations déterminées par l'organe normatif compétent (législateur, administration). Dès lors, le seuil d'équilibre devient le critère de distinction entre l'exception et la violation. Au-delà de ce seuil d'équilibre, les exceptions deviennent des violations, en-deçà, elles ne sont que des limitations licites et acceptées. C'est ainsi que se tisse le lien consubstantiel entre l'exception et la conciliation. Cette dernière n'aurait aucun sens et ne serait pas praticable si les droits et libertés antagonistes n'étaient pas susceptibles de recevoir des limitations. En effet, comment le juge peut-il concilier les prétentions contradictoires ou les droits antagonistes et les amener à s'entendre si chacun des antagonistes demeure intransigeant ou absolu et n'admet aucune concession, ni aucun compromis ?

A la différence de l'automatisme et de la fixité des critères formels de résolution de conflits, la conciliation par interprétation implique la relativité et la variabilité du seuil d'équilibre. En effet, l'équilibre et la justesse des limitations ne s'apprécient pas de manière abstraite et ne sont pas établies de façon définitive. Ainsi que l'a noté Léo Hamon « ni l'équilibre des forces qui s'institue, ni le cadre tracé ne sont immuables. [...] cet arbitrage, ce dosage sera toujours à recommencer »¹⁰¹⁷. Objet des appréciations concrètes tant du juge que

¹⁰¹⁵ Michel Troper, « Interprétation », art. cit., p. 846.

¹⁰¹⁶ Cette idée conforte la thèse selon laquelle le droit a une fonction sociale parce qu'il régit des rapports sociaux interdépendants. Voir à cet égard, Robert-Edouard Charlier, « La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? », E.D.C.E., 1951/5, p. 32 et s.

¹⁰¹⁷ Léo Hamon, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p. 159.

du législateur, le seuil d'équilibre procède toujours de considérations d'espèce¹⁰¹⁸ et ne cesse d'évoluer afin de s'adapter aux particularités de chaque litige présent.

Le caractère évolutif et relatif du seuil d'équilibre se constate particulièrement dans la conciliation entre le droit de grève et le principe de continuité des services publics. D'après le Doyen Vedel, l'équilibre recherché se fait selon *une ligne assez sinueuse*¹⁰¹⁹. En cas de grève au service de la radio et de la télévision¹⁰²⁰ la conciliation doit prendre en compte à la fois la *satisfaction des besoins essentiels du pays* et la défense des *intérêts pressionnels*, c'est-à-dire qu'une certaine symétrie entre les intérêts antagonistes serait souhaitable. Tandis qu'en cas de grève du secteur nucléaire¹⁰²¹, l'équilibre des intérêts en présence ne peut être obtenu qu'au prix de limitations très substantielles du droit de grève, voire de son interdiction pure et simple. Cette préférence accordée au principe de continuité du service (intérêt général) au détriment du droit de grève s'explique par les dangers particulièrement graves que pourraient engendrer l'arrêt et la perturbation du travail dans le secteur nucléaire sur la santé et la sécurité des personnes. Dès lors, autoriser l'application normale du droit de grève dans ce secteur revient à faire subir à l'ensemble de la collectivité des inconvénients trop excessifs par rapport aux avantages qu'elle peut procurer aux salariés grévistes. L'intensité et l'étendue des limites imposées dans ce cas au droit de grève sont justifiées par le lourd poids de l'intérêt général qui déplace par conséquent le seuil d'équilibre.

En revanche, dans d'autres cas le juge infléchit le seuil d'équilibre en faveur du droit de grève en lui accordant une application très étendue pour tenir compte des difficultés d'exercice de ce droit et pour le rendre plus effectif¹⁰²². Ce modèle de conciliation utilisé par le Conseil constitutionnel peut donc être généralisé à l'ensemble des droits et libertés

¹⁰¹⁸ Selon le professeur Guillaume Drago, le caractère *in concreto* de la conciliation paraît essentiel, voire fondamental, « La conciliation entre principes constitutionnels », art. cit., p. 266.

¹⁰¹⁹ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », art. cit., p. 59.

¹⁰²⁰ Décision n° 79-105, DC du 25 juillet 1979, Lois relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail », déc. préc. Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers des voyageurs, déc. préc.

¹⁰²¹ Décision n° 80-117, DC du 22 juillet 1980, Loi relative à la protection et au contrôle des matières nucléaires, J.O. du 24 juillet 1980, p. 1867, cons. 4 et 5.

¹⁰²² Décision n° 82-144, DC du 22 octobre 1982, Lois relatives aux institutions représentatives du personnel, J.O. du 23 octobre 1982, p. 3210, cons. 8, 9 et 10.

constitutionnels et surtout au rapport entre la liberté et l'ordre public ou entre la garantie des droits fondamentaux de l'individu et l'intérêt général¹⁰²³.

L'indétermination du seuil d'équilibre et le caractère évolutif et empirique de la conciliation peuvent certes encourir des critiques¹⁰²⁴. Toutefois, ils ne sont que le reflet fidèle de l'ontologie du droit : la recherche permanente de l'équilibre social¹⁰²⁵ et l'adaptation du droit aux circonstances. Ils n'altèrent nullement le lien inextricable entre la conciliation et l'exception puisque l'une ne peut exister sans l'autre.

En résumé, c'est à travers la conciliation des droits et libertés contradictoires que la notion d'exception manifeste tout son intérêt et son utilité. Par ailleurs, l'interprétation conciliant des antinomies réelles réalisée par le juge illustre avec éclat le caractère relatif du droit. Répondant parfaitement à sa nature intrinsèque : « norme de *limitation* », la notion d'exception confère une certaine souplesse nécessaire à l'adaptabilité des normes. Il convient alors à présent de montrer l'apport de la notion à l'adaptation du droit.

§2. L'apport de la notion d'exception à l'adaptabilité de l'ordre juridique

La notion d'exception est *la règle de limitation*. Elle limite le champ d'application c'est-à-dire la validité d'une autre norme afin de la préserver des inconvénients dus à sa généralité. Il convient ici de se demander dans quelle mesure cette notion peut contribuer à la mutabilité du droit. D'après certains auteurs, pour assurer sa propre mutabilité, la règle de droit doit avoir une « texture souple » susceptible de donner plusieurs significations¹⁰²⁶. A notre sens, cette « texture souple » n'est que le reflet de la généralité et de l'indétermination de la norme de droit. Elle est symptomatique de l'absence d'exceptions et risque de fournir des significations normatives contradictoires.

Selon le professeur Yves Gaudemet, l'adaptation du droit peut aussi être assurée moyennant sa nature ouverte¹⁰²⁷. Sont qualifiées de règles de nature ouverte, celles qui

¹⁰²³ Sous la direction de Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007.

¹⁰²⁴ La doctrine n'a certes pas critiqué la jurisprudence des circonstances exceptionnelles en tant que telle mais elle a surtout critiqué l'imprécision du seuil d'équilibre (critère de distinction entre limitation et violation) et le caractère empirique de la conciliation opérée par le juge.

¹⁰²⁵ Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955 ; Michel Villey, *La philosophie du droit*, t. 1 Définitions et fins du droit, t. 2 Les moyens du droit, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001.

¹⁰²⁶ Yves Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 264 et s.

¹⁰²⁷ Yves Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 264-265 L'auteur distingue les jurisprudences fermées de celles ouvertes. Les premières se limitent à la formulation d'une règle de principe à vocation universelle. Tandis que les secondes sont dites ouvertes puisqu'au tour de la règle de principe qu'elles posent, elles réservent la place à des exceptions dont elles ne précisent généralement pas le contenu. Si cette

permettent selon le professeur, de réserver doublement l'avenir ; « expressément d'abord par le jeu des exceptions qu'elles prévoient ; implicitement ensuite par le silence qu'elles gardent sur le contenu de ces dernières ». En d'autres termes, est règle de nature ouverte celle qui réserve la place à des exceptions dont elle ne précise pas le contenu¹⁰²⁸. C'est grâce au jeu des exceptions que le juge peut adapter sans heurt ni choc violent, le droit aux circonstances factuelles.

Assurant l'adaptabilité du droit sans ébranler sa structure fondamentale ni modifier sa substance, les exceptions sont donc un outil d'adaptation en douceur de la règle de droit à l'évolution sociale (A). Formulant un correctif de la loi, *là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité*¹⁰²⁹, la notion d'exception se manifeste comme l'intervention de l'équité dans l'élaboration et dans la concrétisation du droit (B).

A. La notion d'exception, un outil d'adaptation du droit « en douceur »

L'adaptation désigne l'action d'*ajuster*, de *modifier* la structure d'une chose ou le comportement d'une personne pour répondre harmonieusement à des situations nouvelles¹⁰³⁰. De même, l'adaptabilité du droit signifie son évolution afin de se mettre en harmonie ou en convenance avec les circonstances et le milieu dans lesquels le droit se trouve.

Dans son célèbre discours préliminaire sur le code civil, Portalis avait déjà souligné la nécessité d'adapter en permanence la loi à la vie sociale en ces termes « les lois ne sont pas de purs actes de puissance, ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites »¹⁰³¹.

L'adaptation du droit à la vie sociale peut se faire soit par la révolution soit par l'élaboration progressive de nouvelles législations. Avertissant des effets néfastes de la

distinction concerne les règles jurisprudentielles posées par le Conseil d'Etat, elle peut également selon nous être appliquée à la règle de droit de manière générale.

¹⁰²⁸ Yves Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 264.

¹⁰²⁹ Charles Jarrosson et François-Xavier Testu, « Equité », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 635.

¹⁰³⁰ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Adaptation, adapter ».

¹⁰³¹ Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1er Pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*, op. cit., p. 3.

réforme du droit par la révolution¹⁰³², Portalis privilégie alors l'adaptation du droit par le législateur durant sa législature, en période calme et à l'abri de toute agitation ou passion révolutionnaire.

L'adaptation du droit ne signifie pas l'élaboration d'un droit absolument nouveau (celui-ci relèverait de la révolution du droit) mais désigne en réalité des modifications successivement apportées aux lois et principes de l'ordre juridique à titre de réformes. Or ces réformes sont souvent adoptées par le législateur sous forme de lois d'exception ou de lois spéciales (1). Se bornant à régir un domaine matériel d'application limité, les exceptions jouent le rôle de supplément des règles et principes généraux. Complétant les lacunes engendrées par la généralité de la règle, elles contribuent ainsi à l'enrichissement de l'ordre juridique (2).

1. L'adaptation du droit par les lois d'exception

Conscient des inconvénients liés à la généralité du droit, Portalis insiste sur la nécessité de l'adaptation continuelle de la loi à la vie sociale. D'après l'auteur, les diverses espèces de biens, les divers genres d'industrie, les diverses situations de la vie humaine demandent des règles différentes. Ainsi, « la sollicitude du législateur est obligée de se proportionner à la multiplicité et à l'importance des objets, sur lesquels il faut statuer. De là, dans les codes des nations policées, cette prévoyance scrupuleuse qui multiplie les cas particuliers, et semble faire un art de la raison même »¹⁰³³.

Cet art de prendre en compte les cas particuliers a été le fondement pertinent des lois spéciales ou exceptionnelles auxquelles le législateur attribue un champ d'application limité. Découlant de la même source législative, certaines lois sont exceptionnelles parce qu'elles limitent la règle générale dans une série de cas déterminés¹⁰³⁴. En d'autres termes, les lois exceptionnelles font échec à la généralité et à l'impersonnalité de la règle de droit¹⁰³⁵. Selon

¹⁰³² Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1er Pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*, op. cit., p. 2 et 3 « Toute révolution est une conquête. Fait-on des lois dans le passage de l'ancien gouvernement au nouveau ? Par la seule force des choses, ces lois sont nécessairement hostiles, partiales, éversives. On est emporté par le besoin de rompre toutes les habitudes, d'affaiblir tous les liens, d'écarter tous les mécontents. [...], nous appelons esprit révolutionnaire, le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne pas admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'Etat ».

¹⁰³³ Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1er Pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*, op. cit., p. 5.

¹⁰³⁴ Luc Robine, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, op. cit., p. 23.

¹⁰³⁵ Martin Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, op. cit., p. 37.

des points de vue différents, les auteurs qualifient ces lois d'exception tantôt de dispositions dérogatoires pour souligner la contorsion qu'elles pourraient faire subir à l'égalité, tantôt de règles spéciales s'adaptant aux cas particuliers. Sans prendre part à cette querelle terminologique, nous voulons seulement ici expliciter l'apport de la notion d'exception à l'adaptabilité du droit à travers sa nature intrinsèque de *limitation*.

Si les lois exceptionnelles limitent d'une part le domaine matériel d'application du droit commun et engendrent d'autre part des traitements juridiques différents dérogatoires au principe d'égalité, elles constituent cependant un instrument particulièrement efficace du réformisme juridique. S'associant à la pensée de Portalis, Raymond Gassin soutient également qu'« une révolution, en effet renverse l'ordre juridique ancien pour en construire un nouveau, fondé sur des principes tout différents. Le réformisme au contraire se propose de modifier progressivement l'ordre ancien par des réformes multiples et limitées »¹⁰³⁶. Or ce sont les lois d'exception et les lois spéciales qui permettent d'atteindre ce résultat puisque chacune d'elles ne fait échec au droit commun que dans un domaine limité¹⁰³⁷. Il en résulte que la norme d'exception est un outil indispensable à la réforme juridique.

Le choix législatif d'adapter le droit par les lois exceptionnelles et spéciales s'explique souvent par deux séries de motifs. Tantôt c'est la survenance des certaines circonstances factuelles qui amène le législateur ou le juge à limiter l'application normale de la règle de droit générale. Ainsi, le contexte de crise, de guerre ou de violence a donné naissance à des lois d'exception qualifiées parfois de « lois de circonstance » ou de « lois d'adaptation du droit au temps de crise »¹⁰³⁸. Tantôt c'est l'évolution des idées, des données sociales ou économiques, ou encore des forces politiques, qui impose des lois exceptionnelles¹⁰³⁹ telle la loi relative au pacte civil et de solidarité¹⁰⁴⁰ ou encore le projet de loi qui autorise le mariage entre les personnes du même sexe en cours d'examen au Sénat. En exceptant le droit commun du mariage à des cas particuliers, ces lois exceptionnelles l'adaptent à l'évolution des mœurs sociales sans le changer de manière fondamentale ou brutale.

¹⁰³⁶ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., p. 93.

¹⁰³⁷ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., p. 93.

¹⁰³⁸ C'est le cas de l'ensemble des lois à application exceptionnelle regroupées dans le code de la Défense nationale. Ainsi on y trouve, la loi du 9 août 1849 relative à l'état de siège, la loi du 3 avril 1955 concernant l'état d'urgence, etc. Voir supra titre 1, chap. 1, section 1, §2.

¹⁰³⁹ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., p. 92.

¹⁰⁴⁰ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil et de solidarité, J.O. du 16 novembre 1999, p. 16959 ; voir égal. Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Pacte civil et de solidarité, J.O. du 16 novembre 1999, p. 16962.

Ces deux séries de motifs expliquent sans doute le caractère *instable et précaire* des lois spéciales et d'exception par opposition avec le caractère *permanent et stable* de la règle de droit générale. Toutefois, il est nécessaire à notre sens de nuancer cette opposition en dissipant une confusion entre l'existence ou la validité (élaboration et adoption) de l'exception et sa mise en œuvre (application ou concrétisation).

Toute norme de droit comporte en réalité ses propres limites implicites ou explicites¹⁰⁴¹ ; explicites quand la norme prévoit elle-même les exceptions ; implicites quand l'exercice d'un droit pourrait encourir une sanction prévue par une autre norme ou par le juge¹⁰⁴². Dès lors, les exceptions sont aussi permanentes que les règles de droit. Ce qui distingue les règles de droit commun de celles d'exception c'est d'abord l'étendue de leur champ d'application puis leur mise en œuvre, c'est-à-dire leur application. En effet, le droit commun est d'application générale et permanente alors que les exceptions ne le sont que de manière circonscrite mais tout aussi permanente. A titre d'exemple, le législateur énonce d'abord une norme générale selon laquelle « *tout automobiliste peut circuler librement* » puis édicte une autre selon laquelle « *tout automobiliste conduisant à gauche est passible d'une amende de 100 euros* », tant que tout le monde conduit à droite, la norme de punition qui n'est que la norme d'exception puisqu'elle limite la liberté de circuler, ne reçoit pas d'application, mais cela ne signifie pas qu'elle n'est pas permanente ou stable. En réalité, le fait que tout le monde conduit à droite prouve que cette norme d'exception produit de façon permanente tout son effet juridique escompté.

Ainsi, notre droit public comporte de manière permanente un grand nombre de lois d'exception. Il convient de mentionner les articles 16 et 36 de la Constitution de 1958 puis les autres lois et règlements codifiés aux Codes de l'administration et de la défense¹⁰⁴³. Tant que ces normes d'exception n'ont été abrogées ni par le législateur ni par le juge constitutionnel¹⁰⁴⁴ à la suite de changement des circonstances, elles conservent leur validité

¹⁰⁴¹ Certains auteurs utilisent l'expression « limite externe » pour désigner la limitation explicite et « limite interne » pour limitation implicite. Voir Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux avec le concours de Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil : introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 1994, 4e éd, p. 751 et s.

¹⁰⁴² La première hypothèse correspond à des normes non-indépendantes. La seconde signifie le cas de limitation de l'exercice du droit issue de la théorie d'abus de droit que nous expliquerons ultérieurement.

¹⁰⁴³ Code de l'administration, Paris, Litec, 3e éd., 2008 dont le chapitre IV est ainsi intitulé « Législations de crise et circonstances exceptionnelles » ; Code de la Défense, J.O., 2006, dont le livre 1^{er} réunit les lois de défense d'application exceptionnelle ». On y trouve la loi du 15 février 1872 déterminant le rôle des conseils généraux dans des circonstances exceptionnelles, la loi du 9 août 1849 relative à l'état de siège puis la loi du 3 avril 1955, l'état d'urgence.

¹⁰⁴⁴ Depuis l'adoption de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 insérant dans la Constitution les articles 61-1 et 62, en vertu desquels, le Conseil constitutionnel dispose du pouvoir d'abroger les lois jugées a posteriori contraires à la constitution.

permanente au sein de l'ordre juridique, et seule leur mise en exercice ou leur concrétisation est périodique.

De même, l'adoption des lois d'exception relève de l'exercice normal du pouvoir normatif du législateur¹⁰⁴⁵. En effet aucune règle constitutionnelle ne fait la distinction entre la compétence législative d'édicter des règles de droit commun et celle d'édicter des règles de droit d'exception. La règle générale et la règle d'exception sont donc adoptées par la même procédure législative. Comme nous l'avons précédemment expliqué, en énonçant le principe de généralité de la loi, l'article 6 de la Déclaration n'interdit pas au législateur d'aménager l'application de la règle générale afin de tenir compte de la capacité, des vertus et talents des citoyens¹⁰⁴⁶. De plus, l'édiction des droits différenciés est explicitement permise par l'article 1 de cette même Déclaration en vertu duquel le législateur peut fonder des distinctions sociales sur l'utilité commune¹⁰⁴⁷.

L'adjectif « exceptionnel » accolé à certaines lois exprime simplement l'idée selon laquelle, en limitant les principes idéologiquement considérés comme les plus fondamentaux d'un système de droit au motif qu'ils ne fournissent pas toujours des solutions justes et convenables à certaines situations, les lois d'exception explicitent en quelque sorte la faiblesse et l'insuffisance de ces principes. Ce qui paraît problématique à l'égard des idéologies et valeurs dont ils sont porteurs. Dès lors, ces lois exceptionnelles ne doivent être adoptées que de manière rare ou peu fréquente dans le but de régir efficacement certaines situations spécifiques auxquelles l'application de ces principes s'avère inadéquate ou inutile. La rareté des lois d'exception permet d'occulter l'insuffisance et la faiblesse des principes idéologiques fondateurs d'un ordre juridique et d'atténuer leur remise en cause.

Ainsi, constituent des aménagements exceptionnels à la règle générale de la responsabilité, certaines lois créant des fonds d'indemnisation des victimes de certains types de dommages¹⁰⁴⁸. Dans le même esprit, les lois de validation¹⁰⁴⁹, d'amnistie¹⁰⁵⁰ et de transfert

¹⁰⁴⁵ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 L'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, déc. préc., cons. 3.

¹⁰⁴⁶ L'article 6 de la Déclaration de 1789 est ainsi rédigé « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont 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 emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

¹⁰⁴⁷ L'article 1^{er} de la Déclaration de 1789 est ainsi rédigé : « Les hommes naissent et demeurent libres en droit. les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

¹⁰⁴⁸ Alexis Frank, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2008.

¹⁰⁴⁹ Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 Loi portant validation d'actes administratifs, déc. préc., ; Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005 Loi de programmation pour la cohésion sociale, déc. préc., p. 33.

de compétences¹⁰⁵¹ peuvent être qualifiées de lois d'exception tantôt parce qu'elles limitent la validité des principes et règles généraux de séparation des pouvoirs, d'égalité, de sécurité juridique tantôt parce qu'elles aménagent de manière exceptionnelle entendue comme temporaire et périodique l'application des ces principes et règles. Toutefois, les lois d'exception doivent selon le concept libéral du droit français satisfaire une double exigence : elles doivent être justifiées par l'intérêt général et elles doivent être proportionnées au but poursuivi¹⁰⁵². En adaptant les règles de droit générales aux évolutions sociales, la notion d'exception renforce leur effectivité.

L'arrêt *Association AC ! Et autres*, rendu le 11 mai 2004 par le Conseil d'Etat statuant en sa plus haute formation d'Assemblée du contentieux¹⁰⁵³, a illustré avec éclat l'adaptation du droit, le principe de légalité en l'occurrence, par les exceptions. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a décidé de faire exception au principe d'annulation rétroactive afin d'adapter ce principe jurisprudentiel aux réalités concrètes. Afin de mieux souligner l'apport de cet arrêt au lien unissant l'exception à l'adaptation du droit, il convient de reproduire ici le considérant de principe :

« considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produit et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif [...] de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en

¹⁰⁵⁰ Décision n° 89-258 DC du 08 juillet 1989 Loi portant amnistie, J.O. du 11 juillet 1989, p. 8734.

¹⁰⁵¹ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence, déc. préc.

¹⁰⁵² Décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, déc. préc., Le juge constitutionnel exige que l'intérêt général doive être suffisant pour justifier l'exception à la liberté d'entreprendre.

¹⁰⁵³ C.E. Ass., 11 mai 2004, *Association Action contre le Chômage et autres*, rec., p. 197, concl. Devys ; voir égal. Stahl et Courrèges, R.F.D.A., 2004, p. 438 et s., concl. Devys, p. 454 et s. ; D.A. juillet 2004, note Lombard.

cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieur à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine. »¹⁰⁵⁴

La doctrine a réservé un accueil très favorable à cet arrêt justifié selon elle par la nécessité d'adapter le principe traditionnel reposant sur une fiction juridique aux réalités sociales concrètes. Ainsi l'arrêt *Association AC ! Et autres* apporte non seulement une exception de taille au principe d'annulation rétroactive mais intègre également dans l'office du juge la possibilité de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse. A notre sens, cette possibilité de moduler n'est que la traduction fidèle du pouvoir du juge de limiter une norme dont l'application automatique ou normale entraîne des inconvénients sociaux trop excessifs.

S'inspirant de cette jurisprudence administrative, le Conseil constitutionnel recourt à son tour à la possibilité de moduler dans le temps les effets de l'inconstitutionnalité¹⁰⁵⁵. La modulation dans le temps de l'inconstitutionnalité a ensuite été énoncée au titre de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution de 1958. Issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, cette disposition permet au Conseil constitutionnel de moduler les effets d'abrogation d'une loi déclarée contraire à la constitution¹⁰⁵⁶ sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution mettant en place l'exception d'inconstitutionnalité. Ainsi, en apportant une exception à l'application stricte ou à la lettre du principe de constitutionnalité, le juge l'adapte et le concilie avec les exigences de l'intérêt général.

La préférence accordée par le législateur et les juges à la notion d'exception en tant qu'outil d'adaptation du droit s'explique par deux raisons. Premièrement, les règles de droit générales ont d'une certaine façon, une vocation perpétuelle et stable¹⁰⁵⁷. Leur bouleversement suppose souvent une révolution politique et sociale, or l'inadéquation d'une règle par rapport à une situation concrète ou particulière ne nécessite pas le changement révolutionnaire du droit. Deuxièmement, les normes d'exception adoptées au titre de réforme adaptent le droit tout en laissant subsister les bases essentielles du système juridique dans le cadre duquel elles sont élaborées. Elles sont alors un substitut de la révolution. Ainsi que l'a

¹⁰⁵⁴ C.E. Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, arrêt préc.

¹⁰⁵⁵ Décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, J.O. du 20 décembre 2005 cons 20-24 ; voir égal. Wagdi Sabete, «Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps de la décision d'inconstitutionnalité. », R.R.J., 2007/2, p. 719-727.

¹⁰⁵⁶ L'article 61 alinéa 2 dispose qu'« Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remise en cause ».

¹⁰⁵⁷ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., p. 95.

indiqué Raymond Gassin, « ce qu'une révolution réalise brutalement, les réformes par les règles spéciales et exceptionnelles le font par progression et pacifiquement »¹⁰⁵⁸. L'auteur a par ailleurs relevé un aspect original et quelque peu paradoxal de ces normes d'exception : celles-ci participent à la création d'un droit commun nouveau qui se substitue progressivement à l'ancien¹⁰⁵⁹.

A notre sens, les exceptions ne se substituent pas aux règles générales sinon elles perdent leur statut de norme exceptionnelle. En réalité, destinées à régler une série de cas particuliers à laquelle l'application de la règle de droit générale s'avèrerait inefficace ou inutile, les normes d'exception forment un corpus juridique complémentaire. Il convient à présent, de démontrer qu'en complétant le droit commun, les normes d'exception enrichissent l'ordre juridique.

2. L'apport de la notion d'exception à l'enrichissement de l'ordre juridique

Les normes d'exception ont vocation tantôt à régler un nombre de cas particuliers soustraits au domaine matériel d'application de la règle générale, tantôt à limiter l'application de la règle générale dans certaines circonstances spécifiques. Elles existent en marge de la règle de droit générale et entretiennent avec celle-ci un rapport de complémentarité.

Est une norme de complément, celle qui *s'ajoute ou doit s'ajouter à une autre norme pour que cette dernière soit complète*¹⁰⁶⁰. Les règles exceptionnelles se situent dès lors au centre du débat opposant la théorie de complétude à celle des lacunes du droit¹⁰⁶¹. Nous ne pouvons ici décrire tous les aspects de ce débat ; le propos doit être circonscrit à l'essentiel. Plus exactement, il s'agit d'esquisser les traits principaux de la notion de lacune en vue d'explicitier sa connexion avec les normes d'exception.

Selon le professeur Pfersmann, la question de « *lacune* » est introduite à propos des cas particuliers¹⁰⁶² auxquels le juge prétend que la règle générale ne fournit pas une solution satisfaisante. Est également lacunaire une norme générale dont la formulation paraît très obscure de sorte que le juge ne sait pas comment l'appliquer à un cas donné¹⁰⁶³. La question

¹⁰⁵⁸ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., p. 93.

¹⁰⁵⁹ Raymond Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. cit., p. 93.

¹⁰⁶⁰ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Complément et complémentarité ».

¹⁰⁶¹ Otto Pfersmann, « Lacune et complétude », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 911 et s.

¹⁰⁶² Otto Pfersmann, « Lacune et complétude », art. cit., p. 912.

¹⁰⁶³ Otto Pfersmann, « Lacune et complétude », art. cit., p. 911.

de lacune semble liée d'une part au problème des rapports entre droit et morale et d'autre part à celui de la détermination des normes juridiques générales par rapport aux cas particuliers¹⁰⁶⁴. Le problème de lacune n'est pas un phénomène récent lié au droit moderne. Dès l'Antiquité, Aristote a déjà parlé de lacune à chaque fois que la réponse fournie par le droit positif paraît contraire à la justice. Certaines procédures sont alors admises permettant d'introduire de nouvelles règles lorsque le droit existant ne livre pas de solutions jugées justes ou équitables¹⁰⁶⁵. La lacune désigne ainsi l'incomplétude de l'ordre juridique et l'échec des prévisions du législateur¹⁰⁶⁶. En d'autres termes, le droit est lacunaire quand il ne donne pas de réponse ou solution adéquate à certains cas particuliers ou quand il ne s'adapte pas à des circonstances nouvelles¹⁰⁶⁷.

Dès lors, la lacune a souvent été invoquée pour justifier l'adoption de lois exceptionnelles. Au moment de l'élaboration de la Constitution de 1958, le Général de Gaulle a critiqué l'absence de textes constitutionnels adéquats sous la IIIe République. Selon le Général, le droit constitutionnel de l'époque était lacunaire et insuffisant. Les lois constitutionnelles de la IIIe République n'ont pas donné de moyens juridiques nécessaires au président Lebrun pour que celui-ci puisse faire face à la seconde guerre mondiale. En conséquence, la lacune des textes constitutionnels a plus ou moins contribué à l'arrivée au pouvoir du Maréchal Pétain. La Constitution de la IVe République n'a pas su tirer la leçon de l'expérience du passé puisqu'elle était elle-même lacunaire. En effet, elle n'a pas prévu les moyens juridiques adaptés à des moments de crises (guerres en Indochine et en Algérie). Le Général propose alors l'inscription de l'article 14 (devenu l'article 16) dans la nouvelle Constitution¹⁰⁶⁸. L'article 16 a été élaboré en vue de conférer les pouvoirs exceptionnels au

¹⁰⁶⁴ Otto Pfersmann, « Lacune et complétude », art. cit., p. 911.

¹⁰⁶⁵ Chaïm Perelman, « Le problème des lacunes en droit, Essai de synthèse », art. cit. p. 537 et s.

¹⁰⁶⁶ Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1er Pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*, op. cit., p. 3 et 4. Selon Portalis, La loi ne peut tout prévoir, elle comporte dès lors des lacunes. En effet « tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre. [...] Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout ».

¹⁰⁶⁷ « Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau », Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1er Pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*, op. cit., p. 6.

¹⁰⁶⁸ L'ensemble de nos explications et démonstrations est fait à partir de la lecture des documents d'études de Francis Hamon, *L'article 16 de la Constitution de 1958 : documents réunis et commentés par Francis Hamon*, Paris, La documentation française, 1994.

Chef de l'Etat dans certaines circonstances graves de crise institutionnelle, nationale¹⁰⁶⁹. L'adoption de la Constitution de la Ve République par le référendum le 28 septembre 1958 a selon les termes de la doctrine « constitutionnalisé le droit d'exception »¹⁰⁷⁰.

Avec l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, le droit constitutionnel peut désormais prétendre à sa complétude puisqu'elle comporte deux ensembles de règles juridiques complémentaires¹⁰⁷¹. Ainsi l'article 16 associé à l'article 36 formule un droit constitutionnel d'exception ayant son domaine matériel d'application limité ; *les situations de crises ou les circonstances exceptionnelles*. Tandis que toutes les autres dispositions de la Constitution sont d'application quotidienne ou permanente. Il en résulte que les normes d'exception, en s'ajoutant aux principes et règles constitutionnels généraux comblent les lacunes et enrichissent le droit constitutionnel.

A cet égard, nous tenons à clarifier la notion de législation d'exception même si le substantif « *exception* » définie comme la « *limitation* » peut parfaitement la caractériser ; est une loi d'exception, la loi qui a un domaine de validité matérielle limitée, aux contours bien circonscrits. Ainsi, l'ensemble des législations d'exception codifié, réunis dans les codes de l'administration et de la défense n'a qu'un domaine de validité matérielle déterminé ; *les circonstances de crise, les dangers et périls menaçant l'ordre public, etc.*¹⁰⁷² Si l'application de la loi exceptionnelle conduit souvent à limiter la validité des autres normes, elle ne signifie ni contradiction ni violation et n'entre pas non plus en concurrence avec les règles de droit commun. La loi d'exception a une durée d'application déterminée et ne s'applique qu'à une série de cas particuliers non traités par les autres règles de droit commun. En d'autres termes, le législateur estime que les règles de droit commun ne fournissant pas de solution efficace à ces cas et situations particuliers, ceux-ci doivent être régis par une autre règle plus adaptée¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁹ Ibid.

¹⁰⁷⁰ François Saint-Bonnet, « Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception », art. cit. p. 1699 et s. ; voir dans le même sens, Geneviève Camus, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1965 ; Michèle Voisset, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1969 ; du même auteur, « Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16 », *Pouvoirs*, 1979, n° spécial Les pouvoirs de crise, p. 105-113.

¹⁰⁷¹ Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », art. cit. Le doyen refuse l'idée de lacune dans la Constitution, p 35 et s.

¹⁰⁷² Cette énumération n'est pas exhaustive mais seulement indicative.

¹⁰⁷³ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », art. cit., p. 99 et s..

Selon Monsieur Stirn, les règles d'exception¹⁰⁷⁴ ont pour caractéristique de se placer à côté des textes de droit commun en vigueur pour le « *temps calme* » et ne se déploient qu'en cas d'échec de l'application du droit commun. Il en résulte que les règles d'exception complètent et enrichissent l'ordre juridique.

Afin de prévenir les lacunes possibles dans l'ordre juridique, le législateur s'efforce d'adopter des normes spéciales ou exceptionnelles destinées à mieux prendre en compte les cas et situations particulières auxquels la règle de droit générale ne fournit pas de réponse ou solution appropriée. Ainsi, la loi du 9 août 1949 portant l'état de siège vise à remédier aux crises de mai et de juin 1848¹⁰⁷⁵. Suite à l'échec de la tentative de prise de palais Bourbon par les « ligues », la loi du 10 janvier 1936 a été adoptée dans le but précis de dissoudre des groupes de combat et milices privées¹⁰⁷⁶. La seconde guerre mondiale a contraint le législateur à adopter loi du 11 juillet 1938 destinée à l'organisation de la nation en temps de guerre. Enfin, la loi du 3 avril 1955, instituant l'état d'urgence, a été adoptée en vue de régler la situation de crise en Algérie. Les exemples sont nombreux. Toutefois, il n'est pas dans l'intérêt de l'étude d'énumérer ici toutes les normes d'exceptions en vigueur. Nous voulons simplement souligner que toutes ces législations d'exception viennent agrandir et enrichir le droit public.

Notre analyse ne serait pas exhaustive si elle n'évoquait pas à titre de rappel la jurisprudence de circonstances exceptionnelles du Conseil d'Etat. Selon certains auteurs, malgré les risques qu'elle pourrait entraîner à l'égard du principe de légalité, cette jurisprudence a le mérite de régler des cas et situations auxquels l'application stricte du principe de légalité s'avère inutile¹⁰⁷⁷. Ainsi, contrairement à un certain a priori, la jurisprudence des circonstances exceptionnelles adapte et enrichit le principe de légalité.

¹⁰⁷⁴ Bernard Stirn et Simon Formery, *Code de l'administration*, op. cit. L'auteur définit les législations comme des textes qui viennent se heurter à d'autres textes en vigueur en temps normal. Ces textes sont d'exception parce qu'ils font concurrence à un autre texte. A notre sens, cette définition semble entretenir une certaine proximité avec l'idée selon laquelle l'exception et la règle ne forment pas une unité mais un rapport de contradiction ou de conflit.

¹⁰⁷⁵ Cette loi est aujourd'hui reprise par l'article 36 de la Constitution et l'article L. 2121-2 du code de défense. Elle a été la réponse à la dictature de Cavaignac à la suite d'un soulèvement dans Paris.

¹⁰⁷⁶ Cette loi du 10 janvier 1936 a été ensuite modifiée par l'ordonnance du 6 janvier 1959 relative aux réquisitions des biens et services. Voir Code de la défense, op. cit.

¹⁰⁷⁷ René Chapus, *Droit administratif général*, op. cit. ; Jean Waline, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2008, 22e éd. ; Lucien Nizard, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative et la légalité*, op. cit., François Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit.

Sous un autre angle de vue, les lois d'exception peuvent jouer le rôle de la règle supplétive¹⁰⁷⁸. En se plaçant à côté de la règle de droit générale, la règle exceptionnelle ne s'applique que lorsque les individus ne l'ont pas écartée. La fonction de suppléance de la règle d'exception se constate particulièrement en droit privé et dans une certaine mesure en droit de la responsabilité¹⁰⁷⁹. En établissant au profit du sujet de droit un choix alternatif dans l'application des prescriptions normatives du droit positif, la norme d'exception traduit ainsi la prise en compte de la liberté individuelle¹⁰⁸⁰.

Destinée à régler des cas particuliers auxquels l'application de la règle de droit générale ne fournit pas de solution adéquate, la règle d'exception peut dès lors être considérée comme un correctif de la généralité du droit¹⁰⁸¹. Il convient à présent de démontrer qu'en limitant l'application stricte du droit dans le but de s'adapter aux particularités de chaque cas d'espèce, la règle d'exception est consubstantiellement liée à la notion d'équité.

B. La notion d'exception comme l'intervention de l'équité dans l'élaboration et la concrétisation du droit

Inextricablement liée au droit, l'équité demeure toutefois une notion embarrassante pour les juristes en raison des difficultés qu'ils éprouvent pour la définir de manière univoque et pour la situer par rapport au droit. L'équité évoque tantôt la notion d'une justice naturelle dans l'appréciation de ce qui est dû à chacun, tantôt le sentiment naturel du juste et de l'injuste¹⁰⁸². La référence à l'équité a souvent pour but d'humaniser le juste juridique en complétant ou modifiant « ce que l'application stricte des règles de droit aurait d'insuffisance ou de trop dur »¹⁰⁸³.

Il s'agit ici de démontrer qu'en limitant la rigueur du droit, la notion d'exception est un véhicule de la notion d'équité. Ainsi, conscient qu'une application rigide du droit peut engendrer des décisions iniques et injustes à l'égard de certains cas concrets, le législateur lui-

¹⁰⁷⁸ Cécile Pérès, *La règle supplétive*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2004.

¹⁰⁷⁹ Avec la création des fonds d'indemnisation, les victimes de certains types de dommages peuvent intenter l'action en réparation et en indemnisation tantôt devant ces fonds, tantôt devant les juridictions qui appliquent de manière alternative soit le régime spécial de responsabilité créé par ces fonds, soit le droit commun de la responsabilité. Voir spéc. Alexis Frank, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, op. cit.

¹⁰⁸⁰ Cécile Pérès, *La règle supplétive*, op. cit.

¹⁰⁸¹ Eric Agostini, « L'équité », Dalloz, 1978, chron., p. 7 et s.

¹⁰⁸² Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « *Equité* ».

¹⁰⁸³ Gabriel Marty et Philippe Raynaud, *Droit civil*, t. 1, 2^{ème} éd., Paris, 1972, n° 127, p. 234 et s. cité par Eric Agostini, « L'équité », art. cit., p. 7.

même décide d'introduire l'équité dans le droit par le biais des lois d'exception ; ici l'exception est la réception de l'équité dans le droit positif (1). La recherche des solutions justes et équitables conduit également le juge à faire exception au droit au moment où il est appelé à interpréter et à appliquer le droit ; l'exception manifeste alors la supériorité de l'équité sur le droit positif (2).

1. Les lois exceptionnelles comme la réception de l'équité dans le droit positif

Selon le Doyen Georges Ripert, « le principe essentiel de la technique législative fondamentale est la généralité de la loi »¹⁰⁸⁴. La généralité de la loi et son application uniforme ont en effet pour but de garantir l'égalité des droits et de lutter contre les discriminations¹⁰⁸⁵. Or la règle d'exception se distingue de la règle générale en ce qu'elle ne s'applique qu'à une série de cas concrets. Ceux-ci reçoivent alors un traitement juridique différencié. Limitant le principe d'égalité, la règle exceptionnelle est souvent assimilée à un droit anormal, à un droit de privilège. Cette vision explique sans doute les vives critiques que la doctrine adresse aux lois exceptionnelles.

Toutefois, en vertu des articles 1 et 6 de la Déclaration de 1789, le principe d'égalité n'interdit pas au législateur d'édicter des normes exceptionnelles pour régler de manière différente des situations spécifiques¹⁰⁸⁶. De plus, l'article 13 de la Déclaration prévoit que la contribution commune doit être répartie entre tous les citoyens en *raison de leurs facultés*. Enfin, la compétence du législateur d'apporter des exceptions au principe d'égalité est constamment affirmée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat¹⁰⁸⁷ sous la réserve selon laquelle la limitation du principe d'égalité doit être en rapport avec la différence de la situation ou justifiée par la poursuite de l'intérêt général¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁴ Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 312.

¹⁰⁸⁵ Voir spécialement, *Rapport public du Conseil d'Etat sur le principe d'égalité*, E.D.C.E, 1996, n° 48, p. 84 et s.

¹⁰⁸⁶ *Rapport public du Conseil d'Etat sur le principe d'égalité*, op. cit., p. 84 et 85

¹⁰⁸⁷ Décision 81-132 DC du 16 janvier 1982 Loi de nationalisation, déc. préc. C.E. Ass., 13 juillet 1962, Conseil national de l'ordre de médecins, rec., p. 479, concl. G. Braibant ; C.E. sect., 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, rec., p 274, préc.

¹⁰⁸⁸ Décision n°2009-578 DC du 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, J.O. du 27 mars 2009 p 5445. Selon le Conseil constitutionnel « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit », cons. 20 ; Voir égal. Décision n° 2010-602 DC du 18 février 2010, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des

L'adoption de règles exceptionnelles ne consiste pas seulement à traiter différemment les personnes se trouvant dans des situations différentes, elle répond également à une exigence d'équité selon laquelle la loi doit s'adapter aux particularités de ses destinataires et accorder à chacun ce qui lui revient¹⁰⁸⁹. Selon Aristote, le recours à l'équité est nécessaire à la réalisation de la justice distributive même s'il peut venir contredire l'universalité de la loi¹⁰⁹⁰. Néanmoins, entendue comme le sentiment individuel et subjectif de la justice, l'équité se présente souvent comme un renvoi à la justice naturelle et se trouve donc hors du droit positif. En conséquence, elle n'est qu'une notion métajuridique de supplément de la loi positive¹⁰⁹¹. Ordonnée au traitement des cas particuliers et à la prise en compte du détail et du caractère variable des actions humaines, l'équité ne s'exprime dans notre droit positif que sous forme d'exception¹⁰⁹². Dès lors, l'adoption des lois d'exception est souvent justifiée par des considérations d'équité. Tempérant la rigueur des principes trop généraux et abstraits ou palliant leur silence, les lois d'exception introduisent et irriguent l'équité dans l'ordre du droit positif. Il en résulte que les notions d'exception et d'équité sont intimement liées. L'exception véhicule l'équité en lui donnant une certaine force juridique. L'équité justifie l'exception en lui conférant une certaine idée de justice et de légitimité.

Ainsi l'équité a conduit le législateur à adopter la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail¹⁰⁹³ permettant aux salariés victimes d'un accident de travail d'obtenir réparation sans avoir à prouver la faute de leur employeur. Limitant donc les principes généraux du code civil régissant le régime de la responsabilité pour faute¹⁰⁹⁴, cette loi de 1898 instaure un régime exceptionnel de responsabilité sans faute en faveur des salariés victimes d'accident. L'exception est ici justifiée par l'idée selon laquelle certains accidents du travail surviennent par pure fatalité. Aucune faute n'est dès lors imputable ni au salarié, ni à l'employeur. Or exiger que la faute de l'employeur soit prouvée revient à priver injustement le salarié

circonscriptions pour l'élection des députés, J.O. du 24 février 2010, p. 3385, cons. 23. Il s'agit dans cette décision, de l'exception au principe d'égalité devant le suffrage.

¹⁰⁸⁹ Eric Agostini, « L'équité », art. cit., p. 8.

¹⁰⁹⁰ Cité par Olivier Olivier Jouanjan, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », art. cit., p. 131.

¹⁰⁹¹ Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1er Pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*, op. cit., p. 5.

¹⁰⁹² Eric Agostini, « L'équité », art. cit., p. 8.

¹⁰⁹³ La loi du 9 avril 1898 a été remplacée par la loi du 30 octobre 1946 puis par les articles L411-1 et L482-5 du Code de la sécurité social.

¹⁰⁹⁴ L'article 1382 du code civil établit le régime général de la responsabilité en ces termes : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». Le droit commun de responsabilité exige donc trois conditions : le fait dommageable (faute), le lien de causalité (faute imputable à un comportement) et le dommage.

accidenté de réparation¹⁰⁹⁵. Il est dès lors équitable de ne pas subordonner la réparation du dommage à l'obligation de prouver la faute de l'employeur. La réparation du préjudice subi par le salarié n'est donc pas fondée sur la faute mais sur le risque professionnel.

Dans le même esprit, certaines lois exceptionnelles ont été édictées en vue de faire preuve d'humanité et de compassion à l'égard de victimes de circonstances tragiques. A ce titre, il convient de rappeler ici la rupture du barrage de Malpasset entraînant la mort de centaines de personnes dont un futur époux qui devait se marier quelques jours plus tard avec sa fiancée enceinte. Emu par la douleur de cette jeune femme (devenue veuve), et en signe de compassion envers son enfant à naître (orphelin), le législateur est amené à adopter la loi du 31 décembre 1959 autorisant le mariage posthume¹⁰⁹⁶. Nonobstant l'impossibilité d'organiser le mariage due au décès de l'un des époux, cette loi permet néanmoins de conférer une légitimation *post nuptias* au conjoint survivant et à l'enfant à naître au prix d'une pure fiction¹⁰⁹⁷. La loi du 31 décembre 1959 illustre parfaitement la prise en compte de l'équité dans le droit positif moyennant une exception faite à des règles de droit commun régissant le mariage.

Véhiculant l'équité, la règle d'exception limite l'application stricte du principe d'égalité pour rétablir une égalité de chances au bénéfice d'une catégorie d'individus ou de groupes défavorisés. Elle instaure une discrimination en vue de rétablir le principe d'égalité rompue tantôt par son application abstraite tantôt par les aléas de la vie en créant des droits différenciés¹⁰⁹⁸. La règle exceptionnelle apparaît dès lors comme une égalité réelle et concrète s'opposant à une égalité formelle et abstraite¹⁰⁹⁹. Se présentant ainsi sous forme de discrimination positive, l'exception contribue paradoxalement à la réduction de l'inégalité et

¹⁰⁹⁵ C.E. 21 juin 1895, *Cames*, rec., p 509 concl. Romieu. On parle désormais de la responsabilité pour risque social C.E. Ass. 4 juillet 2003, *Madame Moya-Caville*, rec., p. 323, concl. Chauvaux ; R.F.D.A, 2003, p. 991 note Bon.

¹⁰⁹⁶ L'article 23 de la loi du 31 décembre 1959 repris aujourd'hui par l'article 171 du code civil dont l'aliéna 1 apporte une exception au droit commun du mariage. Ainsi en vertu de l'article 171 alinéa 1, « *Le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage si l'un des futurs époux est décédé après l'accomplissement des formalités officielles marquant sans équivoque son consentement* ».

¹⁰⁹⁷ En effet, dans la mesure où on peut célébrer son mariage, l'époux décédé est réputé être toujours en vie.

¹⁰⁹⁸ *Rapport public du Conseil d'Etat sur le principe d'égalité*, art. cit., p. 91.

¹⁰⁹⁹ Jean Rivero, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées de Luxembourg, 31 mai - 4 juin 1961, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 343 et s. Ainsi que l'a souligné l'auteur « sous le couvert du même principe, le droit public juxtapose deux inspirations. Fidèle en certains domaines à l'égalité par la généralité – par exemple en matière électorale, dans le droit de la fonction publique –, il (le droit public) incline, dans d'autres cas vers la recherche de l'égalité concrète par la multiplication des catégories. La première attitude prévaut lorsque c'est l'homme abstrait qui est en cause ; la seconde s'affirme lorsque l'administration se trouve en présence de l'homme situé, producteur, chef de famille, habitant de tel secteur urbain, etc. », p.351.

donc au renforcement du principe d'égalité. La discrimination positive n'est pas contraire au principe d'égalité à condition qu'elle vise effectivement et objectivement à réduire une inégalité ou à rétablir une égalité de chance. Ainsi que l'affirme en substance le Conseil constitutionnel dans sa décision du 11 juillet 2001 relative au recrutement par l'Institut d'études politiques de Paris des étudiants issus des zones d'éducation prioritaire au travers d'une procédure dérogatoire¹¹⁰⁰.

En dehors des situations où constatant la particularité de tel cas, le législateur lui-même atténue la rigueur de la loi en adoptant directement des dispositions d'équité, le recours à l'équité pour adoucir la rigueur du droit positif peut également se faire au moyen des renvois législatifs. En d'autres termes, le législateur permet explicitement au juge de statuer en équité. Le renvoi à l'équité foisonne dans le code civil, dès lors la liste d'exemples fournie ici ne l'est qu'à titre indicatif.

Ainsi l'article 565 du code civil relatif au droit d'accession se réfère aux principes de l'équité naturelle¹¹⁰¹. De même l'article 1135 apporte une exception à l'article 1134 relatif à la liberté contractuelle en permettant au juge de dépasser le contenu d'une convention pour déterminer ce à quoi une partie s'est obligée en considération des suites que l'équité donne à l'obligation d'après sa nature. A contrario, l'iniquité peut être une cause de limitation de la liberté contractuelle ou de la volonté individuelle. Ainsi que l'illustre l'article 278 en vertu duquel le juge peut refuser l'homologation de la convention entre époux qui divorcent si elle fixe inéquitablement leurs droits et obligations. L'équité peut également se manifester sous la forme de modération (les articles 1152 et 1231 créant le pouvoir modérateur du juge en matière de clauses pénales), de l'octroi du délai de grâce (l'article 1244-1) et de la dispense (l'article 145). Selon Messieurs Jarrosson et Testu, quand le législateur permet au juge de recourir à l'équité, celle-ci devient à la fois une directive adressée au juge et un moyen d'adapter le droit au cas particulier¹¹⁰².

Le renvoi législatif à l'équité se présente également dans l'article 9 de la loi du 3 janvier 1973 modifié par la loi du 24 décembre 1976 relatif au pouvoir de recommandation en

¹¹⁰⁰ Décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, rec., p. 82, cons. 32 et 33.

¹¹⁰¹ L'alinéa 1 de l'article 565 est ainsi rédigé « Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle ». Code civil, 2010, Dalloz .

¹¹⁰² Charles Jarrosson et François-Xavier Testu, « Equité », art. cit., p. 635 et s. Il convient de citer ici l'article 700 du Nouveau code de procédure civile rédigé en ces termes ; « lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine », N.C.P.C., Dalloz, 2010.

équité du Médiateur de la République. En vertu de cet article 9, si le Médiateur constate que l'application des dispositions législatives ou réglementaires *aboutit à une iniquité*, il peut recommander à l'organisme mis en cause toute solution permettant de régler en *équité* la situation du requérant¹¹⁰³. L'article 9 reconnaît explicitement des hypothèses dans lesquelles l'application stricte du droit a des conséquences inéquitables¹¹⁰⁴ et prévoit implicitement des exceptions. En effet, permettre à l'administration de régler en équité sur la recommandation du Médiateur revient à l'autoriser à limiter la portée de la loi ou à écarter son application dans un cas concret. Cet article illustre avec éclat le lien matériel unissant l'exception à l'équité.

Ainsi, l'équité est souvent exprimée de manière explicite au travers des renvois législatifs et des lois d'exception. Toutefois, il est légitime de nous interroger sur le point de savoir si le juge peut introduire lui-même l'équité dans le droit positif en cas de silence du législateur.

2. L'exception à la règle comme la prise en compte de l'équité dans la concrétisation du droit

L'histoire de l'équité¹¹⁰⁵ montre qu'elle est impraticable et anarchique si le juge peut y recourir librement. En effet, permettre au juge d'élaborer lui-même les décisions d'équité revient à « privilégier la rectitude de la décision judiciaire aux dépens de sa certitude et de la prévisibilité des législations »¹¹⁰⁶. Ainsi, en dehors des cas de renvoi législatif, le juge ne peut statuer en équité.

Toutefois, cette négation mérite quelques nuances, si le juge ne peut ni rendre, ni motiver ses décisions sur l'unique fondement d'équité, il peut en revanche interpréter la loi pour la rendre équitable. A ce titre, il convient de citer le célèbre arrêt Louise Ménard rendu par le tribunal de Château-Thierry le 4 mars 1898 sous la présidence du juge Magnaud. Dans cette affaire, une fille-mère est poursuivie pour un vol de pain pour nourrir son enfant en bas

¹¹⁰³ L'article 9 de la loi du 3 janvier 1973 instituant un médiateur a été abrogé par la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, J.O. du 30 mars 2011, p. 5504.

¹¹⁰⁴ Guy Braibant, « Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration », art. cit., p. 99.

¹¹⁰⁵ Georges Boyer, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Paris, Dalloz, 1960, p. 257-282.

¹¹⁰⁶ Eric Agostini, « L'équité », art. cit., p. 8. Selon l'auteur, le recours libre à l'équité risque de créer un système de droit libéré du carcan des règles préétablies où la justice individuelle absorberait la justice générale et ruinerait la sécurité juridique.

âge et sa vieille mère. Le président Magnaud considère qu'en présence de l'état de nécessité dû à la faim et de la pauvreté extrême d'une fille mère de famille, « le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi »¹¹⁰⁷. L'équité commande une interprétation limitant la rigueur de l'article 64 du code pénal aboutissant donc à la relaxe de l'inculpée¹¹⁰⁸. En faisant exception à la loi pénale, le juge met en exergue la supériorité de l'équité sur le droit positif dont l'étendue et l'application rigoureuses doivent s'infléchir quand elles deviennent contraires à l'équité.

Par ailleurs, en cas de silence ou d'insuffisance de la loi, le juge peut élaborer lui-même la solution en s'appuyant sur l'équité. Ainsi que l'a démontré l'illustre arrêt du 15 juin 1892 de la Chambre des requêtes créant la règle d'interdiction de l'enrichissement sans cause¹¹⁰⁹ également appelée l'action de *in rem verso*. La Cour de cassation fonde expressément son arrêt sur le « principe d'équité qui défend quiconque de s'enrichir au détriment d'autrui »¹¹¹⁰. Ainsi le principe d'équité justifie le pouvoir de création du droit par le juge en vue de combler les lacunes ou le silence de la loi. En effet, sans la justification d'équité, le juge aurait transgressé le principe de séparation des pouvoirs et commis le crime de forfaiture. En tant que justification puissante de l'exception faite au principe de séparation des pouvoirs, l'équité s'extériorise à travers l'exception conçue comme une règle de justice naturelle supérieure au droit positif.

A la différence du droit civil, ni le mot équité, ni l'autorisation de statuer en équité ne figurent dans les textes relatifs aux juridictions administratives. En d'autres termes, on ne trouve pas de textes de droit administratif qui autorisent explicitement au juge de statuer en équité. Un tel silence, une telle absence ne signifie pas que le juge administratif ne peut statuer en équité. Par ailleurs, rien n'empêche le juge administratif d'invoquer les articles d'équité du code civil. L'absence de référence explicite à l'équité peut être expliquée selon Paul Cintura par le caractère prétorien du droit administratif et par la liberté dont dispose le juge administratif dans l'élaboration des règles jurisprudentielles¹¹¹¹.

¹¹⁰⁷ Jugement du Tribunal correctionnel de Château-Thierry du 4 mars 1898, Dame Louis Ménard, confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 22 avril 1898, rec. Sirey, 1899, p. 42 et s.

¹¹⁰⁸ L'arrêt du 4 mars 1898 *Dame Louis Ménard* a été confirmé par la Cour d'Appel d'Amiens le 22 avril 1898. Toutefois, sans motiver ni fonder explicitement son arrêt sur le fondement d'équité, La Cour d'appel d'Amiens aboutit au même résultat équitable que le jugement du Président Magnaud en prononçant la relaxe de la femme pour défaut d'intention frauduleuse.

¹¹⁰⁹ Cour de cass., chambre des requêtes, arrêt du 15 juin 1892 Bordier c/ Patureau, rec. Dalloz, 1892, p. 596. Voir une récente application du principe de l'interdiction de l'enrichissement sans cause, Cour de cass., 1^{ère} civ., 25 février 2003, Bull., 2003, n° 55, p. 42.

¹¹¹⁰ L'action de *in rem verso* est aujourd'hui régie par l'article 1371 du code civil.

¹¹¹¹ Paul Cintura, « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », R.I.D.C., 1972/3, p. 657-676.

Cette idée est également soutenue par Guy Braibant ; « le juge n'ignore pas l'équité lorsqu'il élabore les normes ». En droit administratif, « un certain nombre de théories élaborées par le juge administratif sont fondées en réalité sur des considérations d'équité ou sur le principe d'équité »¹¹¹². A cet égard, la théorie des principes généraux du droit illustre avec éclat l'introduction de l'équité par le Conseil d'Etat dans le droit administratif¹¹¹³. Dans son allocution sur « les progrès de la jurisprudence du Conseil d'Etat », le président de la section du contentieux Bouffandeau disait à propos des principes généraux du droit « qu'ils sont une œuvre constructive de la jurisprudence réalisée pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens »¹¹¹⁴.

A l'instar du juge judiciaire, la théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil a été utilisée à titre subsidiaire par le juge administratif dans le domaine du quasi-contrat¹¹¹⁵ où ni la faute de service, ni le risque administratif ne peuvent être invoqués par la victime d'un dommage pour obtenir réparation alors que ce dommage profite à la personne publique¹¹¹⁶. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Savonneries Henri Olive*¹¹¹⁷, le Commissaire du gouvernement Rivet invita le Conseil d'Etat à emprunter la théorie civiliste de l'enrichissement sans cause afin de tenir compte de cette situation en ces termes « sur le terrain [...] du quasi-contrat vous êtes maître de votre jurisprudence. A vous de la créer en vous inspirant [...] du souci de concilier les droits de l'Etat et les principes généraux d'équité et en ne retenant les règles du code civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective ». L'équité conduit donc le juge à allouer des indemnités à la victime du dommage sur le fondement de l'interdiction de l'enrichissement sans cause¹¹¹⁸.

¹¹¹² Guy Braibant, « Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration », art. cit., p. 99.

¹¹¹³ Maxime Letourneur, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », E.D.C.E., 1951, n° 5, p. 19 et s.

¹¹¹⁴ Allocution sur « les progrès récents de la jurisprudence du Conseil d'Etat » prononcée à l'occasion du cent-cinquantième du Conseil d'Etat citée par Maxime Letourneur, *Les « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat »*, art. cit.

¹¹¹⁵ François Boudet, « La théorie de l'enrichissement sans cause en droit administratif », A.J.D.A., 1959, p. 77-80 ; Marie-Françoise Furet, « L'enrichissement sans cause d'après la jurisprudence administrative », Dalloz, 1967, chron., p. 265 et s.

¹¹¹⁶ C.E., 15 juillet 1873 Commune de Saint-Chinian, D. 1873, p. 457, Le juge administratif a implicitement appliqué la théorie civiliste de l'enrichissement sans cause à la personne publique en se fondant sur la règle d'équité d'après laquelle nul, pas même un incapable, ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

¹¹¹⁷ C.E., 25 novembre 1921, Savonnerie Henri Olive, concl. Rivet ; R.D.P., 1922, p. 107.

¹¹¹⁸ C.E., 14 avril 1961, Ministre de la reconstruction c/ Société Sud-Aviation, R.D.P., 1961, p. 655 concl. Heumann ; J.C.P. 1961, II, n° 12255, notes Lanversin ; C.E., 14 octobre 1966, Ministre de la construction c/ Ville de Bordeaux, R.D.P., 1966, p. 159, concl. Galmot.

Le contentieux de la responsabilité de l'Etat a été un domaine particulièrement propice à l'introduction et la prise en compte de l'équité comme l'illustre cette remarque du commissaire du gouvernement Heuman : « des objectifs d'équité et de justice qui sont à la base du contentieux de la responsabilité de la puissance publique »¹¹¹⁹. Depuis l'arrêt *Blanco* rendu par le Tribunal des Conflits le 8 février 1873, les règles générales du code civil ne peuvent plus régir la responsabilité de la puissance publique. Par conséquent, les lacunes et les insuffisances du régime de responsabilité de l'Etat engendrent des solutions injustes et inéquitable en laissant certains ouvriers victimes d'accident de travail sans indemnisation ni réparation. En élaborant de nouvelles règles applicables à la responsabilité de l'Etat, le juge administratif se réfère constamment à la notion d'équité. Dans les conclusions sous l'arrêt *Cames* fondateur du régime de la responsabilité sans faute, consacré ensuite par la loi du 9 avril 1898, le commissaire du gouvernement Romieu disait ainsi : « si l'Etat n'est pas lié par les textes de droit civil et par l'interprétation qu'en ont donnée les tribunaux ordinaires, il appartient au juge administratif d'examiner directement, d'après ses propres lumières, d'après sa conscience, et conformément aux principes de l'équité, quels sont les droits et les obligations réciproques de l'Etat et de ses ouvriers [...] »¹¹²⁰.

Ainsi, l'équité commande au juge de créer lui-même la règle autonome régissant la responsabilité sans faute de l'Etat¹¹²¹, faisant exception tant au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs qu'au régime général de la responsabilité. Toutefois, l'exception créée par le juge demeure toujours conforme à l'esprit général du droit positif et de la justice. Ainsi que l'a montré le commissaire du gouvernement Romieu, « la solution que nous vous proposons ne se heurte à aucune prohibition de la loi écrite, elle nous paraît au contraire découler des principes généraux de notre droit en même temps qu'elle se trouve conforme aux règles de l'équité et de l'humanité »¹¹²². La réparation fondée non sur la faute mais sur le risque professionnel, constitue un régime de responsabilité d'exception élaboré par le juge afin de répondre à des exigences d'équité.

Outre la considération d'équité, le régime de responsabilité d'exception peut être fondé exclusivement sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques. Cette idée confère toute son originalité et tout son intérêt à la notion d'exception. Démarrant le préjugé

¹¹¹⁹ Cité par Guy Braibant, « Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration » art. cit., p. 100.

¹¹²⁰ C.E. 21 juin 1895, *Cames*, rec., p. 509, concl. Romieu.

¹¹²¹ Cette jurisprudence *Cames* a été à l'origine de l'adoption de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents de travail.

¹¹²² C.E. 21 juin 1895, *Cames*, rec., p. 514, concl. Romieu, préc.

selon lequel elle est une violation de l'égalité, l'exception montre qu'en établissant des droits différenciés, elle contribue au rétablissement de l'égalité rompu tantôt par les circonstances factuelles tantôt par la réalisation de l'intérêt général. Ainsi, depuis l'arrêt *Couitéas*, le Conseil d'Etat admet la responsabilité sans faute des personnes publiques pour rupture de l'égalité devant les charges publiques¹¹²³. L'idée est la suivante : la protection de l'ordre public et la garantie de l'intérêt général ne sont pas des faits fautifs. Elles peuvent toutefois occasionner à une personne un dommage spécial et anormal dont on estime qu'il est non seulement équitable mais aussi conforme au principe d'égalité devant les charges publiques de le réparer¹¹²⁴.

Le régime de responsabilité sans faute, fondé sur la rupture d'égalité devant les charges publiques s'applique également au dommage causé par la loi ou par la convention internationale¹¹²⁵. Dans l'arrêt *SA des produits laitiers La fleurette*, l'Etat est condamné à verser une indemnité en réparation du préjudice spécial et anormal causé par une loi à la société *La fleurette*. Le Conseil d'Etat interprète la loi en cause et en déduit que rien ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui incombe pas normalement. Par ailleurs cette charge, créée dans un intérêt général, doit selon le juge, être supportée par la collectivité¹¹²⁶. Invoquant l'entorse faite au principe d'égalité de tous devant les charges publiques, Le Conseil d'Etat considère donc que la société *La fleurette* est fondée à demander que l'Etat soit condamné à lui payer une indemnité en réparation du préjudice par elle subi.

Cette solution a été confirmée par l'arrêt *Compagnie générale d'énergie Radio-électrique* où est en cause une convention internationale. Le Conseil d'Etat déclare de manière explicite que « la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de convention conclue par la France avec d'autres Etats et incorporée régulièrement dans l'ordre juridique interne »¹¹²⁷. L'équité et l'égalité apparaissent ici clairement comme la base du régime exceptionnel de la responsabilité sans faute.

¹¹²³ C.E. 30 novembre 1923, *Couitéas*, rec., p. 789, concl. Rivet ; R.D.P., 1924, p. 75 et 208, note Jèze.

¹¹²⁴ Voir spéc., Paul Cintura, « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », art. cit., p. 675 ; Guy Braibant, « Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration », art. cit., p. 101.

¹¹²⁵ C.E. Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, rec., p. 257, concl. Michel Bernard ; R.D.P 1966, p. 774, concl. Michel Bernard, p. 955 note Marcel Waline.

¹¹²⁶ C.E. Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La fleurette »*, rec., p. 25, concl. Roujou ; R.D.P 1938, p. 41, note Rolland.

¹¹²⁷ C.E. Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, préc.,

En résumé, si l'élévation de l'équité en principe juridique autonome et la pratique ostensible de l'équité sont interdites au juge, celui-ci peut toujours introduire l'équité dans le droit positif à travers les exceptions issues de son interprétation. Le juge le fait d'abord en cas de silence du législateur mais il peut le faire également contre la loi comme l'illustre l'arrêt *Dame Lamotte*¹¹²⁸. Support de l'équité, l'exception apportée par le juge à la rigidité du droit positif reste toujours une simple limitation. Par ailleurs, la crainte d'une utilisation excessive de l'équité par les juges n'est pas justifiée. En effet les plus hautes juridictions (Conseil d'Etat, Cour de cassation) restent très vigilantes et exercent le contrôle de cassation visant à discipliner les juges de fond et à unifier leurs jurisprudences.

Outre sa contribution à la dissolution du caractère conflictuel des normes, la notion d'exception peut être qualifiée d'outil d'adaptation du droit à l'évolution sociale. Porteuse de réformes juridiques, elle réalise en effet une adaptation juridique en douceur. Ne régissant que des situations auxquelles l'application de la norme générale s'avère inefficace ou contraire à l'équité, la norme d'exception atténue la rigueur d'une application stricte du droit en y introduisant une dose d'équité.

¹¹²⁸ C.E. Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte*, rec., p. 110, concl. Delvolvé. Dans cette affaire, une loi énonce explicitement et clairement que « l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire ». Le Conseil d'Etat l'interprète comme si elle n'excluait pas le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. La doctrine considère que le Conseil d'Etat a statué dans cette affaire *contra legem*.

Conclusion du Chapitre 1

La notion d'exception formule par essence un outil de dissolution des conflits de champ matériel d'application des règles de droit. Cette qualification est confortée tant par les textes du droit positif que par la jurisprudence.

Inhérente à toute règle juridique, l'exception manifeste une certaine relativité du droit. L'admission d'un concept relatif du droit ne signifie toutefois pas l'altération de son caractère impératif ou de sa force obligatoire. Contrairement à une idée communément partagée, l'exception n'affecte pas la substance du droit mais contribue à rendre son application plus effective. Plus précisément, elle vise à limiter l'exercice et non la jouissance du droit¹¹²⁹. Dès lors, la notion d'exception ne devrait pas, à notre sens, être réduite à la notion d'atteinte ou de violation. Elle ne devrait pas non plus être hâtivement rattachée aux idées vagues d'anomalie et de contradiction. A cet égard, notre propos est conforté tant par l'analyse des textes juridiques positif que par celle de la jurisprudence.

Il semble à ce titre utile d'inviter la doctrine à utiliser un vocable plus précis et à distinguer l'exception de la violation. Par ailleurs, il convient de souligner que pour désigner les exceptions que l'Etat est autorisé à faire aux droits et libertés fondamentaux, la Convention européenne des droits de l'homme se réfère à des termes tels que « *restriction, limitation, interdiction, condition ou ingérence*¹¹³⁰ » et non « *violation ou atteinte* ». De même, l'article 4 de la Déclaration des droits de 1789 utilise le mot « borne » pour indiquer les limites c'est-à-dire les exceptions à l'exercice de la liberté. Les approximations du langage peuvent engendrer des querelles sémantiques, idéologiques, interminables et nuisent tant à l'intelligence qu'à la clarté du droit.

Résolvant le conflit entre deux normes contradictoires sans entraîner l'abrogation de l'une d'entre elles, l'exception s'associe étroitement à l'idée de conciliation. En permettant au législateur et au juge de conserver une pluralité de normes au sein de l'ordre juridique malgré leur caractère antagoniste, la notion d'exception comble les lacunes et enrichit le droit.

¹¹²⁹ Robert Pelloux, « Les limitations prévues pour protéger l'intérêt commun offrent-elles une échappatoire aux Etats liés par les Conventions et Pactes relatifs aux droits de l'homme ? », in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, 4ème colloque du département des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 43-70.

¹¹³⁰ Respectivement les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Voir aussi les articles 4, 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Tempérant la rigidité de certains principes, l'exception assure la souplesse nécessaire à l'adaptabilité du droit. Validée par un grand nombre de lois et par la pratique juridictionnelle, cette fonction d'adaptation s'illustre principalement par la connivence entre la notion d'exception et les réformes apportées au droit. Adoucissant la rigueur du droit quand celle-ci aboutit à des solutions iniques et injustes, l'exception est un outil d'introduction de l'équité dans le droit positif. Constamment présente sous la plume du juge, elle s'insère alors dans une réflexion globale sur l'idée de justice et sur la recherche permanente de l'équilibre en droit public en général et en droit constitutionnel en particulier.

Outil de dissolution des antinomies en droit, l'exception contribue à l'équilibre des relations juridiques en assurant la conciliation des droits et libertés fondamentaux en conflit. Il s'agit à présent de montrer que la conciliation et l'équilibre des intérêts individuels et collectifs en droit en général et en droit public en particulier sont efficacement assurés grâce à deux manifestations implicites mais originales de l'exception : l'interdiction de l'abus de droit et la notion de devoir et de responsabilité.

Chapitre 2. L'utilisation implicite de la notion d'exception à travers l'interdiction de l'abus de droit et les notions de devoir et de responsabilité

Nos développements précédents ont, entre autres, permis de démontrer deux idées : d'une part, l'ordre juridique est susceptible de générer des conflits de normes (antinomies) et d'autre part, les droits et libertés, même dotés de valeur constitutionnelle ne sont pas absolus¹¹³¹. Leur exercice fait toujours l'objet de limitations fixées par la loi.

La limitation de l'exercice des droits et libertés fondamentaux est justifiée tantôt par l'impératif d'assurer aux autres la jouissance de ces mêmes droits, tantôt par la sauvegarde de l'ordre public. A cet égard, les deux articles 4 et 5 de la DDHC de 1789 habilent le législateur à délimiter l'étendue des droits et libertés de l'homme afin de concilier ces droits et libertés individuels avec l'intérêt général ou collectif. Ainsi, la notion d'exception a ses bases constitutionnelles et prend la forme de limitations explicitement et abstraitement énoncées par le législateur.

En réalité, l'exercice et l'étendue des droits et libertés individuels sont soumis à deux types de limites externes et internes¹¹³². Est externe la limite déterminée et posée par la loi (droit objectif) à l'ensemble des droits et libertés afin de concilier d'une part les intérêts individuels entre eux et d'autre part les intérêts individuels et collectifs en conflit. Relève de la catégorie des limites internes celle qui résulte d'une règle générale de comportement et appréciée au cas par cas par le juge. La limitation interne est dès lors essentiellement d'origine judiciaire.

Selon les professeurs Cadiet et Le Tourneau, les limites externes des droits et libertés individuels se rapportent à leur contenu. C'est-à-dire que le législateur doit déterminer ce que le titulaire du droit peut faire (le permis) et ce qu'il ne peut pas faire (l'interdit). Elles forment ainsi des exceptions légales. En revanche les limites internes signifient que si le titulaire d'un droit a le pouvoir de faire quelque chose, il ne peut pas le faire de n'importe

¹¹³¹ Sous réserve des droits qualifiés d'indérogeables et d'intangibles prévus par les articles 3, 4§1 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, Voir Louis Favoreu, Patrick Gaia, Richard Ghevontian, Ferdinand Mélin-Soucramanien, Annabelle Pena-Soler, Otto Pfersmann, Joseph Pini, Guy Scoffoni, André Roux et Jérôme Tremeau, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit public, science politique, 2009, 5e éd., p. 459 et s.

¹¹³² Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », Répertoire civil. Dalloz, 2008.

quelle manière¹¹³³. Ces limites sont donc les exceptions jurisprudentielles étant donné qu'elles résultent de l'appréciation concrète par le juge du contexte dans lequel un droit subjectif a été exercé. Elles demeurent inextricablement liées à l'interprétation du droit par le juge.

Les limites internes ont pour fonction essentielle de *résoudre le conflit des droits subjectifs* en interdisant au titulaire d'un droit subjectif d'abuser de son exercice. Elles peuvent également être qualifiées de limite *in concreto* (décision judiciaire d'exception) par opposition à la limitation *in abstracto* (norme législative d'exception). En ce sens, elles se distinguent des limites externes parce qu'elles sont principalement posées par le juge en fonction des circonstances d'espèce alors que les limites externes sont posées de manière générale et abstraite par le législateur. Elaborées par les controverses doctrinales les plus fécondes sous le nom « *théorie de l'abus de droit* », les limites internes permettent au juge de réguler l'exercice des droits subjectifs et de refuser l'application stricte d'une règle de droit lorsqu'il estime que son exercice est abusif. Dès lors, l'abus de droit mérite d'être comparé avec la notion d'exception. Il entretient d'ailleurs une certaine analogie avec la jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles¹¹³⁴. La similitude entre la théorie de l'abus et l'exception est tellement frappante que selon certains auteurs l'interdiction de l'abus de droit¹¹³⁵ n'est qu'un type des exceptions posées par le droit objectif aux droits subjectifs. Par ailleurs cette théorie d'abus de droit semble faire son entrée en droit constitutionnel ainsi que l'illustre la décision du 30 décembre 1995¹¹³⁶. Le juge constitutionnel affirme en substance dans cette décision que le bon déroulement du débat démocratique et le bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels suppose que soit pleinement respecté le droit d'amendement conféré aux parlementaires par l'article 44 de la Constitution et que le gouvernement et les parlementaires puissent utiliser sans entrave ce droit. Toutefois, cette double exigence implique selon le juge, qu'il ne soit pas fait un usage manifestement excessif de ce droit¹¹³⁷. Ainsi le juge constitutionnel peut, lorsqu'il estime que la règle de droit dont il

¹¹³³ Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », Répertoire civil, Dalloz, 2008.

¹¹³⁴ En effet, le juge judiciaire peut refuser d'appliquer un droit subjectif en se fondant sur son exercice abusif de même que le juge administratif invoque les circonstances exceptionnelles pour réduire ou limiter l'application d'une règle de droit. Par ailleurs, ni la notion d'exercice abusif, ni celle des circonstances exceptionnelles ne peut être l'objet d'une définition conceptuelle.

¹¹³⁵ Pascal Ancel, « Abus de droit : l'interdiction de l'abus de droit », in Sous la direction de Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials et Frédéric Sudre, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige Dicos Poche, 2008, p. 1 et s.

¹¹³⁶ Décision n° 95-370 DC du 30 décembre 1995 Loi autorisant le Gouvernement par l'application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale, J.O. du 31 décembre 1995, p. 19111, cons. 10 et 11. Voir égal. Laurent Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, op. cit.

¹¹³⁷ Id. cons. 11.

a la charge de déterminer la signification a été utilisée de manière abusive, fixer lui-même les limites à l'exercice de cette règle¹¹³⁸. Cette entrée de l'abus de droit en droit constitutionnel justifie à notre sens tant son étude que sa comparaison avec la notion d'exception définie ici comme la norme de limitation.

Dégagée par la jurisprudence à la fin du XIXe siècle, confirmée ensuite par le célèbre arrêt *Clément-Bayard*¹¹³⁹ la théorie de l'abus de droit est à la base de nouvelles exceptions qui n'ont pas été prévues par la loi. L'idée est la suivante : les limitations posées par le législateur à l'exercice du droit subjectif sont parfois trop générales et imprécises. Elles ne déterminent pas avec précision le contenu et l'étendue d'un droit. Le bénéficiaire d'un droit subjectif au contenu indéterminé peut abuser de son exercice et causer des dommages à autrui. Dès lors, il appartient au juge de poser de nouvelles limites en sanctionnant l'usage abusif du droit subjectif. Analysée sous cet angle, l'interdiction de l'abus de droit peut être définie comme une limitation d'origine judiciaire.

Porteuse d'une certaine relativité de la norme, l'interdiction d'abuser d'un droit traduit à notre sens l'application et la transposition par le juge judiciaire de la notion d'exception dans le domaine des droits subjectifs. Par ailleurs, la détermination par la loi d'un seuil au-delà duquel l'exercice d'un droit devient abusif se traduit comme la règle de limitation. Dès lors, l'interdiction de l'abus désigne en réalité des exceptions légalement posées à l'exercice des droits et libertés. Ces exceptions font ensuite l'objet de l'interprétation du juge qui peut recourir à d'autres termes pour les désigner. Le terme « abus » ne doit donc pas occulter son essence d'exception. A titre d'exemple, quand le législateur accorde le droit à chacun de s'exprimer librement et énonce ensuite les sanctions en cas d'abus de ce droit¹¹⁴⁰, il ne fait qu'en énoncer les exceptions.

D'essence intrinsèque de *limitation*, la notion d'exception s'attache à l'étendue de la validité ou à l'application à la lettre d'une règle de droit. Elle est donc implicitement présente dans la notion d'abus de droit. Celui-ci à l'instar de l'exception pose la même question de savoir jusqu'où va l'impératif juridique et quelles sont les limites exactes des règles de droit. Il en va de même pour la notion de responsabilité formulant la limite à l'exercice des droits et liberté. Il faut en effet révéler le contenu matériel de la notion d'exception à travers ses

¹¹³⁸ Laurent Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, op. cit., p. 22-23.

¹¹³⁹ Chambre des requêtes de la Cour de cassation, 3 août 1915, *Clément-Bayard*, D. 1917, 1, p. 79.

¹¹⁴⁰ L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi* ».

manifestations en apparence différente. En d'autres termes, la notion peut être employée sans que le terme « exception » apparaisse. Elle possède en vérité une fonction d'ordre systémique qui permet l'ordonnement de la réalité hétérogène existante.

Ainsi, il convient à présent de montrer que la conciliation des droits et libertés individuels et collectifs peut être assurée par l'exception à travers ses deux manifestations matérielles implicites : l'interdiction de l'abus de droit (**Section 1**) et les notions de devoir et de responsabilité (**Section 2**).

Section 1. La théorie de l'abus de droit : une application implicite de la notion d'exception aux droits subjectifs

Découlant du mot latin *abusus*, l'abus signifie *l'usage mauvais, excessif et injuste* de quelque chose¹¹⁴¹ et peut donner lieu à des poursuites pénales. Ainsi, l'article L.314-1 du code pénal prévoit et punit le délit d'abus de confiance¹¹⁴². Les articles L.241-3 alinéa 4 et L.242-6 alinéa 3 du même code sanctionnent l'abus de biens sociaux¹¹⁴³. En établissant des sanctions pénales ces dispositifs constituent les limites à l'exercice des fonctions et des pouvoirs conférés à une personne. Il est donc important d'étudier ici de manière générale le rapport entre le droit et son mauvais usage.

En droit privé français, la théorie de l'abus de droit désigne précisément *l'interdiction d'abuser de l'exercice d'un droit*. Elle repose sur l'idée selon laquelle, même si une personne est dans le cadre de l'exercice d'un de ses droits, elle peut néanmoins agir de manière illicite, et encourir des sanctions à ce titre¹¹⁴⁴. Consacrée par la jurisprudence judiciaire, systématisée ensuite par la doctrine, la théorie de l'abus de droit permet au juge de corriger certaines conséquences jugées néfastes dues à la reconnaissance absolue des droits subjectifs au profit des personnes physiques ou morales. Elle s'apparente, par son inspiration, à d'autres correctifs tels que la bonne foi, l'équité ou la règle *fraus omnia corrumpit*¹¹⁴⁵. Ayant pour

¹¹⁴¹ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Le nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, op. cit., voir « Abus ».

¹¹⁴² L'article 314-1 est rédigé en ces termes : « *L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou biens quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.*

L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros ». Code Pénal, 2010, Dalloz.

¹¹⁴³ L'alinéa 4 de l'article L. 241-3 et l'alinéa 3 de l'article L.242-6 définissent l'abus des biens sociaux comme l'usage contraire à l'intérêt de la société.

¹¹⁴⁴ Pascal Ancel, « Abus de droit : l'interdiction de l'abus de droit », art. cit. p. 1 et s.

¹¹⁴⁵ Alain Sériaux, « Abus de droit », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 2 et s.

objet les droits subjectifs, la théorie de l'abus de droit est utilisée par le juge afin de limiter la protection que les textes leur réservent pour sanctionner certains usages malintentionnés, disproportionnés ou détournés de l'objet de ces droits entendus comme des prérogatives¹¹⁴⁶. Elle entretient une certaine ressemblance avec la notion de détournement de pouvoir ou de procédure en droit administratif¹¹⁴⁷.

Outil nécessaire à la conciliation des droits subjectifs en conflit, la théorie de l'abus de droit n'est toutefois pas exempte d'équivoque. Outre la difficile détermination de son champ d'application, la théorie de l'abus de droit fait aussi l'objet de définitions très hétérogènes. L'identification de son objet permettra probablement d'expliquer l'hétérogénéité des cas d'abus de droit. Selon la majorité de la doctrine, la théorie de l'abus de droit a seulement pour objet le droit subjectif, plus précisément *l'usage excessif ou mauvais du droit subjectif* (§1). Or il est très difficile d'établir un critère de distinction entre l'usage excessif (abus) et l'usage illicite (responsabilité) d'un droit subjectif, d'autant plus que la notion de droit subjectif est elle-même l'objet de définitions diverses et opposées¹¹⁴⁸.

Ce constat explique sans doute l'hétérogénéité des définitions de l'abus de droit. En effet, l'exercice d'un droit ne devient abusif, excessif, qu'en présence de circonstances concrètes. Il est important de souligner qu'en réalité, *l'abus de droit est avant tout une notion fonctionnelle dégagée par le juge pour délimiter les contours d'un droit subjectif et pour sanctionner la violation des limites implicites des droits et libertés*. La théorie de l'abus de droit apparaît comme un moyen de fixer les limites d'un droit afin de résoudre les conflits entre les différents usages ou exercices d'un même droit (§2). En se fondant sur l'interdiction de l'abus, le juge limite l'exercice d'un droit attribué par la loi à un individu. Aussi utile soit-elle, la théorie de l'abus de droit soulève néanmoins la question de l'étendu du pouvoir du juge. Il s'agit en effet de savoir si celui-ci peut limiter un droit subjectif légalement attribué par le législateur à un individu.

¹¹⁴⁶ Pascal Ancel, « Abus de droit : l'interdiction de l'abus de droit », op. cit., p. 1.

¹¹⁴⁷ Louis Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 185 et s.

¹¹⁴⁸ D'après le professeur Daniel Gutmann, « il existe autant de définition du droit subjectif que d'auteurs pour s'intéresser à la question ». Voir Daniel Gutmann, « Droit subjectif », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 533.

§1. L'objet de la théorie de l'abus du droit : l'exercice abusif et dommageable d'un droit subjectif

Consacrée par la jurisprudence en vue de limiter l'exercice de certains droits subjectifs, la théorie de l'abus de droit a pour objet le droit subjectif. Cependant, selon certains auteurs, elle ne présente d'utilité et de pertinence que si le droit subjectif peut s'inscrire dans un cadre textuel suffisamment précis. L'application de l'abus de droit nécessite par conséquent la définition précise de la notion de droit subjectif ainsi que des limitations légalement assignées à son exercice (**A**).

Ainsi, la théorie d'abus de droit est la manifestation de la notion d'exception dans le domaine du droit subjectif. En d'autres termes, elle se traduit comme l'application de cette notion à l'exercice de ce droit. Si elle n'est pas explicitement qualifiée d'exception c'est parce qu'elle est d'origine judiciaire. Malgré son utilité fonctionnelle avérée, la théorie de l'abus de droit demeure toutefois incertaine et hétérogène quant à sa définition (**B**). C'est en ce sens qu'il faut se demander si son identification à la notion d'exception en tant que limitation permettrait une certaine clarification.

A. La détermination des notions de droit subjectif et d'exercice abusif

Selon le professeur Ancel, « on ne peut normalement parler d'abus de droit que là où on est en présence d'un véritable droit subjectif ; le recours à la notion ne paraît pas pertinent si le comportement qualifié d'abusif s'inscrit simplement dans le cadre d'une liberté ou d'une faculté d'agir reconnue au sujet »¹¹⁴⁹.

Ainsi la théorie de l'abus de droit est étroitement liée à l'identification et à la définition du droit subjectif (**1**). Son application ne semble avoir lieu qu'en présence d'un dommage occasionné à autrui par l'exercice d'un droit. Il sera important d'identifier ensuite l'exercice abusif et dommageable d'un droit subjectif pour le distinguer du dépassement de droit (**2**). Celui-ci correspond à la violation des exceptions légalement posées aux droits et libertés.

¹¹⁴⁹ Pascal Ancel, « Abus de droit : l'interdiction de l'abus de droit », art. cit., p. 2.

1. Les contours de la notion de droit subjectif

Inépuisable, le thème du droit subjectif fait l'objet d'innombrables propositions de définitions. Si la notion de droit subjectif n'a jamais reçu une définition univoque, c'est sans doute parce qu'elle renferme une essence d'idéologie. Ainsi que l'a souligné le professeur Gutmann : « l'attention portée au droit subjectif est à la mesure de la densité idéologique recelée par la notion »¹¹⁵⁰. Sans qu'il soit ici possible de développer tous les détails, notre analyse se borne à esquisser les principaux traits de cette notion afin de soutenir l'idée selon laquelle la théorie de l'abus de droit traduit en réalité l'application de la notion d'exception au domaine des droits subjectifs.

Au départ, la notion de droit subjectif a été définie par Bernhard Windscheid comme la *puissance de volonté*¹¹⁵¹, elle s'opposa alors avec la définition proposée par Rudolf von Jhering selon laquelle, *le droit subjectif est un intérêt juridique protégé. C'est un intérêt que l'on peut faire valoir en justice*¹¹⁵².

Face à cette divergence doctrinale, Georg Jellinek proposa de rassembler les deux critères de puissance de volonté et d'intérêt dans une seule définition : « le droit subjectif est la puissance de volonté humaine qui, protégée et reconnue par l'ordonnement juridique, a pour objet un bien ou un intérêt »¹¹⁵³. Cette définition est ensuite développée en droit français par certains auteurs tels que Léon Michoud et Roger Bonnard. Apportant quelques nuances à la définition de Georg Jellinek, Léon Michoud n'admet en effet pas que la volonté individuelle soit la seule essence du droit subjectif. Elle n'est que le moyen d'unir l'intérêt à l'individu, titulaire du droit. Selon l'auteur, l'essence du droit subjectif réside dans l'intérêt protégé tandis que la puissance de la volonté permet sa protection¹¹⁵⁴.

¹¹⁵⁰ Daniel Gutmann, « Droit subjectif », art. cit., p. 532-533. L'auteur manifeste par ailleurs sa réticence à la reconnaissance de droit subjectif et doute de l'utilité de la notion de droit subjectif. Il se demande si cette notion servirait davantage à alimenter la controverse sur la place de l'individu dans le droit que d'avoir des effets précis.

¹¹⁵¹ Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1906, 9e éd., p. 156 cité par Roger Bonnard, « Les droits publics subjectifs des administrés », R.D.P., 1932, p. 695-728.

¹¹⁵² Rudolf von Jhering, *L'esprit du droit romain*, Meulenaere, cité par Daniel Gutmann, « Droit subjectif », art. cit., p. 533.

¹¹⁵³ Georges Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tubingen, 2e éd., 1905, p. 44, cité par Roger Bonnard, « Droit subjectif », art. cit., p. 699.

¹¹⁵⁴ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, L.G.D.J., 1906, p. 99 et s.

Loin d'être l'objet d'un consensus quant à sa définition, la notion de droit subjectif se heurte aussi à la réticence de certains auteurs quant à sa reconnaissance. Ainsi, Hans Kelsen et Léon Duguit rejettent de manière catégorique l'idée même de droit subjectif. Pour le maître de Vienne, « le droit subjectif d'un individu n'est rien d'autre que l'obligation établie par droit objectif à la charge de l'autre ou des autres »¹¹⁵⁵, il est dès lors aussi objectif que n'importe quelle norme. Ainsi, l'opposition de droit subjectif au droit objectif recèle en soi une contradiction. L'auteur réfute par ailleurs la définition du droit subjectif comme l'intérêt protégé par le droit : « le droit subjectif ne peut être que la protection de cet intérêt résultant du droit objectif »¹¹⁵⁶. Il n'existerait donc pas de droit subjectif mais une autorisation de faire ou de ne pas faire délivrée par le droit objectif à des individus.

S'inscrivant dans une approche davantage concrète de la règle de droit, le Doyen Léon Duguit ne reconnaît que l'existence du droit objectif. L'idée de droit subjectif exprime selon le Doyen en des termes non rigoureux des droits soi-disant inhérents à la personne humaine et participe d'une hypertrophie généralisée de la volonté individuelle¹¹⁵⁷. Ainsi l'expression « droit subjectif » ne serait qu'une pure illusion puisque la volonté ne crée pas d'effet de droit ; elle se borne à déclencher l'application de la règle de droit. L'expression de droit « subjectif » ne serait qu'une application du droit objectif à des situations particulières¹¹⁵⁸.

Synthétisant les diverses propositions et approches, Roger Bonnard proposa une nouvelle définition de la notion de droit subjectif : « est le droit subjectif, le pouvoir d'exiger de quelqu'un, en vertu d'une règle de droit objectif, quelque chose à laquelle on a l'intérêt, sous la sanction d'une action en justice ». L'intérêt de sa contribution est d'avoir dépassé l'opposition irréductible entre l'absolutisme du droit objectif et le rejet de la notion de droit subjectif. En effet, sa définition a réussi à réconcilier les autres approches et définitions ci-dessus analysées¹¹⁵⁹.

Selon cette définition, le droit objectif (et non la puissance de volonté de l'individu) est à la base de la notion de droit subjectif. *L'essence de celle-ci est constituée par le pouvoir d'exiger quelque chose de quelqu'un* (action ou abstention). Dès lors, l'action en justice n'est pas le critère essentiel du droit subjectif mais elle en est à la fois la protection et la sanction. Il en est de même de l'intérêt qui en est la justification. La nouveauté de la contribution de

¹¹⁵⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 138.

¹¹⁵⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 139.

¹¹⁵⁷ Léon Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, op. cit. p. 127 ; p 153-159.

¹¹⁵⁸ Léon Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., p 127.

¹¹⁵⁹ Sauf celle de Windscheid qui ne trouve pas de place dans la définition de Roger Bonnard qui nie le critère de puissance de volonté individuelle.

Roger Bonnard est d'avoir distingué deux types de droit subjectif : *le droit privé subjectif* (le pouvoir d'un individu d'exiger quelque chose d'un autre individu) et *le droit public subjectif* qui se définit comme le pouvoir d'exiger quelque chose de la part de l'Etat¹¹⁶⁰.

Dans son ouvrage dédié spécialement à l'étude du droit subjectif¹¹⁶¹, Jean Dabin semble adopter une définition plus restrictive de la notion de droit subjectif en la caractérisant par la relation *d'appartenance-maîtrise* unissant un sujet de droit à un objet donné¹¹⁶². Le droit subjectif est défini comme « une prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par les voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû »¹¹⁶³. Dans cette définition, ce qui est le plus important, c'est la maîtrise de la chose accordée au sujet de droit et protégée par la notion d'opposabilité¹¹⁶⁴. Le droit de propriété ou encore les droits sur les choses (droit réel) sont cités en exemple.

Le Doyen Paul Roubier élabore la notion de droit subjectif à partir de sa distinction entre le droit subjectif et la situation juridique objective. Le premier constitue une situation juridique tendant essentiellement à créer des *droits* alors que la seconde tend à reconnaître des *devoirs*. Afin de ne pas hypertrophier la notion de droit subjectif, le Doyen note que « l'ordre juridique ne crée pas un nombre de droits subjectifs illimité et qu'il veuille s'assurer que les prérogatives ainsi consenties correspondent à une utilité réelle et à un besoin économique et social. »¹¹⁶⁵. Dans cette optique, les droits subjectifs doivent s'entendre de façon stricte comme les situations régulièrement établies, soit par l'acte de volonté, soit par la loi, desquelles découlent principalement des prérogatives qui sont à l'avantage de leurs bénéficiaires, et auxquels ils peuvent d'ailleurs en principe renoncer. Ainsi, seuls les droits de propriété, de créance et certains droits universels et extrapatrimoniaux sont qualifiés de droits subjectifs.

Cette définition rigoureuse de la notion de droit subjectif présente un double intérêt. D'une part, elle reconnaît le rôle principal du droit objectif dans la reconnaissance et la

¹¹⁶⁰ Fabrice Hourquebie, « Les droits publics subjectifs : échec de l'importation d'une théorie allemande en droit administratif français ? », in in Fabrice Melleray (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit administratif, 2007, p. 203-228, p. 226.

¹¹⁶¹ Jean Dabin, *Le droit subjectif*, préface de Christian Atias, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2007, fac-similé.

¹¹⁶² Jean Dabin, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 105.

¹¹⁶³ Jean Dabin, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 105.

¹¹⁶⁴ Jean Dabin, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 89. L'auteur définit la maîtrise en tant que pouvoir de libre disposition de la chose objet du droit résultant de l'appartenance. La maîtrise de la chose, le critère essentiel du droit subjectif doit selon l'auteur, être garanti par l'opposabilité. Jean Dabin, *Le droit subjectif*, p. 95.

¹¹⁶⁵ Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, traduit par David Deroussin, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, Fac-similé de l'éd. de 1963, Paris, Sirey, p. 38.

garantie des droits subjectifs, d'autre part, elle confirme la place prééminente de l'individu dans l'ordre juridique¹¹⁶⁶. D'une grande subtilité, l'approche de Paul Roubier permet de situer la personne au centre du droit objectif. Celui-ci n'est alors qu'un moyen de réaliser les droits subjectifs entendus comme des prérogatives individuelles. Ainsi, le droit subjectif est la fin dont la réalisation est garantie par le droit objectif (le moyen)¹¹⁶⁷.

Pour être exhaustif, notre exposé doit également souligner que le droit privé n'a pas le monopole des droits subjectifs. Il existe bien un droit public subjectif ainsi que l'a démontré le professeur Foulquier¹¹⁶⁸. Approfondissant la définition de Roger Bonnard, le professeur définit le titulaire d'un droit public subjectif comme le bénéficiaire d'un « *pouvoir d'exiger* » quelque chose d'une personne publique, alors obligée. Ce pouvoir confère à l'individu un certain intérêt moral ou matériel « *que l'ordre juridique a, expressément ou implicitement, considéré comme licite* »¹¹⁶⁹. Le droit public subjectif semble recouvrir la catégorie des droits-créances (*droit à...*) et dans certaines mesures les droits et libertés fondamentaux que l'individu peut faire valoir contre l'Etat¹¹⁷⁰. Le professeur reprend en substance la vision du Doyen Roger Bonnard mêlant droit objectif et droit subjectif.

Ce bref retour sur la notion de droit subjectif serait incomplet sans une référence à la thèse du professeur Eck. Il existe, selon l'auteur, un droit constitutionnel subjectif conféré à des sujets de droit constitutionnel. La notion de droit constitutionnel subjectif est dans sa thèse définie comme *une relation, concédée par une norme de droit constitutionnel objectif, de permission d'agir ou de s'abstenir unissant deux sujets de droit constitutionnel*¹¹⁷¹.

Au vu de ces définitions, une conclusion s'impose : l'exercice d'un droit subjectif s'inscrit dans l'accomplissement d'une conduite conforme au droit objectif et ne peut être ni source de dommage ni source de responsabilité. Sans adhérer pleinement à cette analyse, le juge considère que l'exercice du droit subjectif peut être abusif et à ce titre causer des

¹¹⁶⁶ Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit. p. 22 et s.

¹¹⁶⁷ Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 39-43. Selon l'auteur, si l'ordre juridique les reconnaît, et parfois dans le cadre complètement choisi par l'initiative privée, c'est en vue de satisfaire les désirs des particuliers, tels qu'ils ont été peu à peu dégagés au cours des âges dans la plupart des pays.

¹¹⁶⁸ Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, préface de Frank Moderne, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2003.

¹¹⁶⁹ Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, op. cit., p. 405. Voir égal. Aude Rouyère, « Droits publics subjectifs des administrés et droits fondamentaux », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, actes du colloque de l'Association française de droit administratif des 10 et 11 juin 2010, Paris, Litec, 2011, coll. Colloque et débats de l'A.F.D.A., p. 74 et s.

¹¹⁷⁰ Daniel Cohen, « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz/P.U.F./Jurisclasseur, 1999, p. 393 et s.

¹¹⁷¹ Laurent Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, op. cit., p. 103.

dommages à autrui. Ce qui signifie que l'exercice d'un droit peut constituer une faute de nature à engager la responsabilité du sujet de droit. C'est sur l'exercice abusif du droit subjectif que nos analyses doivent à présent porter.

2. La distinction entre l'exercice abusif d'un droit subjectif et le dépassement de droit

A première vue, la notion de droit subjectif évoque globalement l'idée de prérogative individuelle conférée par la loi à un sujet de droit (personne). Dès lors, elle paraît se référer à trois idées : d'abord, la permission légale de faire ou de jouir d'une chose, ensuite, la protection légale (l'irresponsabilité) de l'individu qui exerce son droit subjectif, enfin, l'usage absolu entendu comme un exercice illimité de ses attributs¹¹⁷². A cet égard, le droit de propriété fournirait une bonne illustration.

Cependant, le droit subjectif ne signifie pas des prérogatives absolues comme le montre la théorie de l'abus de droit. Selon le professeur Aubert, afin d'éviter une croyance confuse en son caractère absolu, il est préférable de définir le droit subjectif comme l'attribution, par la règle de droit, d'un pouvoir d'imposer, d'exiger ou d'interdire considéré utile à la personne prise à la fois comme individu et acteur de la vie sociale¹¹⁷³. La définition proposée par le professeur a en effet l'avantage de mettre en lumière les limites implicitement assignées au droit subjectif : *l'exercice d'un droit subjectif doit être d'une part utile et compatible avec la vie sociale d'autre part*. Dès lors, l'exercice d'un droit subjectif par son titulaire peut engager la responsabilité de celui-ci, si cet exercice s'avère abusif ou antisocial et dommageable pour un tiers¹¹⁷⁴.

Cette explication paraît à première vue intrigante. Comment l'exercice d'un droit subjectif, c'est-à-dire l'accomplissement d'une permission légale peut-il être fautif et engager la responsabilité du sujet de droit ? A cet égard, la Cour de cassation a affirmé de façon constante que « l'exercice d'un droit peut constituer une faute lorsque le titulaire de ce droit en fait, à dessein de nuire, un usage préjudiciable à autrui »¹¹⁷⁵. Cette affirmation est d'autant

¹¹⁷² Marc Desserteaux, « Abus de droit ou conflit de droits », R.T.D. civ., 1906, p. 119 et s. L'auteur considère que les droits subjectifs sont organisés dans l'intérêt de l'individu. Stimulant son activité, les droits subjectifs permettent à l'individu de consacrer le maximum de forces à une entreprise déterminée. Mais s'il en est ainsi, plus ces droits subjectifs sont absolus, mieux ils répondront à leur but. Le titulaire répliquera aux critiques adressées à l'usage abusif de ses droits : « ma liberté illimitée est nécessaire à l'accomplissement du but social de la propriété », p. 123.

¹¹⁷³ Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Sirey université, 2010, 13e éd. avec annexes documentaires, p. 190 et s.

¹¹⁷⁴ Jean-Luc Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 185.

¹¹⁷⁵ Ainsi dans le célèbre arrêt Coquerel c/ Clément Bayard rendu le 3 août 1915 par la chambre des requêtes de la Cour de Cassation, le juge se réfère de manière explicite au terme abus. Attendu que « le dispositif consistant

plus surprenante que la théorie de l'abus connaît aujourd'hui une extension continuelle et concerne non seulement le droit subjectif tel que le droit de propriété, le droit de grève mais également les libertés telles que la liberté d'expression¹¹⁷⁶, la liberté contractuelle¹¹⁷⁷. L'analyse de certains arrêts précurseurs en la matière permet de dégager quelques caractéristiques de l'usage abusif d'un droit subjectif.

Ainsi l'abus de droit désigne souvent l'exercice du droit de propriété (prérogative) dans le seul dessein de gêner autrui dans la jouissance de sa propriété¹¹⁷⁸. Il implique tantôt *l'intention malicieuse* ou *l'intention de nuire*, tantôt *la faute causant des dommages* à autrui. Objet d'une interprétation flexible par le juge, l'abus de droit peut couvrir également tout usage *déraisonnable* ou tout exercice *préjudiciable* du droit¹¹⁷⁹. Ainsi, le constat d'un dommage occasionné par l'usage d'un droit subjectif peut parfois suffire à établir l'abus sans que l'intention de nuire soit prouvée¹¹⁸⁰. L'exercice abusif, élément constitutif de l'abus de droit tend aujourd'hui vers une certaine objectivation et semble résider principalement dans le *critère de dommage*¹¹⁸¹.

L'exercice abusif de droit se distingue par ailleurs du dépassement de droit c'est-à-dire l'exercice d'un droit en dehors et au-delà de ses limites autorisées. Le dépassement de droit est donc une violation de la limite légale imposée à l'exercice d'un droit. En effet, il n'y a lieu de parler de l'abus du droit que si le titulaire a agit dans les limites qu'assignent au droit subjectif considéré les textes législatifs et réglementaires qui en définissent les contours¹¹⁸². En revanche, le recours à l'abus de droit ne sera pas utile si le sujet de droit exerçant son droit subjectif, en a dépassé les limites légalement posées. Il s'agit dans cette hypothèse d'un

à élever des carcasses de bois d'une hauteur de seize mètres ne présentait pour l'exploitation du terrain Coquerel aucune utilité et n'avait été édifié que dans l'unique but de nuire à Clément-Bayard [...] ; que dans cette situation de fait, l'arrêt a pu apprécier qu'il y avait eu par Coquerel abus de son droit [...] », arrêt précité.

¹¹⁷⁶ Michel Troper, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales Histoire Sciences Sociales*, 1999, n° 54/6, p. 1239-1255 ; Bertrand Mathieu, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *R.D.P.*, 2007/1, p. 231-259.

¹¹⁷⁷ Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2000.

¹¹⁷⁸ Cour de Colmar, 2 mai 1855, Doerr c/ Keller S. 1856, 2, p. 9, un propriétaire a élevé une fausse cheminée afin d'enlever la presque totalité du jour qui restait à la fenêtre de son voisin ; Chambre des requêtes, 10 juin 1902, D. 1902, un propriétaire effectue des fouilles en vue de tarir les sources du terrain d'un voisin ; Civ. 3^{ème}, 17 janvier 1973, Bull. civ. III, n° 58 construction opaque pour limiter la vue panoramique du voisin.

¹¹⁷⁹ Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », art. cit.

¹¹⁸⁰ Civ. 3^{ème} 19 février 1971, Bull. civ., III, n° 134. Dans cet arrêt, la chambre civile a approuvé une cour d'appel d'avoir vu un abus de droit, sans relever l'intention de nuire dans le fait d'avoir construit un immeuble de 21 étages et d'avoir ainsi diminué la valeur des propriétés voisines

¹¹⁸¹ Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, op. cit. ; Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », art. cit.

¹¹⁸² Pascal Ancel, « Abus de droit : l'interdiction de l'abus de droit », art. cit., p. 1.

dépassement de droit¹¹⁸³. En d'autres termes, le sujet a agit sans droit (défaut de droit) et ce faisant il commet une faute de nature à engager sa responsabilité¹¹⁸⁴.

A titre d'illustration, si un propriétaire d'un terrain refuse de laisser passer son voisin enclavé à qui la loi reconnaît une servitude de passage, il n'y a pas d'abus mais dépassement de droit puisqu'il n'a pas agit dans les limites de son droit. Le défaut ou le dépassement de droit désigne en fait la violation des limites assignées à un droit. En revanche, l'abus de droit peut être utilement invoqué à l'encontre d'un propriétaire qui demeure dans le parfait respect des articles 671 et 674 du code civil¹¹⁸⁵ mais installe dans le seul but de nuire à son voisin, un rideau de fougères ou une fausse cheminée obscurcissant le séjour de ce dernier¹¹⁸⁶. Cet exercice, à première vue conforme au droit, n'en demeure pas moins abusif et à ce titre peut être sanctionné.

Si la doctrine admet de manière unanime que le dépassement de droit doit être sanctionné sur le fondement de l'article 1382 du code civil (responsabilité délictuelle), elle demeure cependant divisée quant à la base légale de la sanction de l'abus de droit. En effet, il est difficile de concevoir que l'exercice d'un droit (une conduite permise par le droit) peut être une faute, source de dommage et de responsabilité¹¹⁸⁷.

Porteuse des deux transformations juridiques importantes au XXe siècle : le pouvoir modérateur et correcteur du juge et la flexibilité du droit¹¹⁸⁸, la théorie de l'abus reflète la préoccupation de limiter avec précision tant le contenu que l'exercice du droit (qu'il soit subjectif ou objectif) afin d'éviter qu'il puisse se prêter à réaliser des buts illicites ou contraires à la finalité du droit ou à l'éthique¹¹⁸⁹. Si son apport à la régulation et à la moralisation des relations juridiques est reconnu de façon quasi unanime par la doctrine, la

¹¹⁸³ Pascal Ancel, « Abus de droit : l'interdiction de l'abus de droit », art. cit., p. 1.

¹¹⁸⁴ Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Eric Savaux, *Les obligations*, t. 2 Le fait juridique, Paris, Dalloz, coll. Armand Colin, 2001, 9e éd., p. 113.

¹¹⁸⁵ Il s'agit des règlementations de servitudes de voisinage et distance que doivent respecter certaines constructions. Ainsi l'alinéa 1 de l'article 671 prévoit une distance de deux mètres de la ligne séparative des propriétés pour les plantations dont la hauteur dépasse deux mètres, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres plantations. L'article 674 oblige tout ce qui fait des constructions particulières à faire des travaux nécessaires pour éviter de nuire au voisin. Code civil, Dalloz, 2010.

¹¹⁸⁶ Cour d'appel de Colmar, 2 mai 1855 Doerr. Le juge constate la réunion des deux éléments d'inutilité et d'intention de nuire constitutifs d'abus de droit en ces termes : « c'est méchamment que l'appelant, sans utilité pour lui, et dans l'unique but de nuire à son voisin, a élevé, en face, et presque contre la fenêtre de l'intimé, dont une partie se trouve déjà masquée par sa construction nouvelle, une fausse cheminée [...] et qui enlève la presque totalité du jour qui reste à sa fenêtre », in Henri Capitant, François Terré et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit.

¹¹⁸⁷ Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, op. cit., n° 871.

¹¹⁸⁸ Philippe Malaurie, « La Cour de cassation au XXe siècle », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, La documentation française, [en ligne],

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/xx_eme_5773.html .

¹¹⁸⁹ Mario Rotondi, « Le rôle de la notion de l'abus du droit », R.T.D. civ., 1980, p. 66-69 ; voir égal. Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », art. cit.

théorie d'abus de droit, telle qu'elle est employée par la jurisprudence, souffre toujours d'une imprécision quant à sa définition¹¹⁹⁰.

B. L'hétérogénéité des critères constitutifs de l'abus de droit : une exception tribunaire de l'appréciation empirique du juge

L'abus de droit a été l'objet d'un grand nombre de controverses au début du XXe siècle. Ainsi Marcel Planiol a critiqué la distinction entre le dépassement et l'abus de droit en la qualifiant d'artificielle. L'expression « abus de droit » est une logomachie selon le Doyen¹¹⁹¹. Réfutant la thèse de Louis Josserand¹¹⁹², Marcel Planiol explique que « cette nouvelle doctrine repose toute entière sur un langage insuffisamment étudié ; sa formule « usage abusif des droits » est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est licite ; et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et j'agis sans droit ». L'auteur invite la doctrine à examiner avec la plus grande prudence la théorie de l'abus de droit car les mots mal étudiés peuvent créer des confusions. Ainsi « il ne faut pas être dupes des mots ; le droit cesse là où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir « usage abusif » d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut être à la fois conforme au droit et contraire au droit »¹¹⁹³.

Afin de comprendre ces critiques et objections, il faut exposer ici la définition de la notion d'abus de droit proposée par Louis Josserand. L'abus de droit peut être défini selon l'auteur par la référence à la fonction sociale et à l'esprit relatif du droit. Ainsi, l'exercice d'un droit devient abusif à partir du moment où il détourne le droit de sa finalité et de sa fonction sociales (1).

Jugée trop large, trop général, le détournement du droit de sa fonction sociale comme critère constitutif de l'abus risque selon Georges Ripert d'anéantir les droits subjectifs¹¹⁹⁴. Adhérant à la vision de Marcel Planiol mais avec quelques réserves, le Doyen Ripert proposa alors une définition plus restrictive de la notion d'abus de droit dont l'élément constitutif

¹¹⁹⁰ Philippe Durant, « L'abus de droit : bête du Gévaudan ou Frankenstein ? », *La Revue administrative*, 2003, n° 334, p. 378-382. Selon l'auteur, « l'abus de droit présente des affinités avec la bête Gévaudan : il existe puisque les gens dignes de foi l'ont rencontré, mais en dépit de ces témoignages sérieux, il demeure difficile d'avoir une idée exacte sur ce à quoi il ressemble précisément ».

¹¹⁹¹ Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, op. cit., n° 872.

¹¹⁹² Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, op. cit.

¹¹⁹³ Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, op. cit., n° 871.

¹¹⁹⁴ Georges Ripert, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, L.G.D.J., 1929, p. 1 et s.

réside essentiellement dans l'intention de nuire (2) qualifiée d'acte illégal et fautif. L'abus de droit sera alors soumis à la règle de responsabilité civile délictuelle. Si cette approche a l'avantage de circonscrire plus étroitement l'abus de droit à la faute intentionnelle, elle a néanmoins l'inconvénient d'être étroitement dépendante d'un concept moral des droits subjectifs.

1. Le détournement du droit de sa fonction sociale : critère fondamental de l'abus de droit selon Louis Josserand

Cette querelle doctrinale porte en réalité sur l'opposition des deux concepts *finaliste* et *individualiste* de droit subjectif. Selon le premier concept défendu par Louis Josserand, les droits, fussent-ils subjectifs, ne sont conférés aux individus que pour des fins déterminées et d'intérêt général. En critiquant le concept volontariste et individualiste de droit soutenu par Georges Ripert¹¹⁹⁵ au motif que celui-ci repose sur un postulat erroné, sur une fiction inadmissible : *l'isolement de l'homme dans la société*, le Doyen Josserand considère que le sujet de droit ne peut réaliser ses droits que dans un milieu social dont il est un élément inhérent. Ainsi quand l'homme exerce un droit, fût-il en apparence le plus individuel et le plus égoïste, c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser¹¹⁹⁶. Ordonnés à des finalités sociales, les droits sont donc relatifs. L'abus consiste à les détourner de ces fins, à les exercer dans un autre esprit : « *l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité* »¹¹⁹⁷.

Sans nier le critère de l'intention malicieuse ou de nuire, le Doyen en démontre l'insuffisance. D'une part, la preuve de l'intention de nuire est parfois trop difficile à établir alors que le dommage causé à autrui est constaté. D'autre part, l'intention de nuire ne recouvre pas l'ensemble des cas d'abus de droit¹¹⁹⁸. Dès lors, il faut rechercher un autre critère plus général permettant d'appréhender tous les cas d'abus. Le détournement du droit

¹¹⁹⁵ Ce concept est défendu non seulement par Georges Ripert mais également par une partie importante des auteurs tels que Marcel Planiol, Raymond Saleilles, Jean Dabin ou encore Maurice Hauriou. Voir spéc. Georges Ripert, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, op. cit., p. 3 et s.

¹¹⁹⁶ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., p. 7.

¹¹⁹⁷ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., p. 394 et s.

¹¹⁹⁸ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., p. 115 à 123 s'agissant de l'abus de pouvoir (droit-fonction) ; p. 366 à 409 s'agissant de l'analyse des critères de l'abus.

de sa fonction sociale constitue selon Louis Josserand le meilleur critère d'identification de l'abus de droit¹¹⁹⁹.

L'abus de droit s'identifie alors au détournement du droit de sa finalité sociale et à la fraude à la loi. L'appréciation de l'abus nécessite donc la vérification des motifs pour lesquels le sujet a exercé son droit. En d'autres termes, le juge est invité à vérifier d'abord si l'exercice du droit subjectif peut s'expliquer par des motifs légitimes et ensuite si ces motifs sont conformes à la finalité du droit en cause. L'exercice abusif de droit se caractérise alors par l'absence de motif légitime ou d'intérêt légitime¹²⁰⁰. Cette théorie finaliste met en lumière une certaine concordance entre la notion de l'abus de droit en droit civil et la notion de détournement de pouvoir en droit administratif et présente l'intérêt de se passer de l'intention de nuire, élément psychologique difficile à démontrer¹²⁰¹.

En vue de répondre à l'objection de Marcel Planiol, Louis Josserand distingue l'acte illégal de l'acte illicite et classe les actes abusifs et excessifs dans la seconde catégorie. Cette distinction lui permet de prouver que la critique de logomachie de Marcel Planiol est infondée parce qu'elle résulte d'une confusion des deux acceptations du mot « droit ». Selon le Doyen Josserand, le droit se réfère tantôt à l'ensemble des règles sociales, à la *juricité* (droit objectif) et tantôt à une prérogative individuelle (droit subjectif) conférée par le droit objectif à un individu. La notion d'abus (acte illicite) ne concerne que le droit subjectif alors que le dépassement (acte illégal) vise le droit objectif.

C'est en ces termes que l'auteur explique la distinction entre l'acte abusif et le dépassement fautif de droit (acte accompli sans droit) pour repousser la critique de logomachie : « il n'y a nulle contradiction à ce qu'un acte soit tout à la fois conforme à un droit déterminé et cependant contraire au droit envisagé dans sa généralité et dans son objectivité »¹²⁰². La logomachie reprochée s'est donc évanouie avec la clarification des termes. En effet, « l'acte abusif est celui qui, accompli en vertu d'un droit subjectif dont les limites légales et objectives ont été respectées, est cependant contraire au droit envisagé dans

¹¹⁹⁹ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., p. 394 à 400.

¹²⁰⁰ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., p. 67. L'auteur considère que l'intérêt légitime est un critère pertinent pour contrôler l'exercice des droits à esprit égoïstes, c'est-à-dire les droits subjectifs ayant une dimension de prérogative individuelle.

¹²⁰¹ Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », art. cit. Selon les auteurs, le critère de détournement de la finalité du droit proposé par Josserand permet de pallier la faiblesse de l'intention de nuire. Ainsi « le contenu psychologique de l'abus est très faible, pour ne pas dire inexistant puisqu'il suffit de rechercher si l'activité entraine bien dans les prévisions du législateur »

¹²⁰² Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., p. 333.

son ensemble en tant que juricité c'est-à-dire en tant que corps de règles sociales obligatoires »¹²⁰³. Il existe une différence de taille entre l'acte illégal (défaut de droit) et l'acte abusif. Le premier est incorrect en lui-même tandis que l'acte abusif est incorrect en raison du but auquel il est destiné. Le défaut de droit repose donc sur une notion de limitation prédéterminée, impossible à modifier en dehors de toute intervention législative. En revanche, l'abus de droit crée une théorie d'une grande souplesse, capable d'évoluer au gré des circonstances et permettant au droit de s'adapter en permanence aux nouveaux besoins de la société.

Malgré son apparence simple et claire, cette distinction n'est pas satisfaisante comme en témoigne la confusion qui existe au sein de la doctrine au sujet de la distinction entre l'acte fautif ou abusif, l'acte illégal et l'acte illicite. De même qu'elle ne permet pas vraiment de comprendre la différence entre l'illicéité et l'illégalité. Ainsi le professeur Dubouis¹²⁰⁴ utilise indistinctement les expressions « acte illicite » et « acte illégal » à l'instar de Marcel Planiol pour qui l'acte illicite vaut l'acte illégal entendu comme acte accompli sans droit. L'abus de droit constitue selon Monsieur Dubouis un motif d'illégalité en droit administratif, dès lors la distinction entre l'acte abusif et l'acte illégal ne présente qu'un intérêt théorique assez tenu sur le plan de la validité de l'acte. Toutefois, cette différenciation peut avoir un intérêt pratique sur le plan du contentieux. En effet, l'acte illégal relève du contentieux pour excès de pouvoir et encourt la sanction de nullité (contentieux objectif). Tandis que l'acte abusif peut être sanctionné tant par la nullité que par la règle de responsabilité (le recours de plein contentieux)¹²⁰⁵. En d'autres termes, la victime d'un acte illégal n'en obtient que l'annulation, en revanche la victime d'un acte abusif en obtient à la fois l'annulation et la réparation du dommage subi¹²⁰⁶.

Face à cette controverse doctrinale, les professeurs Cadiet et Le Tourneau proposent de distinguer l'acte abusif (illicite) du défaut de droit (dépassement de droit – acte illégal) à partir du critère de sanction¹²⁰⁷. Ainsi le défaut de droit est sanctionné en l'absence même de préjudice causé à autrui (la sanction est ici la nullité) ; l'abus de droit (acte fautif – acte

¹²⁰³ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., p. 333.

¹²⁰⁴ Louis Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 404 et s.

¹²⁰⁵ Louis Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 405.

¹²⁰⁶ Cette distinction a été développée sous la plume de Roger Bonnard dans ses notes sous l'arrêt du Conseil d'Etat, 22 novembre 1929, *Compagnie des mines de Siguiri*, S. 1930, 3, p. 17. Selon l'auteur, l'abus de droit n'est pas distinct de l'illicéité, mais en constitue une branche particulière, à savoir l'illicéité par le motif et par le but. Sa sanction est l'annulation de l'acte et, s'il a causé un préjudice, la responsabilité de son auteur. Ainsi l'abus de droit jouerait sur les deux plans de l'annulation et de la réparation. Cité par Louis Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 203.

¹²⁰⁷ Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », art. cit.

illicite) ne l'est qu'en présence d'une faute causant dommage à autrui (la sanction est la responsabilité c'est-à-dire la réparation du dommage). Néanmoins cette distinction ne résout pas la question relative au fondement légal de la sanction de l'abus de droit.

En effet, si l'abus est acte illicite et dommageable, il est alors soumis à l'article 1382 du code civil (responsabilité civile délictuelle). Cependant il reste toujours la question récurrente : l'exercice d'un droit (une permission légale) peut-il être fautif et source de responsabilité ? De même, si la loi n'apporte pas de limite à l'exercice d'un droit, le juge peut-il se substituer au législateur pour y déterminer les limites ? Afin de résoudre ce dilemme de Marcel Planiol et de montrer sa divergence avec Louis Josserand, Georges Ripert propose une définition plus restrictive de la notion d'abus dont le noyau dur est l'intention de nuire (faute intentionnelle). Ainsi, l'exercice d'un droit subjectif devient abusif et doit être limité à partir du moment où il est utilisé dans le but de nuire à autrui.

2. L'abus de droit comme la sanction de l'intention de nuire (faute) fondée sur le concept moral des droits subjectifs d'après Georges Ripert

Défendant le concept volontariste et individualiste de droit subjectif, Georges Ripert soutient à l'instar de Marcel Planiol que l'exercice d'un droit ne peut être illégitime ou illicite. Ainsi que l'a noté l'auteur : « l'activité qui s'exerce en vertu d'une permission spéciale du législateur ne peut pas ne pas être honnête et légitime »¹²⁰⁸. Ses critiques adressées à la thèse de Louis Josserand s'appuient principalement sur les deux motifs suivants.

Premièrement, d'inspiration socialiste¹²⁰⁹, le critère de détournement du droit de sa finalité paraît non seulement contraire à l'esprit même des droits subjectifs mais risque également de les anéantir. Cette idée a été également soutenue par Gaston Morin en ces termes : « la qualification d'abus marquerait et masquerait une mutation de l'ordre juridique. En permettant l'affaiblissement de certaines prérogatives jusque là considérées comme intangibles, elle préparerait l'esprit à leur disparition ou à l'apparition des droits subjectifs qui leur seraient adverses »¹²¹⁰.

¹²⁰⁸ Georges Ripert, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, op. cit., p. 3.

¹²⁰⁹ Georges Ripert, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, op. cit., p. 9 ; voir égal. la réponse de Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., p. 355.

¹²¹⁰ Gaston Morin, « L'abus du droit et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique », *Revue de Métaphysique Et de Morale*, 1929/2, p. 267-283.

Deuxièmement, le contrôle du motif légitime confère au juge un pouvoir trop large et de ce fait il comporte un risque d'arbitraire¹²¹¹. En effet, le juge scrute les mobiles de l'acte en vue d'examiner leur caractère légitime ou illégitime et de les confronter avec la finalité sociale des droits. Fondé sur des appréciations subjectives, ce contrôle judiciaire permet au juge non seulement de supprimer les effets de l'acte considéré comme abusif mais également d'en prévenir la réalisation. Dès lors, la thèse d'abus de droit proposée par Louis Josserand dépasse la réparation issue de la responsabilité civile parce qu'elle permet aussi la sanction préventive de l'abus, elle semble donc évoquer le délit privé. Alors que l'acte abusif ne peut être interdit mais peut seulement donner lieu à une réparation pécuniaire du dommage.

De surcroît, le juge peut en vertu de cette thèse, priver le titulaire de droit de l'exercice d'une prérogative individuelle conféré par le législateur¹²¹². En d'autres termes, le juge a la possibilité de déterminer lui-même les limites d'un droit. Cette possibilité de poser les limitations aux droits subjectif est par ailleurs contestée ainsi que l'a remarqué Georges Ripert : « on en arrive alors à laisser le juge maître absolu de la délimitation des droits, libre de restreindre les prérogatives légalement conférées au titulaire. C'est aller à l'encontre même du but que se propose le législateur en conférant des droits : permettre d'exercer librement son activité sous certaines limites »¹²¹³. Les critiques du Doyen Ripert à l'égard de l'abus de droit présentent des similitudes frappantes avec celles adressées par certains auteurs à la jurisprudence des circonstances exceptionnelles du Conseil d'Etat.

Sans rejeter catégoriquement l'esprit social du droit défendu par Louis Josserand, Georges Ripert concède en effet que malgré leur apparence absolue, les droits subjectifs doivent être exercés en conformité avec des exigences morales de la conscience individuelle¹²¹⁴. Toutefois, la notion d'abus ne doit pas être recherchée dans les finalités de

¹²¹¹ Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949, 4e éd., p. 165 et s. L'auteur s'interroge à propos du contrôle des motifs de l'exercice d'un droit subjectif par rapport à la finalité des droits : en invitant le juge à se préoccuper de la finalité des droits et à la confronter avec les mobiles des titulaires, ne lui confère-t-on un pouvoir redoutable ? Ne laisse-t-on pas à sa merci les particuliers qui seront livrés à son arbitraire ? Voir la réponse de Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., p 350.

¹²¹² Georges Ripert, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, op. cit., p. 3. Ainsi l'auteur explique : « l'activité qui s'exerce en vertu d'une permission spéciale du législateur ne peut pas ne pas être honnête et légitime. Sans doute, elle pourrait être maladroite, mais le titulaire d'un droit n'est pas obligé de prouver son aptitude matérielle à l'exercer. C'est encore en user qu'en abuser ».

¹²¹³ Georges Ripert, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, op. cit., p. 12.

¹²¹⁴ Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 166-167.

ces droits qui sont par nature des prérogatives à esprit individualiste et égoïste. Ce qui caractérise l'abus de droit c'est l'intention malicieuse et dommageable constitutive d'une faute. L'acte abusif est un acte fautif auquel le juge peut appliquer tant la règle de responsabilité que les principes moraux régissant les obligations civiles.

Ainsi, l'abus de droit¹²¹⁵ apparaît selon le Doyen Ripert comme une pure question de responsabilité civile dont le noyau dur consiste dans le critère de faute souligné par l'auteur en ces termes : « pas de responsabilité sans faute, tel était le dogme intangible »¹²¹⁶. Dès lors, le critère de l'abus de droit consiste principalement dans l'intention de nuire définie comme « la conscience de causer un préjudice à autrui sans avantage pour l'auteur du comportement dommageable »¹²¹⁷. La notion d'abus de droit désigne alors l'acte normal en apparence, mais qui est fait *sans but utile avec intention de nuire*.¹²¹⁸ Cet acte doit être considéré comme un acte anormal (abusif, excessif) et engage la responsabilité pécuniaire de son auteur malgré sa légalité objective¹²¹⁹.

Cette approche a certes l'avantage de restreindre la notion d'abus de droit à *l'intention de nuire*. Cependant, elle implique nécessairement un devoir éthique général de ne pas nuire à autrui comparable à la bonne foi et illustre donc le lien étroit unissant le droit positif à la morale. Dès lors elle encourt la critique de faire de l'abus de droit un instrument de moralisation de l'exercice des droits subjectifs alors que la majeure partie des auteurs s'efforce de distinguer la morale du droit positif. Par ailleurs, en conférant certains droits subjectifs à l'individu, la loi lui permet en quelque sorte de nuire à autrui¹²²⁰. Ainsi le droit de grève peut nuire à l'employeur. Il en va de même pour le droit de la concurrence ou le droit de critique.

Examinée sous l'angle du concept moral de droit, la position de Georges Ripert se résume en deux idées. D'une part, tout exercice des droits subjectifs entraîne de soi une

¹²¹⁵ Il convient de souligner ici que la théorie de l'abus de droit souffre toujours d'une imprécision quant à sa notion même, ainsi que de diverses incertitudes quant à son régime. En conséquence les auteurs parlent d'abus d'un droit, d'abus de droit, abus des droits ou encore abus du droit. Nous retenons le vocable « abus de droit » qui paraît conforme à l'idée que la doctrine emploie pour désigner tantôt le défaut de droit, tantôt l'exercice dommageable d'un droit.

¹²¹⁶ Georges Ripert, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, op. cit., p. 2.

¹²¹⁷ Antoine Pirovano, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », Dalloz, 1972, chron. XIII, p. 67 et s.

¹²¹⁸ Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 182. L'auteur donne une définition large de l'intention de nuire : « ce qui est vrai, c'est qu'on peut considérer comme coupable non seulement celui qui fait du mal volontairement mais aussi celui qui le fait inconsciemment par faiblesse ou légèreté ».

¹²¹⁹ Georges Ripert, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, op. cit., p. 14.

¹²²⁰ Juliana Karila de Van, « Le droit de nuire », R.T.D. civ., 1995, p. 533 et s.

nuisance pour autrui, c'est là en quelque sorte le prix de ces droits et chacun doit en supporter les conséquences¹²²¹. D'autre part, la règle morale réprovoque la malveillance et autorise à punir ceux qui exercent leurs droits gratuitement, aux seules fins de nuire. L'abus de droit a pour fonction de censurer l'usage immoral du droit. Ainsi, sa définition de l'abus de droit rejoint paradoxalement celle de Louis Josserand. Avec quelques nuances, Louis Josserand reconnaît que le droit tout entier est imprégné de la morale mais qu'elle n'intervient qu'au moment de la sanction et non au moment de la détermination de la règle de droit qui, elle, ne fait que répondre à une utilité sociale¹²²².

Par ailleurs, l'approche individualiste de Georges Ripert n'échappe pas non plus à la critique d'être subjective. En effet, l'abus de droit est ici fondé sur le constat de l'inutilité de l'acte et sur la recherche de l'intention de nuire (assimilée parfois à l'intention dolosive et à la fraude) d'un sujet de droit. Seul le juge dispose du pouvoir de pénétrer les consciences¹²²³ afin d'établir l'intention de nuire. Or l'examen de l'intention de l'agent semble aussi subjectif¹²²⁴ que le contrôle des motifs légitimes énoncés par Louis Josserand.

Au vu de ces développements, il est possible de jeter un doute sur la réalité de l'opposition entre ces deux approches théoriques. Loin de s'opposer, celles-ci se complètent en réalité. A notre sens, la théorie de l'abus est porteuse de deux significations étroitement liées et qui concourent toutes à la limitation de l'exercice du droit. En effet, l'abus peut être conçu d'une part comme une faute que le sujet de droit commet dans l'exercice de son droit et s'apparente à un contrôle de la qualité du comportement adopté par le titulaire du droit subjectif. D'autre part, il peut être considéré comme une technique de délimitation du contenu d'un droit et sert à faire respecter les limitations posées au droit subjectif¹²²⁵. Dans le premier cas, l'abus se rattache de manière exclusive au régime de la responsabilité civile qui est la sanction d'une conduite contraire au droit c'est-à-dire une conduite transgressant la limite posée par le droit. En revanche, il devient dans le second cas un mécanisme de limitation de la

¹²²¹ Georges Ripert, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, op. cit., p. 2-3.

¹²²² Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., p. 348-349.

¹²²³ Alain Sériaux, « Abus de droit », art. cit., p. 3.

¹²²⁴ Marc Desserteaux, « Abus de droit ou conflit de droits », art. cit., p. 121. Selon l'auteur, « le critérium de l'intention de nuire est fort dangereux, car alors précisément que la doctrine et la jurisprudence tendent à écarter les recherches psychologiques en matière de responsabilité délictuelle simple, il ressuscite les recherches de ce genre en matière d'exercice d'un droit [...] » ; voir égal. Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, op. cit., p. 17 et s. Toutefois Monsieur Stoffel-Munck a montré que l'abus de droit justifie deux types de contrôle subjectif et objectif en droit des contrats. Le contrôle des éléments psychologiques est très courant dans l'exercice d'un droit discrétionnaire ou d'une liberté. En revanche le contrôle objectif s'apparente à une vérification du respect des limites de l'exercice d'un droit subjectif.

¹²²⁵ Cette idée est également soutenue par le professeur Stoffel-Munck. Voir spéc. *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, op. cit., n° 634 et s.

notion et du contenu du droit subjectif¹²²⁶. De ce fait, il trouve sa place dans la théorie générale du droit¹²²⁷ dont les droits subjectifs¹²²⁸ font partie intégrante. Examiné sous l'angle de technique de limitation, la théorie de l'abus désigne une application spéciale de la notion d'exception au domaine du droit subjectif.

Du reste, la querelle doctrinale ne semble pas avoir beaucoup d'influence sur la jurisprudence qui a très souvent fait de l'abus une conception bien plus large. Sont censurés comme tel, non seulement les comportements révélateurs d'une intention de nuire mais également tout exercice déraisonnable d'un droit c'est-à-dire tout détournement de sa finalité objective. La jurisprudence de l'abus explicite donc l'idée selon laquelle le droit subjectif, fût-il une prérogative conférée par la loi à l'individu, n'est pas absolu et ne doit pas se transformer en source de conflits entre les individus. Son exercice doit être limité à partir du moment où il risque de causer des dommages à autrui. En définitive, la correction de l'abus de droit est d'après Monsieur Fischer, *une dérogation au droit reconnue par la règle normalement applicable, en raison de l'excès manifeste que tolérerait son application trop stricte*¹²²⁹.

Ainsi, la théorie de l'abus de droit apparaît tantôt comme la règle de responsabilité, tantôt comme la technique de limitation de l'exercice des droits. Si elle est rebelle à la conceptualisation c'est parce qu'elle est une notion à réalité multiple et qu'elle offre des grilles d'interprétation différentes selon les droits analysés¹²³⁰. Résistant à la systématisation, l'abus de droit ne peut être qu'une notion fonctionnelle nécessaire à la conciliation des droits subjectifs en conflit et à préservation de l'équilibre des relations juridiques. C'est l'aspect fonctionnel de la notion d'abus de droit qu'il faut maintenant étudier pour mieux expliciter

¹²²⁶ Georges Michaélidès-Nouaros, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », R.T.D. civ., 1966, p. 216-235. Selon l'auteur, « la théorie moderne sur l'abus de droit, élaborée surtout par la science et la jurisprudence française, a eu une importance capitale sur la délimitation de la notion et du contenu du droit subjectif ».

¹²²⁷ Louis Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, op. cit. p. 14. Selon l'auteur « en tant que théorie général du droit, la théorie de l'abus de droit a vocation à s'appliquer à toutes les branches du droit ».

¹²²⁸ C'est là tout l'intérêt de la distinction entre l'acte abusif/fautif et le dépassement de droit (acte illégal). Ainsi que l'a expliqué Georges Ripert : « La théorie de l'abus de droit est en général étudiée dans l'exposé des principes de la responsabilité civile, à propos de l'analyse de la faute. [...] Mais la doctrine la plus récente estime que cette question dépasse le domaine de la responsabilité et doit trouver place dans la théorie générale des droits subjectifs », Georges Ripert, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Jossierand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, op. cit.

¹²²⁹ Jérôme Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004, n° 235.

¹²³⁰ Jérôme Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, op. cit., n° 236.

notre affirmation selon laquelle l'interdiction de l'abus de droit est l'application de la notion d'exception aux droits subjectifs.

§2. L'identité fonctionnelle de la théorie de l'abus de droit et de la notion d'exception : résolution de conflits des droits

Si aucune définition conceptuelle ne lui convient, la théorie de l'abus de droit peut toutefois être envisagée comme une notion fonctionnelle. Selon le Doyen Vedel, la notion fonctionnelle permet au juge de résoudre un certain nombre de problèmes de même type au jour le jour, tout en préservant l'avenir. Elle n'est pas un pur mot car elle s'inspire d'une idée ou d'un faisceau d'idées que l'on peut formuler ; mais elle constitue des notions *ouvertes* prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur¹²³¹. Cette définition proposée par le Doyen semble être la seule à même de pouvoir caractériser convenablement la théorie de l'abus de droit.

Les fonctions les plus fondamentales de la théorie de l'abus du droit consistent d'une part à poser des limites à l'exercice des droits subjectifs et d'autre part à sanctionner la violation des limitations ainsi déterminées. Plus précisément, cette thèse permet au juge de fixer les limites à l'exercice de ces droits conçus comme des prérogatives individuelles pour éviter qu'elles entrent en conflit au moment de leur concrétisation (**A**) ou qu'elles se prêtent à des usages contraires à l'éthique ou à la finalité à laquelle elles sont destinées. C'est dans sa fonction de limitation indispensable à la résolution des droits en conflit que l'abus de droit apparaît comme l'application de la notion d'exception au domaine des droits subjectifs.

Destinée au départ à limiter l'exercice des droits subjectifs, la théorie de l'abus a rapidement dépassé son champ d'application initial et s'étend aujourd'hui à l'ensemble des droits et libertés (**B**). Il convient dès lors d'expliquer que cette extension semble déplacer l'abus de la logique de responsabilité pour le situer dans la logique de la validité et de la force obligatoire de la règle de droit¹²³². Ainsi l'interdiction de l'abus constitue la limitation de la validité du droit au même titre que la notion d'exception. Cette idée est davantage confortée lorsque le législateur intervient pour prévenir l'abus. Par conséquent, lorsque la loi se réfère à l'abus, elle ne fait que désigner l'exception sous un terme différent.

¹²³¹ Georges Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », J.C.P., 1948, I, 682.

¹²³² Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, op. cit., p. 291 et s. ; Laurent Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, op. cit., p. 174 et s.

A. La théorie de l'abus de droit : l'utilisation de la notion d'exception dans la résolution du conflit des droits subjectifs

Conçu à l'origine comme un mécanisme judiciaire de correction des conséquences iniques dues à la généralité de la loi, l'abus de droit désigne en réalité un *type particulier de limitation et ne devrait avoir qu'un champ d'application limité : les droits subjectifs*. Par limitation particulière, il faut entendre que l'exercice des droits subjectifs définis comme des prérogatives conférées par la loi à l'individu n'est pas absolu et *doit respecter des limitations autres que celles préétablies par le législateur*. En effet, l'usage d'un droit subjectif qui est conforme à la limitation objectivement fixée par la loi, peut néanmoins entrer en conflit avec un autre droit dans une situation concrète comme l'illustrent le droit de propriété et le droit de grève. Dès lors, il appartient au juge saisi d'un cas concret de limiter l'exercice des droits au moyen de la théorie de l'abus afin de résoudre le conflit (1).

Placée d'abord sur le terrain de la responsabilité civile c'est-à-dire de la réparation des dommages causés à autrui par l'exercice abusif des droits subjectifs, la théorie de l'abus de droit recouvre aujourd'hui d'autres types de sanctions. Elle s'érige alors en un mécanisme général de sanction de la violation des limites des droits et libertés (2). Au-delà de sa nature protéiforme, la théorie de l'abus révèle une certaine unité fonctionnelle à savoir la fonction de régulation par le juge de l'exercice des droits et libertés contradictoires¹²³³.

1. L'abus de droit comme la limitation nécessaire des droits subjectifs en conflit

La limitation de droit est certes une idée courante puisque l'exercice sans limite d'un droit risque d'entrer en conflit avec l'usage d'un autre droit. Ainsi les juges internationaux, européens et nationaux admettent de manière générale que les droits et libertés ne sont pas absolus mais limités. Ils précisent toutefois qu'il n'appartient qu'au législateur de concilier les droits et libertés en posant des limites à leur exercice. La limitation est indispensable à la conciliation des droits et libertés conflictuels.

Déterminées par le législateur, les limitations révèlent leur consubstantialité à la règle. C'est-à-dire que le législateur énonce un droit ou une liberté et énumère ensuite les

¹²³³ Raymond Goy, « L'abus de droit en droit administratif français », R.D.P., 1962, p. 5 et s.

exceptions, il détermine en effet les cas dans lesquels l'exercice des droits et libertés sera prohibé. Ces limitations sont légales, explicites ou encore *externes* selon la formule proposée par la doctrine¹²³⁴ et constituent l'essence de la notion d'exception telle qu'elle est définie dans notre étude. Elles concernent aussi bien les droits objectifs que les droits subjectifs. La violation de ces limitations légales correspond au dépassement ou au défaut de droit en droit civil¹²³⁵ et à l'excès de pouvoir en droit administratif¹²³⁶. Dans le premier cas elle est censurée par la règle de la responsabilité. Elle encourt en revanche la nullité dans le second cas.

Il s'agit toutefois de savoir si les droits et libertés ne sont soumis qu'à des limitations légales et *externes*. Celles-ci sont-elles suffisantes et efficaces pour prévenir et éviter le conflit des droits ? La théorie de l'abus y apporte une réponse négative en mettant en lumière la nature dynamique de la notion d'exception. L'idée est la suivante : l'exercice des droits subjectifs, bien qu'il ne dépasse pas les limites fixées par la loi, peut néanmoins être illicite lorsqu'il cause des préjudices à autrui ou qu'il détourne ces droits subjectifs de la finalité à laquelle ils sont destinés¹²³⁷. Il doit par conséquent être soumis non seulement à des limitations légales, externes mais également à des limitations implicites et internes¹²³⁸ résultant des circonstances concrètes et déterminées par le juge. Manifestée à travers le procédé dynamique de l'abus de droit¹²³⁹, la notion d'exception confirme l'impératif d'équilibre des relations juridiques en interdisant toute utilisation excessive et dommageable d'un droit¹²⁴⁰. L'exercice d'un droit devient abusif et encourt la sanction à partir du moment où il dépasse les limites se situant à l'intérieur du cadre législatif délimitant le contenu et l'étendue des prérogatives reconnues à l'individu. Ainsi, la théorie de l'abus de droit et la notion d'exception entretiennent une identité matérielle. Si elle se distingue de l'exception par son champ d'application et par son mode de création judiciaire, la théorie de l'abus n'en demeure pas moins l'application de l'exception au droit privé.

¹²³⁴ Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux avec le concours de Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil : introduction générale*, op. cit., p. 751 et s.

¹²³⁵ Loïc Cadet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », art. cit., n° 31 et n° 32.

¹²³⁶ Louis Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 25 et s.

¹²³⁷ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., p. 394 et s.

¹²³⁸ Jacques Ghestin et al., *Traité de droit civil : introduction générale*, op. cit., p. 751. Les auteurs proposent en effet de distinguer les limites externes (légales et explicites) et les limites internes (d'origine jurisprudentielle et implicites) des droits et libertés.

¹²³⁹ Alain Sériaux, « Abus de droit », art. cit., p. 2. Selon le professeur la théorie de l'abus permet d'interdire n'importe quelle utilisation excessive d'un droit. En effet, elle est potentiellement applicable à n'importe quel droit et liberté. La catégorie des droits discrétionnaires, dont l'usage est traditionnellement considéré comme insusceptible d'abus n'a rien d'étanche par rapport à celle des droits contrôlés. Le juge conserve toujours la faculté d'estimer ce contrôle opportun, quelque soit le droit ou la liberté en cause.

¹²⁴⁰ Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, op. cit., p. 45.

L'abus de droit en tant que l'exception interne s'applique également au droit public et s'apparente à la notion de « *fraude à la loi* ». En effet, l'individu ne peut se prévaloir de manière abusive d'un droit subjectif dont il bénéficie contre l'Etat ou contre l'administration. De même, il ne peut détourner le droit de sa finalité fixée par la loi. Ainsi dans l'arrêt *Dakoury*, le Conseil d'Etat a précisé qu'un « *usage abusif* » du droit reconnu à l'étranger demandeur du statut de réfugié doit être évité et sanctionné¹²⁴¹. Dans le même esprit, l'article 19 de la loi du 12 avril 2000 dispense l'administration de l'obligation d'accuser réception des *demandes abusives*, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique¹²⁴². L'emploi de l'abus en droit administratif semble confirmer la thèse de finalité du droit. Ainsi, l'usage détourné d'un droit de ses finalités peut être qualifié d'abusif sans que l'intention de nuire ou le dommage soit constaté.

S'il existe selon le professeur Eck un droit constitutionnel subjectif susceptible d'abus¹²⁴³, celui-ci ne doit pas selon nous être confondu avec la notion civiliste des droits subjectifs accordés à l'individu. De même, nous ne pensons pas que la théorie de l'abus de droit en droit constitutionnel lorsqu'il s'applique à certaines habilitations constitutionnelles peut avoir la même signification ou la même fonction que la théorie civiliste d'abus de droit. La finalité de la théorie civiliste d'abus de droit consiste à justifier la limitation imposée par le juge à l'exercice légal d'un droit lorsque celui-ci cause des dommages à autrui. L'idée est la suivante : lorsqu'une personne agit dans le cadre des limites de son droit et cause néanmoins des dommages à autrui, cela signifie que la limite légale abstraitement déterminée par la loi s'avère dans certaines situations, mauvaise, insuffisante ou inadéquate. Il appartient donc au juge de rectifier ou d'ajuster cette limite à des cas particuliers afin de garantir l'égalité de jouissance des droits entre les différents individus. En ce sens, la théorie de l'abus de droit peut être conçue comme une technique visant à adapter la limitation légale (exception) aux circonstances concrètes. Etant l'unique interprète authentique de la loi lorsque celle-ci est invoquée devant sa juridiction, le pouvoir du juge judiciaire de fixer les limites à l'exercice d'un droit légalement conféré à un individu et de prononcer les sanctions quand l'abus est retenu ne peut être contesté ni par une autre autorité, ni par le justiciable.

¹²⁴¹ C.E. Ass., 13 décembre 1991, *Dakoury*, rec., p. 440 ; D. 1992, p. 447, notes F. Julien-Laferrière ; R.F.D.A., 1992, p. 90, concl. R. Abraham.

¹²⁴² Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, J.O. du 13 avril 2000, p. 5646.

¹²⁴³ Laurent Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, op. cit., p. 103.

Ainsi explicité, la théorie civiliste de l'abus de droit peut-elle être appliquée à toutes les dispositions constitutionnelles ? Par exemple est-il possible de qualifier le refus du Président de la République François Mitterrand de signer les ordonnances prises par le gouvernement de Jacques Chirac en vertu de l'article 38 de la Constitution d'abus de droit ? Face à ce refus présidentiel de signer les ordonnances, la doctrine s'interroge en effet sur le point de savoir si le Président a abusé de son droit ou de son pouvoir. Selon certains auteurs, le Président est tenu, en vertu de l'article 13 de la Constitution aux termes duquel « le Président de la République signe les ordonnances et décrets délibérés en Conseil des ministres », de signer les ordonnances. Cet article 13 doit selon eux être interprété comme prescrivant une obligation à la charge du Président de signer les ordonnances. Or en refusant de les signer, le Chef de l'Etat a commis un abus de pouvoir et violé la Constitution¹²⁴⁴. D'autres ont insisté sur l'imprécision de cette disposition pour soutenir qu'elle ne confère au Chef de l'Etat qu'une permission d'agir ou de s'abstenir. En raison de l'imprécision de l'article 13, le Président de la République est libre de signer ou de ne pas signer les ordonnances¹²⁴⁵.

Sans prendre part à cette controverse, il convient de nous interroger sur le point de savoir si la théorie civiliste d'abus de droit telle qu'elle est ici explicitée peut être applicable au refus du Président de la République de signer les ordonnances. La réponse à cette question ne peut qu'être négative pour deux raisons.

D'une part, tant l'imprécision de l'article 13 que la configuration de l'ensemble des dispositions constitutionnelles semblent conférer un pouvoir discrétionnaire au Président de la République de signer ou de ne pas signer les ordonnances. De même, le Président paraît être le seul habilité à donner une interprétation authentique de l'article 13, ce qu'il a fait en refusant de signer les ordonnances. La seule limite à ce pouvoir discrétionnaire résiderait à notre sens non pas dans la théorie civiliste de l'abus de droit mais dans le pouvoir du Parlement de destituer le Président en vertu de l'article 68 de la Constitution. En effet, le Parlement peut destituer le Président s'il estime que son refus de signer les ordonnances constitue un manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son

¹²⁴⁴ Yves Gaudemet, « Le Président est tenu de signer », *Le Monde*, 18 avril 1986 ; Roland Drago explique dans le journal *Le Figaro* du 16 juillet 1986 que le refus du président de signer les ordonnances est un « abus de pouvoir », Roland Drago, « Mitterrand commet un abus de pouvoir », *Le Figaro*, 16 juillet 1986. Voir égal. Marie-Anne Cohendet, *La cohabitation : leçons d'une expérience*, Paris, P.U.F., coll. Recherches politiques, 1993, p. 172 et s.

¹²⁴⁵ Jacques Robert, « Monsieur Mitterrand peut refuser de signer », *Le Monde*, 18 avril 1986 ; voir dans le même sens, Maurice Duverger, « Le Président de la République n'est pas obligé de signer les ordonnances », *Le Monde*, 22 mars 1986.

mandat. Il en résulte que le Président doit tenir compte de cette menace de destitution lorsqu'il décide de signer ou de ne pas signer les ordonnances.

D'autre part, aucune disposition constitutionnelle ne permet au Conseil constitutionnel d'intervenir pour fixer les limites implicites à l'exercice de l'article 13 par le Président de la République et de sanctionner les éventuelles violations de ces limites. L'absence d'une jurisprudence constitutionnelle relative à l'article 13 confirme notre constat. Dès lors il est difficile de qualifier le refus du Président de signer les ordonnances d'abus de pouvoir ou de droit. Plus exactement, la théorie de l'abus de droit ne peut être appliquée à l'article 13 puisqu'une telle application suppose nécessairement deux prémisses : le juge est habilité à déterminer les limites à l'exercice de l'article 13 et à sanctionner le refus du Président de signer les ordonnances s'il l'estime abusif ; le juge est l'unique interprète authentique de l'article 13. Or tel ne semble ni le cas ni l'esprit prévu par la Constitution de 1958¹²⁴⁶.

Ce raisonnement applicable à l'article 13 est également valable pour le droit de dissolution prévu par l'article 12 de la même Constitution. Lorsque le Président de la République exerce ce droit de dissolution dans le respect des trois limitations explicitement fixées par la Constitution ; impossibilité de dissoudre l'Assemblée nationale lorsqu'une dissolution a eu lieu il y a moins d'un an¹²⁴⁷ ; interdiction de la dissoudre en période de vacance de la présidence¹²⁴⁸ ; interdiction de la dissoudre pendant l'application de l'article 16¹²⁴⁹ ; on ne peut pas qualifier l'exercice de ce droit d'abusif. En effet, quelques auteurs présentent la dissolution décidée par le Président Jacques Chirac en 1997 comme un « abus du droit de dissolution » en s'appuyant sur l'argument selon lequel le droit de dissolution ne peut être utilisé qu'afin de résoudre des crises institutionnelles et qu'il ne peut en revanche pas être utilisé pour anticiper les échéances électorales¹²⁵⁰. Si un tel raisonnement peut être admis au

¹²⁴⁶ C'est en constatant l'absence des limites ainsi que des sanctions à l'égard du refus du Président de la République de signer les ordonnances que Laurent Eck parle de « l'abus de droit non justiciable ». Voir Laurent Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, op. cit. p. 193.

¹²⁴⁷ L'article 12 alinéa 4 prévoit en effet qu'« il ne peut être procédé à une nouvelle dissolution dans l'année qui suit ces élections ».

¹²⁴⁸ L'article 7 alinéa 4 est ainsi rédigé « en cas de vacance de la Président de la République pour quelque cause que ce soit, ou d'empêchement constaté par le Conseil constitutionnel saisi par le Gouvernement et statuant à la majorité absolue de ses membres, les fonctions du Président de la République, à l'exception de celles prévues aux articles 11 et 12 ci-dessous, sont provisoirement exercés par le Président du Sénat et, si celui-ci est à son tour empêché d'exercer ces fonctions, par le Gouvernement ».

¹²⁴⁹ L'article 16 alinéa 4 et 5 prévoit que « Le Parlement se réunit de plein droit. L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels ».

¹²⁵⁰ Expression issue de l'audition de René Rémond par la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat, présidée par Christian Bonnet et qui a présenté un rapport sur la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale le 16 janvier 2001, n° 186, p. 41. Dans cette audition, Monsieur René Rémond a alors rappelé que le droit de dissolution ne devait s'exercer que dans des circonstances exceptionnelles, crise de société telle celle de mai 1968 ou dysharmonie profonde entre les pouvoirs entraînant des risques de blocages comme en 1981 et en 1988. Il a alors estimé qu'au

niveau des débats doctrinaux, il n'a pas de conséquence sur le plan juridique. En l'état actuel du droit constitutionnel, aucun article de la Constitution de 1958 ne permet au juge constitutionnel d'apporter à l'article 12 les limites autres que celles ci-dessus énumérées ou de censurer le Président de la République pour usage abusif de cette disposition. Par ailleurs, une telle intervention du juge ne risque-t-elle pas de rompre l'équilibre entre l'article 12 et l'article 49 de la Constitution ? L'article 12 confère en quelque sorte un pouvoir discrétionnaire (pouvoir propre) au Président de la République dont la limite se trouve à l'instar de l'article 13 dans la menace de destitution. Il en résulte que le juge constitutionnel ne peut pas recourir à la théorie civiliste de l'abus de droit pour fixer les limites à certaines attributions constitutionnelles du Chef de l'Etat. Cette impossibilité ne signifie pas que le Conseil constitutionnel refuse d'appliquer les notions de droit civil aux normes constitutionnelles mais elle est le résultat de la configuration de l'ordre constitutionnel.

En revanche, lorsque la configuration constitutionnelle le lui permet, le juge constitutionnel peut parfaitement appliquer la théorie civiliste d'abus de droit à certaines normes constitutionnelles. A l'instar du juge judiciaire, cette théorie est utilisée par le juge constitutionnel pour apporter des limitations à l'exercice de certains droits constitutionnels. Ainsi que l'illustre sa jurisprudence relative au droit d'amendement conféré aux parlementaires et au Gouvernement en vertu de l'article 44 de la Constitution¹²⁵¹. Droit à dimension variable¹²⁵², le droit d'amendement est considéré comme le corollaire du droit d'initiative législative. S'il est légitime, le recours au droit d'amendement peut néanmoins donner lieu à des abus. C'est une des armes favorites des parlementaires quand ils veulent ralentir le cours d'un débat législatif¹²⁵³. En effet, le droit d'amendement peut être utilisé par les parlementaires de l'opposition comme un instrument d'obstruction à la procédure législative. Si le non respect du droit d'amendement constitue une cause d'inconstitutionnalité de la loi, il ne faut pas non plus que le respect de ce droit conduise à paralyser la procédure législative. C'est en ce sens que le juge peut appliquer la théorie de l'abus de droit à ce droit. Plus précisément, l'exercice du droit d'amendement n'est pas seulement soumis à des limites formulées par les irrecevabilités au titre des articles 40, 41 et 44 et des règlements des

contraire, la dissolution intervenue en avril 1997, alors même que le gouvernement disposait d'une majorité écrasante à l'Assemblée nationale, s'apparentait à une anticipation d'échéances électorales dans le droit fil de la coutume britannique mais contrairement à cette pratique britannique, le Président de la République restait en fonctions même en cas d'échec, et qu'il s'agissait donc à ses yeux d'un abus du droit de dissolution ; cité par Laurent Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, op. cit., p. 206.

¹²⁵¹ Bertrand Mathieu, « Le droit d'amendement : en user sans en abuser », A.J.D.A., 2006, p. 306.

¹²⁵² François Luchaire, « Un droit à dimension variable, le droit d'amendement », in *Mélanges Loïc Philip*, Paris Economica, 2005, p. 125 et s.

¹²⁵³ Slimane Lakrouf « Le droit d'amendement », R.D.P., 1991, p. 437 et s.

assemblées parlementaires¹²⁵⁴ mais il peut également recevoir des limitations déterminées par le juge constitutionnel en fonction des circonstances. Ainsi, dans la décision du 13 décembre 1985, le Conseil constitutionnel a posé la limite selon laquelle « l'amendement ne doit pas être dépourvu de tout lien avec le texte en discussion »¹²⁵⁵. Puis dans la décision du 23 janvier 1987, le Conseil a encore précisé le cadre dans lequel doit s'exercer le droit d'amendement en fixant « les limites inhérentes » à ce droit¹²⁵⁶. Statuant sur la constitutionnalité d'un amendement, le juge a déclaré qu'« à raison tant de leur ampleur que de leur importance, les dispositions qui sont à l'origine de l'article 39 excèdent les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement »¹²⁵⁷. Depuis cette jurisprudence, le juge constitutionnel affirme de façon constante que « les adjonctions ou modifications apportées au texte en cours de discussion par voie d'amendement ne sauraient, sans méconnaître l'article 39 alinéa 1 et l'article 44 alinéa 1 de la Constitution, ni être sans lien avec ce dernier, ne dépasser par leur objet ou leur portée les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement qui relève d'une procédure spécifique »¹²⁵⁸.

S'agissant des droits et libertés constitutionnels matériels ou fondamentaux, le juge constitutionnel considère de manière constante qu'il est loisible au législateur de fixer les limites à leur exercice afin d'éviter des usages abusifs. C'est en ce sens que dans la décision du 15 mars 2012, à propos des limites à l'exercice du droit de grève, le juge reconnaît qu'« il est loisible au législateur de tracer la limite séparant les actes et comportements qui constituent l'exercice licite de ce droit et les actes et comportements qui en constitueraient un usage abusif »¹²⁵⁹. De même, il reconnaît au juge judiciaire le droit de contrôler « un éventuel abus de droit » dans la rupture du contrat première embauche. Il en résulte que l'abus de droit est une technique utilisée par les juges pour fixer une exception autre que celle déterminée par le législateur à l'exercice des droits et libertés constitutionnels lorsque celui-ci s'avère contraire à l'esprit de ces droits et libertés.

¹²⁵⁴ Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, J.O. du 16 avril 2009, p. 6530.

¹²⁵⁵ Décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle, J.O. du 14 décembre 1985, p. 14574, cons. 3 et 4.

¹²⁵⁶ Décision n°87-225 DC du 23 janvier 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social, J.O. du 25 janvier 1987, p. 925, cons. 11.

¹²⁵⁷ Id.

¹²⁵⁸ Décision n° 94-329 DC du 15 janvier 1994 Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités locales, J.O. du 15 janvier 1994, p. 829.

¹²⁵⁹ Décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, Loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises des transports aériens de passagers et diverses dispositions dans le domaine des transports, J.O. du 20 mars 2012, p. 5028, cons. 5 et 6.

Au-delà de sa forme de responsabilité (l'abus comme la conduite fautive du sujet de droit), l'interdiction de l'abus de droit s'extériorise surtout comme la limitation de la validité et de la force obligatoire des droits et libertés. Elle peut donc être remplacée au regard de l'ordre juridique, par les limites précises que le droit objectif leur apporte¹²⁶⁰. Cette idée confirme non seulement l'identité matérielle entre l'exception et l'abus de droit mais également l'idée selon laquelle l'abus de droit est un concept équivalent de l'exception utilisé en droit privé¹²⁶¹. Les droits subjectifs sont ainsi doublement limités par l'ordre juridique. Ils le sont d'abord dans leur contenu, leur existence même. Ce sont des limitations objectives au moyen desquelles le législateur détermine que le propriétaire peut jouir de sa propriété en y faisant des constructions mais qu'il ne doit pas empiéter sur celle de son voisin. De même, les salariés ont le droit de faire grève mais ils ne doivent pas séquestrer le patron ou détruire les biens de l'entreprise¹²⁶². Les droits subjectifs sont limités ensuite dans leur exercice. L'exercice limité signifie que l'individu ne doit pas utiliser les droits qui lui sont donnés par la loi dans des buts illicites ou contraires à la finalité de l'ordre juridique. Ainsi le propriétaire, bénéficiaire d'un permis de construire ne doit pas s'en servir pour ériger une fausse cheminée dans le but de nuire à son voisin. De même le salarié gréviste ne peut utiliser le droit de grève pour soutenir l'un de ses camarades, licencié pour faute professionnelle¹²⁶³.

A côté de sa fonction de police (discipline) des droits subjectifs, la théorie de l'abus de droit acquiert une autre fonction plus politique car il s'agit de définir la finalité (sociale ou individuelle) du droit exercé et de contrôler l'adéquation de l'exercice du droit à cette finalité. Cependant, le vocable « *fonction politique* » de l'abus de droit doit être employé avec prudence puisqu'il ne signifie pas que les droits subjectifs doivent être exercés dans l'intérêt exclusif de la collectivité¹²⁶⁴. De même, par « *finalité sociale du droit* » il faut entendre l'idée selon laquelle l'ordre juridique en tant que l'ordre social repose sur l'équilibre des rapports sociaux et donc des rapports de droit. A cet égard, en contrôlant leur exercice au moyen de l'abus de droit, le juge n'assure pas uniquement la police des droits subjectifs ; en même

¹²⁶⁰ Jacques Ghestin et al., *Traité de droit civil : introduction générale*, op. cit., p. 751 ; voir égal., Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », art. cit., n° 31.

¹²⁶¹ Alphonse Spielmann et Dean Spielmann, « La notion d'abus de droit à la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles, Actes du XIXe Colloque de droit européen au Luxembourg, les 6-9 novembre 1989*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990, p. 58-77.

¹²⁶² Jacques Ghestin et al., *Traité de droit civil : introduction générale*, op. cit., p. 750 et s.

¹²⁶³ Cass. soc., 16 novembre 1993, n° 91-41. 024, J.C.P. E. 1995, II, n° 658, note B. Siau.

¹²⁶⁴ Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », art. cit., n° 31. Selon les auteurs, même Louis Josserand, défenseur du concept relatif du droit, n'a jamais soutenu une conception totalitaire de la fonction sociale des droits ou de leur destination sociale.

temps, en assurant cet équilibre, il résout le conflit des différents usages des droits subjectifs et contribue à la cohérence de l'ordre juridique¹²⁶⁵. En filigrane de la théorie de l'abus de droit apparaît l'idée selon laquelle la limitation de l'exercice des droits est indispensable à l'équilibre des rapports juridiques entre individus et à la sauvegarde des finalités sociales de l'ordre juridique¹²⁶⁶.

La garantie de l'équilibre et des finalités de l'ordre juridique français appelle à présent quelques indications sur la façon dont sont sanctionnés les abus reconnus.

2. L'abus de droit comme la sanction de la violation des limites internes du droit

Lorsque l'abus d'un droit a été commis, il faut le corriger et réparer ses conséquences. A cet égard, la recherche d'un fondement légal de la réparation des dommages nés de l'abus de droit a toujours divisé la doctrine. Celle-ci se demande en effet si l'abus se confond avec le droit commun de la responsabilité énoncé au titre de l'article 1382 du code civil selon lequel « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». En d'autres termes, il s'agit de savoir si l'abus de droit peut être traité comme une simple faute. Si la réponse est positive, il reste encore à savoir quel genre de faute recouvre l'abus.

L'assimilation de l'abus à la responsabilité civile donc à la faute a été défendue par Emmanuel Lévy¹²⁶⁷ qui considère que tout acte dommageable engage la responsabilité de son auteur et ce peu importe que l'acte en cause n'ait été que l'exercice d'un droit. Cette vision risque de nier totalement la spécificité de la théorie de l'abus et de donner raison à la critique de Marcel Planiol selon laquelle l'abus de droit est une logomachie. En effet, si la théorie de l'abus et la responsabilité sont la même chose, à quoi bon dès lors discuter sur une théorie qui ne présente aucune originalité par rapport à la responsabilité civile¹²⁶⁸ ?

Cette objection ne peut être résolue qu'à la condition d'admettre que si l'abus constitue une faute, il demeurera toutefois une faute spécifique. De même, la sanction de l'abus ne se réduit pas purement et simplement à celle prévue par le droit commun de la

¹²⁶⁵ Antoine Pirovano, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », art. cit., p. 70.

¹²⁶⁶ Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », art. cit., n° 32 ; voir égal. Alain Sériaux, « Abus de droit », art. cit., p. 3.

¹²⁶⁷ Emmanuel Lévy, *La vision socialiste du droit*, Paris, Giard, coll. Collection internationale des juristes populaires, 1926, p. 45 et s.

¹²⁶⁸ Jacques Ghestin et al., *Traité de droit civil : introduction générale*, op. cit., p. 753.

responsabilité civile s'inscrivant dans l'optique de réparation du dommage. L'acte abusif peut également être sanctionné par la réduction de sa validité, ainsi que l'attestent l'évolution et la diversité des sanctions de la théorie de l'abus.

Au départ, la sanction la plus ancienne de l'abus a effectivement pris la forme de la responsabilité fondée sur la faute du titulaire du droit¹²⁶⁹. Elle se traduit sous la forme concrète de réparation des dommages. Néanmoins, elle ne s'était pas simplement réduite à des dommages et intérêts. Elle les dépasse en prenant la forme d'une réparation en nature. Ainsi le juge peut ordonner la publication d'un jugement en cas d'abus du droit de critique¹²⁷⁰ ou la démolition d'un ouvrage construit abusivement.

Dépasant le droit de la responsabilité civile, l'abus de droit recouvre aujourd'hui d'autres mécanismes de sanction. Ainsi l'abus commis peut entraîner *l'annulation pure et simple* de l'acte comme l'illustre le cas d'abus de droit de minorité¹²⁷¹ ou de majorité¹²⁷² dans les sociétés. Or l'annulation produit un effet rétroactif, ce qui signifie que l'acte abusif n'a jamais produit un quelconque effet juridique et ne donne pas lieu à réparation comme l'a prévu le droit de la responsabilité mais au rétablissement d'un *statut quo*. Cette sanction de nullité met ainsi en lumière la spécificité de l'abus par rapport à la réparation au titre de l'article 1382 du Code civil et fondée sur la notion de faute.

Par ailleurs, la sanction de l'abus peut avoir pour but de prévenir tant l'abus que ses conséquences. Ainsi, en vertu de l'article L. 132-1 du code de la consommation¹²⁷³ le juge peut réputer non écrites certaines clauses jugées abusives conclues entre professionnels et consommateur. La sanction des clauses abusives consiste en une réduction partielle de la force obligatoire du contrat¹²⁷⁴. Le contrat subsiste mais amputé de ses clauses incriminées. L'abus se place ici dans la logique de la validité de l'acte juridique et non plus dans celle de la responsabilité (faute et réparation). L'article L. 132-1 apporte ainsi une exception à la liberté contractuelle et confère au juge un pouvoir considérable de limiter cette liberté contractuelle d'une part et de s'immiscer dans l'autonomie de la volonté individuelle d'autre part. Comme

¹²⁶⁹ Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », art. cit., n° 34.

¹²⁷⁰ Cass. civ, 1^{ère}, 5 juillet 2006, n° 5-16.614, Bull. civ. I, n° 386, il s'agit d'un article de presse critique qualifiant le vin en question de « picrate » et d'à peine buvable, alors qu'il a été régulièrement récompensé. Le juge reconnaît qu'il y a abus du droit de critique.

¹²⁷¹ Cour d'appel de Paris, 12 février 1982 revue droit des sociétés, 1982, p. 848 notes de J.G.

¹²⁷² Cass. com., 24 janvier 1995, D. 1995, IR, p. 56.

¹²⁷³ L'alinéa 5 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation énonce la sanction des clauses abusives en ces termes « Les clauses abusives sont réputées non écrites ». Il est important de noter que l'ensemble des dispositions de l'article L. 132-1 sont d'ordre public.

¹²⁷⁴ Sophie Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Paris, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006, p. 84-104.

l'a illustré la jurisprudence Chronopost¹²⁷⁵ dans laquelle le juge en réputant non écrite la clause limitative de la responsabilité, prive le contrat en cause d'une partie de sa force obligatoire.

Dans le même ordre d'idée, l'acte abusif peut être privé de son opposabilité à l'égard des tiers. En effet, l'article L. 64 du livre des procédures fiscales¹²⁷⁶ sanctionne l'abus par *l'inopposabilité* à l'administration fiscale des actes qui dissimulent la véritable valeur d'une opération juridique¹²⁷⁷. La sanction de l'abus peut également être une privation totale ou partielle du droit abusivement exercé. Elle s'apparente dans cette hypothèse à la déchéance de droit illustrée tantôt par les articles 378 à 381 du code civil (déchéance et retrait partiels de l'autorité parentale), tantôt par les articles 17 et 18 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En résumé, l'abus de droit désigne non seulement la limite du droit mais aussi la sanction de la transgression de cette limite. Elaborée par le juge judiciaire à la fin du XIXe siècle afin de limiter l'exercice des droits subjectifs aux contours imprécis, la théorie de l'abus s'étend aujourd'hui à presque tous les droits et libertés. Si le phénomène d'extension de l'abus de droit conforte l'idée selon laquelle l'abus se définit davantage comme une théorie de limitation de l'exercice des droits et libertés que de la faute, il suscite néanmoins des questions relatives au rapport entre le législateur et le juge tant dans l'élaboration du droit que dans la conciliation des intérêts.

B. L'application de la théorie de l'abus de droit aux droits et libertés : expression matérielle de la notion d'exception

L'application extensive de la théorie de l'abus à l'ensemble des droits et libertés (1) confirme ainsi notre intuition de départ selon laquelle l'abus de droit peut être considéré comme un concept équivalent ou comme une manifestation implicite de la notion d'exception. Sans que le terme « exception » apparaisse, l'interdiction de l'abus de droit constitue cependant une forme d'exception spécifique caractérisée par son origine jurisprudentielle et par ses objectifs : *équité et correction des déséquilibres engendrés par l'application*

¹²⁷⁵ Cass. com., 22 octobre 1996, Bull. civ. IV, n° 261 ; Voir Henri Capitant, François Terré et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., t. 2, n° 156.

¹²⁷⁶ L'alinéa 1 de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales dispose que « afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposable, les actes constitutifs d'un abus de droit [...] ».

¹²⁷⁷ Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-20. 599, J.C.P. E., p. 1698 notes M. Hovasse.

rigoureuse de la règle de droit. Toutefois, quand le législateur édicte les dispositions afin de prévenir l'abus, celles-ci constituent en réalité des exceptions. Ainsi, l'objection selon laquelle le juge n'a pas de pouvoir pour limiter les droits légalement conférés à l'individu peut être écartée si on considère que l'usage de la théorie de l'abus par le juge n'est qu'une exception judiciaire en complément de l'exception législative (2). En d'autres termes, l'abus est la concrétisation juridictionnelle des dispositions légales de limitation.

1. L'application extensive de la théorie de l'abus à l'ensemble des droits et libertés : la manifestation saisissante de la notion d'exception

La spécificité de l'abus de droit tient à ce qu'elle permet au juge d'introduire de nouvelles limitations dans les limites légalement posées par le législateur aux droits subjectifs. La théorie de l'abus apparaît dès lors comme l'application spéciale de l'exception au domaine des droits subjectifs entendus comme des prérogatives individuelles. Ainsi, la doctrine souligne que l'abus de droit ne présente d'utilité et de pertinence que si les droits subjectifs conférés constituent de véritables prérogatives aux contours suffisamment précis et délimités. C'est en ce sens que la théorie de l'abus de droit s'érige en *limite interne* des droits.

Si l'abus de droit suppose un droit dont il est abusé¹²⁷⁸, il convient de se demander de quel droit il s'agit et ce que signifie le mot droit dans le contexte de l'abus. De même, la théorie de l'abus s'applique-elle à tout droit ? La question renvoie en vérité à la distinction entre les droits subjectifs et les libertés et à l'identification d'un domaine spécifique de la théorie de l'abus de droit.

Façonnée à l'origine par le juge aux fins de limiter et de discipliner l'exercice d'un droit subjectif souvent entendu comme une prérogative individuelle, la théorie de l'abus ne devrait s'appliquer qu'à des droits subjectifs aux contours déjà délimités par le législateur. En effet, les limites précises que le législateur pose à un droit ou à l'étendue d'une prérogative constituent la présomption de licéité de son exercice. Cette présomption protège l'individu qui use de son droit d'éventuelles responsabilités. Ainsi, l'originalité de l'abus réside dans le fait

¹²⁷⁸ Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », art. cit., n° 9. Les auteurs admettent que cette question semble banale voire affligeante, mais elle pose des difficultés car elle est le critère de détermination du champ d'application de l'abus de droit.

qu'elle peut renverser voire détruire cette présomption¹²⁷⁹ et permettre au juge de fixer de nouvelles limites à l'intérieur d'un droit déjà délimité par le législateur. Dès lors, l'application de la théorie de l'abus demande la détermination préalable des droits subjectifs dont l'étendue et le contenu font l'objet de limitations précises.

Cependant, en raison du caractère imprécis du contenu des « *droits subjectifs* » d'une part et de l'indétermination de leurs limites d'autre part, le domaine d'application de la théorie de l'abus de droit s'avère souvent incertain et mouvant. Certains auteurs tendent dès lors à appliquer l'abus de droit non seulement à l'exercice des droits subjectifs (prérogatives individuelles) mais également à l'usage des libertés. A titre d'exemple, Jean Dabin considère que les droits (qu'ils soient subjectifs ou objectifs) et les libertés sont tous les deux susceptibles d'être exercés de manière abusive¹²⁸⁰. En effet, les libertés reconnues et garanties par le constituant et le législateur impliquent nécessairement le droit d'en user. La liberté d'association entraîne logiquement le droit d'association de même que la liberté syndicale implique le droit de grève. En conséquence, l'abus s'applique aussi bien aux droits qu'aux libertés. Dans le même esprit, Paul Roubier étend l'application de l'abus de droit à l'ensemble des droits et libertés¹²⁸¹. L'extension du champ de validité de la théorie de l'abus se trouve d'ailleurs confortée par les deux thèses récentes de Laurent Eck et de Nathalie Droin¹²⁸². L'abus se conçoit selon ces auteurs comme la simple limitation inhérente à tout droit et liberté. Dès lors la distinction entre droit et liberté comme critère distinctif de l'exception et de l'abus s'avère inutile.

D'autres auteurs¹²⁸³ ont critiqué cette extension de la théorie de l'abus à l'ensemble des droits subjectifs et libertés au motif suivant : l'ensemble des prérogatives en question serait tellement indéterminé que leur exercice en lui-même ne serait ni illicite, ni licite. De plus, ces libertés et prérogatives ne sont conférées par la loi aux individus que de manière très générale¹²⁸⁴, alors que la théorie de l'abus de droit n'a pour champ d'application que les

¹²⁷⁹ Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », art. cit., n° 9.

¹²⁸⁰ Jean Dabin, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 269-278.

¹²⁸¹ Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 47-70, p. 151-165.

¹²⁸² Laurent Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, op. cit., ; Nathalie Droin, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, op. cit.

¹²⁸³ Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., pp. 168 et s ; André Rouast, « *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés* », R.T.D civ., 1944, p 1. et s ; Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit », art. cit., n° 9 ; Julian Karila de Van, « *Droit de nuire* » R.T.D civ., 1995, p 533.

¹²⁸⁴ Henri Roland, Laurent Boyer, *Introduction au droit*, éd. Litec, Juris-classeur, col. Traités, 2002, pp. 369 et 370. D'après ces professeurs, *la théorie de l'abus de droit n'est pas transposable au domaine des libertés*. En

prérogatives ayant un contenu précisément délimité. D'après Madame Karila de Van, « la liberté est une prérogative floue »¹²⁸⁵ dont les limites sont mal définies et dès lors imprécises, tandis que le droit subjectif est une prérogative à laquelle son bénéficiaire peut prétendre, pour laquelle son titulaire a droit à la protection. Celle-ci réside dans l'action en justice s'attachant au droit subjectif. En conséquence, seuls les droits subjectifs sont susceptibles d'un usage abusif, en revanche l'exercice abusif de la liberté relève du cadre de l'illégalité et donc de la responsabilité¹²⁸⁶. L'idée principale de ces critiques consiste à souligner qu'une application trop large de la théorie de l'abus de droit risque de diluer sa spécificité et de l'assimiler purement et simplement au droit commun de la responsabilité civile.

Aussi pertinentes soient-elles, ces critiques et la distinction entre droit aux contours précis et liberté aux limites indéterminées n'emportent pas entièrement notre adhésion. La réserve tient d'une part au critère de distinction entre droit et liberté et d'autre part au critère tiré du degré de précision de la prérogative¹²⁸⁷. En effet, ces critères ne permettent pas de définir précisément la frontière qui sépare le droit de la liberté et partant l'abus du droit du droit commun de la responsabilité civile¹²⁸⁸. Ainsi l'action en concurrence déloyale n'est-elle que la sanction d'un mauvais exercice de la liberté du commerce et de l'industrie ou une application particulière de l'abus au droit de concurrence ? De même, la responsabilité n'est-elle que l'application de la théorie de l'abus au droit de grève ou la sanction spécifique d'un usage excessif de la liberté syndicale¹²⁸⁹ ? En réalité, les juges n'hésitent pas à appliquer l'abus à la liberté de circulation¹²⁹⁰, à la liberté d'expression¹²⁹¹, à la liberté syndicale¹²⁹². La

effet l'exercice de la liberté n'est soumis qu'aux seules limites posées par le législateur. Hormis ces exceptions légales, l'usage de la liberté est discrétionnaire puisque le contraire serait la négation même de la liberté. Cette position a été en partie démentie par la jurisprudence qui applique l'abus tant aux droits qu'à la liberté. Voir spéc. Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, op. cit.

¹²⁸⁵ Juliana Karila de Van, « *Droit de nuire* » art. cit., p 534.

¹²⁸⁶ Julian Karila de Van, « *Droit de nuire* », art. cit., p 535.

¹²⁸⁷ Marie-Thérèse Calais-Auloy, « *De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit, la notion de liberté privilégiée* », L.P.A., 13 décembre 1991, pp. 12 et s.

¹²⁸⁸ Jean Dabin, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 268 et s ; Louis Josserand, *De l'abus des droits...*, op. cit., ; Loïc Cadet et Philippe Le Tourneau, « *Abus de droit* », art. cit., n° 10.

¹²⁸⁹ Hélène Sinay, Jean-Claude Javillier, *La grève*, 2^{ème} éd. Dalloz 1984, coll. « *Traité de droit du travail* », n° 117 et s. les auteurs l'application de la responsabilité et de l'abus au droit de grève se heurte à deux difficultés. D'une part la frontière entre la grève illicite et la grève abusive n'est pas évidente car il n'existe pas de définition légale de la grève. D'autre part le critère de l'abus de droit est très incertain. Par l'abus il faudrait entendre intention de nuire, préjudice grave et anormal causé à l'employeur ou comportement lourdement fautif ?

¹²⁹⁰ Cass. civ., 2^{ème}. 1^{er} avril 1963, D. 1963, p 401, il s'agit de l'abus de jouissance des voies publiques ; Crim, 4 mars 1964, Gaz. Pal. 1964, 2, p 235, c'est l'abus du droit de priorité qui est en cause. V. égal., L. Mourgeon, « *Le droit de priorité est-il absolu ou relatif ?* » Gaz. Pal. 1964, Doctr. 60.

¹²⁹¹ Michel Troper, « *Droit et le négationnisme. La loi Gayssot et la Constitution* », Annales Histoire, science sociales, 1999, pp. 1239 et s ; Bertrand Mathieu, « *La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législative* », R.D.P., 2007, pp. 232 et s ; Nathalie Droin, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881...* op. cit ; Guillaume Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité, étude de droit privé*, op. cit.

prudence s'impose donc dans la distinction entre des droits subjectifs, soumis à la théorie de l'abus, et des libertés, régies par droit commun de la responsabilité.

Afin de bien cerner le champ de validité de l'abus de droit, le professeur Gaillard propose de restreindre la catégorie des droits subjectifs aux seules prérogatives accordées à l'individu pour la réalisation de ses intérêts exclusifs et de la distinguer de la catégorie des pouvoirs : ceux-ci seraient les prérogatives accordées à une personne dans l'intérêt d'autrui¹²⁹³. Cette approche reprend en réalité la distinction entre *droit-pouvoir* (droit à esprit égoïste comme le droit de propriété) et *droit-fonction* (droit à esprit altruiste) de Louis Josserand. Au premier s'applique la théorie de l'abus tandis que le second serait soumis à la théorie de détournement de pouvoir et au droit commun de la responsabilité. Cette distinction a certes l'avantage de sauvegarder la spécificité de la théorie de l'abus en la circonscrivant au domaine du *droit-pouvoir*, néanmoins elle ne reflète pas exactement l'évolution de la théorie de l'abus dont le champ d'application ne cesse de s'étendre. A titre d'illustration, les droits discrétionnaires traditionnellement épargnés par le contrôle du juge n'échappent plus aujourd'hui à la théorie de l'abus¹²⁹⁴. De même, les « droits de nuire¹²⁹⁵ » tels le droit de grève, le droit de critique littéraire ou gastronomique, sont de plus en plus soumis au contrôle judiciaire de l'abus.

Ce pouvoir judiciaire d'identifier l'usage abusif et donc le droit de fixer ces limites retombe alors sous la critique de Marcel Planiol et de Georges Ripert qui se demandent si le juge peut limiter une prérogative légalement conférée à un individu. Plus explicitement, le juge peut-il sous prétexte de sanctionner l'abus de droit modifier le contenu et l'étendue de la loi ?

Ce questionnement et le constat de l'application extensive de l'abus à l'ensemble des droits et libertés donnent tout son intérêt au rapprochement entre la notion d'exception et la théorie de l'abus. Il met par ailleurs en lumière un contraste entre les conceptions privatiste et publiciste de *la limitation*, noyau dur de la notion d'exception. Si la limitation est souvent perçue en droit public comme une menace pour les droits et libertés de l'individu, manifestée sous la forme d'abus, elle devient une nécessité inhérente à l'harmonie et à l'équilibre des

¹²⁹² Jean Pélissier, Alain Supiot Antoine Jeammaud, Droit du travail, 21^{ème} éd. 2002, coll. « Dalloz Précis », p 1228 et s.

¹²⁹³ Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, éd. Paris Economica, 1985, coll. « Droit civil, Etudes et recherches », n° 57 et s.

¹²⁹⁴ André Rouast, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, art. cit., pp. 1 et s ; V. égal., Afif Daher, « *Le pouvoir discrétionnaire entre son passé et son avenir* », Rev. Adm. 1990, pp. 242 et s.

¹²⁹⁵ Juliana Karila de Van, « *Le droit de nuire* » art. cit., pp. 533 et s.

rapports juridiques en droit privé. Cette nécessité de fixer les exceptions à l'exercice des droits et libertés est d'autant plus impérieuse que le juge judiciaire s'arroge le pouvoir de limiter les droits et libertés au travers de la théorie de l'abus. C'est ici que les questions de pouvoir et de légitimité du juge resurgissent. En effet, si l'abus s'évade du cadre des droits subjectifs et s'étend à l'ensemble des droits et libertés, il n'est plus une limite d'origine juridictionnelle se situant à l'intérieur de la limitation posée par le législateur. Par conséquent, la détermination par le juge de l'abus des droits et libertés se confond plus ou moins avec le pouvoir du législateur de fixer des exceptions à la règle de droit.

Cette affirmation mérite quelques nuances. Si la théorie de l'abus de droit est définie comme la limite inhérente au droit et de ce fait se place dans la logique de validité de la norme juridique, elle n'intervient qu'au titre d'une technique d'interprétation du droit par le juge. Plus précisément, la limite fondée sur l'abus que le juge fixe aux droits et libertés ne résulte pas d'un pouvoir normatif autonome comparable à celui du législateur mais dérive de son interprétation des circonstances dans lesquelles un droit ou une liberté a été exercé. Elle n'a dès lors qu'une portée individuelle. De même, l'abus de droit invoqué en l'absence de texte pour limiter l'exercice des droits et libertés peut être considéré comme un type d'exception judiciaire en complément de l'exception législative.

2. La théorie de l'abus de droit, une exception judiciaire en complément de l'exception législative

A côté des controverses doctrinales relatives à la question de savoir si et à quelle condition l'exercice d'un droit peut être abusif et source de responsabilité pour son titulaire, existe un autre débat concernant le pouvoir du juge de fixer les limitations à des droits et libertés consacrés par le législateur. Certains auteurs s'interrogent en effet sur la légitimité du pouvoir judiciaire de limiter les droits conférés par le législateur à l'individu.

Ainsi, dans ses remarques critiques de la théorie de l'abus, Marcel Planiol ne conteste pas l'idée selon laquelle les droits et libertés doivent être limités. Toutefois l'auteur considère que c'est au législateur de prendre ses responsabilités à cet égard. En conséquence, lorsque la loi a défini les pouvoirs qu'elle reconnaît aux individus, ceux-ci ne sauraient être répréhensibles à agir dans ses limites. L'abus de droit est selon le Doyen non seulement une

logomachie mais également dangereux car il permet au juge de limiter arbitrairement les droits positifs sans qu'un principe juridique l'y autorise¹²⁹⁶.

Dans le même esprit, Georges Ripert reproche aux partisans de la théorie de l'abus de droit d'en avoir fait un instrument redoutable rendant le juge maître absolu de la délimitation des droits, libre de restreindre les prérogatives légalement conférées au titulaire¹²⁹⁷. L'auteur admet à l'instar de Marcel Planiol que tous les droits ont des limites et que celui qui les dépasse n'est plus couvert par la protection légale. Cependant le juge n'a pas qualité pour limiter le droit légalement défini. Ainsi que l'a noté l'auteur : « il faut attendre du législateur une réglementation toujours plus étroite des droits »¹²⁹⁸. Pour éviter le risque d'arbitraire du juge, Georges Ripert suggère que l'abus de droit (acte illégal et dommageable) soit traité comme le dépassement ou le défaut de droit entendu comme la violation de la limite d'un droit. L'abus est une faute et n'appelle à la mise en œuvre de la responsabilité qu'en présence de dommages. A contrario, l'exercice abusif d'un droit ne sera pas sanctionné s'il ne cause pas de dommage ou préjudice.

L'idée selon laquelle il n'appartient qu'au législateur de fixer les limitations des droits a été également développée sous la plume de Louis Josserand. Les droits auxquels le législateur a posé des limitations précises constituent des droits discrétionnaires insusceptibles d'abus. Selon l'auteur, « en fixant des frontières objectives très étroites à certaines prérogatives, le législateur a fait la part du feu et a admis que des droits aussi rigoureusement définis pourraient être exercés souverainement »¹²⁹⁹. A titre d'exemple, Louis Josserand explique qu'en matière de propriété foncière, la détermination chiffrée des distances à respecter pour ouvrir des vues sur le fond voisin ne laisserait pas place à un contrôle de l'usage abusif de cette prérogative. Ainsi, plus la réglementation d'un droit est détaillée et précise, moindres sont les risques d'abus de son exercice et moindre est aussi le pouvoir du juge de lui poser de nouvelles limites.

Toutefois, c'est dans l'analyse des notions d'abus et d'illégalité de Jean Dabin que l'interdiction de l'abus conçu comme la limitation posée par le juge aux droits et libertés positifs trouve une explication éclairante. L'abus employé par le juge est conçu selon l'auteur comme une simple technique d'interprétation des limites inhérentes à toute règle de droit.

¹²⁹⁶ Marcel Planiol, *Traité élémentaire du droit civil*, op. cit., (réf à com)

¹²⁹⁷ Georges Ripert, « *Abus du droit ou la relativité des droits, à propos de l'ouvrage de Monsieur Josserand* » art. cit., p 12.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, p 3.

¹²⁹⁹ Louis Josserand, *De l'esprit des droits...*, op. cit. n° 306, p.

Jean Dabin affirme d'emblée que tous les droits subjectifs ont leurs limites, explicites ou implicites, tracées par le droit objectif tel qu'il découle de la loi et des autres sources du droit. Par ailleurs la limitation des droits subjectifs procède selon l'auteur de considérations complexes qui dominent toute l'élaboration du droit privé positif : souci des droits d'autrui, souci du bien général, parfois même souci du bien particulier du titulaire¹³⁰⁰. C'est le rôle essentiel de la loi d'opérer la délimitation entre les droits respectifs soit de même espèce et valeur auquel cas le problème ne sera que *bornage* soit de valeur inégale auquel cas il faudra affirmer les prépondérances selon une certaine *hiérarchie* des valeurs¹³⁰¹. En d'autres termes, le législateur reste le maître des limites aux droits et libertés.

Si certains droits entrent en conflit, ceux-ci doivent être d'après Jean Dabin résolus ou bien a priori par la loi en vertu des critères prédéterminés ou bien a posteriori par le juge, au vu des circonstances particulières de l'espèce. Toutefois la résolution des conflits de droits n'implique pas l'emploi de la théorie de l'abus mais se réfère à la notion de limitation et d'illégalité. Ainsi que l'explique l'auteur : « le conflit tranché, il est établi que l'une des parties a violé la limite et qu'elle n'était pas dans son droit »¹³⁰². Or, du moment que la limite légale a été franchie, l'usage du droit n'est plus en cause. Le titulaire a agi contre la règle qui limitait son droit et par conséquent sans droit aucun. L'acte est illégal purement et simplement, peu importe à cet égard les termes employés¹³⁰³. De même, malgré la référence au terme « abus », l'article 618 du code civil ne prévoit en réalité que des limites (exceptions) au droit de l'usufruitier¹³⁰⁴. Il est donc impropre de parler de « l'abus de droit » lorsque celui-ci est énoncé par le législateur dans ses textes.

Pour Jean Dabin, la théorie de l'abus concerne non pas le législateur mais *le titulaire du droit et le juge*. Et techniquement, le problème de l'abus ne naît qu'après que le législateur a disposé ; au stade de l'interprétation et de l'application du droit. A partir de cette analyse, il est donc possible à notre sens de considérer que le recours à la théorie de l'abus par le juge représente une simple technique d'interprétation des limitations édictées par le législateur. Dès lors l'abus de droit ne s'érige pas en un pouvoir normatif autonome en vertu duquel le juge peut librement limiter les droits et libertés légalement accordés à l'individu comme l'ont évoqué certains auteurs.

¹³⁰⁰ Jean Dabin, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 270-272.

¹³⁰¹ Ibid. Souligné par nous.

¹³⁰² Ibid.

¹³⁰³ Ibid.

¹³⁰⁴ L'article 618 dispose que « l'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fond soit en le laissant dépérir faute d'entretien ».

Il s'agit à présent d'expliciter le sens du terme « abus » énoncé dans les textes pour justifier le rapprochement de l'abus avec la notion d'exception. Ces deux mots entretiennent une connivence de sens et désignent selon nous une seule réalité : la limitation. Quand le législateur intervient en vue de prévenir l'abus, il ne fait en réalité que prévoir les limitations aux droits et libertés. En conséquence, les actes « abusifs » perpétrés aux dépens de ces limitations tombent d'emblée dans la catégorie d'illégalité, et cela que le législateur ait conservé dans son texte l'expression « abus » ou non. Dès lors, il est inexact de présenter comme illustrations législatives de la notion d'abus les textes édictés aux fins de parer à l'abus de droit¹³⁰⁵. L'identité de contenu entre la théorie de l'abus et la notion d'exception a aussi été développée sous la plume de Monsieur Ancel. Selon le professeur, « l'abus de droit voit son champ d'application réduit chaque fois que le législateur, pour éviter les comportements abusifs, choisit de limiter plus strictement l'exercice d'une prérogative ». Ainsi, en droit du travail, la notion d'abus née de la reconnaissance du droit de résiliation unilatérale du contrat de travail, a perdu son intérêt dès lors que le législateur a encadré le licenciement en le soumettant à la notification au salarié d'une cause réelle et sérieuse : c'est donc improprement qu'on parle encore de licenciement abusif pour désigner ce qui n'est qu'un licenciement illicite¹³⁰⁶.

De même, l'abus au sens de la *limitation interne* disparaît quand le législateur ne donne des droits et libertés que sous réserve de n'en user que de telle façon non abusive et confère au juge le pouvoir d'apprécier le caractère abusif de l'usage. L'exercice d'un droit dans des conditions prohibées est une violation de la limite légalement posée à ce droit et encourt des sanctions à ce titre.

Cette analyse correspond à l'état du droit positif et confirme l'idée selon laquelle l'abus est l'une des manifestations matérielles de l'exception. Ainsi, en consacrant la notion des clauses abusives, l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 devenu l'article L. 132-1 du code de la consommation détermine non pas la notion d'abus mais la limitation de la liberté contractuelle. L'article 132-1 prévoit la sanction de réputé non écrite à l'égard des clauses abusives (limitation de la validité et de la force obligatoire du contrat). Celles-ci sont considérées comme la violation des limites posées par la loi à la liberté contractuelle et sanctionnées par leur éviction du contrat. La limite posée par l'article L. 132-1 au droit du

¹³⁰⁵ Jean Dabin, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 272.

¹³⁰⁶ Pascal Ancel, « Abus de droit : l'interdiction de l'abus de droit », art. cit., p. 2.

contrat est justifiée selon le professeur Stoffel-Munck par l'ordre public de protection des consommateurs face aux professionnels. Ce raisonnement s'applique également au droit et à la liberté de concurrence, illustré par l'article L.420-2 du code de commerce. L'abus est ainsi défini comme la limite de la validité d'un droit ou de la force obligatoire du contrat¹³⁰⁷.

Le parallèle établi entre la théorie de l'abus de droit et la notion d'exception est justifiée selon nous par leur identité de sens. En matière de liberté d'expression garantie au titre de l'article 11 de la Déclaration de 1789¹³⁰⁸, l'énoncé « sauf à répondre des abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » doit à notre sens être compris comme l'exception à cette liberté. Ainsi que l'a expliqué Jean Rivero : « il n'y a pas, dès lors qu'elles s'exercent au sein d'un groupe humain organisé, de libertés totalement illimitées. Les exigences de la vie commune imposent des limites au jeu des libertés qui, si ces exigences n'étaient pas satisfaites, risqueraient de périr avec la société qui les encadrent et les garantit. C'est vrai de la liberté d'expression comme de toutes les autres... »¹³⁰⁹. Ainsi sous le vocable « abus » se trouve en réalité la notion d'exception. En effet, la liberté d'expression ne correspond pas exactement à la notion de droit subjectif. Elle est surtout considérée comme une liberté constitutionnelle dont les conditions d'exercice ne relèvent que de la compétence du législateur conformément aux articles 4 et 11 de la Déclaration de 1789 et à l'article 34 de la Constitution de 1958. Dès lors, seul le législateur peut déterminer les limites à l'exercice de cette liberté ainsi que l'a affirmé en substance le Conseil constitutionnel dans sa décision des 10 et 11 octobre 1984 *Liberté de la presse* puis réaffirmé dans ses décisions du 10 juin 2009 et du 22 octobre 2009¹³¹⁰. Quant aux limites nouvelles fixées par la décision juridictionnelle sous forme d'abus, elles n'ont qu'une portée individuelle et résultent de l'interprétation des limites légalement édictées.

¹³⁰⁷ Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, op. cit., p. 291 et s.

¹³⁰⁸ L'article 11 de la Déclaration de 1789 prévoit la liberté d'expression en ces termes : « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre des abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

¹³⁰⁹ Jean Rivero, « La liberté d'expression : problèmes généraux d'après l'expérience française », in Sous la direction de Daniel Turp et Gérard Armand, *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne : actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1984*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 251-265.

¹³¹⁰ Décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 *Loi visant à limiter la concentration et assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, déc. préc. ; Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, J.O. du 13 juin 2009, p. 9675 et décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009 *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, dite Hadopi, J.O. du 29 octobre 2009, p. 18292.

A cet égard, l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme mérite quelques remarques. Du fait de son chapeau introductif intitulé « *interdiction de l'abus de droit* », la doctrine considère que cet article consacre la notion d'abus de droits fondamentaux ou des droits de l'homme¹³¹¹. L'article 17 est rédigé en ces termes : « aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque à se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues par ladite Convention ».

Nous pensons pour notre part que malgré le terme « abus », cet article 17 énonce en réalité un principe général de limitation de l'exercice des droits et libertés conférés par le Convention aux Etats, aux individus et groupements¹³¹². Ainsi, pour régler des intérêts individuels et collectifs, l'Etat peut en vertu des articles 6, 8§2, 9§2, 10 et 11§2 de la Convention déterminer les ingérences, les restrictions et les conditions à l'exercice des droits et libertés dont bénéficient les individus, il ne doit toutefois pas en abuser pour apporter les limitations plus amples que celles autorisées par ces articles. Plus précisément, l'Etat ne peut édicter des limites autres que les restrictions et ingérences nécessaires à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui¹³¹³.

Le droit d'édicter des restrictions conféré à l'Etat ne se confond pas avec la notion des droits subjectifs entendus comme des prérogatives individuelles. De surcroît, il comporte la limite explicitement prévue par les articles 6, 8§2, 9§2, 10, 11§2 et 18 dont la violation (illégalité) a lieu par la simple adoption d'une restriction injustifiée ou non prévue par la Convention. D'ailleurs, face à une mesure de limitation trop générale, trop absolue, édictée par un Etat, la Cour européenne des droits de l'Homme peut déclarer son incompatibilité soit au regard des articles ci-dessus évoqués soit au regard des principes de proportionnalité et de

¹³¹¹ Laurent Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, op. cit., p. 265 et s. L'auteur parle de l'abus des droits fondamentaux en droit constitutionnel ; voir égal. Jean-François Flauss, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », R.U.D.H., 1992, p. 461 et s. Le professeur s'interroge : l'exercice d'un droit de l'homme est-il susceptible d'être abusif ?

¹³¹² Le professeur Flauss définit l'abus de droit comme la limite à l'exercice des droits garantis par la Convention d'une part et d'autre part comme la restriction nécessaire dans une société démocratique. L'abus semble ainsi être assimilé purement et simplement à la notion d'exception. Jean-François Flauss, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme » art. cit., p. 462-464.

¹³¹³ Les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.

nécessité. Il est dès lors selon certains auteurs, inutile d'invoquer l'abus de l'article 17¹³¹⁴. La mesure étatique « abusive » est celle qui a transgressé les limites prévues par la Convention.

De même, l'article 17 pose de manière générale la limite à l'exercice de l'ensemble des droits et libertés dont bénéficie l'individu. Ainsi, les individus ne peuvent pas faire usage abusif des dispositions de la Convention afin de détruire les droits et libertés prévus et garantis par elle. S'adressant à l'individu, l'article 17 s'apparente à la notion de fraude au droit et suscite surtout la question des limites implicites de l'exercice des droits reconnus par la Convention aux individus. Toutefois, deux questions se posent : l'article 17 n'est-il pas redondant avec le droit attribué à l'Etat de limiter l'exercice des droits et libertés dont bénéficient les particuliers ? Ou permet-il à l'Etat de prévoir des limitations autres que celles explicitement autorisées ? Si l'Etat ne peut invoquer l'article 17 pour priver l'individu des droits et libertés garantis par la Convention, il peut cependant utiliser cette disposition pour prévenir l'abus de droit. En effet, dans l'arrêt *Golder* du 21 février 1975, la Cour a estimé que « le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu. S'agissant d'un droit que la Convention reconnaît sans le définir au sens étroit du mot, il y a place, en dehors des limites qui circonscrivent le contenu même de tout droit, pour des limitations implicitement admises »¹³¹⁵. L'interdiction de l'abus de droit peut alors être considérée comme un principe général de limitation inhérent à la règle juridique.

En somme, l'emploi du vocable « abus » par le législateur ou par la Convention européenne des droits de l'homme ne doit pas occulter son contenu de limitation. Ainsi que l'a souligné René Cassin à propos des articles 29 et 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 « [...] l'abus de droit [...] est un problème concernant la limitation objective ou subjective d'un droit ou d'une liberté [...] »¹³¹⁶. De même, le recours à l'abus de droit par le juge pour limiter l'exercice d'une prérogative individuelle ne désigne en réalité que l'interprétation et l'application des limitations positives aux droits et libertés de l'homme.

¹³¹⁴ Jean-François Flauss, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme » art. cit., p. 461 et s ; Pierre Le Mire, « L'article 17 », in Sous la direction de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, op. cit., p. 509 et s. ; Sébastien Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile ? », R.T.D.H., 2001, numéro spécial Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie, p. 541 et s.

¹³¹⁵ Cité par Pierre Le Mire, « L'article 17 », art. cit., p. 318.

¹³¹⁶ René Cassin, « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la déclaration universelle des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Polys Modinos : problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, p. 479 et s.

Le rapprochement de la notion d'exception avec la théorie de l'abus de droit a pour but de montrer qu'un même phénomène juridique peut se manifester sous des énoncés divers en nous laissant croire à des réalités distinctes. Or, l'abus de droit, notamment quand il est énoncé par la loi, entretient une identité matérielle avec la notion d'exception définie comme la norme de limitation, qui borne l'étendue de la validité ou limite l'application stricte d'une règle de droit. D'apparence différente, la théorie de l'abus de droit n'en demeure pas moins une manifestation implicite de la notion d'exception.

Puisqu'il n'existe pas de critère de définition de *l'exercice abusif* d'un droit, c'est au juge qu'il appartient, dans la logique de cette théorie, de dire ce qu'est un usage abusif du droit. Aussi le principal reproche que l'on a adressé à la théorie judiciaire de l'abus était-il de livrer les droits individuels à l'arbitraire du juge, et de sacrifier la sécurité indispensable aux relations juridiques¹³¹⁷. Les discussions sur l'emploi de la théorie de l'abus de droit par le juge judiciaire, comme celles relatives aux circonstances exceptionnelles en droit public, ont toujours débouché sur la problématique générale des pouvoirs du juge à l'égard de la loi¹³¹⁸.

A cet égard, il convient de souligner qu'implicitement présente dans la théorie de l'interdiction de l'abus de droit, la notion d'exception désigne toujours *une limitation* dont la concrétisation est soumise à l'interprétation du juge. Elle doit dès lors être comprise comme un arbitrage en opportunité bien plus qu'elle ne se déduit logiquement de principes préalables. Ce constat vaut également pour la jurisprudence des circonstances exceptionnelles du Conseil d'Etat. A l'instar du juge administratif qui limite l'application d'un droit sur le fondement d'une circonstance exceptionnelle, le juge judiciaire décide de fixer une exception à l'exercice d'un droit qu'il qualifie d'« abusif ». Les juges déterminent ainsi l'exception aux droits et libertés exactement comme le législateur règlemente. En d'autres termes, il s'agit pour le juge de limiter l'exercice des droits et libertés là où le législateur lui a laissé le soin de le faire. Comme la loi ne peut déterminer avec précision toutes les exceptions, le législateur se borne donc à indiquer les lignes directrices de limitations d'après lesquelles le juge doit s'orienter dans ses décisions. Ainsi, l'abus de droit ne signifie pas un pouvoir arbitraire du juge de

¹³¹⁷ Loïc Cadiet et Philippe Le Tourneau, « Abus de droit » art. cit., : voir égal. Philippe Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, op. cit., p. 591-594.

¹³¹⁸ Frédéric Pollaud-Dulian, « Abus de droit et droit moral », Dalloz, 1993, chron. XXI, p. 97. Selon l'auteur, l'admission de la sanction de l'abus de droit par le juge manifeste une certaine méfiance à l'égard de la loi, c'est-à-dire que le juge reconnaît ainsi l'imperfection de la loi. La loi est imparfaite puisque l'on peut la détourner pour en faire un usage abusif ou fautif et que son interprétation prête à des abus. Une loi bien rédigée et bien interprétée ne devrait laisser aucune place à de tels agissements parce qu'elle établit elle-même les limites des droits qu'elle consacre.

limiter les droits subjectifs mais reste une sorte de soupape de sécurité pour écarter les conséquences excessives de l'application littérale et rigide d'un droit.

La limitation des droits et libertés a également pour but d'interdire le comportement nuisible à autrui (égalité des droits) ou à la société (intérêt général). La notion d'exception entretient dès lors une identité matérielle avec les notions de devoir et de responsabilité. Celles-ci se traduisent comme les concepts équivalents de la notion d'exception.

Section 2. L'exception et les notions équivalentes de devoir et de responsabilité

Confrontée à la tendance contemporaine d'absolutisation des droits de l'homme illustrée par l'énoncé des droits fondamentaux indérogeables et intangibles¹³¹⁹, la notion d'exception définie comme la limitation des droits fondamentaux n'est pas loin de relever du « politiquement incorrect ». Il s'agit en effet de vérifier si elle n'est pas démentie ou rendue fautive par la présence de ces droits de l'homme intangibles dans notre droit public.

Victime d'un refoulement idéologique, la notion d'exception ne devrait avoir qu'une place bien réduite dans un ordre juridique libéral qui accorde importance et primauté à des droits individuels subjectifs. Elle semblerait selon les libéraux être aux antipodes des droits de l'homme ainsi que le montre l'analyse des débats précédant l'élaboration de la Déclaration des droits de 1789 et de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 tout comme de la Convention européenne des droits de l'Homme de 1950¹³²⁰. D'inspiration libérale et universelle, ces textes juridiques présentent ces droits et libertés individuels comme les finalités ultimes de tout système politique et juridique tandis que l'exception à l'exercice de ces droits et libertés apparaît comme une notion illégitime. La notion d'exception ne devrait avoir dans le système juridique libéral qu'une place et une portée extrêmement réduites.

¹³¹⁹ Selon certains auteurs, en interdisant aux Etats de déroger à certains droits garantis par la Convention, européenne des droits de l'homme, l'article 15 de cette Convention aurait créé des droits à caractère indérogeable et intangible. Voir dans ce sens, Frédéric Sudre, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits fondamentaux ? », in Mélanges en l'honneur de Marc-André Eissen, Bruylant-L.G.D.J, 1995, p. 381 et s. ; Olivier de Frouville, L'intangibilité des droits de l'homme en droit international, Pédone, 2004, coll. Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme.

¹³²⁰ La déclaration universelle des droits de l'homme a été adoptée par l'Assemblée générale des nations unies le 10 décembre 1948 ; La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales dite également Convention européenne des droits de l'homme adoptée par les Etats membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur le 3 février 1953.

Faudrait-il pour autant conclure à l'absolutisation des droits et libertés fondamentaux de l'individu, à l'exercice illimité et sans contrepartie de ces droits ? Au regard des textes constitutifs de notre droit positif, la réponse négative s'impose. Le concept libéral des droits et libertés de l'homme n'ignore pas la notion d'exception. Seulement, il cherche à la maintenir dans l'ombre des droits de l'homme comme leur revers embarrassant. Ainsi les droits de l'homme et la notion d'exception sont indissociablement liés comme les deux faces d'une même médaille. Sans qu'elle soit explicitement énoncée, la notion d'exception est en effet discrètement formulée et reprise par les notions de devoir et de responsabilité (§1).

Afin de dissimuler sa coloration morale et conservatrice, la notion de devoir est souvent énoncée dans l'ordre juridique libéral sous forme d'obligation juridique dont la violation est génératrice de responsabilité. Qualifiée de contrepartie des principes de liberté et d'égalité, la notion de responsabilité méritera une analyse approfondie parce qu'elle est la concrétisation de la notion d'exception. En d'autres termes, les régimes juridiques de la responsabilité illustrent la prégnance de la notion d'exception tant dans la conciliation que dans la protection des droits et libertés fondamentaux en conflit (§2).

§1. Les notions de devoir et de responsabilité : expressions discrètes de la notion d'exception

Ayant pour noyau dur la limitation, la notion d'exception inhérente à la règle de droit est justifiée tantôt par la protection des droits d'autrui, tantôt par la sauvegarde de l'ordre public. S'adressant aussi bien à l'individu qu'à l'Etat, elle évoque d'une part l'interdiction à quiconque d'utiliser le droit pour nuire à autrui ou à la société, et d'autre part l'idée d'un exercice raisonnable et responsable des droits et libertés énoncés. Elle se présente dès lors implicitement dans les notions de devoir (A) et de responsabilité (B) qualifiées de corollaires et de contrepartie des droits et libertés.

A. La notion de devoir, une reformulation discrète de la notion d'exception

Selon le dictionnaire *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, la notion de devoir peut être définie dans un premier temps comme certaines règles de conduite d'origine légale et de caractère permanent ayant une coloration morale¹³²¹. Elle désigne dans un second temps des

¹³²¹ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., voir « Devoir ».

obligations préétablies que la loi impose, non envers une personne déterminée, mais d'une manière générale, soit à une personne en raison de ses fonctions ou de sa profession (devoir de réserve des fonctionnaires, devoir d'impartialité des magistrats) soit à toute personne envers ses semblables (devoir de secours et d'assistance). Ainsi la notion de devoir se traduit comme une transcription d'une obligation morale ou juridique.

Malgré le lien consubstantiel qu'il entretient avec le droit, le terme « devoir » suscite la polémique parce qu'il se situe au cœur du débat opposant la vision libérale et individualiste à la vision sociale et républicaine des droits de l'homme¹³²². Il s'agit en effet de savoir si les droits de l'homme doivent impliquer des contreparties. En d'autres termes, l'individu bénéficiaire des droits est-il tenu par des devoirs envers la collectivité et envers les autres individus ? Par ailleurs, les limites à l'exercice des droits découlent-elles exclusivement de la règle juridique ou bien peuvent-elles également être fondées sur l'éthique et sur la volonté de l'individu, sujet de droit ? A ces questions, il est possible selon nous de répondre que la référence textuelle à des devoirs de l'homme semble faire de ceux-ci une limite, une contrepartie des droits de l'homme. Ainsi la notion de devoir de l'homme est souvent présentée tantôt comme la limitation à des droits de l'homme tantôt comme un moyen d'équilibrer l'exercice jugé parfois trop excessif et trop individualiste de ces droits¹³²³.

C'est en sa qualité intrinsèque de corrélation des droits que la notion de devoir peut être rapprochée de la notion d'exception. Ayant pour but de limiter, de contrebalancer les droits de l'homme, la notion de devoir semble d'après nous reformuler de manière discrète la notion d'exception. L'idée est la suivante : à chaque droit énoncé, le législateur devrait énumérer toutes les exceptions afin de prévenir les éventuels conflits des droits. Néanmoins une telle idée se heurte non seulement à la conception libérale des droits de l'homme selon laquelle l'exercice concurrent des droits suffit à en créer les limites. Elle semble de surcroît irréaliste car la loi ne peut prévoir tous les cas de conflits des droits¹³²⁴. Par ailleurs, la notion d'exception suscite souvent la méfiance des citoyens à son égard, le recours à la notion de

¹³²² René Cassin, « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la déclaration universelle des droits de l'homme », op. cit., p. 479 et s.

¹³²³ Bertrand Mathieu, « Droits et devoirs », in Sous la direction de Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials et Frédéric Sudre, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 257 et s. Selon le professeur « la référence à la notion de devoir s'impose alors que le développement exponentiel de droits subjectifs individuels est susceptible de conduire à une société parcellisée, éclatée [...] et à une conception trop absolutiste des droits individuels ».

¹³²⁴ Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1er Pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*, op. cit.

devoir apparaît dès lors plus convenable. En effet, le devoir dissimule l'exception dans sa dimension morale en se référant à la raison de l'homme dans l'usage de ses droits. Un homme raisonnable, ayant le sens du devoir, n'use de son droit qu'à des fins utiles et avec modération. Le devoir se joint ainsi au droit pour en limiter et en équilibrer l'exercice. Dès lors, le diptyque droit et devoir mérite d'être expliqué car il évoque à notre sens le lien inextricable entre l'exception et la règle de droit (1). Il s'agit plus précisément de savoir si les notions de devoir et d'exception entretiennent une certaine identité. A ce titre, la notion de devoir moral doit être distinguée de celle de devoir juridique. Appréhendée par le positivisme juridique, la notion de devoir puisqu'elle permet de limiter le droit, apparaît dès lors comme la reformulation discrète de la notion d'exception (2).

1. Le diptyque droit/devoir : l'évocation saisissante de la consubstantialité entre l'exception et la règle de droit

Traversant le temps, la problématique du couple droit et devoir est aujourd'hui devenue un sujet classique. En effet, la notion de devoir a des origines éthiques et philosophiques datant de bien avant la révolution de la fin du XVIII^e siècle¹³²⁵. Toutefois, son statut juridique ne s'est explicitement posé pour la première fois qu'en 1789 à l'occasion des débats précédant l'adoption par l'Assemblée Constituante française de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il s'agissait à l'époque de s'interroger sur sa finalité, ses fonctions et sa place dans un nouvel ordre juridique imprégné de l'idéologie libérale en cours de construction.

A ce titre, il convient de rappeler ici l'intervention de l'abbé Grégoire, défenseur du concept des devoirs de l'homme. Homme de progrès et modéré, il tente d'infléchir le caractère par trop individualiste et libéral d'une déclaration exclusivement composée de droits en insistant sur la nécessité de mentionner dans la future déclaration le contrepois des devoirs afin d'éviter les excès d'une liberté débridée. La notion de devoirs est par conséquent exposée dans son discours comme la limite aux droits de l'homme en ces termes : « il est principalement essentiel de faire une déclaration des devoirs pour retenir les hommes dans les limites de leurs droits. On est toujours porté à les exercer avec empire, toujours prêt à les étendre, et les devoirs, on les néglige, on les méconnaît, on les oublie. Il faut établir un

¹³²⁵ Robert Hanicotte, *Devoirs de l'homme et Constitutions : contribution à une théorie générale du devoir*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2007.

équilibre, il faut montrer à l'homme le cercle qu'il peut parcourir, et les barrières qui peuvent et doivent l'arrêter »¹³²⁶.

Dans le même ordre d'idée, la consubstantialité des droits et devoirs est également invoquée pour soutenir l'inscription des devoirs de l'homme dans la déclaration. Invitant l'Assemblée Constituante à équilibrer les droits par les devoirs, l'abbé Grégoire souligne que « les droits et les devoirs sont corrélatifs et marchent sur des lignes parallèles. Il est impossible de concevoir les droits actifs sans droits passifs, et ceux-ci sont les devoirs : ainsi, en développant les rapports de l'homme social avec ses semblables, votre Déclaration des droits, sous ce titre unique, renfermera les droits respectifs dont la réciprocité constitue également les devoirs »¹³²⁷. Il en résulte que le devoir se lie étroitement aux droits puisqu'il en constitue la limite sans laquelle les droits de l'homme entrent sans cesse en conflit. Analysé sous cet angle, le devoir est au droit ce que l'exception est à la règle juridique.

Toutefois, le contexte social et politique en 1789 n'a pas réservé un accueil favorable à la notion de devoir perçue comme limitation défavorable aux droits. En effet, la rupture avec l'Ancien Régime ne pouvait pas se traduire par un énoncé de devoirs. Selon la conception libérale de droit, le devoir évoque la subordination de l'homme à l'autorité de Dieu, à celle du Pouvoir alors que les droits sont censés libérer l'homme de toutes ces contraintes. La révolution de 1789 traduit précisément une réaction contre les devoirs pesant sur l'homme de l'Ancien Régime. Par ailleurs, telle qu'elle a été adoptée, la Déclaration de 1789 est avant tout une proclamation des droits naturels et inaliénables de l'homme. Ces droits sont antérieurs et supérieurs au contrat social et ne peuvent par conséquent être limités par les devoirs. Dans la philosophie libérale, la notion de devoir n'a donc guère de place. Ainsi que l'a montré une seule référence explicite au terme « devoir » mentionné dans le préambule de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 : « cette Déclaration constamment présente à tous les membres du corps social leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ». En revanche, les droits sont énoncés et détaillés dans les dix-sept articles de la Déclaration. Ils évoquent d'ailleurs un certain absolutisme illustré par l'emploi des adjectifs qualificatifs suivants : « *antérieur, supérieur, naturel, inaliénable et imprescriptible* ».

¹³²⁶ Texte cité par Stéphane Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1988, p. 162 et s.

¹³²⁷ Cité par Jean-Pierre Nandrin, « La question des devoirs dans les premières déclarations françaises des droits de l'homme », in Sous la direction de Hugues Dumont, François Ost et Sébastien Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 75-89.

Si les droits l'emportent sur les devoirs dans la Déclaration de 1789, cela ne signifie pas une méconnaissance totale des devoirs de la part de ses rédacteurs. Selon le professeur Mathieu, le refus d'inscrire expressément des devoirs dans la Déclaration résulte certes d'un choix assumé à l'issue d'un débat approfondi¹³²⁸. Néanmoins, la conscience commune de l'existence des devoirs, auxquels l'individu est soumis est toujours présente dans l'esprit de l'Assemblée Constituante mais se sépare seulement sur le point de savoir si ces devoirs doivent ou non faire l'objet d'une reconnaissance expresse. Si le refus d'une invocation des devoirs dans la Déclaration est finalement retenu, il n'implique nullement la reconnaissance des droits absolus de l'homme. Le devoir en tant que limite aux droits peut être identifié à partir des obligations juridiques établies par la loi à la charge des individus¹³²⁹.

Ainsi la majorité de la doctrine considère que l'article 4 de la Déclaration édicte un devoir général de ne pas nuire à autrui dont la concrétisation juridique est la source des exceptions à la liberté¹³³⁰. De même, en disposant que tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant, l'article 7 prescrit en réalité le devoir d'obéissance à la loi. Enfin, tout citoyen a un devoir de payer les impôts nécessaires à l'entretien de la force publique, tel est l'esprit de l'article 13 de la Déclaration de 1789. Il faut comprendre dès lors qu'à défaut d'une exception explicitement prévue, l'ensemble des droits et libertés proclamés par la Déclaration de 1789 est néanmoins limité par des devoirs généraux.

Cette idée a trouvé ses prolongements d'une part dans la déclaration des droits et des devoirs de l'homme de l'an III (1795) et d'autre part dans la Constitution de 1848. La première énonce une liste des devoirs de l'homme d'essence moralisatrice comme la limite aux droits. A titre d'exemple, l'article 4 déclare que « nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami et bon époux ». De même, l'article 5 énonce que « nul n'est homme de bien, s'il n'est franchement et religieusement observateur des lois ». En revanche, la Constitution de 1848 établit une série de devoirs réciproques qui obligent les citoyens

¹³²⁸ Bertrand Mathieu, « Droits et devoirs », art cit., p. 257.

¹³²⁹ Yves Madiot, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 141. L'auteur explique les raisons de l'occultation des devoirs en ces termes : « l'énoncé des devoirs a été disqualifié par des régimes très conservateurs, il est inutile dans la mesure où la consécration d'un droit suppose nécessairement la mise en parallèle d'un devoir et le droit positif de l'Etat se charge, par le canal des lois et des juges, de préciser les obligations imposées aux individus ».

¹³³⁰ Yves Madiot, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, op. cit, p. 113 et s; Emmanuel Decaux, « Droits, devoirs et responsabilités dans la Déclaration », in *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 1948-98 : avenir d'un idéal commun / actes du colloque des 14, 15 et 16 septembre 1998 à la Sorbonne, Paris*, Paris, La documentation française, 1999, p. 131 et s. ; François Ost et Sébastien Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 2 et s.

envers la République et la République envers les citoyens¹³³¹. Manipulée par les régimes politiques autoritaires et exploitée par les tenants de l'ordre moral conservateur, la notion des devoirs a été dénaturée. En effet, destinée au départ à équilibrer les droits des uns avec ceux des autres, les droits individuels avec ceux de la collectivité, la notion de devoir a ensuite été utilisée pour assujettir l'individu à de lourdes charges collectives, et ce au détriment des droits individuels comme l'illustrent les régimes politiques totalitaires et fascistes. En droit français, il est autorisé de citer le régime de Vichy comme l'illustration de cette rupture d'équilibre. Ce qui explique sans doute le rejet tout comme la défiance qu'éprouvent les sujets de droit à l'égard des textes déclarant les devoirs. Même s'ils sont aujourd'hui éliminés de notre droit positif, ces textes n'en demeurent pas moins des illustrations intéressantes de l'inséparabilité entre les droits et les devoirs de l'homme et notamment des affrontements idéologiques qui entourent la notion de devoir.

Nonobstant ces raisons historiques défavorables, la notion de devoir représente toujours une utilité certaine. Outil d'équilibrage des droits, elle a été au cœur des débats relatifs à l'élaboration et l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui, à l'instar de la Déclaration française de 1789, reste finalement assez silencieuse sur la notion de devoir. En effet, la référence à des devoirs de l'homme est énoncée une seule fois au titre de l'article 29 de la Déclaration¹³³² qui régit également les régimes des limitations des droits et de l'abus de droit. Ainsi l'article 29 ne distingue pas le devoir des limitations¹³³³. Le devoir apparaît dès lors relever de la catégorie des exceptions aux droits de l'homme.

Lors des débats précédant à l'adoption de cet article 29 René Cassin invoque le devoir en tant que la limite aux droits de l'homme en ces termes : « il existe un droit à la nourriture ;

¹³³¹ Emmanuel Decaux, « Droits, devoirs et responsabilités dans la Déclaration », art. cit., p. 133.

¹³³² L'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies se compose de trois paragraphes :

« 1. L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible.

2. Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être générale dans une société démocratique.

3. Ces droits et libertés ne pourront, en aucun cas, s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies »

¹³³³ Lors des débats relatifs à la rédaction de l'article 29, le Secrétariat a proposé deux projets d'articles, l'un porte sur les devoirs et l'autre sur les limitations aux droits. Toutefois aucun présupposé sous-jacent à cette distinction n'a été clairement expliqué, ce qui explique sans doute l'inclusion des devoirs dans une seule disposition règlementant surtout les limitations aux droits et l'interdiction de l'abus de droit. Voir spéc., Albert Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Louvain/Paris, Nauwelaerts, coll. Etudes morales, sociales et juridiques, 1964, p. 262-265.

mais si chacun possède ce droit et si personne n'accepte le devoir de travailler, comment la collectivité pourra-t-elle pourvoir à ses besoins alimentaires ? Il importe donc de bien préciser à ce sujet les droits qui s'affrontent. Nous devons définir d'une part le droit de l'individu et d'autre part celui de la collectivité [...] »¹³³⁴. Si cette conception d'ensemble des droits et devoirs semble comporter quelques divergences avec celle de Madame Eleanor Roosevelt pour qui la Déclaration doit proclamer les droits de l'être humain et non pas énumérer ses obligations¹³³⁵, elle demeure néanmoins largement partagée par les autres Etats membres.

Le diptyque droit/devoir fait ainsi l'objet d'importantes interventions et débats. En effet, le délégué de l'Australie fait ressortir la nécessité d'équilibrer les droits et les devoirs en ces termes : « aucun droit n'est absolu en soi et chaque droit comporte un devoir correspondant »¹³³⁶. Dans le même esprit, le représentant de l'Egypte souligne l'importance des devoirs de l'individu, qui sont le corollaire de ses droits. Préférant un concept plus laïque et juridique des devoirs, d'autres interventions évoquent plus volontiers les obligations juridiques comme la contrepartie des droits. Ainsi le délégué chinois considère que le but de la Déclaration est d'établir les droits de l'être humain et d'exiger de lui en même temps qu'il accepte des obligations correspondantes. De même, le délégué du Royaume Uni souligne qu'il serait vain de chercher à définir les libertés de l'individu sans une prise en compte de ses obligations envers l'Etat¹³³⁷.

Les interventions de divers Etats membres concernant le couple droit et devoir relate en réalité l'opposition de deux conceptions de devoir, outil de limitation des droits de l'homme, dans un contexte politique international fortement marqué par les guerres. La première soutenue par René Cassin est républicaine et rousseauiste. Elle insiste, avec la notion de devoir sur le statut moral des droits de l'individu et donc pour toute personne d'adopter la conduite morale d'un homme responsable qui fait des choix personnels compatibles avec l'intérêt général¹³³⁸. En revanche, la deuxième conception est libérale et considère que la

¹³³⁴ Cité par Albert Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, op. cit., p. 263 et s.

¹³³⁵ René Cassin, « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la déclaration universelle des droits de l'homme », op. cit., p. 484.

¹³³⁶ Cité par Albert Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, op. cit., p. 264 et s.

¹³³⁷ Cité par Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international, régime conventionnel des droits de l'homme et des droits des traités*, éd. Paris Pédone, 2004, coll. Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, p. 85-87.

¹³³⁸ Yves Madiot, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, op. cit. Selon l'auteur, le diptyque droit et devoir ne relève pas d'antagonisme des valeurs mais du rapport d'articulation de l'un avec l'autre.

limite des droits de l'homme se trouve non dans les « *devoirs moraux* », mais dans les devoirs ou obligations juridiques dont le respect ou le non-respect résulte d'un calcul stratégique des conséquences prévisibles d'éventuelle infraction aux règles¹³³⁹.

Ainsi, ces deux conceptions ne s'opposent pas à notre sens sur la nécessité de poser des limites aux droits de l'homme mais sur la manière dont se formulent ces limites. Le devoir moral sera une limite aux droits fondée sur la conscience et la raison de l'individu. Tandis que l'obligation juridique est une limite fixée par la loi. Analysés sous cet angle, les devoirs appréhendés par le droit positif deviennent donc des obligations juridiques. Comme ils visent à équilibrer les droits en limitant leur portée, ces devoirs juridiques apparaissent dès lors comme la manifestation discrète de la notion d'exception.

2. *La notion de devoir juridique : une reformulation discrète de la notion d'exception*

Les deux premiers paragraphes de l'article 29 de la Déclaration de 1948 témoignent de la conciliation de ces deux conceptions, morale et juridique, de la notion d'exception puisqu'ils proclament à la fois les devoirs de l'homme au sens moral du terme et les limites juridiques (obligations) aux droits. L'alinéa 1 de cet article proclame de manière très générale que *l'individu a des devoirs envers la collectivité*. En raison de sa généralité excessive, il nous est possible d'émettre un doute sur la nature juridique de cet alinéa dont l'effectivité et l'efficacité ne semblent pas être garanties par la sanction du droit. Selon le professeur de Frouville, l'alinéa 1 de l'article 29 peut à la rigueur servir de principe d'interprétation mais il n'est pas utilisable pour définir le régime juridique des droits¹³⁴⁰. En définissant le régime juridique des limitations aux droits de l'homme, l'alinéa 2 de ce même article écarte en revanche l'idée selon laquelle le devoir moral est suffisant pour limiter les droits. Il en résulte que pour limiter les droits, la loi doit déterminer les devoirs et obligations juridiques à la

¹³³⁹ En fait, la conception libérale n'ignore pas la notion de devoir en tant que contrepartie des droits et limite à leur exercice. Toutefois elle considère que l'antériorité des droits de l'homme par rapport à la société exclut que le pouvoir politique fasse peser sur l'individu des devoirs à la coloration morale. Les limites à des droits résultent non pas des devoirs mais des obligations juridiques qui, au contraire des premiers ne demandent pas à l'individu d'adhérer à la norme dans son for intérieur. Voir égal. Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international : Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004, p. 78 et s.

¹³⁴⁰ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international : Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 80. Ce raisonnement vaut également selon nous pour la notion de devoir énoncé par le préambule de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

charge de l'individu. La notion de devoir juridique entretient alors une connivence certaine avec la notion d'exception.

Placé sous l'empire de cet alinéa 2 de l'article 29 l'individu devient le titulaire non seulement de droits mais aussi d'obligations. Malgré une coloration morale persistante, le devoir auquel la loi attache la sanction se transforme en obligation juridique. L'article 29 pourrait se traduire dans cette optique comme une *échelle graduelle des limitations aux droits*. L'idée est la suivante : le rappel des devoirs dans une déclaration des droits est nécessaire afin que l'individu conscient de ses devoirs ne fasse que des choix compatibles avec l'intérêt social et l'intérêt des autres individus. Il autolimité alors l'exercice de ses droits.

En revanche, les limitations dictées par les règles de droit écrites sont des instruments d'hétéro-limitation qui entraînent à l'opposé de l'autolimitation des sanctions juridiques. L'hétéro-limitation ne devrait selon la conception volontariste du droit avoir lieu qu'en cas de défaillance de l'autolimitation. De même, la coercition ne s'applique que si la sanction morale fait défaut. Plus qu'un ordre graduel des limitations, l'article 29 évoque en fait selon nous la pluralité des manifestations matérielles de la notion d'exception à travers des vocables différents tels devoirs, limitations, restrictions, etc. L'énoncé des devoirs se traduit comme un concept volontariste de l'exception. En effet, la limitation sous-jacente au devoir semble ici résulter du for intérieur de l'individu conscient de sa place dans la société et de ses rapports avec autrui¹³⁴¹. Tandis que la notion d'exception implicitement présente dans le devoir juridique détermine les limites objectives et externes aux droits dont la violation entraînera pour l'individu des conséquences juridiques¹³⁴².

A cet égard, il convient de distinguer le devoir moral du devoir juridique¹³⁴³. Le premier se différencie du second dans la mesure où il résulte de l'éthique et du for intérieur de l'individu¹³⁴⁴. Le second est en revanche prévu par une norme juridique. Ainsi, la violation d'un devoir moral n'encourt en principe que la réprobation morale (regret, remord) alors que le non-respect d'un devoir juridique entraîne souvent une sanction juridique extérieure et objective (contrainte publique, peine). A titre d'exemple, le manquement au devoir de probité

¹³⁴¹ Yves Madiot, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, op. cit., p. 111-116.

¹³⁴² Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 176. L'auteur considère que le droit de l'un n'existe que sous l'hypothèse de l'obligation de l'autre.

¹³⁴³ Otto Pfersmann, « Morale et Droit », in Sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 1040-1046.

¹³⁴⁴ François Ost et Sébastien Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, op. cit., p. 6.

ou au devoir de réserve imposé par la loi à certains fonctionnaires est passible d'une sanction disciplinaire.

Cette distinction nous amène au constat suivant : sans que le terme soit explicitement énoncé, la notion d'exception n'en demeure pas moins sous-jacente aux notions de devoir juridique et de responsabilité. Afin de conforter cette idée, il convient de citer l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Après avoir énoncé le principe de la liberté d'expression et les libertés subséquentes dans son premier alinéa¹³⁴⁵, le deuxième alinéa de cet article 10 détermine les exceptions à ces libertés en ces termes : « L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi... »¹³⁴⁶. De même, selon l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, la liberté trouve ses limites dans le devoir de ne pas nuire à autrui ou dans les bornes assurant aux autres membres de la société la jouissance de cette même liberté. Ainsi, la loi fixe les bornes à l'exercice de la liberté et interdit les actes nuisibles à la société (l'article 5). La liberté d'expression énoncée au titre de l'article 11 de cette même Déclaration trouve ses limites dans le cas d'abus déterminé par la loi. Enfin l'article 4 de la Constitution de 1958 pose la limite implicite à la liberté des partis politiques à travers le devoir de respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie¹³⁴⁷.

Il en résulte que l'absence du mot « exception » dans les règles de droit écrites n'affecte nullement son existence. L'exception à l'exercice des droits et libertés peut en fait être décelée à travers les expressions linguistiques diverses tels que l'interdiction de l'abus de droit, le diptyque droit/devoir, l'obligation, les restrictions et les bornes.

¹³⁴⁵ L'alinéa 1 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme est ainsi rédigé : « *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comporte la liberté d'opinion et la liberté de recevoir et de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considérations de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre des entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations* ».

¹³⁴⁶ Il est possible de dire que l'alinéa 2 de l'article 10 a ainsi explicité toutes les manifestations matérielles et implicites de la notion d'exception. De même, la notion d'exception est justifiée parce qu'elle constitue des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale, ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, à la garantie des informations confidentielles, de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire.

¹³⁴⁷ L'alinéa 1 de l'article 4 de la Constitution de 1958 est ainsi rédigé : « les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie ».

Les devoirs et obligations juridiques en tant la reformulation discrète de la notion d'exception se constatent particulièrement en droit de la fonction publique. Selon Monsieur Chapus, les droits dont disposent les fonctionnaires ne sont pas sans limites, qu'ils ne doivent pas franchir et qui constituent à leur charge autant d'obligations. L'auteur conçoit donc les devoirs et obligations comme les limites (exceptions) aux droits conférés aux fonctionnaires. A cet égard, le régime disciplinaire institué dans la fonction publique est destiné à assurer le respect de l'ensemble de leurs obligations, que celles-ci résultent des limites à leurs droits ou qu'elles soient instituées à titre principal¹³⁴⁸.

Seuls les devoirs et obligations juridiques constituant des limites aux droits des fonctionnaires sont ici concernés. L'idée est de montrer que derrière le vocable « devoir/obligation » se manifeste en réalité la notion d'exception. Ainsi le devoir de réserve est une exception parce qu'il limite la liberté d'expression des fonctionnaires. Consacré de manière explicite depuis 1935 par l'arrêt *Bouzanquet* du Conseil d'Etat, le devoir de réserve met à la charge des fonctionnaires l'obligation d'exprimer leurs opinions de manière prudente et mesurée de manière à ce que l'extériorisation de leurs opinions soit conforme aux intérêts du service public et à la dignité de la fonction occupée¹³⁴⁹.

Le devoir de réserve limitant la liberté d'expression s'impose particulièrement à certaines catégories de fonctionnaires. A titre d'exemple, l'article 7 de la loi du 13 juillet 1972 précisait que la liberté d'opinion, de croyance ou politique des militaires ne peut être exprimée qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire. Depuis la loi du 24 mars 2005, les limites à la liberté d'expression des militaires sont régies par l'article L. 4121-1 du code de la défense qui dispose que : « les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens. Toutefois, l'exercice de certains d'entre eux est soit interdit, soit restreint dans les conditions fixées par la présente loi »¹³⁵⁰.

Dans le même esprit, l'article 11 du code de déontologie de la police nationale prévoit le devoir de réserve en ces termes : « les fonctionnaires de police peuvent s'exprimer librement dans les limites résultant de l'obligation de réserve à laquelle ils sont tenus et des règles relatives à la discrétion et au secret professionnel »¹³⁵¹. Ainsi la liberté d'expression des policiers doit se concilier avec le devoir de réserve (limitation).

¹³⁴⁸ René Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, Partie 1 La fonction publique, chapitre 3 *Les droits et devoirs des membres de la fonction publique*, Paris, Monchrestien, 15e éd., 2001, coll. Domat droit public, p. 294-295..

¹³⁴⁹ CE 11 janvier 1935, *Bouzanquet*, rec., p 41 ou 44

¹³⁵⁰ L'article L. 4121-1, livre 1 « Statut général des militaires » du Code de la Défense dispose que « les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens. Toutefois, l'exercice de certains d'entre eux est soit interdit, soit restreint dans les conditions fixées par le présent livre ».

¹³⁵¹ Cité par René Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, op. cit. p. 294-295.

Les magistrats judiciaires et administratifs sont également tenus au devoir de réserve en vertu de l'article 10 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant la loi organique relative au statut de la magistrature. Dans l'exercice de leur liberté, ils se voient interdire « toute démonstration politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions »¹³⁵².

L'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et devoirs des fonctionnaires ne rappelle le devoir de réserve que de façon implicite. En effet, la liberté d'expression des fonctionnaires est régie de manière générale par les règles du code pénal relatives au secret professionnel. Il en résulte que les fonctionnaires civils peuvent exprimer librement leurs opinions dans les limites déterminées par l'article L. 226-13 du code pénal. Ce renvoi au régime de droit commun des libertés rappelle constamment que même dans une conception de droit libérale, aucune liberté n'est absolue, y compris la liberté d'expression considérée comme la plus précieuse. Certes, le devoir de réserve fait exception à la liberté d'expression des fonctionnaires mais il est nécessaire et justifié tantôt par l'intérêt du service public, tantôt par la protection de l'intérêt des citoyens.

Le devoir de réserve va souvent de pair avec le devoir de neutralité. Si le premier limite la liberté d'expression, le second vise indirectement la liberté de conscience en ce qu'il limite l'extériorisation de l'appartenance des fonctionnaires à telle ou telle croyance. Ainsi le devoir de neutralité peut limiter voire interdire le port des signes religieux ostentatoires. C'est ce qu'a expliqué en substance le récent rapport du Conseil d'Etat relatif aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral¹³⁵³.

La liste des devoirs limitant l'exercice des libertés des fonctionnaires ne peut ici faire l'objet d'une énumération exhaustive. Il en va de même pour d'autres devoirs en tant que limitation existant dans notre ordre juridique¹³⁵⁴. Nous voulons simplement montrer que par sa caractéristique limitative de l'exercice des droits et libertés de l'homme, la notion de devoir est l'une des manifestations matérielles de la notion d'exception. Plus précisément, elle la reformule de manière discrète.

¹³⁵² L'article 10 de l'ordonnance n° 58-1279 du 22 décembre 1958, J.O du 23 décembre 1958, est ainsi rédigé : « Toute délibération politique est interdite au corps judiciaire. Toute manifestation d'hostilité au principe ou à la force du gouvernement de la République est interdite aux magistrats, de même que toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions. Est également interdite toute action concertée de nature à arrêter ou entraver le fonctionnement des juridictions ». Source, www.legisfrance.gouv.fr

¹³⁵³ Etudes relatives aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat le jeudi 25 mars 2010. Version en ligne, www.ladocumentationfrancaise.fr

¹³⁵⁴ Robert Hanicotte, *Devoirs de l'homme et Constitution : contribution à une théorie générale du devoir*, éd. Paris Harmattan, 2007, coll Logiques juridiques

En résumé, l'absence de mot ne signifie pas l'inexistence de la notion d'exception. Justifiée par la protection des droits d'autrui ou de l'ordre public, celle-ci peut également se manifester à travers le principe de responsabilité. Tournée vers la pacification des rapports sociaux et vers la conciliation équilibrée des droits antagonistes, la responsabilité permet de restaurer l'équilibre des intérêts rompu par une conduite illicite¹³⁵⁵. Au-delà de sa fonction traditionnelle de réparation des dommages causés par un comportement fautif, la responsabilité se pose notamment en sanction de toute conduite illicite. Elle se traduit à notre sens comme le mécanisme d'encadrement des conduites de l'individu et entretient par conséquent un rapport certain avec la notion d'exception. Plus précisément une conduite responsable est celle qui respecte le cadre (limite) de ses droits et évite à ce titre la sanction. C'est en sa qualité de cadre juridique dans lequel se règle la conduite des sujets de droit que le principe de responsabilité peut être rapproché de la notion d'exception définie comme la limitation. Plus précisément, le premier est la mise en œuvre de la seconde.

B. Le principe de responsabilité comme la mise en œuvre de la notion d'exception

Traditionnellement défini comme l'obligation de réparer le dommage que l'on a causé par sa faute, dans certains cas déterminés par la loi¹³⁵⁶, le principe de responsabilité est subordonné à trois conditions suivantes : un fait dommageable (faute), un préjudice (matériel ou immatériel) et le lien de causalité entre la faute et le préjudice (l'imputabilité)¹³⁵⁷.

Il convient à ce titre de distinguer la responsabilité pour faute (responsabilité subjective) de la responsabilité sans faute (responsabilité objective). La première se conçoit comme la sanction d'un comportement fautif ou illicite ayant causé des dommages à autrui alors que la deuxième consiste en la réparation des dommages constatés indépendamment de toute faute. Ainsi, la condition principale de la responsabilité subjective réside dans une

¹³⁵⁵ Xavier Bioy, « Avant-propos », in Xavier Bioy (dir.), *Constitution et Responsabilité : Des responsabilités constitutionnelles aux bases constitutionnelles des droits de la responsabilité, Actes du colloque de Toulouse, 5 et 6 octobre 2007*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 9 et s.

¹³⁵⁶ Alain Rey et al., *Dictionnaire Petit Robert*, voir « Responsabilité ». Et pour un aperçu d'ensemble : Roland Drago, « Responsabilité (principes généraux de la) », Rép. Dalloz, *Responsabilité, puissance publique*, 2007.

¹³⁵⁷ Geneviève Viney, « Responsabilité », A.P.D., 1990, n° 35, p. 275-292.

conduite illicite, génératrice de dommages tandis que la responsabilité objective est tributaire d'une condition fondamentale qu'est l'anormalité ou la spécificité du dommage¹³⁵⁸.

Sera par conséquent exclue de l'analyse la question de responsabilité sans faute. Etant liée à l'anormalité du dommage, celle-ci n'entretient en effet pas de lien direct avec la notion d'exception. La réparation des dommages n'est pas ici subordonnée à l'évaluation du comportement licite ou illicite de l'individu, ni au constat d'une violation des limites posées à ses droit. Elle trouve en fait son fondement dans le principe d'égalité devant les charges publiques¹³⁵⁹ et parfois dans celui d'équité.

Ainsi, seule la responsabilité pour faute est ici concernée puisqu'elle implique la conduite fautive entendue comme la conduite transgressant des limites définies par la loi. La responsabilité se pose comme la frontière entre le permis (comportement licite) et l'interdit (comportement illicite) et se rapporte donc à la notion d'exception. Plus précisément, elle a trait à la qualité du comportement d'un sujet de droit, et à la manière dont il exerce son droit (abus de droit). En effet, la notion d'exception désigne les limites que doit respecter un individu dans la jouissance de ses droits afin de ne pas nuire à autrui ou à la société¹³⁶⁰. La responsabilité subjective apparaît dès lors comme la garantie de ces limites. Ainsi, un comportement responsable est celui qui demeure dans les limites prévue par la loi et qui n'est pas dommageable alors qu'une conduite irresponsable viole ces limites et cause des dommages à autrui ou à la collectivité. La conduite illicite et dommageable, si elle est imputée à une personne, devient alors la source de responsabilité

Qualifié d'outil indispensable à la conciliation et à l'équilibre des droits fondamentaux antagonistes¹³⁶¹, le principe de responsabilité subjective entretient un rapport certain avec la notion d'exception. Celle-ci demeure en effet sous-jacente au principe de responsabilité. Afin

¹³⁵⁸ Philippe Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2006/2007, n° 134 ; C.E, 30 novembre 1923, Couitéas, rec. p 789 ; concl. Rivet, Dalloz, 1923. 3, p 59, Voir, G.A.J.A, op. cit., p 243 et s. C.E, 14 janvier 1938, Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette », rec. p. 25 ; concl. Roujou, Dalloz, 1938. 3, p 41. Voir G.A.J.A, op. cit., p 312 et s.

¹³⁵⁹ Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives*, rec., 61, cons. 3.

¹³⁶⁰ L'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 énonce la liberté et ses limites en ces termes : « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles que assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. L'article 5 de cette même Déclaration permet à la loi de n'interdire que les actions nuisibles à la Société.

¹³⁶¹ Xavier Bioy, « Avant-propos », in Xavier Bioy (dir.), *Constitution et Responsabilité : Des responsabilités constitutionnelles aux bases constitutionnelles des droits de la responsabilité*, Actes du colloque de Toulouse, 5 et 6 octobre 2007, op. cit., p. 9 et s.

de rendre compte pleinement du déploiement implicite de la notion d'exception dans le principe de responsabilité pour faute, il est nécessaire d'étudier ici la position du Conseil constitutionnel concernant la question de l'irresponsabilité (1). L'exigence constitutionnelle du maintien de responsabilité comme la contrepartie de la liberté (2) vient étayer l'idée selon laquelle le droit de la responsabilité manifeste et concrétise la notion d'exception.

1. Le rejet du Conseil constitutionnel d'une conception de droit absolue caractérisée par l'irresponsabilité : décision du 22 octobre 1982

Reprochant à la loi relative au développement des institutions représentatives d'avoir institué un régime d'irresponsabilité contraire à certains principes constitutionnels, les députés ont saisi le Conseil constitutionnel afin qu'il déclare la non-conformité de cette loi à la Constitution.

Est en cause l'article 8 de cette loi qui vise à compléter l'article L.521-1 du code du travail par un nouvel alinéa ainsi rédigé : « *Aucune action ne peut être intentée à l'encontre de salariés, de représentants du personnel élu ou désignés ou d'organisations syndicales de salariés, en réparation du dommage causé par un conflit collectif de travail ou à l'occasion de celui-ci, hormis les actions en réparation du dommage causé par une infraction pénale et du dommage causé par des faits manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice du droit de grève ou du droit syndical* ». D'après les auteurs de la saisine, en instaurant au profit des salariés grévistes un régime d'irresponsabilité civile, cet article porte atteinte au principe de responsabilité énoncé au titre de l'article 1382 du code civil¹³⁶² et prive ainsi les victimes du dommage causé par la grève à la fois du droit à la réparation et du droit au recours. Alors que le principe de responsabilité et le droit au recours ont selon les auteurs de la saisine, valeur constitutionnelle.

Sans invoquer avec précision les textes constitutionnels, le juge constitutionnel se contente d'utiliser un principe général suivant lequel *nul n'ayant le droit de nuire à autrui et tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* pour conclure à l'inconstitutionnalité de l'article 8 de la loi

¹³⁶² L'article 1382 du code civil est ainsi rédigé « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* », Code civil, Dalloz, 2010.

contestée¹³⁶³. Malgré sa formule très générale, l'interdiction de nuire à autrui résulte en réalité d'une application combinée de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 avec l'article 1382 du code civil¹³⁶⁴. Admettant toutefois que si les principes de responsabilité et de réparation peuvent recevoir quelques dérogations partielles, le Conseil constitutionnel s'oppose à ce que législateur les supprime totalement. En effet, le droit français ne comporte selon le juge, en aucune matière, de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes¹³⁶⁵. En conséquence, l'exonération de la responsabilité prévue par l'article 8 de la loi comporte une discrimination au détriment des personnes à qui il est interdit toute action en réparation¹³⁶⁶. Le régime d'irresponsabilité institué au profit de salariés grévistes est donc censuré pour sa non-conformité au principe constitutionnel d'égalité¹³⁶⁷.

L'apport de la décision du 22 octobre 1982 dépasse à notre sens largement la question de la réparation des conséquences du fait de grève et concerne en réalité la problématique générale des limites de l'exercice de tout droit. Le droit de grève n'en est ici qu'une illustration. L'irresponsabilité dont bénéficieraient certains salariés grévistes semble enlever toute limite au droit de grève et détruirait par la même occasion la théorie de l'abus de droit¹³⁶⁸. Ainsi, les salariés pourraient user du droit de grève pour nuire de manière illimitée au patron sans que celui-ci ne puisse s'y opposer ni obtenir la réparation du préjudice subi. Une telle conception du droit de grève doit être écartée selon le juge constitutionnel puisqu'il existe en droit français un principe général de ne pas nuire à autrui qui s'oppose à l'exonération totale de la responsabilité civile.

¹³⁶³ Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives, rec., p. 61, cons. 3.

¹³⁶⁴ Régis Fraisse, « La constitutionnalisation des droits de la responsabilité », in Xavier Bioy (dir.), *Constitution et Responsabilité : Des responsabilités constitutionnelles aux bases constitutionnelles des droits de la responsabilité, Actes du colloque de Toulouse, 5 et 6 octobre 2007*, op. cit., p. 137.s

¹³⁶⁵ Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives, J.O du 23 octobre 1982, p. 3210, cons. 5.

¹³⁶⁶ Ibid, cons. 6. La discrimination est explicitée en ces termes : « *alors qu'aucune personne physique ou morale, publique ou privée, française ou étrangère, victime d'un dommage matériel ou moral imputable à la faute civile d'une personne de droit privé ne se heurte à une prohibition générale d'agir en justice pour obtenir réparation de ce dommage, les personnes à qui seraient opposées les dispositions de l'article 8 de la loi présentement examinée ne pourraient demander la moindre réparation à quiconque* ».

¹³⁶⁷ Ibid, cons. 10.

¹³⁶⁸ En effet, le régime d'irresponsabilité envisagé par le législateur fait obstacle à ce que le juge puisse sanctionner certains comportements des salariés grévistes sur le fondement de l'abus de droit

Outre le principe de ne pas nuire à autrui, le principe d'égalité est également invoqué par le Conseil pour faire obstacle à ce que le législateur établisse un régime d'irresponsabilité discriminatoire. En d'autres termes, le législateur ne peut priver une catégorie de personnes de leur droit à la réparation du dommage subi comme l'illustre cette phrase du Conseil constitutionnel : « *il [le législateur] ne peut même pour réaliser les objectifs qui sont les siens, dénier dans son principe même le droit des victimes d'actes fautifs* »¹³⁶⁹. Ainsi, la portée principale de cette décision concerne le rapport entre l'irresponsabilité générale entendue comme l'absence de limite dans l'exercice d'un droit (le droit de grève) et la réglementation (poser les limites) de l'exercice de ce droit¹³⁷⁰.

Sans tracer lui-même des limites au droit de grève (ce qui relève de la compétence exclusive du législateur) le juge constitutionnel formule néanmoins une limitation à travers le principe général selon lequel tout dommage imputable à une faute civile exige réparation. Il n'est alors pas interdit de soutenir que l'exercice de tout droit trouve sa limite dans l'interdiction de causer des dommages à autrui ou à la société. Aucun droit n'est donc absolu puisqu'il s'insère dans un rapport social interdépendant. La relativité du droit se manifeste tantôt dans les exceptions, tantôt dans les régimes de responsabilité pénale ou civile. Le principe de responsabilité devient un moyen de prévention et de punition de toute conduite illicite (entendue comme une conduite qui dépasse les limites de ses droits et cause du dommage) puisqu'il l'oblige à réparer tous ses conséquences dommageables.

La responsabilité, élément de limitation au droit a été également développée sous la plume de Léo Hamon. Selon l'auteur, par la décision du 22 octobre 1982, le Conseil constitutionnel a implicitement traité la question de la limitation de tout droit par la considération des autres droits : « n'est-il pas dans la nature de notre système juridique de tempérer tout droit par la considération des autres ? »¹³⁷¹. La censure de la loi contestée doit être comprise comme l'interdiction faite au législateur d'absolutiser un droit au détriment d'un autre droit. Ainsi, le droit de grève conféré aux salariés grévistes doit être limité sinon équilibré par le droit d'agir en responsabilité accordé aux chefs d'entreprise et aux autres salariés non-grévistes. Or l'irresponsabilité en cause absolutise le premier au détriment du second et rompt ce rapport d'équilibre entre les droits opposés. Le caractère inconstitutionnel de la loi établissant l'irresponsabilité du fait de l'exercice d'un droit est à notre sens

¹³⁶⁹ Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives, déc. préc, cons. 9.

¹³⁷⁰ Léo Hamon, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p. 155 et s.

¹³⁷¹ Léo Hamon, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit.

significatif de l'inséparabilité entre le droit et ses limites. Sans ces dernières, l'effectivité et l'égalité des droits demeuraient illusoires¹³⁷². Nécessaire à la résolution des conflits de droits, le principe de responsabilité entretient donc un rapport étroit avec la notion d'exception. Par ailleurs, il concerne non seulement le droit de grève mais s'attache également à l'ensemble des droits et libertés et s'érige en principe général¹³⁷³ selon lequel l'exercice responsable de tout droit ou de toute liberté s'accompagne nécessairement de limites.

Le lien entre la responsabilité et l'exercice d'un droit s'inscrit tant dans la garantie que dans la concrétisation effective de la notion d'exception. En effet, un exercice responsable du droit est celui qui demeure conforme à des limites légalement fixées à son droit. Cette optique a auparavant été soutenue dans ses conclusions sur l'arrêt *Dehaene* par le Commissaire du gouvernement Gazier qui considérait qu'aucun droit n'est absolu parce qu'aucun n'est seul en cause¹³⁷⁴. Le respect et la conciliation des droits antagonistes ne sont effectifs que si le législateur définit les conditions d'exercice des uns et des autres. De même, il doit tracer avec précision la limite séparant les comportements licites des comportements fautifs. A ce titre, il est important de noter que le pouvoir de fixer des limites aux droits contradictoires ne permet pas au législateur de sacrifier les droits des uns au profit de ceux des autres mais de les concilier et de les arbitrer. L'exercice d'un droit quelconque doit trouver sa limite dans son obligation de réparer les dommages causés. Si le principe de responsabilité peut être aménagé, c'est son absence totale (irresponsabilité) que la décision constitutionnelle du 22 octobre 1982 a sanctionnée¹³⁷⁵.

Cette décision s'opposant à l'exercice illimité du droit peut également se traduire comme une interdiction constitutionnelle d'absolutisation du droit. S'inscrivant dans cette optique, Léo Hamon l'a expliquée en ces termes : « c'est l'absolutisation d'un intérêt en

¹³⁷² François Ost et Sébastien Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, op. cit., p. 7.

¹³⁷³ Ibid, p 157, L'auteur considère que le cas du droit de grève évoqué dans la décision du 22 octobre 1982 n'est que l'illustration d'un principe général de limitation. Celui s'appliquera à l'ensemble des droits et libertés. La responsabilité est également considérée comme un moyen de limiter l'usage des droits et libertés sous la plume de Monsieur Costa. Voir spéc. Jean-Paul Costa, « Commentaire de l'article 4 », art. cit., p. 102 et s.

¹³⁷⁴ CE.Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, arrêt préc.

¹³⁷⁵ Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, préc., cons. 9 « s'il appartient au législateur, dans le respect du droit de grève et du droit syndical ainsi que des autres droits et libertés ayant également valeur constitutionnelle, de définir les conditions d'exercice du droit de grève et du droit syndical et, ainsi, de tracer avec précision la limite séparant les actes et comportements licites des actes et comportements fautifs de sorte que l'exercice de ces droits ne puisse être entravé par des actions en justice abusives, s'il lui appartient également, le cas échéant, d'aménager un régime spécial de réparation approprié conciliant les intérêts en présence, il ne peut en revanche, même pour réaliser les objectifs qui sont les siens, dénier dans son principe même le droit des victimes d'actes fautifs[...] ».

présence qui est, par nature, contraire aux grands principes de la constitution »¹³⁷⁶. De même, l'exigence constitutionnelle du maintien d'un noyau dur de responsabilité civile contre une exonération totale envisagée par le législateur est à notre sens, révélatrice non seulement de la nécessité de limiter l'étendue des droits et libertés mais aussi d'une identité certaine qu'entretient le principe de responsabilité avec la notion d'exception. Il n'est alors pas interdit de soutenir que le droit de la responsabilité est la mise en œuvre la notion d'exception. Afin d'étayer cette idée, un détour sur la constitutionnalisation du droit de la responsabilité paraît utile.

2. *Le maintien du droit de la responsabilité comme la mise en œuvre de l'exigence constitutionnelle de limiter l'exercice des droits et libertés*

Si le droit de la responsabilité se pose en limite aux droits et libertés constitutionnels, il faut alors s'interroger sur le point de savoir si ce droit a lui-même valeur constitutionnelle. Plus précisément, existe-t-il un principe constitutionnel de responsabilité qui doit être concilié avec des droits et libertés garantis par la Constitution ? Rien dans la décision du 22 octobre 1982 ci-dessus analysée ne nous permet de conclure au caractère constitutionnel du principe de responsabilité. En effet, pour censurer le régime d'irresponsabilité, le juge constitutionnel a fondé le droit au recours et le droit à réparation des dommages causés par des fautes civiles sur le principe d'égalité. Ainsi, le Conseil constitutionnel n'a pas entendu en 1982 établir ou relever un principe de responsabilité de valeur constitutionnelle.

La question s'est de nouveau posée en 1983 lors de l'adoption de la loi *relative à la démocratisation du secteur public* qui est aussitôt déférée par les sénateurs et députés devant le Conseil constitutionnel. Les auteurs de la saisine font valoir à l'encontre des dispositions de cette loi plusieurs griefs dont deux concernent le principe de responsabilité et méritent de retenir notre attention.

Dans un premier temps, les députés requérants soutiennent que *l'atténuation de la responsabilité* envisagée par le législateur au profit d'une partie des membres des conseils d'administration et de surveillance représentant les salariés équivaldrait à une *suppression de toute responsabilité*. Ce qui signifie que l'article 22 de la loi contestée confère à ces représentants par rapport aux autres membres desdits conseils un « *privilège exorbitant* »

¹³⁷⁶ Léo Hamon, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p. 162.

contraire au *principe d'égalité*, au *principe de responsabilité* et au *principe de réparation*¹³⁷⁷, alors qu'aucun intérêt général ne justifie un tel privilège et une telle atteinte à ces trois principes constitutionnels.

Dans un second temps, ils font valoir que le principe de responsabilité a valeur constitutionnelle parce qu'il est consacré par la Déclaration de 1789 et reconnu par les lois de la République, notamment par le Code civil et par le Code pénal. Ce principe qui impose à l'auteur de toute faute d'en répondre civilement aurait été méconnu par l'article 22 de la loi en cause. Par ailleurs, cette loi aurait également méconnu le principe de réparation qui a selon les requérants lui aussi valeur constitutionnelle¹³⁷⁸.

Dans sa décision rendue le 20 juillet 1983, le Conseil constitutionnel a rejeté ces deux griefs en se fondant sur deux arguments. Premièrement, l'atténuation de la responsabilité civile litigieuse n'équivaut ni en droit, ni en fait à la suppression de toute responsabilité. Les représentants des salariés sont toujours pénalement responsables. Si le régime de la responsabilité civile applicable aux représentants des salariés n'est pas identique à celui des représentants de l'Etat, il n'est pas pour autant contraire au principe d'égalité. Cette différence de régime juridique est justifiée par la différence de situation. En effet, les représentants des salariés exercent leur mandat gratuitement et n'ont point part aux bénéfices sociaux alors que les autres représentants perçoivent des rémunérations spécifiques.

Deuxièmement, la question concernant la valeur constitutionnelle du principe de responsabilité est habilement éludée au moyen d'une périphrase : « *sans qu'il soit besoin de rechercher si les principes de responsabilité et de réparation ont valeur constitutionnelle, il suffit d'observer qu'ils ne s'opposent pas à l'aménagement de leurs conditions d'application* »¹³⁷⁹. Toutefois, l'aménagement législatif du droit de la responsabilité ne doit pas d'après le Conseil constitutionnel conduire au refus absolu de toute réparation sans égard à la gravité de la faute. Ainsi, malgré leur valeur constitutionnelle incertaine, les principes de responsabilité et de réparation se posent néanmoins en des limitations efficaces à l'exercice des droits et libertés constitutionnels.

¹³⁷⁷ Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public, déc. préc. cons. 70.

¹³⁷⁸ Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public, déc. préc., cons. 76 et 78.

¹³⁷⁹ Ibid, cons. 77 et 79.

Cette solution apparaît à première vue surprenante. En effet, si les principes de responsabilité et de réparation n'ont pas de valeur constitutionnelle, ils ne peuvent dès lors limiter les droits constitutionnellement garantis et ne s'imposent pas non plus au législateur. Celui-ci pourrait donc absolutiser une catégorie des droits en fonction de l'opportunité politique.

Une telle conception absolue des droits semble contraire à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui exige avec constance le maintien d'un noyau dur de la responsabilité et s'oppose à son exonération totale envisagée par le législateur. Ainsi que l'a illustré la décision du 17 janvier 1989 dans laquelle le Conseil réaffirme le maintien de la responsabilité en ces termes « nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé »¹³⁸⁰. En 1989, le principe de responsabilité trouvait toujours son fondement selon le Conseil constitutionnel dans le principe constitutionnel d'égalité.

En revanche, dans la célèbre décision du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil et de solidarité*, le juge constitutionnel a renouvelé sa réflexion tant sur les fondements que sur la portée du droit de la responsabilité civile. Est en cause ici la question d'action en responsabilité des partenaires du pacte civil et de solidarité. Les auteurs de la saisine ont soulevé deux griefs contre l'article 515-7 du code civil issu de cette loi. D'abord, la faculté de rompre de manière unilatérale le pacte civil de solidarité prévue par cet article 515-7 s'apparente selon eux à une « *répudiation* ». La loi est par conséquent contraire au principe du respect de la dignité de la personne humaine auquel le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle depuis sa décision du 27 juillet 1994 *Loi bioéthique*¹³⁸¹. Ensuite, la rupture du pacte par mariage prévue par l'alinéa 3 de l'article 515-7 du code civil méconnaît d'une part le principe d'immuabilité des contrats et d'autre part, le principe d'égalité entre les contractants. En effet, dans ce cas le pacte prend fin immédiatement et les obligations qu'il a produites cessent sur le champ sans que l'un des contractants à qui la rupture est imposée puisse s'y opposer.

Afin de rejeter le premier grief, le juge constitutionnel précise la nature du pacte civil et de solidarité qui est un contrat étranger au mariage, par conséquent sa rupture unilatérale ne

¹³⁸⁰ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, déc. préc. cons. 9..

¹³⁸¹ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation... (Bioéthique),, déc. préc., cons. 2.

saurait être qualifiée de « répudiation »¹³⁸². Par ailleurs, le législateur a limité la liberté contractuelle en fixant des règles que doit respecter le partenaire, auteur de la rupture unilatérale du pacte. L'article 515-7 n'est dès lors pas contraire au principe de la dignité de la personne humaine.

Le deuxième grief est également balayé par le juge au moyen de trois arguments. D'abord, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants. La limite à cette liberté de mettre fin au contrat réside dans les conditions de la rupture et de la réparation du préjudice subi par l'un des contractants. Dans la loi litigieuse, en définissant ces conditions afin de protéger l'une des parties, victime de la rupture unilatérale du pacte, le législateur n'a par conséquent méconnu aucun principe constitutionnel¹³⁸³.

Ensuite le principe d'immutabilité des contrats, corollaire de la liberté contractuelle doit être concilié avec le respect de l'exigence constitutionnelle de la liberté du mariage dont le fondement se trouve dans l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. La conciliation a été réalisée de manière équilibrée par le législateur qui réserve toujours le droit du partenaire subissant la rupture unilatérale à réparation, notamment en cas de faute tenant aux conditions de la rupture¹³⁸⁴.

Enfin, le maintien du droit d'agir en responsabilité prévu par le dernier alinéa de l'article 515-7 du code civil met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer¹³⁸⁵.

Malgré quelques ambiguïtés dues à l'expression « *exigence constitutionnelle* », il est possible selon nous, de tirer à partir de cette décision deux enseignements étayant l'idée selon laquelle la responsabilité se traduit comme la mise en œuvre de la notion d'exception. Premièrement, le juge constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle au droit d'agir en responsabilité. Celui-ci apparaît comme le corollaire du droit au recours hissé au rang du droit constitutionnel et implique lui-même l'existence d'un droit fondamental à réparation des

¹³⁸² Décision n° 99-419 du 9 novembre 1999 Loi relative au pacte civil et de solidarité, J.O du 16 novembre 1999, p. 16962, cons. 64 à 67. .

¹³⁸³ Ibid., cons. 61.

¹³⁸⁴ Ibid., cons. 62.

¹³⁸⁵ Ibid., cons. 70.

dommages. Sans que le mot « exception » soit expressément énoncé, l'exercice de l'ensemble des droits et libertés fondamentaux trouve néanmoins ses limites dans l'obligation générale de ne pas nuire à autrui et donc dans le droit constitutionnel d'agir en responsabilité¹³⁸⁶. Le droit de la responsabilité se présente dès lors comme la mise en œuvre d'une exigence constitutionnelle de limiter l'exercice des droits et libertés, ce qui se traduit comme un concept équivalent de la notion d'exception.

Deuxièmement, c'est l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 qui est la source et le fondement du droit d'agir en responsabilité. Il en résulte que c'est la liberté qui fonde la responsabilité et non l'égalité comme l'avait pensé la doctrine jusqu'en 1999. Les droits de la responsabilité et les bornes (exceptions) découlent alors d'une source commune qu'est la liberté. Cette idée a d'ailleurs été ultérieurement confirmée par le juge constitutionnel dans la décision du 22 juillet 2005 *Loi de sauvegarde des entreprises*. Ainsi, « *si la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par les dispositions de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux termes desquels : la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, cette exigence ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un motif d'intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée* »¹³⁸⁷.

Ainsi, l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 pose d'une part le principe de liberté et d'autre part les exceptions concrétisées par l'action en responsabilité que la loi ne doit pas supprimer. Au-delà de sa fonction de réparation, le droit de la responsabilité est normatif et préventif puisqu'il s'extériorise ici comme la mise en œuvre d'une exigence constitutionnelle de limiter les droits et libertés. Cette limitation est nécessaire à la garantie du principe d'égalité des droits. Loin de méconnaître les droits et libertés fondamentaux, la notion d'exception véhiculée par le droit de la responsabilité se traduit comme la concrétisation d'une exigence constitutionnelle. Ce qui signifie que si le législateur peut aménager les limitations des droits et libertés, il ne peut nullement les supprimer. L'article 11 de la Déclaration des droits de 1789 vient conforter cette analyse. En effet, il énonce de manière expresse la limite (l'obligation de répondre en cas d'abus) à la liberté d'expression

¹³⁸⁶ Voir spéc. Sous la direction de Hugues Dumont, François Ost et Sébastien Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, op. cit., ; Xavier Bioy, « Avant-propos », in Xavier Bioy *Constitution et responsabilité*, art. cit., p. 9 et s.

¹³⁸⁷ Décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005, *Loi sauvegarde des entreprises*, J.O du 27 juillet 2005, p. 12225, cons. 10 et 11.

considérée comme la liberté la plus précieuse. Monsieur Fraisse a dès lors souligné que, « si le constituant a prévu que l'abus d'une de nos libertés fondamentales les plus précieuses engage la responsabilité de son auteur, on peut en déduire qu'il en est de même de toutes les autres libertés »¹³⁸⁸.

Puisqu'il met en œuvre l'exigence constitutionnelle de limiter l'exercice des droits et libertés, le droit de la responsabilité a désormais valeur constitutionnelle. Ainsi que l'a expliqué Monsieur Costa : « le principe de l'article 1382 du code civil trouve sa légitimation [...] dans l'article 4 de la Déclaration des droits de 1789. Les deux textes se répondent en écho : si l'homme est libre de faire tout ce qu'il veut, sauf à ne pas nuire à autrui, à ne pas lui causer un dommage, alors il doit répondre de cette éventuelle nuisance. La loi, qui lui fixe les bornes de sa liberté, l'oblige à réparer le dommage causé. Pas de liberté sans responsabilité : être libre c'est être responsable »¹³⁸⁹. L'exercice de la liberté implique par conséquent des limites effectivement concrétisées par les régimes juridiques de la responsabilité.

Il convient à présent de procéder à une analyse sur les régimes de la responsabilité pour soutenir que ceux-ci sont à la fois la concrétisation et la manifestation de la notion d'exception dans l'ordre juridique libéral.

§2. Les régimes de responsabilité civile et pénale : manifestations de la notion d'exception dans l'ordre juridique libéral

Une précision s'impose d'emblée ici. Au regard de notre étude, il serait vain d'exposer toute l'évolution du droit de la responsabilité civile et pénale depuis 1804. L'idée consiste à expliquer comment les régimes juridiques de la responsabilité civile et pénale mettent en œuvre la notion d'exception. Plus précisément, il s'agit de montrer comment le droit de la responsabilité peut s'identifier à la notion d'exception et en constituer un concept équivalent.

Si le droit de la responsabilité se ramène souvent à sa fonction traditionnelle de réparation ou d'indemnisation (sanction), il est cependant fondamental à notre sens d'explicitier également au sein de ce paragraphe ses fonctions *préventive* et *normative*. En

¹³⁸⁸ Régis Fraisse, « La constitutionnalisation des droits de la responsabilité », in Xavier Bioy (dir.), *Constitution et responsabilité*, op. cit. p. 131 et s.

¹³⁸⁹ Jean-Paul Costa, « Commentaire de l'article 4 », art. cit. p. 101 et s.

effet, telle qu'elle résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la responsabilité civile ou pénale est avant tout considérée comme un moyen de faire respecter l'obligation de ne pas nuire à autrui ou à la société. Dès lors sa fonction de réparation en tant que sanction n'a lieu qu'en cas de violation de cette obligation d'abstention. Ainsi que l'a noté le professeur le Tourneau : « la responsabilité civile est outillée pour empêcher les dommages et les faire cesser, ce qui est préférable que de les réparer »¹³⁹⁰. Expliqué sous cet angle, le droit de la responsabilité désigne à notre sens l'application de la notion d'exception aux droits de l'homme dans l'idéologie libérale (A). L'exercice d'un droit ou d'une liberté ne peut être limité qu'en vue de protéger des droits d'autrui ou l'ordre public. Cette démonstration sera davantage confortée par l'analyse des régimes législatifs de responsabilité régissant la liberté d'expression considérée comme l'un des droits les plus précieux de l'homme (B).

A. Le droit de la responsabilité civile et pénale comme conception libérale de l'exception

En déclarant que le but de toute association politique est la conservation des droits naturels imprescriptibles de l'homme, l'Assemblée constituante de 1789 a instauré un nouvel ordre politique et juridique réputé libéral reposant sur la garantie des droits individuels et sur la séparation des pouvoirs. Toutefois elle n'ignore pas la question des exceptions mais l'aborde sous des angles nouveaux. En effet, la notion d'exception y est énoncée sous forme d'obligation négative déterminée par la loi. Elle trouve désormais son ancrage constitutionnel dans les articles 4, 5 et 11 de cette même Déclaration. Le droit de la responsabilité découlant de ces dispositions constitutionnelles se traduit à notre sens comme une mise en œuvre de l'exception dans une conception libérale des droits de l'homme (1). En effet, l'exercice des droits et libertés individuels n'est désormais soumis qu'à des exceptions objectivement déterminées par la loi et nécessaires à la conciliation des droits antagonistes. Le droit de la responsabilité ne peut limiter l'exercice des droits et libertés qu'afin d'assurer l'égalité jouissance des droits. Ainsi l'individu n'engage sa responsabilité qu'en cas de d'abus ou de faute (2) entendue comme un comportement illicite.

¹³⁹⁰ Philippe le Tourneau, Répertoire civil, Dalloz, 2009, « Responsabilité ».

1. Le droit de la responsabilité : une manifestation matérielle de la notion d'exception dans l'ordre juridique libéral

Tel qu'il est énoncé au titre de l'article 1382 du code civil, le droit de la responsabilité civile subjective dispose d'une triple fonction : préventive, normative et répressive¹³⁹¹. Sa vocation fondamentale consiste donc à édicter les normes morales et sociales de comportement qui tendent à prévenir la réalisation de dommages et à sanctionner les comportements générateurs de préjudices. S'articulant principalement autour d'un devoir de ne pas causer de dommage injuste à autrui, les régimes du droit de la responsabilité sont dès lors conçus comme une limite à la liberté individuelle¹³⁹². Cette analyse met en lumière l'identité matérielle qu'entretient la responsabilité avec la notion d'exception. Ainsi, il convient de rappeler qu'outre sa fonction réparatrice, le droit de la responsabilité est également un instrument de limitation des droits et libertés individuels. Se détachant de la notion morale de devoir, le droit de la responsabilité n'est justifié que par la considération de l'intérêt général ou des droits d'autrui. Il n'est dès lors pas interdit de soutenir qu'il est la manifestation libérale de la notion d'exception. En d'autres termes, la notion d'exception se matérialise dans l'ordre juridique libéral sous forme de responsabilité.

C'est sous la plume de Monsieur Costa que le droit de la responsabilité apparaît clairement comme la manifestation et l'acceptation de la notion d'exception dans l'ordre juridique libéral. Analysant l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, ancrage constitutionnel de la liberté mais également des normes d'exception, l'auteur souligne que des exceptions à la liberté ont été l'œuvre de la pensée profonde des membres les plus libéraux et les plus influents de la Constituante de 1789, Mirabeau, Lafayette, Mounier, Barnave, Duport, nourris de Rousseau mais aussi de Montesquieu. Pour ces philosophes, « la liberté ne doit surtout pas dégénérer en licence ; la société qu'elle résulte ou non d'un pacte fondateur, suppose des règles raisonnables, donc des bornes »¹³⁹³. La liberté « limitée » est la condition de la liberté de tous et finalement de leur égalité. Si les hommes naissent et demeurent libres et en même temps égaux en droit, la liberté des uns ne peut s'exercer au détriment de celles des autres. Il faut nécessairement des bornes¹³⁹⁴.

¹³⁹¹ Denis Mazaud, « Responsabilité », in Loïc Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 1149.

¹³⁹² Denis Mazaud, « Responsabilité », art. cit., p. 1149.

¹³⁹³ Jean-Paul Costa, « Commentaire de l'article 4 », art. cit., p. 103.

¹³⁹⁴ Jean-Paul Costa, « Commentaire de l'article 4 », art. cit., p. 103.

Il appartient ensuite à la loi de déterminer les bornes séparant la liberté de chacun de celle d'autrui. La notion d'exception est indispensable dans la logique de la Déclaration. En effet, si la loi ne fixe pas les limites de la liberté, si elle ne responsabilise pas l'usage de la liberté, la vie sociale se confondrait avec un rapport de forces. Ainsi que le souligne Monsieur Costa « à défaut de règles du jeu social, c'est la loi de la force qui s'appliquerait. En définissant des limites à la liberté, le législateur détermine en réalité quelles activités, parce qu'elles nuisent à autrui ou à la société, sont interdites aux citoyens »¹³⁹⁵. L'article 4 de la Déclaration de 1789 érige par conséquent la loi en un outil de contrainte sociale, de limitation de la capacité d'autodétermination de chacun. Toutefois, le pouvoir du législateur n'est pas illimité mais doit se soumettre lui aussi à des limitations comme l'illustre l'article 5 de la Déclaration : « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». L'obligation négative de ne pas nuire à autrui ou à la société constitue le fondement du droit de la responsabilité. Celui-ci, érigé en outil de limitation, n'est par conséquent justifié que s'il permet de prévenir les comportements nuisibles et dommageables. Par ailleurs, il s'applique non seulement à l'individu mais également au législateur¹³⁹⁶ conformément à l'idéologie libérale selon laquelle le Pouvoir doit lui aussi être limité.

Les limites déterminées par la loi en vertu des articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de 1789 se traduisent concrètement en droit de la responsabilité civile et pénale. Ainsi que l'a expliqué Monsieur Costa : « la portée de l'article 4 peut être constatée sur trois plans principaux dont chacun correspond à un pan très large de notre ordonnancement juridique : la responsabilité civile, la responsabilité pénale, et le régime juridique global des libertés publiques »¹³⁹⁷. Découlant de la volonté constituante de borner des droits et libertés de l'homme, les régimes juridiques de la responsabilité se traduisent à notre sens comme la mise en œuvre de la notion d'exception. L'exercice de la liberté nécessite ainsi les exceptions dont le droit de la responsabilité civile et pénale est à la fois la manifestation et la concrétisation.

Il faut à présent expliciter davantage l'idée de limitation de l'exercice des droits et libertés que dissimule le droit de la responsabilité civile et pénale. Sachant qu'il doit répondre des conséquences de ses actes, (sanction de réparation/peine) l'individu limite l'exercice de sa

¹³⁹⁵ Jean-Paul Costa, « Commentaire de l'article 4 », art. cit., p. 104.

¹³⁹⁶ Selon l'article 5 de la Déclaration des droits de 1789 « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Ce sont donc les limites au pouvoir législatif implicitement énoncées par cet article 5. Voir dans ce sens, Jacques Mariel Nzouankeu, « Commentaire de l'article 5 », in Gérard Conac, Marc Debene et Gérard Teboul, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Histoire, analyse et commentaires, op. cit. p. 115 et s.

¹³⁹⁷ Jean-Paul Costa, « Commentaire de l'article 4 » art. cit., p 105.

liberté et fait un usage raisonnable de ses droits. Garantissant chacun contre le comportement fautif des autres, le droit de la responsabilité civile et pénale lui permet d'agir en toute liberté mais toujours dans les limites du respect de la loi et de l'innocuité de ses actions. Loin d'altérer les droits et libertés individuels, la limitation concrétisée par le droit de la responsabilité civile ou pénale est indispensable au maintien de la réciprocité des rapports sociaux et des interactions entre les différents membres de la société.

Cette idée est également développée sous la plume du professeur le Tourneau. La responsabilité comme la limite de la liberté individuelle fait l'objet d'un long développement dont seule l'idée principale est ici exposée. L'homme a d'après l'auteur, autant de droits que de devoirs car il ne vit pas isolément : « chacun de ses actes a une dimension d'universalité humaine. C'est en assumant sa liberté et sa responsabilité qu'il se construit, qu'il se forge une personnalité. Ainsi, tout membre de l'humanité entend agir librement, en conscience, se représentant les causes et les objectifs des actes posés, mais aussi leurs conséquences et leurs effets. Et il accepte de répondre les conséquences de ses actes, pour rétablir l'équilibre qu'ils auraient pu détruire »¹³⁹⁸. Le professeur insiste particulièrement sur la consubstantialité entre la liberté et la responsabilité : « liberté et responsabilité sont deux concepts complémentaires et indissociables, de même que conscience et responsabilité. Enlevez un des deux termes de ces oppositions, et voici que toute notre civilisation vacille ! La responsabilité suppose conscience et liberté ; or l'homme n'est conscient et libre que responsable »¹³⁹⁹. Rendant hommage à la pensée prudente des rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, l'auteur souligne ainsi : « la liberté sans responsabilité tend vers la licence, le cynisme et l'anarchie. Alors que la responsabilité individuelle conditionne la liberté tout en la protégeant »¹⁴⁰⁰.

Le droit de la responsabilité pénale trouve lui aussi son ancrage constitutionnel dans la combinaison des articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de 1789. En effet, la liberté négativement définie comme le pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui implique également l'interdiction des comportements pénalement répréhensibles. Cette interdiction est justifiée tantôt par la protection des droits d'autrui, tantôt par la protection des intérêts de la société. Au-delà de sa fonction répressive, le droit de la responsabilité pénale apparaît surtout

¹³⁹⁸ Philippe le Tourneau, Répertoire civil, 2009, « Responsabilité »

¹³⁹⁹ Ibid. n° 114

¹⁴⁰⁰ Ibid..

comme une limitation très forte des droits et libertés de l'individu. Les nombreuses précautions que les auteurs de la Déclaration de 1789 entourent le droit de la responsabilité pénale confirment notre propos. A titre d'exemple, seule la loi peut déterminer les infractions pénales et les peines qui les sanctionnent (articles 4, 5 et 6). Le droit de la responsabilité pénale doit de surcroît respecter l'obligation de proportionnalité, de la nécessité (article 8) et la présomption d'innocence (article 9).

Ainsi le titulaire de la liberté individuelle doit se comporter en tant qu'un homme responsable non seulement vis-à-vis de ses semblables (responsabilité civile) mais également vis-à-vis de la société à laquelle il est tenu de rendre compte (responsabilité pénale). Ces deux responsabilités pénale et civile sont nécessaires à la protection des intérêts d'autrui et de la société. Ils se répondent et se complètent. Néanmoins, dans les régimes du droit de la responsabilité, l'individu jouit pleinement de sa liberté à la seule condition de ne pas adopter des conduites dommageables à autrui ou à la société. Il est de surcroît à l'abri de l'arbitraire puisque les règles de responsabilité, en tant que limitation et sanction de ses comportements sont préétablies et entourées de garanties procédurales.

En outre, les limitations des droits et libertés ne peuvent être établies dans l'ordre juridique libéral que pour interdire le comportement nuisible à autrui et à la société, d'où l'idée de la « faute » comme condition cardinale de la responsabilité.

2. L'exigence de la faute comme condition de limitation des droits et libertés

Il convient de noter d'emblée que les régimes juridiques de la responsabilité subjective ne s'appliquent qu'en présence de la faute. La subordination du droit de la responsabilité à l'exigence d'une faute est significative de la vision libérale de l'exception. L'individu doit jouir pleinement et entièrement de la liberté. L'exercice de la liberté des uns ne peut être limité qu'afin d'assurer aux autres l'égale jouissance de ces droits et libertés. Comme l'observe Monsieur Costa : « il est clair que les auteurs du Code civil n'ont pas voulu entraîner l'auteur de tout préjudice sur le terrain d'une obligation générale de réparation, et qu'ils ont choisi la faute comme critère fondamental, comme le principe cardinal de la

responsabilité »¹⁴⁰¹. La faute renvoie implicitement à un type de comportement anormal dépassant les limites raisonnables.

La responsabilité repose donc logiquement sur l'idée de faute. La liberté individuelle ne devrait fléchir que si la culpabilité du dommage peut être démontrée. La faute met d'ailleurs en exergue le lien indéfectible du droit et de la morale. Malgré le développement extraordinaire du droit de l'assurance et de la responsabilité sans faute, la faute demeure toujours la condition fondamentale de la responsabilité¹⁴⁰². En effet, la considération permettant de retenir la responsabilité d'un individu envers un autre individu réside de façon permanente dans l'existence d'une faute considérée comme la violation d'une obligation morale ou juridique¹⁴⁰³.

Élément principal de la responsabilité, la notion de faute est si polymorphe qu'elle oppose aux définitions une résistance particulière. Il est impossible d'étudier ici toutes les théories et évolutions de la faute. L'objet de ce développement consiste à montrer en quoi la notion de faute contribue à la mise en œuvre de la notion d'exception. Plus précisément, la faute permet à la notion d'exception de se réaliser. A cette fin, il convient d'exposer brièvement quelques définitions de la notion de faute énoncées dans certaines règles de droit écrites puis systématisées par les doctrines civiliste et administrativiste.

Selon l'article 1382 et du code civil, la faute peut être définie comme tout fait humain dommageable. La formule « *tout fait quelconque de l'homme* » s'énonce de façon universelle et exprime moins un droit de la responsabilité qu'un principe général de réparation¹⁴⁰⁴. La faute apparaît ainsi comme tout acte humain anormal, déraisonnable et dommageable. Reposant sur l'imputation du dommage à un fait objectif de l'homme, la conception de la faute telle qu'elle résulte de l'intention du législateur de 1804 semble s'orienter plus vers la réparation du dommage que vers la punition de l'intention coupable¹⁴⁰⁵. La notion de faute telle qu'elle est énoncée par l'article 1382 est à la fois très générale et imprécise. Il appartient

¹⁴⁰¹ Jean-Paul Costa, « Commentaire de l'article 4 », art. cit. p. 106-110.

¹⁴⁰² Selon le professeur Philippe le Tourneau, Répertoire civil, 2009, « Responsabilité » Une responsabilité sans faute est une fiction, peut être dictée par de nobles considérations de politique juridique mais qui ne peuvent faire disparaître la contradiction dans les termes. ; voir égal. Paul Esmein, « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », R.T.D. civ., 1933, p. 627-692, à l'époque, l'auteur notait ainsi : « parler de responsabilité sans faute, de faute sans acte illicite [...] c'est comme parler d'un homme sans tête, d'une automobile sans moteur, d'un syllogisme sans prémisses ».

¹⁴⁰³ Philippe Le Tourneau, Répertoire civil, op. cit. « Responsabilité »

¹⁴⁰⁴ François Ewald, « La faute civile, droit et philosophie », Droits, 1987, n° 5 Fin de la faute ?, p. 45-50.

¹⁴⁰⁵ François Ewald, « La faute civile, droit et philosophie », art. cit., p. 46.

dès lors au juge de déterminer la faute en fonction des circonstances et à la doctrine de la systématiser.

Issu du latin *falita* qui signifie « faillir » et de *fallere* qui signifie tromper, échapper à, faire défaut, le mot « faute » évoque dans le même temps l'idée d'obligation et celle de transgression¹⁴⁰⁶. En droit civil, la faute a été définie comme « *le manquement à une obligation préexistante* »¹⁴⁰⁷. Cette définition proposée par Marcel Planiol semble avoir acquis une portée universelle d'autant plus que le Doyen ne vise pas uniquement les obligations préexistantes écrites. En effet, l'auteur évoque également « une règle générale d'interdiction de léser autrui par des actes malhonnêtes et maladroits »¹⁴⁰⁸. La contravention à ce principe général constitue donc la faute engageant l'obligation de réparation.

S'inscrivant dans la même optique, le professeur le Tourneau souligne qu'il est possible de « définir la faute comme un comportement illicite contrevenant à une obligation ou à un devoir imposé par la loi, par la coutume ou par une norme générale de comportement »¹⁴⁰⁹. Toutefois, en raison de l'indétermination du contenu de l'obligation, c'est le juge qui a posteriori qualifiera tel ou tel comportement d'illicite et donc de faute¹⁴¹⁰.

Il en résulte que la faute désigne en droit civil le comportement d'une personne en contradiction avec une règle de conduite ayant un caractère obligatoire. Cette définition met d'emblée en exergue deux éléments objectifs constitutifs de la faute : un fait, qualifié d'élément matériel et l'existence d'une norme de comportement que l'individu a transgressée. Sans qu'il soit explicitement énoncé, l'élément moral demeure cependant sous-jacent à la notion de faute. En effet, la doctrine classique considère que la faute implique nécessairement la conscience qu'avait la personne de ses agissements¹⁴¹¹. La faute renvoie donc à une conduite en infraction avec une règle et sciemment commise par une personne.

Transposée en droit public, la notion civiliste de la faute ne permet pas selon certains auteurs d'épouser toutes les caractéristiques de l'administration publique. La difficulté de définir la notion de faute se constate également en droit administratif. Dans sa thèse dédiée

¹⁴⁰⁶ Jean-Louis Gazzaniga, « Notes sur l'histoire de la faute », *Droits*, 1987, n° 5, p. 17-28.

¹⁴⁰⁷ Marcel Planiol, « Etudes sur la responsabilité civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905, p. 287 et s.

¹⁴⁰⁸ Marcel Planiol, « Etudes sur la responsabilité civile », art. cit., p. 287.

¹⁴⁰⁹ Philippe le Tourneau, *Répertoire civil*, op. cit. « Responsabilité », n° 111.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, n° 111.

¹⁴¹¹ Christophe Radé, « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *Dalloz*, 1998, chron., p. 301.

spécialement à l'étude de *La faute de l'administration*¹⁴¹², le professeur Delaunay admet que la faute ne peut faire l'objet d'une définition conceptuelle. S'inscrivant ainsi dans la doctrine spécialisée selon laquelle la notion de faute est à peu près impossible à définir¹⁴¹³, l'auteur étudie la faute en droit administratif à partir des fonctions qu'elle remplit. Deux fonctions de la faute de l'administration se dessinent donc dans sa thèse. La faute est d'abord un outil qui permet, par la censure d'une ligne de conduite, de discipliner tant l'institution administrative que l'action administrative. Occupant un rôle plus établi dans la réparation du préjudice, la faute est ensuite, parmi d'autres conditions, un instrument de mise en œuvre de la réparation¹⁴¹⁴. L'apport principal de sa thèse consiste à démontrer que la faute de l'administration ne se réduit pas à la condition d'engagement de la responsabilité mais qu'elle est aussi un instrument normatif destiné à discipliner l'action et le fonctionnement interne de l'administration¹⁴¹⁵.

Malgré quelques différences dues aux spécificités de leur champ d'application respectif, le noyau dur commun aux notions civiliste et administrativiste de faute réside nécessairement dans le manquement à une obligation ou à une règle de droit¹⁴¹⁶. Devenue la condition d'imputation aux auteurs des conséquences dommageables de leurs actions, la notion de faute désigne à notre sens *l'illicéité* ou *l'illégalité*. Comme l'a expliqué Monsieur Combacau : « c'est bien dire que le mot de faute, dans sa plus grande compréhension, ne désigne rien de plus droit que l'illicéité, pourvu qu'elle soit imputable à son auteur ». La faute est dès lors une conduite illicite ou illégale.

Si le terme « faute » implique nécessairement l'élément moral et subjectif de culpabilité, l'illicéité renvoie à un simple constat objectif de l'écart entre un comportement et la règle de droit en vigueur. La conduite illicite (faute) se traduit ainsi comme la non-conformité entre une conduite et son modèle¹⁴¹⁷ et désigne dès lors toute transgression des prescriptions normatives. Définir la faute comme l'illicéité a d'après nous l'avantage de se

¹⁴¹² Benoît Delaunay, *La faute de l'administration*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 2007.

¹⁴¹³ Raymond Odent, *Contentieux administratif, Les cours de droits*, 1979-1980, fasc. IV, p. 1374 cité par Benoît Delaunay, *La faute de l'administration*, op. cit., p. 38.

¹⁴¹⁴ Benoît Delaunay, *La faute de l'administration*, op. cit., p. 44 et s.

¹⁴¹⁵ Benoît Delaunay, *La faute de l'administration*, op. cit., p. 44 et s.

¹⁴¹⁶ Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 830-831. Soulignant l'inadéquation de la définition civiliste de la faute, l'auteur propose de définir la faute de service comme « toute infraction provoquant l'application des sanctions juridiques ».

¹⁴¹⁷ Jean Combacau, « Ouverture : L'illicite et le fautif », *Droits*, 1987, n° 5, p. 5 ; Pierre-Marie Dupuy, « Faute de l'Etat et "fait internationalement illicite" », *Droits*, 1987/5, p. 51-63.

passer de l'élément moral (*culpa*) pour s'en tenir au seul constat matériel et objectif : la violation d'une obligation légale. La faute est un comportement interdit par la loi. Plus précisément, elle est la violation d'une obligation légale tantôt déterminée tantôt indéterminée¹⁴¹⁸.

Or en tant que la limitation, la notion d'exception se matérialise souvent sous la forme des normes d'interdiction (obligation négative) et renvoie par conséquent à des conduites prohibées par la loi. Elle prescrit au sujet de ne pas adopter un certain comportement. En d'autres termes, une norme d'exception se traduit souvent comme une norme d'interdiction assortie de sanction. Ainsi l'exercice de tout droit et de toute liberté trouve ses limites tantôt dans une prohibition légale précise tantôt dans l'interdiction générale de causer des dommages indus à autrui.

Selon le professeur Deguergue, lorsque l'exercice de la liberté a porté préjudice à autrui, cela signifie que les bornes (limites) ont été franchies et que la liberté a été mal employée ou abusée. La responsabilité se met en place pour réparer le dommage causé et pour rétablir les bornes nécessaires à l'égalité des droits dont jouit chaque individu par rapport aux autres¹⁴¹⁹. La faute en tant qu'illicéité est dès lors une condition nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité, qui fixe ainsi des limitations à la liberté d'action, et se manifeste en ce sens comme une norme d'exception. Ces limitations constituent un ensemble d'obligations juridiques au regard duquel un comportement sera jugé licite ou illicite¹⁴²⁰. Découlant simplement de sa non-conformité avec son modèle, le comportement illicite rompt l'égalité jouissance des droits et libertés et encourt à ce titre la sanction de réparation. Ainsi, il est possible selon nous de soutenir qu'en s'attaquant à la conduite illicite (faute) le droit de la responsabilité civile et/ou pénale concilie des droits et libertés contradictoires. En rétablissant les limitations illicitement franchies, la responsabilité permet en outre de garantir l'égalité des droits.

¹⁴¹⁸ Cette précision vise à répondre à l'éventuelle objection selon laquelle est seul illicite le comportement interdit par la loi. Celle-ci ne prohibe généralement pas les actes constitutifs d'imprudance ou de négligence alors que ces actes sont également source de dommages et déclenchent l'application du droit de la responsabilité. Cette objection semble se méprendre sur la manière dont la loi procède pour dicter aux sujets leur conduite. En effet tantôt la loi prescrit une obligation ou une conduite avec précision comme quand elle interdit un comportement spécifiquement défini et constitutif d'un délit. Il s'agit dans ce cas d'une obligation déterminée. Tantôt la loi remet aux sujets le soin de déterminer la façon la plus opportune de s'acquitter, selon les circonstances, de leur obligation générale de ne pas nuire à autrui, et au juge la tâche d'apprécier *in concreto* si cette obligation négative a été respectée. Il s'agit cette fois de l'obligation légale faiblement déterminée. La violation de ces obligations n'en constitue pas moins une conduite illicite (faute).

¹⁴¹⁹ Maryse Deguergue, « Les sources constitutionnelles de la responsabilité administrative » in Xavier Bioy, *Constitution et responsabilité*, op. cit., p. 145 et s.

¹⁴²⁰ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit. p. 123-128.

En résumé, la limitation de l'exercice des droits et libertés fondée sur la notion de faute est une illustration pertinente de la conception libérale de l'exception. Cette dernière n'est justifiée que pour réprimer l'usage abusif ou fautif des droits et libertés individuels. De même, le sujet de droit n'engage sa responsabilité qu'en cas de comportement illicite entendu comme la violation d'une règle de droit positive d'interdiction.

Ainsi, pour l'idéologie libérale, le principe de liberté doit être acquis mais ses modalités d'exercice sont susceptibles d'être limitées. L'analyse des régimes de responsabilité civile et pénale régissant l'exercice de la liberté d'expression vient conforter davantage notre démonstration.

B - Les régimes législatifs de responsabilité comme exception aux droits et libertés fondamentaux : l'exemple de la liberté d'expression

C'est en matière des droits et libertés fondamentaux que le principe de responsabilité révèle avec éclat l'identité matérielle qu'il entretient avec la notion d'exception. La responsabilité civile ou pénale s'inscrit en effet dans l'optique de réprimer les abus de ces droits et libertés de l'homme dont la valeur constitutionnelle n'implique nullement la reconnaissance de son caractère absolu. A ce titre, la liberté d'expression est une excellente illustration¹⁴²¹. Considérée en effet comme le plus précieux droit de l'homme, elle n'en reste pas moins une liberté limitée.

A l'instar de la liberté et ses exceptions prévues au titre de l'article 4, les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ont également jugé bon de consacrer le principe des libertés d'opinion et d'expression dite relatives. Ainsi, l'article 10 de cette même Déclaration ne fait que poser le principe selon lequel nul ne doit être inquiété pour ses opinions, pour y apporter immédiatement des exceptions : « pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». Dans le même esprit, l'article 11 affirme que la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme. Tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, *sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi*.

En droit international, le principe de liberté d'expression a été consacré par l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme en vertu duquel tout individu a droit à la

¹⁴²¹ Michel Troper, « La loi Gayssot et la Constitution », art. cit., p. 1243. L'auteur a ainsi souligné « le principe de la liberté d'expression consiste non pas dans l'absence de limites, mais simplement dans l'interdiction de fixer des limites trop étroites et surtout dans l'idée qu'elles doivent être déterminées que par la loi ».

liberté d'expression¹⁴²². Si cette liberté implique le droit de rechercher, de recevoir et de répandre les informations et les idées par tout moyen d'expression, son exercice n'en demeure pas soumis à des restrictions.

S'inscrivant dans la même optique, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce d'une part le droit de toute personne à la liberté d'expression et les nécessaires limites aux abus de cette liberté d'autre part¹⁴²³. Aussi, la limitation est-elle la caractéristique consubstantielle à la liberté en général et à la liberté d'expression en particulier.

Erigée au rang d'un des droits le plus précieux de l'homme, la liberté d'expression est également considérée comme une liberté fondamentale¹⁴²⁴. Elle constitue de surcroît la pierre angulaire de la démocratie et des droits de l'homme protégés par la Convention européenne¹⁴²⁵. Nonobstant sa portée normative fondamentale et sa contribution importante au progrès de la démocratie, la liberté d'expression n'est pas illimitée comme l'illustrent la loi sur la presse du 29 juillet 1881 (1) et le droit commun de la responsabilité (2). Tous ces textes constituent à la fois la garantie et la limitation apportée à l'exercice de la liberté d'expression.

1. La loi du 29 juillet 1881 déterminant les délits de presse : illustration des limitations spéciales apportées à la liberté d'expression

La liberté d'expression ne signifie donc pas licence et faculté de dire ou d'écrire n'importe quoi, sans souci du respect des droits concurrents des individus ou de l'ordre social. En conséquence, des limites sont nécessairement apportées aux abus de la liberté d'expression par la loi et par l'application qu'en font les juges. Leur violation engage ou devrait engager la responsabilité civile ou pénale de leurs auteurs.

¹⁴²² L'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 prévoit en effet que « tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir, de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit », source, www.un.org/fr/documents/udhr

¹⁴²³ Après avoir énoncé le droit à la liberté d'expression dans son §1, l'article 10§2 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit les limites à l'exercice de ce droit en ces termes « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité nationale ... ».

¹⁴²⁴ Décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, déc. préc., cons.35,36 et 37.

¹⁴²⁵ C.E.D.H, Grande chambre, 13 novembre 1993 Vogt c/ Allemagne, req. n°17851/91, Série A, n° 323, §. 52 ; C.E.D.H, Plénière, 7 décembre 1976, Handyside c/ Royaume-Uni req. n° 5493/72, Série A, n°24, §. 49 ; C.E.D.H, Plénière, 26 octobre 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni., req. n° 6538/74 Série A, n° 30, §.65.

C'est dans l'optique de concilier la protection des droits d'autrui et de l'ordre public avec l'exercice de la liberté d'expression qu'intervient la grande loi sur la presse du 29 juillet 1881. Il n'est toutefois pas possible ici de décrire toute la portée de cette loi. Notre analyse ne se limite donc qu'à ses dispositions qui, en déterminant comme constitutifs d'infractions, divers abus de la liberté de presse, illustrent en réalité la mise en œuvre de la notion d'exception en matière de la liberté d'expression. Il faut souligner que la liberté de la presse est étroitement liée à la liberté d'expression. La première n'est en effet que l'une des facettes de la seconde. Le caractère fondamental de la liberté d'expression réside dans l'exigence selon laquelle ses limitations ne doivent être prévues que par la loi et seulement en vue de concilier son exercice avec les droits et libertés constitutionnels¹⁴²⁶. Dans l'ordre juridique libéral, le principe de liberté d'expression est donc acquis, seuls ses usages abusifs sont prohibés.

Sont ainsi considérés comme l'abus (violation des limites) de la liberté d'expression la diffamation et l'injure en vertu de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881. Le délit d'injure est défini comme « toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait »¹⁴²⁷. Quant à la diffamation, elle désigne « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé »¹⁴²⁸. L'auteur de l'injure ou de la diffamation ne peut se prévaloir de la liberté d'expression pour échapper à la sanction prévue par l'article 29 de loi du 29 juillet 1881. Ces incriminations aux contours précis ne constituent pas le délit d'opinion jugé incompatible avec le principe de liberté d'expression puisqu'elles sont justifiées par la protection de l'honneur et de la considération d'autrui face à cette même liberté¹⁴²⁹. Par ailleurs l'interdiction de diffamation et d'injure concerne non seulement les particuliers mais vise également à protéger les personnes publiques comme l'illustrent les articles 30, 31 et 33

¹⁴²⁶ Décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, déc. préc. Le Conseil constitutionnel a déclaré que « s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en règlementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principe de valeur constitutionnelle » cons. 37.

¹⁴²⁷ L'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹⁴²⁸ L'article 29 de la loi de 1881 poursuit « La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits, imprimés, placard ou affiches incriminés ».

¹⁴²⁹ Jean Morange, « La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression », in *Liberté, Justice, Tolérance : Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1247-1263.

alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881¹⁴³⁰. Dans le même ordre d'idée, le délit d'offense a été adopté par le législateur (l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881) afin de protéger le chef de l'Etat en exercice contre les abus de la liberté d'expression¹⁴³¹. Ces dispositions apportent ainsi un ensemble de limitations à la liberté d'expression à travers les interdictions (obligations d'abstention) dont le non-respect engage la responsabilité pénale.

La liberté d'expression peut par ailleurs être abusée si elle a été utilisée pour faire l'apologie de crimes ou de meurtres. Le législateur doit dès lors fixer des limites à la liberté d'expression en vue de préserver l'ordre public. Les articles 23 et 24 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881 incrimine les chants séditieux ainsi que tout discours provoquant aux crimes et délits ou à la commission de certains crimes et délits alors même qu'elle n'aurait pas été suivie d'effets.

La loi Pleven du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme apporte des nouvelles limites à la liberté d'expression en incriminant tout discours raciste. Est ainsi réprimé tout discours invitant à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée¹⁴³². En complétant les articles 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881, la loi Pleven crée ainsi le nouveau délit de diffamation et d'injure raciale et sanctionne toute provocation à la discrimination raciale. Ce type de délit a été élargi par la loi du 30 décembre 2004 aux discours de diffamation ou d'injure commis envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle (délict d'homophobie) ou de leur handicap¹⁴³³. Aussi fondamentale soit-elle, la liberté d'expression ne peut être invoquée pour justifier des discours racistes, discriminatoires ou des discours

¹⁴³⁰ Selon l'article 30 de cette loi, la diffamation commise par l'un des moyens énoncés en l'article 23 envers les cours, les tribunaux, les armées de terre ou de mer, les corps constitués et les administrations publiques sera punie d'un emprisonnement et d'une amende ou de l'une de ces deux peines seulement.

L'article 31 étend la protection contre la diffamation et l'injure aux autorités nationales comme les ministres du gouvernement, les membres du parlement, mais également les fonctionnaires publics, agents et dépositaires de l'autorité publique et les citoyens chargés d'un service public ou d'un mandat public, ainsi que les jurés et témoins en raison de leur déposition.

¹⁴³¹ Il faut noter que le délit d'offense au chef d'Etat étranger a été abrogé par l'article 52 de la loi du 9 mars 2004 qui réalise une conciliation équilibrée de la protection des chefs d'Etat étrangers avec la liberté d'expression telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. Voir égal. C.E.D.H. 25 juin 2002 Colombani c/ France, Dalloz, 2003, p. 715 et s., note Bernard Beigner et Bertrand de Lamy.

¹⁴³² L'article 1^{er} de cette loi du 1^{er} juillet 1972 ajoute un cinquième alinéa à l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881.

¹⁴³³ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, J.O. 31 décembre 2004, p. 22567.

d'homophobie. La poursuite pénale tout comme la déchéance de droit prévu par l'article 17 de la Convention européenne illustre la limite à la liberté d'expression.

La loi Gayssot du 13 juillet 1990 a modifié la loi sur la presse du 29 juillet 1881 en ajoutant l'article 24 bis ainsi rédigé : « Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ». Créant le délit de négationnisme, cette loi apporte une limite substantielle à la liberté d'expression.

Nonobstant de nombreuses objections leur égard¹⁴³⁴, les limites particulières posées à la liberté d'expression par la loi sur la presse du 29 juillet 1881 n'en demeurent pas moins justifiées par les raisons tenant à la garantie des droits d'autrui et à la préservation de l'ordre public. Aussi précieuse et fondamentale soit-elle, la liberté d'expression n'est pas absolue. Par ailleurs, les abus de la liberté d'expression autres que ceux pénalement incriminés par la loi du 29 juillet 1881 peuvent être sanctionnés sur le fondement des articles 9 (le droit au respect de la vie privée) et 9-1 (droit au respect de la présomption d'innocence) du Code civil. La loi du 29 juillet 1881 et les articles 9 et 9-1 forment ainsi le régime des exceptions spéciales à la liberté d'expression auquel il faut ajouter l'application complétive du principe de responsabilité issu de l'article 1382 du code civil.

2. Le maintien d'une application de la responsabilité civile à la liberté d'expression, fondée sur la notion d'abus de droit, complémentaire à la loi de 1881

Contrairement à une idée reçue, la loi sur la presse du 29 juillet 1881 a mis en place un régime juridique spécial très favorable à la liberté de presse et d'expression. En effet, le principe de liberté de presse est d'emblée affirmé par l'article 1^{er} de cette loi. La liberté de presse et d'expression n'est ensuite restreinte que par quelques incriminations pénales ci-dessus évoquées. Selon Madame Viney, « le législateur a fait le choix de délaissé quelque peu les droits fondamentaux de l'individu au profit de la liberté d'expression »¹⁴³⁵. Les

¹⁴³⁴ Voir entre autres, Bertrand Mathieu, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », R.D.P., 2007/1, p. 231-259 ; voir égal., Michel Troper, « La loi Gayssot et la Constitution », art. cit., p. 1239 et s.

¹⁴³⁵ Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, 2008, 3e éd, p. 332 et s.

garanties de la liberté d'expression sont d'autant plus efficaces que la loi du 29 juillet 1881 a subordonné la répression des infractions de presse à une réglementation très rigoureuse¹⁴³⁶.

Il est toutefois légitime de se demander comment réprimer les abus de la liberté d'expression n'entrant pas dans le champ des infractions définies par la loi sur la presse. Plus précisément, il s'agit de savoir si la victime de l'abus de la liberté de presse et d'expression peut emprunter la voie civile de préférence à la voie pénale et invoquer à l'appui de son action le droit commun de la responsabilité formulé par l'article 1382 du code civil¹⁴³⁷.

Selon le Doyen Jean Carbonnier, pour respecter l'esprit libéral de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, il faut admettre que le système qu'elle avait mis en place et qui reposait sur le maintien d'un principe de liberté limité seulement par quelques incriminations très ciblées, était totalement clos¹⁴³⁸. En d'autres termes, la loi sur la presse excluait toute intrusion d'autres sanctions quel que soit leur régime, en particulier celle que peut constituer la mise en jeu de la responsabilité civile sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

Ce plaidoyer en faveur de l'application exclusive de la loi du 29 juillet 1881 aux abus de la liberté de presse et d'expression a été suivi par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Par ses arrêts du 12 juillet 2000, la Haute juridiction affirme que « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil »¹⁴³⁹. L'exclusion de la responsabilité civile en matière de liberté de presse est par ailleurs radicale. En effet, l'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2005 décide que « les abus à la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de l'article 1382 du code civil »¹⁴⁴⁰. Si les solutions ainsi consacrées ne permettent donc pas aux victimes des abus de la liberté d'expression d'utiliser l'action en responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du code civil, elles sont néanmoins justifiées d'une part par l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*¹⁴⁴¹ et d'autre part par la volonté législative de protéger la liberté d'expression.

¹⁴³⁶ Les articles 42 à 44 de cette loi du 29 juillet 1881 liberté de la presse prévoient une liste limitative des responsables et un ordre obligatoire entre eux en ce qui concerne l'exercice des poursuites. Son article 65 impose un délai de prescription spécifique de trois mois.

¹⁴³⁷ Guillaume Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité : Etude de droits privés*, op.cit., n° 123 et s.

¹⁴³⁸ Jean Carbonnier, « Le silence et la gloire », Dalloz, 1951, chron., p. 119-122.

¹⁴³⁹ Ass. plén. Cour de cass. 1^{er} novembre 2000, bull. civ., n° 8 et bull. inf. n° 523, concl. M. Moinet, rapport M. Drieux, Dalloz, 2000 som., com., p. 463, obs. Patrick Jourdan ; Emmanuel Drieux, J.C.P. général., 2000. II. 10352.

¹⁴⁴⁰ Cass. civ. 1^{er} 27 septembre 2005, Bull., civ., n° 348 ; voir égal., notes, Emmanuel Dreyer, Dalloz, 2006, p. 1337 et s.

¹⁴⁴¹ Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 334.

Toutefois, l'éviction de l'article 1382 du code civil en matière de liberté d'expression n'est ni définitive, ni absolue comme l'illustre le recours à la notion d'abus de droit¹⁴⁴². Etant donné l'objet de la loi du 29 juillet 1881, seuls les abus de la liberté d'expression commis envers les personnes échappent à l'article 1382 du code civil. Ce texte retrouve son empire en présence des autres usages abusifs et fautifs de la liberté d'expression tels que les critiques abusives de produits ou de services¹⁴⁴³. Se référant à la notion d'abus de droit ou de liberté, le juge peut en effet parfaitement appliquer le principe de responsabilité civile à la liberté d'expression. Néanmoins, l'article 1382 ne peut selon les juges de fond s'appliquer à la liberté d'expression que de manière restrictive afin de ne pas dénaturer l'esprit de la loi sur la presse de 1881. Ainsi que l'a décidé la Cour d'appel de Paris, « le principe fondamental de la libre communication des pensées et des opinions [...] impose que l'application des dispositions de l'article 1382 du code civil soit restreinte aux cas où la publication litigieuse constitue un abus tel qu'elle porte atteinte aux droits fondamentaux de la personne »¹⁴⁴⁴. Cet arrêt a fait une application restrictive de l'article 1382 à la liberté d'expression en la subordonnant à deux conditions suivantes : une faute grave constitutive d'abus de droit et une atteinte conséquente au droit fondamental d'autrui. Ainsi échappent à ce texte les fautes légères mais qui n'en constituent pas moins des abus de la liberté d'expression et à ce titre préjudicient le droit d'autrui.

En censurant l'arrêt de la Cour d'appel au motif selon lequel « en limitant ainsi en matière de presse la portée générale de l'article 1382 du Code civil, la Cour d'appel a violé le texte susvisé »¹⁴⁴⁵, la Cour de cassation rejette donc l'application restrictive de l'article 1382 à des abus de la liberté d'expression. Par conséquent, si aucun des abus de la liberté d'expression prévus par la loi du 29 juillet 1881 ou par les articles 9 et 9 alinéa 1 n'est constaté mais qu'il existe un préjudice, le juge peut dès lors appliquer l'article 1382 du Code civil afin de réparer le préjudice ainsi causé.

La liberté d'expression est ici soumise à la limite implicite (interne) résultant de l'interdiction d'abus de droit. Le recours à l'article 1382 pour sanctionner des abus de la

¹⁴⁴² Claire Waquet, « L'application de l'article 1382 du code civil à la liberté d'expression et au droit de la presse », in Sous la direction de Jean-Yves Dupeux et Alain Lacabarats, *Liberté de la presse et droits de la personne*, Paris, Dalloz, 1997, p. 84 et s. ; Cass., civ., 1^{ère} 7 février 2006, Dalloz, 2006, IR, p. 532. La Cour de cassation applique l'article 1382 du Code civil à des abus de la liberté d'expression distincts d'un délit de presse réprimé par la loi du 29 juillet 1881.

¹⁴⁴³ Cass. civ. 2^{ème} 19 octobre 2006, bull., civ., II, n° 282 ; voir note Frédérique Pollaud-Dulian, J.C.P., 2006, II, n° 10195.

¹⁴⁴⁴ CA Paris, 19 novembre 1990, Dalloz, 1991, IR, p 9, note Basile Ader.

¹⁴⁴⁵ Cass., civ., 2^{ème}, 5 mai 1993, bull., civ., II, n° 167 ; Dalloz, 1994 somm. P 193.

liberté d'expression non réprimés par un texte spécifique explicite en réalité l'application de la règle générale de limitation aux droits et libertés. A défaut d'une limitation définie par la loi, l'exercice des droits et libertés n'en demeure pas moins soumis à l'obligation de ne pas nuire à autrui (limite générale). Ainsi, les limitations spéciales issues de la loi du 29 juillet 1881 s'appliquent dans toute leur plénitude à la liberté d'expression qu'elles régissent, alors que le principe de responsabilité civile fondé sur l'article 1382, en tant que limite générale, vient seulement les compléter si elles comportent des lacunes. Le maintien d'une application complétive du droit commun de la responsabilité montre tout son intérêt quand la responsabilité pénale est insuffisante pour sanctionner les abus de la liberté d'expression. L'article 1382 du Code civil fondé sur la théorie de l'abus de droit se conçoit dès lors comme une exception générale à tous les droits et libertés dont la liberté d'expression n'est qu'une illustration.

Ayant son ancrage constitutionnel dans les articles 4, 5 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, le droit de la responsabilité civile et pénale se traduit ainsi comme la concrétisation de la notion d'exception dans l'ordre juridique libéral. En effet, l'exercice des droits et libertés individuels ne peut être limité selon l'idéologie libérale qu'en cas d'abus. Subordonné à l'exigence d'un usage fautif de droit ou de liberté, le droit de la responsabilité, en tant qu'instrument de limitation, est indispensable à l'égalité des droits et à la protection de l'ordre public.

Au terme de nos analyses, il est possible de soutenir que sans qu'elle soit expressément énoncée, la notion d'exception est rarement absente du droit positif, ainsi que l'illustrent les notions équivalentes de devoir et de responsabilité. Discrètement reformulée par la notion de devoir, la notion d'exception permet d'équilibrer les droits individuels avec l'intérêt général. S'identifiant au principe de responsabilité, elle prévient les comportements illicites, nuisibles au droit d'autrui ou à l'intérêt de la société. La constitutionnalisation du droit de la responsabilité illustre incontestablement l'utilité de la notion d'exception.

Conclusion du Chapitre 2

Se déployant implicitement dans la théorie de l'abus de droit, la notion d'exception est constamment utilisée par le juge pour concilier les droits individuels subjectifs en conflits. Elle explicite par ailleurs la double limite à laquelle l'exercice des droits et libertés doit être soumis ; la limite explicitement déterminée par la loi (exception dans la règle) et la limite implicite découlant de l'interdiction d'abuser des droits et libertés. Le juge peut ainsi faire exception à la règle de droit lorsque cette dernière a été exercée de manière abusive et dommageable. Nonobstant leur valeur constitutionnelle, l'exercice de ces droits et libertés trouvent leur limite dans l'interdiction d'abus de droit.

Quand la loi intervient pour définir l'abus de droit ou de liberté, elle ne fait en réalité qu'y apporter des exceptions. L'interdiction de l'abus de droit et l'exception sont certes deux locutions et expressions linguistiques différentes, toutefois elles ne désignent qu'un seul phénomène juridique de limitation comme l'ont illustré les articles 4 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 tout comme les articles 8,9,10, 11 et 17 de la Convention européenne des droits de l'homme. En cas de silence législatif (absence d'exception explicite), il appartient au juge de fixer lui-même les limites aux droits et libertés afin d'assurer leur égale jouissance et égale effectivité. S'appliquant aux droits subjectifs qualifiés de prérogative individuelle juridiquement protégé, la théorie d'abus de droit témoigne avec éclat de l'apport de la notion d'exception à l'équilibre des rapports juridiques interdépendants.

Si parfois le terme « exception » n'est pas explicitement énoncé par une règle de droit, cette omission ou ce silence ne signifie ni l'absence de limitation, ni la reconnaissance d'un droit absolu à l'exercice illimité. La notion d'exception apparaît en réalité dans une série de devoirs ou d'obligations consubstantiellement liés aux droits. A ce titre, le droit de la fonction publique en est une bonne illustration.

De même, l'exercice des droits et libertés trouve sa limite dans la prohibition générale de causer dommage à autrui dont la garantie est assurée par la règle de responsabilité. Erigée en exigence constitutionnelle l'exception s'exprime alors en termes de responsabilité. Ainsi, si le législateur peut dans certaines situations aménager la règle de la responsabilité civile et pénale, il ne pourra pas la supprimer complètement. Une telle suppression reviendrait à absolutiser un droit au détriment d'un autre et provoquerait la rupture d'égalité des droits et libertés. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel a souvent censuré les lois tendant à exonérer une catégorie d'individu de responsabilité au motif qu'elles méconnaissent le principe constitutionnel d'égalité. En conséquence, l'interdiction constitutionnelle faite au

législateur de supprimer la responsabilité c'est-à-dire d'absolutiser l'exercice d'un droit ou d'une liberté est particulièrement significative de l'indissolubilité entre la règle de droit et l'exception.

Conclusion du Titre 1

A ce stade de cette étude, la notion d'exception montre de manière incontestable son utilité. Celle-ci se constate d'une part sur le terrain de la résolution de conflit de normes antinomiques (**Chapitre 1**) et d'autre part sur le terrain de la conciliation des droits subjectifs contradictoires (**Chapitre 2**).

Sans nier l'intérêt des critères de résolution hiérarchique et chronologique des normes antinomiques, il faut toutefois ici rappeler leur insuffisance en cas de conflit matériel de normes. En effet, le conflit de normes à valeur constitutionnelle (égale validité) ne saurait être résolu par l'abrogation de l'une d'entre elles mais seulement par leur conciliation c'est-à-dire par la limitation réciproque de leur champ d'application. Ayant pour contenu intrinsèque *la limitation*, la notion d'exception constitue donc un outil de conciliation efficace. Énoncée sous forme de règle spéciale, cette notion permet de dissiper l'illusion de conflit de normes (négation de conflit). Loin de s'opposer ou d'entrer en contradiction, la règle générale et la règle d'exception en raison de leurs champs d'application séparés entretiennent en réalité un rapport de complémentarité. S'identifiant à la conciliation, la notion d'exception permet d'assurer la coexistence harmonieuse de plusieurs normes antagonistes au sein d'un ordre juridique unitaire. Elle contribue donc à l'enrichissement du droit.

Une analyse se limitant à des occurrences et manifestations explicites de l'exception aurait occulté la présence constante de cette notion dans l'ordre juridique. En effet, sans que le terme « exception » ou « exceptionnel » soit énoncé, l'essence de la notion d'exception peut toutefois être véhiculée par d'autres concepts et notions juridiques équivalents. La théorie de l'abus de droit et les notions de devoir et de responsabilité sont particulièrement significatives de ce constat.

Ainsi, lorsqu'elle est prévue par la loi, l'interdiction d'abus de droit désigne en réalité l'exception. Il s'agit ici de l'exception dans la loi (limitation externe et objective). Issue d'une décision juridictionnelle, elle s'inscrit comme l'application de la notion d'exception aux droits individuels subjectifs (limitation interne et subjective). En raison de l'identique réalité qu'elles recouvrent, la théorie de l'abus de droit et l'exception sont des notions équivalentes et interchangeables.

En s'exprimant en termes de devoir, la notion d'exception explicite sa polymorphie. Permettant également de limiter l'exercice des droits et liberté, la notion de devoir s'inscrit donc comme la reformulation discrète ou la manifestation implicite de l'exception.

Sans nier son utilité, la tradition juridique libérale n'emploie la notion d'exception qu'avec parcimonie en l'identifiant à la règle de responsabilité. L'exception s'exprime alors en termes de responsabilité. Selon l'idéologie libérale, l'exercice des droits et libertés ne peut ainsi être limité que lorsqu'il cause dommage à autrui ou à la société (les articles 4, 5 et 11 de la Déclaration de 1789), d'où l'exigence de faute ou d'illicéité comme condition de l'application de la responsabilité (sanction de la violation des limites d'un droit) énoncée par l'article 1382 du code civil. Le droit de la responsabilité se révèle comme la concrétisation effective de la notion d'exception.

La polymorphie de l'exception ainsi constatée et étudiée n'altère nullement l'unité conceptuelle : *la norme de limitation* que possède cette notion. Elle explicite simplement l'idée selon laquelle le droit est avant tout un langage, dès lors les autorités normatives peuvent utiliser les expressions linguistiques différentes pour désigner la même réalité. La redondance de ce langage dans les discours normatifs n'est pas un hasard mais résulte d'une volonté délibérée sinon de masquer une réalité choquante, déplaisante, du moins de l'atténuer et donc de la justifier. Le régime juridique de la notion d'exception est particulièrement significatif de cet euphémisme juridique ainsi que nous allons par la suite l'expliquer. Par ailleurs, contrairement à une idée répandue, l'exception n'est ni une atteinte ni une violation des principes et règles de droit puisqu'elle s'exerce dans un cadre normatif prévu par la Constitution.

Lorsqu'elle est utilisée par le législateur, la norme d'exception a pour finalité d'assurer une conciliation équilibrée des droits et libertés contradictoires. En ce sens, cette notion est étroitement subordonnée au principe de nécessité et de proportionnalité dont les juges *constitutionnel, administratif et européen* assurent le respect au moyen du contrôle de proportionnalité. C'est donc le régime juridique de la notion d'exception qu'il s'agit à présent d'étudier pour conclure à l'identité entre cette notion et la réalisation de l'équilibre dans la conciliation de droits antagonistes.

Ainsi, la fonction de la notion d'exception ne se limite pas à la résolution des normes antinomiques. Intimement liée à la proportionnalité, cette notion contribue notamment à maintenir l'équilibre des droits et libertés fondamentaux contradictoires.

Titre 2. Le principe constitutionnel de nécessité et de proportionnalité, régime juridique de l'exception

Deux significations sont susceptibles d'être rattachées au terme « régime ». Il signifie d'une part la façon d'administrer, de gouverner une communauté (régime politique d'un Etat par exemple) et l'ensemble des dispositions légales qui organisent une institution d'autre part (régime matrimonial)¹⁴⁴⁶. Au sein de l'étude, le régime désigne les conditions de validité, d'élaboration et de mise en œuvre de la norme d'exception. En l'état actuel du droit constitutionnel positif, cette validité découle de deux conditions ; l'exception lorsqu'elle s'applique en tant qu'outil de résolution de conflit, à des droits et libertés fondamentaux contradictoires doit être édictée par la loi (réserve de compétence législative) ; elle doit de plus, être conforme au principe de nécessité et de proportionnalité prévu par la Constitution (la limitation proportionnée à l'objectif de résolution du conflit). C'est le régime de proportionnalité auquel est soumise l'exception qui montre toute la spécificité de cette notion lorsqu'elle est invoquée ou utilisée en droit constitutionnel. En droit privé, le texte exceptionnel est en effet encadré par la méthode d'interprétation stricte, en ce sens il porte toujours le stigmate de l'anomalie juridique (l'exception est une contradiction, une anomalie à la règle de principe et doit à ce titre être strictement interprétée). En revanche, une fois jugée conforme au principe de proportionnalité par le juge constitutionnel, la norme d'exception perd toute sa connotation péjorative puisqu'elle se traduit comme la conciliation équilibrée des droits et libertés fondamentaux en conflit.

Cette double condition de validité de l'exception s'explique par l'évolution de la source du droit. Si la démocratie demeure toujours le fondement du pouvoir politique et du droit, elle ne semble plus une source exclusive et suffisante. La Seconde Guerre mondiale a montré les dangers que l'application de ce concept a pu représenter pour les droits et libertés de l'individu. En effet, un gouvernement démocratiquement élu peut parfaitement devenir totalitaire et oppresseur des droits et libertés de l'homme. De même, un pouvoir législatif issu du suffrage universel peut être amené à adopter des lois contraires aux principes reconnus par la Constitution comme l'a illustré la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 *Liberté d'association*¹⁴⁴⁷. La méfiance à l'égard de la loi¹⁴⁴⁸ qui cesse d'être l'expression de la volonté générale pour ne plus exprimer que la volonté d'une majorité politique changeante a

¹⁴⁴⁶ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit.

¹⁴⁴⁷ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi relative à la liberté d'association, déc. préc.

¹⁴⁴⁸ Bertrand Mathieu, *La loi*, op. cit.

mis fin au dogme de légicentrisme établi par la période révolutionnaire française de 1789. Elle a dans le même élan favorisé l'avènement du constitutionnalisme ayant pour corollaire la justice constitutionnelle et le développement spectaculaire du contrôle de la constitutionnalité des lois¹⁴⁴⁹. Ces deux mouvements traduisent en réalité une évolution juridique dans laquelle le concept de l'Etat légal est abandonné au profit du celui de l'Etat de droit, réputé plus respectueux des droits et libertés de l'individu¹⁴⁵⁰. La légitimité de l'Etat moderne découle non seulement de la démocratie mais notamment de son respect des Droits et libertés de l'homme énoncés dans la Constitution. Ceux-ci constituent les finalités et limites du pouvoir étatique conformément au vœu et au but du constitutionnalisme libéral.

Dans sa signification la plus large, le constitutionnalisme décrit « *la technique consistant à établir et à maintenir des freins effectifs à l'action politique et étatique*¹⁴⁵¹ ». Cette définition du constitutionnalisme met en exergue deux idées chères à la philosophie politique libérale : d'une part la promotion d'un gouvernement au pouvoir limité et d'autre part le gouvernement de la loi doit se substituer au gouvernement des hommes. Dans un sens plus strict, le constitutionnalisme désigne « *la limitation du pouvoir politique de l'Etat moderne afin de préserver la sphère privée et sociale de l'individu*¹⁴⁵² ». En d'autres termes, le constitutionnalisme a pour but de limiter la puissance de l'Etat au moyen des règles suprêmes et intangibles appelés constitutionnelles afin de préserver les droits et libertés de l'individu. A cette fin, la loi, l'expression de la puissance étatique doit être encadrée au moyen du contrôle de constitutionnalité exercé par un organe juridictionnel indépendant (juge constitutionnel). Cessant d'être un acte souverain, la loi votée par le Parlement tire désormais sa validité de sa conformité à la Constitution.

Depuis sa mise en place par la Constitution de 1958, le Conseil constitutionnel est donc le juge chargé de veiller à la conformité de la loi à des règles constitutionnelles¹⁴⁵³. Au moyen du contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel peut examiner la conformité à la constitution de tous les actes et normes (loi, règlement, résolution des Assemblées, etc.) qui lui sont subordonnés et sanctionner les éventuelles violations. En vertu de l'article 62 de la Constitution, une disposition législative déclarée contraire à la Constitution ne peut être ni promulguée, ni appliquée. Lorsqu'elle s'avère inconstitutionnelle

¹⁴⁴⁹ Dominique Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », R.D.P., 1990, p. 5-22 ; voir égal. Pierre Avril, « Une revanche du droit constitutionnel », Pouvoirs, 1989, n° 49, p. 5 et s.

¹⁴⁵⁰ Jacques Chevallier, « L'Etat de droit », R.D.P., 1986, p. 313 et s.

¹⁴⁵¹ Olivier Beaud, « Constitution et Constitutionnalisme », in Sous la direction de Philippe Raynaud et Stéphane Rials, *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 133 et s.

¹⁴⁵² Olivier Beaud, « Constitution et Constitutionnalisme », op. cit.

¹⁴⁵³ Le titre VII de la Constitution de 1958 intitulé « Le Conseil constitutionnel » comprend les articles 56 à 63.

dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁴⁵⁴, la disposition encourt la sanction d'abrogation¹⁴⁵⁵. Ainsi le contrôle de constitutionnalité permet d'assurer la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique.

Le contrôle de constitutionnalité se définit d'une part comme le contrôle de conformité et d'autre part comme le contrôle de compatibilité. Le premier consiste en un examen du respect des règles de procédure et de compétence (constitutionnalité externe et formelle). Dans ce type de contrôle, le juge vérifie si le législateur a été habilité par la règle constitutionnelle à édicter telle ou telle norme et s'il a adopté cette norme conformément à la procédure constitutionnelle prévue. Le second implique une opération de confrontation du contenu des normes législatives aux normes constitutionnelles autre que de compétence et de procédure (constitutionnalité interne et matérielle). Plus précisément, le juge constitutionnel peut ici apprécier la compatibilité d'une loi avec les droits et libertés individuels garantis par la Constitution. Le contrôle de constitutionnalité s'exerce désormais à l'égard de toutes les normes subordonnées à la Constitution.

Il en résulte que lorsque le législateur fait exception à l'exercice des droits et libertés garantis par la Constitution, cette norme d'exception sera soumise à ce double contrôle de constitutionnalité formelle et matérielle. Ainsi que l'illustre la décision du 25 juillet 1979 *Droit de grève à la radio et télévision*¹⁴⁵⁶. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel a d'abord examiné si le législateur détient la compétence de limiter le droit de grève. De cet examen, il a admis que le législateur peut en vertu de la Constitution, limiter voire interdire l'exercice du droit de grève dans certaines situations :

¹⁴⁵⁴ L'article 61-1 issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 instaure le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

¹⁴⁵⁵ L'article 62 est ainsi rédigé « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée, ni mise en application.

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

¹⁴⁵⁶ Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, J.O. du 27 juillet 1979. Voir dans le même sens, Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, J.O. du 22 août 2007, p. 13972 ; Décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, Loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine de transport, J.O. du 20 mars 2012, p. 5028.

« considérant qu'aux termes du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 : "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent" ; qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays¹⁴⁵⁷ ».

Si le législateur est habilité par la Constitution à apporter des exceptions à l'exercice du droit constitutionnel de grève, cette norme d'exception doit répondre à l'exigence de nécessité et de proportionnalité. En effet, sans s'arrêter à cet examen de constitutionnalité formelle, le Conseil a ensuite vérifié la compatibilité de l'exception faite au droit de grève avec le principe constitutionnel de continuité du service public. A l'issue de cette vérification, l'exception n'est pas selon le Conseil justifiée au regard du principe constitutionnel de continuité du service public. Elle est dès lors déclarée contraire à la Constitution par le juge constitutionnel :

« considérant que [...] le législateur permet aux présidents des sociétés, lorsqu'une cessation concertée du travail empêche l'exécution du service normal et afin de garantir que soit cependant assurée la généralité des missions dont il assigne l'accomplissement à ces sociétés, de faire obstacle à l'exercice du droit de grève dans des cas où son interdiction n'apparaît pas justifiée au regard des principes de valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés ; que, dès lors, les dispositions contenues dans cette phrase doivent être regardées comme non conformes à ces principes en tant qu'elles font référence¹⁴⁵⁸ [...] »

Cette décision a selon la majeure partie de la doctrine¹⁴⁵⁹, consacré le contrôle de nécessité et de proportionnalité de la loi en général et de la norme d'exception en particulier. Avec ce contrôle, le pouvoir du législateur d'édicter les exceptions est d'après ces auteurs encadré. En effet, le Conseil constitutionnel veille désormais à ce que l'exception faite à

¹⁴⁵⁷ Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, déc. préc, cons. 1.

¹⁴⁵⁸ Ibid., cons. 5.

¹⁴⁵⁹ Michel Guibal, « De la proportionnalité », A.J.D.A., 1978, p. 477 et s. ; Guy Braibant, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges Waline (Marcel)*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 297-306 ; Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., coll. Science et Droit administratif, 1990 ; Michel Fromont, « Le principe de proportionnalité », A.J.D.A., 1995, n° spécial, p. 156-166 ; Georges Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1995.

l'exercice des droits et libertés soit conforme au principe constitutionnel de nécessité et de proportionnalité¹⁴⁶⁰ (**Chapitre 1**). Ce qui signifie qu'une limitation injustifiée (absence de nécessité de concilier les droits contradictoires) ou excessive (disproportion) ne peut prétendre à la validité d'une règle juridique d'exception. Elle n'est donc qu'une violation de la Constitution.

En revanche, si jugée conforme à ce principe constitutionnel de proportionnalité par le juge constitutionnel, l'exception adoptée par le législateur s'inscrit comme la réalisation de l'équilibre dans la conciliation des droits opposés : c'est là l'un des effets inattendus du contrôle de proportionnalité qui paradoxalement justifie et légitime l'exception. C'est sur sa contribution au maintien de l'équilibre de l'ordre juridique qu'il conviendra de clore le propos (**Chapitre 2**).

¹⁴⁶⁰ DC n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté d'expression, titre abrégé de la décision « Conseil supérieur de l'audiovisuel », J.O. du 18 janvier 1989, p. 754, cons. 30 ; DC n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 Sécurité et transparence du marché financier, J.O. du 1^{er} août 1989, p. 9676, cons. 22, Le Conseil constitutionnel se réfère explicitement au principe de la proportionnalité dans ces décisions.

Chapitre 1. La subordination de l'exception au principe de nécessité et de proportionnalité : limite de la norme de limitation

Synonyme de rapport de convenance, d'équilibre et d'harmonie¹⁴⁶¹ entre plusieurs paramètres, la proportionnalité désigne un ensemble d'éléments constitutifs d'une opération rationnelle en vue d'atteindre un objectif, d'adopter une décision cohérente et logique et d'aboutir à une solution satisfaisante. Si cette définition générique évoque l'image de bonne proportion, la proportionnalité a une signification plus spécifique dans le langage juridique en ce qu'elle se conçoit comme un instrument normatif de mesure¹⁴⁶² et d'arbitrage des droits et libertés contradictoires.

Etant un instrument normatif de mesure et d'arbitrage des droits et libertés, le principe de proportionnalité implique nécessairement la relativité de ces droits et libertés et demeure par conséquent consubstantiellement lié à la notion d'exception. Il confère en fait la validité et la qualité d'équilibre à cette dernière. Cette idée a été développée sous la plume du professeur Philippe selon lequel la proportionnalité découle de la nécessité de concilier et de limiter l'exercice des droits et libertés contradictoires. Le rapport qui existe entre une liberté et ses limites constitue selon le professeur un élément de proportionnalité¹⁴⁶³. Celle-ci permet de distinguer la limitation d'un droit de la violation d'un droit. Ainsi, étudier la proportionnalité revient à expliciter la condition de validité matérielle de l'exception.

Il convient à présent d'exposer le cadre général du principe de proportionnalité (**Section 1**). Impliquant l'idée de modération et de mesure, le principe de proportionnalité est conçu par les discours libéraux comme un instrument de limitation du pouvoir de réglementation du législateur. C'est parce qu'elle est censée conduire le législateur à faire œuvre de bon sens, de cohérence, et à modérer sa réglementation que la proportionnalité est ensuite érigée en une exigence constitutionnelle autonome¹⁴⁶⁴. En effet, de l'arrière-plan où elle était reléguée, l'exigence de proportionnalité tend aujourd'hui à occuper l'avant-scène¹⁴⁶⁵ comme l'attestent son application générale dans tous les domaines du droit et le

¹⁴⁶¹ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Proportion/ proportionnalité ».

¹⁴⁶² Petr Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, préface de Frédéric Sudre, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2005.

¹⁴⁶³ Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 82-83.

¹⁴⁶⁴ Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., coll. Manuel, 2002, p. 487.

¹⁴⁶⁵ Paul Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jaques Velu*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 49 et s.

développement du contrôle de proportionnalité qu'exerce le Conseil constitutionnel à l'égard de toutes les dispositions législatives et plus particulièrement à l'égard des exceptions apportées par le législateur aux droits et libertés fondamentaux (**Section 2**).

Section 1. Le cadre général du principe constitutionnel de proportionnalité

Sans entrer dans les diverses qualifications d'exigence constitutionnelle autonome ou de principe général du droit, il faut au préalable admettre que la proportionnalité corresponde en l'état actuel du droit constitutionnel positif au concept de norme de droit dont le respect s'impose à toute autorité publique. A ce titre, elle s'érige en critère de la régularité d'un acte administratif ou de la constitutionnalité d'une disposition législative. Sa méconnaissance entraînera l'invalidation de l'acte juridique en cause¹⁴⁶⁶.

S'entendant d'ordinaire d'un rapport de convenance, de logique ou de mesure entre les parties d'un tout, la proportionnalité n'en demeure pas moins « *l'une de ces fausses idées claires que véhicule le droit public*¹⁴⁶⁷ ». Si la proportionnalité est aisément observable entre le volume acheté d'une denrée et son coût¹⁴⁶⁸ ou en mathématiques algébriques, elle reste en revanche un véritable caméléon juridique. En raison de son contenu hétérogène, la proportionnalité peut également être décelée à partir des expressions couramment employées par les juges telles que la *rationalité*, le *normal*, le *raisonnable* ou l'*admissible*¹⁴⁶⁹. Ces manifestations incidentes de la proportionnalité rendent particulièrement délicate sa définition conceptuelle. Si ses éléments constitutifs peuvent être précisés, la notion de proportionnalité n'est néanmoins pas dépourvue d'équivoques.

La difficulté de donner une définition précise de la proportionnalité en droit public s'explique dans doute parce qu'elle est appelée à déterminer non pas le rapport entre les choses quantifiables mais la relation entre les valeurs antagonistes non quantifiables sous-jacentes aux droits et libertés fondamentaux. Ainsi la proportionnalité relèverait du raisonnement dialectique associé à des droits fondamentaux et plus généralement à des

¹⁴⁶⁶ DC n° 87-237 DC du 30 décembre 1987 Loi de financement pour 1988, J.O. du 31 décembre 1987, p. 15763, cons. 16 et 17 Le Conseil constitutionnel a dans cette décision sanctionné pour la première fois une disposition législative prévoyant une sanction fiscale manifestement disproportionnée à l'objectif de répression des fraudes fiscales.

¹⁴⁶⁷ Francis Delpérée, « Le principe de proportionnalité en droit public », cité par Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 8.

¹⁴⁶⁸ Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 8.

¹⁴⁶⁹ Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 9.

limitations de ces droits¹⁴⁷⁰. L'idée de limitation est dès lors la condition d'apparition et d'application de la proportionnalité. Se laisse ici entrevoir le lien indissoluble entre la proportionnalité et la notion d'exception définie comme *la limitation*. La première permet tantôt de mesurer tantôt de limiter l'étendue et la portée de la seconde.

Afin de comprendre le rapport qu'entretient la proportionnalité avec la notion d'exception, il faut à présent expliciter les contours et les significations du principe de proportionnalité (§1) tels qu'ils sont présentés par les auteurs de la doctrine et pratiqués par les juges constitutionnel et administratif en droit public français. L'analyse des fondements juridiques du principe de proportionnalité permet ensuite de déterminer ses domaines d'applications (§2) et par conséquent de mettre en lumière son lien indissoluble avec la notion d'exception lorsque celle-ci s'applique à des droits et libertés fondamentaux.

§1. Les significations et contours du principe de proportionnalité

D'une nature hétérogène, la proportionnalité fait l'objet de multiples propositions de définition. Si elle désigne généralement « *l'exigence d'un rapport convenable, d'une adéquation, entre les moyens employés par l'administration et le but qu'elle vise*¹⁴⁷¹ », la proportionnalité peut également être qualifiée d'« *adéquation mathématique stricte entre avantages et inconvénients* » ou de « *moyen qu'il fallait employer pour atteindre le résultat final poursuivi*¹⁴⁷² ». Mettant en valeur son aspect relatif, le professeur Philippe définit la proportionnalité comme « *l'exigence d'une relation logique et cohérente entre deux ou plusieurs éléments*¹⁴⁷³ ». Le professeur Muzny propose pour sa part de définir la proportionnalité comme « *un mode normatif, concret et effectif, de régulation juridictionnelle en vue de la détermination du juste équilibre dans la relation entre des intérêts autonomes et concurrents*¹⁴⁷⁴ ». De ces définitions proposées, la proportionnalité semble correspondre à l'idée de cohérence et de logique entre une mesure normative et sa finalité.

Sans se réduire à la simple idée de cohérence et de logique, notamment quand elle intervient dans le domaine des droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution, la proportionnalité est porteuse d'autres significations philosophiques et politiques plus larges et

¹⁴⁷⁰ Jean-Paul Costa, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », A.J.D.A., 1988, p. 434-437.

¹⁴⁷¹ Guy Braibant, « Le principe de proportionnalité », art. cit., p. 299.

¹⁴⁷² Michel Guibal, « De la proportionnalité », art. cit., p. 478.

¹⁴⁷³ Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 8.

¹⁴⁷⁴ Petr Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 20.

importantes (A). Celles-ci ont, en raison de leurs dimensions et forces symboliques, permis au juge constitutionnel de « recalibrer¹⁴⁷⁵ » la loi et par conséquent la norme d'exception. Celle-ci existe toujours dans l'ordre juridique libéral, elle est seulement masquée par le contrôle juridictionnel de proportionnalité.

Si on adopte la conception stricte du principe de proportionnalité telle qu'elle est formulée par la jurisprudence et la doctrine allemandes, il faudrait conclure à son apparition très récente en droit public français illustrée par la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008 *Rétention de sûreté*¹⁴⁷⁶. Une telle conclusion ne semble toutefois pas exacte au regard des jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dont l'analyse relate l'existence et l'utilisation constantes d'une conception large du principe de proportionnalité. Il faut dès lors préciser les contours du principe de proportionnalité (B) tel qu'il apparaît et est pratiqué par les juges en droit public français.

A. La proportionnalité comme moyen de préservation des droits et libertés fondamentaux de la limitation excessive

Si elle évoque généralement la règle de bon sens, la proportionnalité, à cause de son contenu imprécis n'est pas accueillie en droit public sans réserve. Se penchant sur son apparition, la majeure partie de la doctrine souligne qu'elle risque de conduire les juges à contrôler l'opportunité d'un acte juridique¹⁴⁷⁷. Or l'opportunité est la limite assignée à la compétence des juges et à l'étendue de leur contrôle juridictionnel. Dès lors, l'exposé d'un concept de proportionnalité tel qu'il est actuellement admis et pratiqué par les juges constitutionnel et administratif en droit constitutionnel et en droit administratif doit être précédé d'une explicitation des valeurs libérales sous-jacentes au principe de proportionnalité. Censée modérer et limiter l'exercice du pouvoir législatif et du pouvoir administratif de réglementation, la proportionnalité est donc considérée par l'idéologie libérale comme un principe efficace de protection des droits et libertés fondamentaux (1). De ce fait, elle devient

¹⁴⁷⁵ Paul Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », art. cit., p. 49.

¹⁴⁷⁶ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mentale, J.O. du 26 février 2008, p. 3272, cons. 13.

¹⁴⁷⁷ Pierre Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Actes du colloque des 21 et 22 janvier 1988 organisé au Sénat*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 269 et s. ; Danièle Lochak, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », in Sous la direction de Dominique Rousseau et Frédéric Sudre, *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Droits et libertés en Europe, Actes du colloque des 20 et 21 janvier 1989 organisé par l'Université Montpellier*, Paris, S.T.H, coll. Les grands colloques, 1990, p. 77.

un principe inhérent au concept moderne de l'Etat de droit (2) irriguant de nos jours plusieurs ordres juridiques.

1. La proportionnalité comme la limite du pouvoir public de réglementation afin de garantir les droits fondamentaux

D'inspiration libérale, il n'en demeure pas moins que le principe de proportionnalité est un renvoi discret à la notion d'exception parce qu'il renferme en lui-même la possibilité de limiter l'exercice des droits. Faisant preuve de réalisme, les libéraux considèrent que, pour éviter leur collision ou leur conflit engendré par leur portée contradictoire, les droits et libertés de l'homme ne doivent pas être absolus. Leur exercice peut être soumis à la limitation. Toutefois ces droits et libertés, en raison de leur caractère fondamental, sont la raison d'être d'une société politique (a). Dès lors, même habilité par la Constitution à réglementer ou à limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux afin de résoudre leur conflit, le pouvoir public doit faire preuve de modération (b). La réglementation ou la limitation de ces droits et libertés ne doit pas être excessive, ni démesurée au point d'aboutir à leur suppression. En effet, dans un Etat de droit, la négation ou la suppression des droits et libertés fondamentaux sape le fondement de l'Etat et le prive de sa raison d'être. Ainsi expliqué, le principe de proportionnalité semble relever de discours qui cherchent sinon à justifier du moins à dissimuler l'exception.

a. Des droits fondamentaux comme fondement de l'Etat

Bien qu'elle soit aujourd'hui familière aux juristes français, la notion de « droits fondamentaux » mérite néanmoins d'être brièvement expliquée¹⁴⁷⁸ afin de montrer en quoi ils constituent le fondement de l'Etat.

Issue du droit allemand¹⁴⁷⁹, l'expression de « droits fondamentaux » peut recevoir une définition formelle selon laquelle sont qualifiés de fondamentaux tous les droits inscrits dans

¹⁴⁷⁸ Il n'est pas ici possible de développer la définition des droits fondamentaux dans tous ses détails. Nous nous permettons de renvoyer à l'article de fond du professeur Etienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », A.J.D.A., 1998, n° spécial Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?, p. 6-42.

¹⁴⁷⁹ Michel Fromont, « Les Droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in *Mélanges Eisenmann (Charles)*, Paris, Cujas, 1975, p. 49-64. L'expression « droits fondamentaux » a été utilisée pour la première par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, J.O. du 24 janvier 1990, p. 972. L'article L. 521-2 du Code de justice administrative se réfère expressément à la notion de liberté fondamentale. Cet article L. 521-2 est ainsi rédigé : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut

un texte constitutionnel ou dans un texte international¹⁴⁸⁰. Ces droits sont fondamentaux parce que les constituants les reconnaissent comme tel. Ainsi, la fundamentalité d'un droit résulte d'une simple reconnaissance par la Constitution ou par un texte international, elle est liée à la norme juridique positive qui l'énonce (définition formelle ou stipulative).

La définition matérielle des droits fondamentaux s'appuie en revanche sur l'importance reconnue à ces droits par la société et juridiquement par l'autorité qui l'édicte¹⁴⁸¹. En conséquence, ces droits ne sont matériellement fondamentaux que grâce à l'importance qui leur est reconnue au sein d'un système de valeurs fondant l'ordre juridique en vigueur. En d'autres termes, étant le fondement d'un ordre juridique, certains droits et libertés sont tellement importants qu'ils ne peuvent être écartés et qu'ils doivent s'imposer comme des droits fondamentaux. A ce titre, ils doivent être énoncés et garantis par la norme suprême d'un ordre juridique (Constitution ou Loi fondamentale). En ce sens, les droits fondamentaux peuvent également désigner des droits et libertés constitutionnellement garanties¹⁴⁸² telle la liberté d'expression, le droit de grève ou le droit de propriété. Ainsi, les titulaires des droits fondamentaux peuvent s'en prévaloir contre les personnes publiques. Plus précisément, les droits que la Constitution ou un texte international confère à un sujet de droit (individu, personne morale...) sont opposables à l'Etat.

De ces deux définitions, on retiendra principalement l'idée selon laquelle les droits fondamentaux reconnus aux personnes physiques et morales par des textes et normes supralégislatifs sont des *permissions* (liberté d'agir) *opposables* aux prérogatives des trois pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire¹⁴⁸³). Ainsi, l'Etat doit non seulement respecter ces droits et libertés fondamentaux mais il doit également les concrétiser, c'est-à-dire les mettre en application.

Etroitement liés à l'essor du constitutionnalisme, les droits fondamentaux ou les droits et libertés garantis par la Constitution s'inscrivent aussi comme la mise en œuvre de la

ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organe de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

¹⁴⁸⁰ Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 10 à 12.

¹⁴⁸¹ Ibid.

¹⁴⁸² Selon les auteurs du colloque organisé en février 1981 à Aix-en-Provence sur le thème « Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux », l'expression des droits fondamentaux désigne en droit public français les droits et libertés constitutionnellement protégés. Voir spéc. Louis Favoreu et al, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 883. De même, l'article 61-1 de la Constitution se réfère à l'expression de « droits et libertés que la Constitution garantit ».

¹⁴⁸³ Louis Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 2, 73 et 74.

doctrine libérale qui vise à limiter les pouvoirs de l'Etat pour la sécurité des droits individuels¹⁴⁸⁴. Est significatif à cet égard l'article 2 de la Déclaration de 1789 qui énonce que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ». Il en résulte que dans cette logique, la construction de la société politique n'est conçue que comme un moyen permettant la garantie des droits naturels de l'homme. Certes, il ne pourrait y avoir de liberté sans le Pouvoir qui la met en œuvre et la garantit, néanmoins le libéralisme insiste sur l'idée d'antériorité et de supériorité des droits et libertés de la personne humaine par rapport à ceux de la société. S'imposant comme les références auxquelles doit se conformer l'action de toute autorité instituée¹⁴⁸⁵, ces droits et libertés sont dès lors énoncés et garantis par la Constitution, acte fondateur de l'Etat. Ainsi, le maintien et la réalisation de ces droits et libertés sont la raison d'être du Pouvoir.

En raison de leurs contenus contradictoires, les droits et libertés fondamentaux entrent fréquemment en collision. Afin de résoudre leurs éventuels conflits, les Constituants admettent que ces droits et libertés ne sont pas absolus mais relatifs et habilent par conséquent le législateur à les régler et à apporter des limitations à leur exercice. Resurgit alors la préoccupation fondamentale des libéraux qu'est la préservation des droits fondamentaux contre la réglementation arbitraire ou la limitation excessive de la part du législateur. Il s'agit plus précisément de prévenir un abus de pouvoir que le législateur est susceptible de commettre. Se pose donc la question d'encadrer la compétence de limitation et de réglementation du législateur afin de sauvegarder les droits et libertés de l'individu. C'est alors qu'intervient l'idée de proportionnalité en tant que principe de modération et de limitation du pouvoir public (législatif, administratif).

¹⁴⁸⁴ Lucien Jaume, « Libéralisme », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 937 et s.

¹⁴⁸⁵ Le préambule de la Déclaration des droits de 1789 est ainsi rédigé : « Les représentants du peuple français [...] considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous [...] ».

b. Un principe de limitation de la norme d'exception, indispensable à la garantie des droits fondamentaux

Au vu des éléments ci-dessus expliqués, l'idée de modération qu'elle véhicule ne doit pas occulter le lien consubstantiel que le principe de proportionnalité entretient avec la notion d'exception c'est-à-dire avec la norme limitant l'exercice des droits et libertés. C'est en conférant la qualité de modération à la norme de limitation qu'il s'érige en condition de validité de cette dernière.

Cette idée peut être expliquée à la lumière de la doctrine juridique allemande. En effet, avant d'être l'objet d'études et d'analyses en droit public français, la proportionnalité conçue comme un principe de limitation ou de modération du pouvoir public de réglementation a principalement été développée par la jurisprudence et la doctrine allemandes¹⁴⁸⁶. Au début du XXe siècle, Otto Mayer évoquait la proportionnalité en matière des mesures de police en ces termes : « *La réaction de l'autorité de police ne peut viser que l'administré dont provient la perturbation. Lorsque la loi autorise des mesures énergiques, cela va de soi. Mais en outre, en raison de son fondement dans le droit naturel, l'exigence de proportionnalité de la réaction demeure valable et détermine l'ampleur de la manifestation de force qui doit être considérée comme admissible*¹⁴⁸⁷ ». La proportionnalité apparaît comme la limite du pouvoir de police lorsque l'auteur apporte cette précision : « *Là où le maintien de l'ordre semble devoir être assuré par un moyen plus doux, l'autorité commet un excès de pouvoir si elle emploie un moyen plus brutal*¹⁴⁸⁸ ».

C'est parce qu'elles constituent les atteintes les plus fortes aux droits et libertés fondamentaux que les mesures de police ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire au maintien de l'ordre public. Ainsi que l'a expliqué Fritz Fleiner : « *Il rentre dans la fonction de la police de prendre des mesures nécessaires pour le maintien de la sécurité publique. La restriction à la liberté individuelle ne doit jamais excéder la mesure absolument nécessaire. La police ne doit pas employer des canons pour tirer sur les moineaux. [...] Le moyen le plus*

¹⁴⁸⁶ Michel Fromont, « Le principe de proportionnalité », art. cit., p. 155. La plupart de nos développements sont tirés de Michel Fromont, « Le principe de proportionnalité », art. cit., et de Georges Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, op. cit.

¹⁴⁸⁷ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, (Droit administratif allemand) cité par Michel Fromont, « Le principe de proportionnalité », art. cit., p. 156.

¹⁴⁸⁸ Ibid.

énergique doit toujours rester l'ultima ratio. L'intervention de la police doit être adéquate aux circonstances, elle doit être proportionnée ¹⁴⁸⁹».

Dégagée et appliquée d'abord par la jurisprudence allemande comme un principe général du droit, la proportionnalité acquiert ensuite la valeur constitutionnelle grâce à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale de 1949 mettant en place la Cour constitutionnelle fédérale chargée de contrôler la constitutionnalité des lois. Sans qu'elle soit énoncée par la Loi fondamentale, la proportionnalité a été invoquée pour la première fois par la Cour en tant que norme de référence du contrôle de la constitutionnalité de la loi dans sa célèbre décision « des Pharmacies ». La Cour y précise la soumission de la loi au principe de proportionnalité en ces termes : « *toute mesure de restriction aux droits fondamentaux, doit être adéquate, nécessaire et proportionnelle au sens strict* ¹⁴⁹⁰ ».

Introduisant ainsi le principe de proportionnalité au plus haut niveau du contrôle, celui de la constitutionnalité des lois, la Cour constitutionnelle fédérale affirme en substance l'idée suivante : il ne suffit pas que l'action du législateur soit motivée par la poursuite de l'intérêt général (nécessité), encore faut-il qu'il veille à ce que l'intérêt général poursuivi justifie réellement la mesure adoptée et qu'il respecte notamment le principe fondamental de proportionnalité des moyens au but ¹⁴⁹¹. Erigée en condition de constitutionnalité de la loi, la proportionnalité devient dorénavant un principe constitutionnel et s'impose à l'ensemble de l'activité du législateur et de l'administration.

Le professeur Fromont résume l'essence du principe de proportionnalité en droit allemand en ces termes : « *ayant la valeur constitutionnelle, le principe de proportionnalité a pour objet de modérer l'exercice du pouvoir législatif et du pouvoir administratif, il impose un certain équilibre entre l'atteinte portée aux droits individuels et l'intérêt que présente cette atteinte pour l'intérêt de la collectivité, il comporte les exigences de l'aptitude, de la nécessité et d'un rapport de proportion stricto sensu* ¹⁴⁹² ». En permettant au juge en tant qu'organe juridictionnel indépendant de corriger et censurer les excès du pouvoir public, le principe de proportionnalité est donc perçu comme un instrument modérant la puissance publique. Il

¹⁴⁸⁹ Fritz Fleiner, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, traduit par Charles Eisenmann, 1933, cité par Michel Fromont, « Le principe de proportionnalité », art. cit., p. 156.

¹⁴⁹⁰ « Apothekenurteil » : BverfGE 7, 377. Dans cette décision fondatrice du principe de proportionnalité dans le contrôle de constitutionnalité, rendue le 11 juin 1958, la Cour constitutionnelle fédérale précise les trois composantes du principe de proportionnalité : 1° aptitude ; 2° Nécessité ; 3° Proportionnalité au sens strict. Voir spéc. Rhita Boustia, « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », R.I.D.C., 2007/4, p. 859-877.

¹⁴⁹¹ Georges Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, op. cit., p. 113.

¹⁴⁹² Georges Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, op. cit., p. 157.

apparaît dès lors comme la concrétisation effective de la doctrine libérale selon laquelle la modération du pouvoir public est nécessaire à l'épanouissement et à la garantie des droits et libertés individuels.

C'est parce qu'il permet une protection efficace des droits et libertés de l'individu en limitant le pouvoir public que le principe de proportionnalité est également considéré comme une composante de la conception de l'Etat de droit.

2. La proportionnalité comme principe inhérent au concept de l'Etat de droit

Inépuisable, le thème de l'Etat de droit a fait l'objet d'innombrables contributions. Sans prétendre à l'exhaustivité, il s'agit d'esquisser les principaux traits de ce phénomène afin de le mettre en rapport avec le principe de proportionnalité.

Traditionnellement, l'expression « l'Etat de droit » se réfère à trois conceptions. La première dite libérale conçoit l'Etat de droit comme un organe limité ayant pour but de protéger la liberté des individus en laissant la sphère privée (le marché par exemple) se réguler elle-même. L'Etat doit donc respecter la séparation des sphères publiques et privées. Ses interventions sont très limitées parce qu'elles ne peuvent avoir lieu qu'en cas de défaillance ou d'insuffisance de la sphère privée¹⁴⁹³. Dans cette conception, l'Etat de droit se caractérise notamment par la séparation des pouvoirs publics, par l'adoption des règles de droit générales, abstraites et rationnelles au moyen d'une procédure parlementaire.

La seconde dite matérielle se préoccupe profondément de la question de la soumission effective de l'Etat au droit. Il s'agit en effet de trouver un principe de limitation subjective ou objective de l'Etat par le droit et qui interdit toute possibilité d'arbitraire étatique. La définition matérielle de l'Etat de droit s'attache dès lors non pas à décrire la forme ou la structure du droit de l'Etat mais notamment son contenu et sa nature. Ainsi l'Etat de droit doit se caractériser par un certain contenu de droit en vigueur qui incarne selon le professeur Rousseau un ensemble de valeurs et de principes assurant aux citoyens des garanties effectives contre l'Etat¹⁴⁹⁴. L'individu occupe dès lors une place centrale dans l'Etat de droit.

¹⁴⁹³ CE. Sect., 30 mai 1930 Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers, rec, p 583 ; concl. Josse, R.D.P., 1930, p. 530 ; voir égal. G.A.J.A., op. cit., p. 267 et s.

¹⁴⁹⁴ Dominique Rousseau, « De l'Etat de droit à l'Etat politique », in Dominique Colas (dir.), *L'Etat de droit, Travaux de la mission sur la modernisation de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1987, p. 171 et s. L'Etat de droit évoque selon l'auteur un ensemble de valeurs et de principes incontournables sur lesquels fonder les rapports sociaux, l'organisation sociale et l'Etat ; la forme de l'Etat de droit incarnerait, protégerait et réaliserait en pratique les

Comme l'a également souligné le professeur Colas : « *l'Etat de droit trouve son principe, sa fin et sa détermination dans l'individu concret*¹⁴⁹⁵ ». Sans se réduire à une simple technique d'organisation de l'ordre juridique, l'Etat de droit s'identifie notamment à la protection et au progrès des droits de l'homme¹⁴⁹⁶.

Correspondant dès lors à la notion de Rechtsstaat élaborée par les doctrines juridiques allemandes, la conception matérielle de l'Etat de droit personnifie l'Etat en tant que sujet des droits et obligations¹⁴⁹⁷. L'Etat assimilé à une personne (le monarque ou le souverain) ne remplit ses missions qu'au moyen du droit, et dans son respect. L'Etat est alors limité par le principe de légalité et par le principe de constitutionnalité (constitutionnalisme). Ses actions sont liées par un corps de règles de droit. Cette idée a été particulièrement développée par Raymond Carré de Malberg lorsqu'il écrivait : « *par l'Etat de droit, il faut entendre un Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques*¹⁴⁹⁸ ». Dans la conception matérielle, l'Etat est séparé du droit. Etant antérieur et supérieur, le droit est considéré comme existant objectivement et indépendamment de l'Etat, il doit dès lors se placer au-dessus de l'Etat. Ainsi, la conception matérielle de l'Etat de droit évoque une certaine idée de « jusnaturalisme » sous-jacente à sa thèse d'hétérolimitation de la puissance de l'Etat¹⁴⁹⁹.

L'Etat de droit peut enfin renvoyer à une troisième conception dans laquelle se trouvent les caractéristiques suivantes : l'ordre étatique centralisé possédant le monopole de la contrainte ; la soumission des gouvernants à la loi, assortie d'un recours possible devant un juge indépendant ; la hiérarchie des règles de droit ; la subordination de l'ensemble des organes de l'Etat au respect des normes supérieures (Constitution). Il s'agit d'une conception formelle et positiviste de l'Etat de droit qui rejette d'une part l'idée de séparation de l'Etat du

principes universels que sont le respect de l'individu, la liberté, la sécurité des biens et personnes et la séparation des pouvoirs. p. 173.

¹⁴⁹⁵ Dominique Colas, « Présentation », in Dominique Colas (dir.), *L'Etat de droit, Travaux de la mission sur la modernisation de l'Etat*, p. VIII.

¹⁴⁹⁶ Dominique Colas, « Présentation », art. cit., p. VIII.

¹⁴⁹⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 280.

¹⁴⁹⁸ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, op. cit., p. 488-489.

¹⁴⁹⁹ Jacques Chevallier, « L'Etat de droit », R.D.P., 1986, art. cit. L'auteur souligne que dès l'instant où l'on conçoit le droit comme un dispositif « extrinsèque » de limitation de la puissance étatique, on est amené à quitter le terrain du strict positivisme juridique. Le droit naturel a pendant longtemps servi de référence à tous ceux qui entendaient dégager le droit de l'emprise de l'Etat. p. 352.

droit et d'autre part la soumission de l'Etat à un droit extérieur et antérieur entendu comme un droit non étatique. L'Etat et le droit ne peuvent qu'être indissolublement liés d'où l'identité de l'Etat et du droit défendue par Hans Kelsen¹⁵⁰⁰.

Selon cette conception, l'étude scientifique de l'Etat de droit ne doit pas analyser le contenu et la nature du droit d'un Etat (ses valeurs justes ou injustes ou ses idéologies) mais ne prendre en compte que la structure formelle et observable de l'ordre juridique étatique. Il en résulte que n'importe quel Etat doté d'une structure hiérarchique des normes juridiques peut être qualifié d'Etat de droit y compris les Etats dictatoriaux ou totalitaires. Par ailleurs, l'idée d'une limitation effective de l'Etat par un droit antérieur et extérieur n'est pas logiquement acceptable parce que l'ordre juridique est celui de l'Etat lui-même. Dès lors, on ne saurait inférer de la hiérarchisation du droit étatique la soumission de l'Etat au droit, sauf à recourir à un raisonnement circulaire et tautologique¹⁵⁰¹. En d'autres termes, en obéissant au droit qu'il élabore et crée, l'Etat ne fait qu'obéir à lui-même. Par conséquent, la puissance de l'Etat ne peut être qu'autolimitée, c'est-à-dire que l'Etat limite lui-même son pouvoir au moyen de ses propres règles, mais dans ce cas si cette autolimitation est favorable aux droits et libertés de l'individu, elle ne fait que légitimer la soumission des individus au droit de l'Etat (limitation-légitimation). Par conséquent, elle renforce le pouvoir étatique plus qu'elle ne le limite.

De cet exposé, il faudra retenir que l'ordre juridique français ainsi que la majeure partie des systèmes normatifs européens relèvent de la conception matérielle de l'Etat de droit. Visant principalement à borner la puissance de l'Etat aux fins de garantir les droits et libertés de l'individu, seule cette conception matérielle de l'Etat de droit constitue une puissante justification de l'imposition par le juge d'une règle de proportionnalité au pouvoir public. Elle entretient donc un lien indéfectible avec le principe de proportionnalité. Celui-ci s'identifie d'après le professeur Chevallier à la même problématique de l'Etat de droit : celle de limitation du pouvoir par le triple jeu de la protection des droits et libertés individuels, de l'assujettissement du pouvoir étatique au droit et de l'assignation d'un domaine restreint de compétences¹⁵⁰². Le respect par le législateur du principe de proportionnalité apparaît comme

¹⁵⁰⁰ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 281.

¹⁵⁰¹ Jacques Chevallier, « L'Etat de droit », art. cit., p. 351.

¹⁵⁰² Jacques Chevallier, « L'Etat de droit », art. cit., p. 365.

sa soumission à l'Etat de droit¹⁵⁰³ et donc aux Droits de l'homme. L'application de la proportionnalité par les juges au pouvoir public traduit dès lors la concrétisation effective de l'Etat de droit matériellement défini.

Chargé de toutes ces significations idéologiques, le principe de proportionnalité connaît dès lors une irrésistible ascension¹⁵⁰⁴. En effet, la majorité des systèmes constitutionnels européens l'ont aujourd'hui élevé au rang de principe directeur du contentieux des droits fondamentaux¹⁵⁰⁵. Est significatif à cet égard l'article 36 de la Constitution suisse d'après lequel « *Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et proportionnée au but visé [...]*¹⁵⁰⁶ ». Nonobstant l'idée de modération et de protection des droits individuels qu'elle véhicule, la proportionnalité demeure indissolublement liée à la notion d'exception si bien que les discours portant sur la proportionnalité semblent selon nous chercher tantôt à occulter tantôt à justifier ou légitimer la norme d'exception.

Ayant droit de cité dans certains droits européens, le principe de proportionnalité ne semble pas s'imposer en droit public français avec la même intensité. Il s'agit à présent de cerner les contours de ce principe tel qu'il apparaît et est appliqué par les juges français afin de pouvoir utilement le confronter à la notion d'exception.

B. Les contours du principe de proportionnalité en droit public français

Alors qu'il est considéré en droit constitutionnel allemand comme un sous-principe de l'Etat de droit¹⁵⁰⁷, le principe de proportionnalité tel qu'il est défini et pratiqué par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe (conception stricte de proportionnalité) ne semble qu'être récemment reconnu en droit public français. Il convient à notre sens de nuancer cette affirmation. En effet, le principe de proportionnalité a été implicitement appliqué au pouvoir de police (1) dès le début du XXe siècle par le Conseil d'Etat au moyen du contrôle de nécessité. Objet d'une conception large, le principe de proportionnalité peut être identifié à partir du contrôle de l'erreur manifeste puis de la théorie du bilan coût-avantage. D'une

¹⁵⁰³ Olivier Jouanjan, « Etat de droit », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 650. La proportionnalité est considérée en droit constitutionnel allemand comme l'un des sous-principes du principe de l'Etat de droit selon K. Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat* cité par Olivier Jouanjan.

¹⁵⁰⁴ Paul Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », art. cit., p. 49.

¹⁵⁰⁵ Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 484.

¹⁵⁰⁶ Michel Hottelier, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité : rapport suisse », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle XXV-2009*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2010, p. 353-371.

¹⁵⁰⁷ Olivier Jouanjan, « Etat de droit », art. cit., p. 650.

existence implicite, la proportionnalité accède aujourd'hui au rang d'un principe constitutionnel. Il faut dès lors cerner dans un second temps les contours de ce principe tel qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (2).

1. Des diverses manifestations implicites du principe de proportionnalité en droit administratif

En 1974 Guy Braibant notait que le principe de proportionnalité n'a pas été reconnu en droit jusqu'à présent, dans le système français. Néanmoins « *même lorsqu'elle n'apparaît pas expressément, l'idée est sous-jacente* ». L'auteur constatait en effet que le juge administratif français a en somme appliqué le principe de proportionnalité sans le savoir ou plus exactement sans le dire¹⁵⁰⁸.

Dans le même esprit, le professeur Philippe écrivait dans sa thèse soutenue en 1988 que le mot de proportionnalité peut ne pas être prononcé mais l'idée qu'il véhicule est contenue dans ces concepts tels que le *suffisant*, la *rationalité*, l'*équilibre*, l'*harmonie* ou l'*absence d'excessif*. De tous ces concepts il est possible de tirer, à des degrés divers, une relation de proportionnalité qui sous-tend leur application. Par conséquent, il ne faut pas se limiter aux apparences de la proportionnalité, mais également tenir compte de ses manifestations implicites¹⁵⁰⁹.

Ainsi, sans être expressément invoquée, la proportionnalité n'en demeurait pas moins sous-jacente lorsque le Conseil d'Etat a annulé un arrêté municipal interdisant toute manifestation des cultes au motif qu'il ne répondait pas à la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique. Il en résulte que si le maire peut en vertu de la loi limiter la liberté religieuse afin de maintenir l'ordre dans la commune, le Conseil d'Etat exigeait dès 1909 que cette limitation soit strictement nécessaire au maintien de l'ordre¹⁵¹⁰. L'idée d'une adéquation entre la restriction de la liberté et le but de protection de l'ordre public guidait bien la plume du juge.

Quelques années plus tard, le célèbre arrêt *Benjamin* s'inscrivait dans une application un peu plus explicite de la proportionnalité même si celle-ci n'y apparaissait toujours pas en tant que norme de légalité. En considérant que « *l'éventualité des troubles alléguée par le maire ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu sans interdire la conférence,*

¹⁵⁰⁸ Guy Braibant, « Le principe de proportionnalité », art. cit., p. 299.

¹⁵⁰⁹ Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 9.

¹⁵¹⁰ CE 19 février 1909 Abbé Olivier, rec p 181. note Jèze, R.D.P. 1910, p 69.

*maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait à prendre*¹⁵¹¹ » le Conseil d'Etat a prononcé l'annulation de la décision interdisant la conférence de René Benjamin. En présence des circonstances de l'espèce, l'interdiction municipale n'était pas selon le juge administratif une mesure adéquate à l'objectif du maintien de l'ordre public.

L'absence du terme « proportionnalité » n'altère nullement sa réalité lorsque le Conseil d'Etat a approuvé l'annulation par le Tribunal administratif de Paris d'un arrêté du préfet de police ayant interdit les manifestations prévues lors d'une visite du président de la République populaire de Chine à Paris. S'appuyant sur son raisonnement habituel, le juge administratif considérait que s'il appartenait à l'autorité de police de prendre toute mesure appropriée, notamment aux abords de l'ambassade de Chine, pour prévenir les risques de désordre, elle ne pouvait en l'espèce prendre un « *arrêté d'interdiction générale qui excédait dans les circonstances de l'espèce, les mesures qui auraient été justifiées par les nécessités du maintien de l'ordre public, à l'occasion de cette visite*¹⁵¹² ».

Dès le début du XXe siècle, le Conseil d'Etat exerçait déjà à l'égard des mesures de la police administrative un contrôle particulièrement poussé qualifié par la doctrine de « *contrôle de nécessité* ». Si le mot « proportionnalité » n'apparaissait pas, cette notion n'en demeurait pas moins incluse dans ce contrôle de nécessité et guidait bien souvent le raisonnement du juge. En effet, il ne s'agit pas seulement de vérifier l'existence réelle ou supposée d'une menace de trouble de l'ordre public (nécessité) alléguée par le pouvoir de police afin de justifier une mesure restrictive de la liberté. Le juge administratif contrôle également si cette mesure est appropriée par sa nature et sa gravité à l'importance de la menace. C'est alors l'adéquation (proportionnalité) de la mesure aux faits (motifs) qui est examinée. En vérifiant si une mesure d'interdiction est adaptée aux faits qui l'ont motivée et aux finalités poursuivies par son auteur, le Conseil d'Etat a en réalité appliqué le principe de proportionnalité à des mesures de police sans le dire explicitement.

Etendant ensuite cette jurisprudence à toutes les mesures administratives restreignant les droits et libertés fondamentaux¹⁵¹³, le juge administratif contraint non seulement l'autorité

¹⁵¹¹ CE 19 mai 1933 Benjamin, rec p 541, concl. Michel, Dalloz, 1933.3, p 354.

¹⁵¹² C.E, 12 novembre 1997 Ministre de l'intérieur contre association communauté Tibétaine en France, rec p 417.

¹⁵¹³ Cette jurisprudence a été appliquée à des mesures restreignant la liberté de réunion C.E, 23 janvier 1953, rec., p. 32 ; C.E, ord. 19 août 2002, Front national, institut de formation des élus locaux, rec., p. 311, puis à celles limitant la liberté d'aller et de venir CE 8 décembre 1972 Ville de Dieppe, rec., p. 794 ; C.E, 10 décembre 1993 Madame Maes, rec., p. 918 ; C.E, 3 juin 1994 Commune de Coulommier. Dans ces deux derniers arrêts, le Conseil d'Etat considère qu'une mesure interdisant la circulation automobile est illégale parce qu'elle est excessive et aboutit à empêcher une personne handicapée de se déplacer avec une voiture électrique et les

de police mais également toute autorité administrative à une certaine modération¹⁵¹⁴ dans l'édition des mesures limitant les droits et libertés de l'administré. En d'autres termes, appelée à concilier les droits et intérêts contradictoires, *l'autorité administrative doit veiller à ce qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence*¹⁵¹⁵. Dès lors, ce n'est pas la nature restrictive des mesures administratives qui est en cause, mais c'est son inadéquation à un but ou son caractère excessif que le juge censure. Le respect de la proportionnalité semble s'imposer comme une condition de la légalité administrative.

Le contrôle de proportionnalité peut également être déduit du contrôle de *l'erreur manifeste d'appréciation* également appelé *contrôle restreint* qu'exerce le juge administratif à l'égard des sanctions disciplinaires de la fonction publique¹⁵¹⁶. Depuis l'arrêt *Lebon*, le Conseil d'Etat a accepté non seulement de contrôler la qualification juridique des faits¹⁵¹⁷ mais également l'adéquation entre les faits fautifs et la sanction disciplinaire prononcée. Plus précisément, le juge ne se contente pas de vérifier l'existence matérielle des faits¹⁵¹⁸ (le comportement fautif imputé au fonctionnaire existe-t-il ?) ou leur qualification juridique (ce comportement est-il réellement fautif et de nature à justifier une sanction ?) mais il contrôle aussi l'adéquation de la sanction choisie par l'autorité administrative par rapport à la gravité du comportement qualifié de faute¹⁵¹⁹. Or censurer une mesure disciplinaire pour erreur manifeste revient à prononcer son illégalité sur la base d'une disproportion d'une mesure à

riverains d'accéder à leur immeuble s'ils n'y possèdent pas de garage. La liberté d'expression bénéficie également de ce contrôle implicite de proportionnalité. C.E., 29 décembre 2000 Syndicat Sud travail, rec., p. 798, J.C.P. adm. 2001, n° 1065, note G. Koubi. Le juge administratif a censuré comme portant une atteinte excessive à la liberté d'expression une circulaire du ministre du travail qui exigeait de façon générale qu'un agent soumette tous ses articles et ouvrages préalablement à leur publication à son supérieur hiérarchique. Ce contrôle de proportionnalité a ensuite été transposé par le Conseil d'Etat en ce qui concerne l'examen du bien-fondé des décisions administratives approuvant les règlements intérieurs des entreprises lorsque ces derniers comportent des clauses restrictives des droits et libertés du salarié. CE 1^{er} février 1980 Ministre du travail contre société « Peinture Corona », rec., p. 59 ; CE 25 janvier 1989, Société industrielle Teinture et Apprêts, rec., p. 960.

¹⁵¹⁴ Michel Fromont, « Le principe de proportionnalité », art. cit., p. 155.

¹⁵¹⁵ C.E. Ass. 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne et ministre de l'agriculture contre Bernette, rec., p. 232 ; concl. Dondoux, Droit soc. 1976, p. 345 ; ; note Sinay, Dalloz, 1976, p. 563 ; note Machelon, J.C.P. 1976, II, n° 18429.

¹⁵¹⁶ Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation s'étend aujourd'hui à plusieurs domaines tels que le contentieux du remembrement rural, CE 22 juillet 1966 Consorts Quittat, rec., p. 867, le contentieux du permis de construire CE. Ass. 29 mars 1968 Société du lotissement de la plage de Pampelone, rec., p. 211, concl. Vught, le domaine de la haute police CE. Ass., du 2 novembre 1973 SA Librairie François Maspero, rec., p. 611, J.C.P. 1974, II, n° 17642, concl. Braibant, note Roland Drago ; CE. Sect., 9 juillet 1997, Association Ekin, rec., p. 300, R.F.D.A., 1997, p. 1284 concl. Denis-Linton, note Pacteau.

¹⁵¹⁷ CE.4 avril 1914, Gomeil, rec., p. 488.

¹⁵¹⁸ CE 14 janvier 1916 Camino, rec., p. 15 ; CE 21 juillet 1995, Capel T, rec., p. 637. Il s'agit pour le juge de s'assurer que la sanction prise ne repose pas sur des faits matériellement inexacts. C'est le contrôle de *l'erreur de fait*.

¹⁵¹⁹ CE 28 juillet 1987 Vinolay, rec., p. 315.

son but. En censurant toute sanction disproportionnée¹⁵²⁰ par rapport à la gravité de la faute reprochée, le contrôle de l'erreur manifeste exercé par le Conseil d'Etat s'inscrit comme l'application affirmée du principe de proportionnalité à l'autorité disciplinaire lorsqu'elle utilise son pouvoir discrétionnaire de choisir l'une des sanctions également applicables et prévues par la loi. Ainsi l'a illustré le récent arrêt du 12 janvier 2011 *Matelly* dans lequel le Conseil d'Etat a considéré que la radiation des cadres d'un officier de gendarmerie, la sanction la plus lourde parmi celles que l'autorité disciplinaire pouvait choisir, constitue une *sanction manifestement disproportionnée* eu égard à la gravité de la faute imputée à cet officier¹⁵²¹.

Enfin, la jurisprudence dite du *bilan coût-avantage* peut être considérée comme l'une des manifestations du principe de proportionnalité. Appelé à statuer sur la légalité d'un décret portant la déclaration d'utilité publique préalable à une opération d'expropriation, le Conseil d'Etat considère qu'« *une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* »¹⁵²². Quittant un raisonnement binaire de proportionnalité définie comme l'adéquation d'une mesure (atteinte au droit des individus) à son objectif (intérêt général), le juge effectue en réalité un contrôle de proportionnalité entre plusieurs droits et intérêts contradictoires.

Il résulte de cet exposé que le Conseil d'Etat a adopté une conception large du principe de proportionnalité. Celui-ci ne signifie pas une stricte adéquation mathématique mais un rapport de cohérence et d'adéquation entre une mesure limitant les droits ou libertés de l'individu et l'objectif qu'elle poursuit. Tel qu'il est formulé et pratiqué par le Conseil d'Etat, le principe de proportionnalité s'impose dès lors comme *une exigence d'équilibre* entre une mesure et le but à atteindre. Plus précisément, la proportionnalité désigne l'idée selon laquelle, *ayant le choix entre plusieurs mesures possibles, l'administration doit choisir la mesure à la fois la moins restrictive pour les droits individuels et la plus apte à atteindre son*

¹⁵²⁰ Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation applique réellement et explicitement le principe de proportionnalité lorsque le Conseil d'Etat décide *qu'il appartient au juge, non pas seulement de rechercher si la sanction litigieuse était manifestement disproportionnée par rapport aux faits poursuivis mais de vérifier si le quantum de cette sanction au regard notamment de l'échelle des sanctions était ou non proportionné à ces faits*. CE 2 mars 2010 Fédération française d'athlétisme, req. n°324439, mentionné au table du recueil Lebon.

¹⁵²¹ C.E., 12 janvier 2011 *Matelly*, note Aubin A.J.D.A. 2011, p. 623.

¹⁵²² C.E. Ass. 28 mai 1971, rec., p. 409, *Ministre de l'équipement et du logement contre fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*, rec. p 409 concl. Braibant, A.J.D.A., 1971, p. 463 ; ;note Homont, J.C.P. 1971, II n° 16873 ; note M. Waline, R.D.P., 1972, p. 454.

objectif. De même, elle doit mettre en balance les avantages procurés par l'objectif poursuivi et les inconvénients causés aux droits et libertés individuels par ses mesures contraignantes. Si les seconds paraissent excessifs ou disproportionnés par rapport aux premiers, l'objectif poursuivi est considéré comme illégal et encourt à ce titre l'annulation¹⁵²³.

Appelé à contrôler la constitutionnalité des dispositions législatives limitant l'exercice des droits et libertés fondamentaux, le Conseil constitutionnel s'inspire de la jurisprudence administrative et impose à son tour une obligation de proportionnalité au législateur. A ce titre, il exerce d'une part un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et d'autre part le contrôle de proportionnalité au sens strict.

2. De l'erreur manifeste d'appréciation au triple test : la précision des contours du principe de proportionnalité par le Conseil constitutionnel

Depuis sa décision du 25 juillet 1979 *Droit de grève à la radio et à la télévision* jusqu'à la décision du 16 août 2007 *Service minimum*, le Conseil constitutionnel a constamment affirmé que malgré sa valeur constitutionnel, le droit de grève a des limites et qu'il appartient au législateur *d'opérer la conciliation nécessaire entre l'exercice du droit de grève et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte*. Toutefois les limitations de l'exercice du droit de grève doivent être nécessaires et justifiées par la sauvegarde des autres droits et principes constitutionnels. Ainsi dans la décision du 25 juillet 1979 il a déclaré contraire à la constitution l'article 26 de la loi du 7 août 1974 modifié au motif qu'il édicte une interdiction (exception) injustifiée de l'exercice du droit de grève¹⁵²⁴.

Le raisonnement du Conseil dans cette décision du 7 août 1979 mérite alors d'être explicité puisqu'il permet d'identifier tant les contours de la proportionnalité que le rapport qu'elle entretient avec l'exception dans le contentieux de la constitutionnalité des normes. En l'espèce, chargé de concilier les droits (droit de grève) et principes (continuité du service public) constitutionnels, le législateur a autorisé les présidents des sociétés de diffusion à requérir du personnel pour assurer le *service normal* et non *minimum ou réduit* des programmes de télévision alors que selon le juge constitutionnel, un service minimum aurait

¹⁵²³ CE. Ass. 28 mars 1997, Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne, rec., p. 121 ; concl. Denis Lindon, R.F.D.A., 1997, p. 740, ; note Iacono, J.C.P. 1997, II n° 22909, ; note Jean Waline, R.D.P. 1997, p. 1433.

¹⁵²⁴ Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, Grève à la radio..., déc. préc., Le Conseil constitutionnel considère que le législateur a fait obstacle à l'exercice du droit de grève dans des cas où son interdiction n'apparaît pas justifiée au regard des principes constitutionnels ci-dessus rappelés, cons. 5.

permis à la fois le respect du droit de grève et la continuité de ces programmes. La conciliation est dès lors déséquilibrée puisque le législateur a favorisé excessivement le principe de continuité du service public au détriment du droit de grève. L'équilibre des intérêts en conflit était alors rompu. Sous l'apparence d'un contrôle de nécessité, le juge constitutionnel a en réalité examiné *l'étendue* et *l'intensité* de la limitation apportée à l'exercice du droit de grève. L'interdiction injustifiée en l'espèce doit être comprise comme *excédant* la nécessité de garantir les autres principes constitutionnels. L'idée selon laquelle la limitation des droits constitutionnels doit non seulement être justifiée mais également proportionnée à l'objectif poursuivi faisait ainsi sa timide apparition en 1979.

La loi du 16 janvier 1982 *Nationalisation* met en exergue non seulement un conflit entre le droit de propriété et la nationalisation mais également celui des idéologies contradictoires contenues dans le bloc de constitutionnalité¹⁵²⁵. Appelé à examiner la constitutionnalité de cette loi, le Conseil constitutionnel a déclaré qu'il ne récuse pas la nécessité des nationalisations décidées par le législateur à condition qu'elle ne soit pas entachée d'une erreur manifeste.

En transposant ainsi le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation du droit administratif dans le contentieux constitutionnel¹⁵²⁶, le Conseil semble adhérer à la définition large de la proportionnalité dégagée par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Celle-ci s'entend donc comme un *rapport de logique, de cohérence et d'équilibre* entre une exception faite à des droits et libertés individuels et l'objectif d'intérêt général poursuivi. Ce contrôle permet donc au Conseil constitutionnel de *corriger les excès* qu'aurait commis le législateur lorsqu'il limite le droit de propriété. En effet, s'il est loisible au législateur d'apporter les exceptions à l'exercice du droit de propriété afin de le concilier avec le besoin de nationalisation, son pouvoir de conciliation trouve cependant ses limites dans l'obligation de ne pas commettre l'erreur manifeste entendue comme la *disproportion*. Sans être explicitement invoquée, le principe de proportionnalité était bien sous-jacent au raisonnement du juge lorsqu'il a déclaré contraires à la Constitution les indemnités versées aux propriétaires dépossédés de leurs actions au motif qu'elles résultent d'une *sous-estimation substantielle* de la valeur des actions nationalisées. Ces indemnités n'ont pas satisfait l'exigence de « *juste indemnité* » énoncé par

¹⁵²⁵ L'article 17 de la Déclaration des droits de 1789 entre en collision avec l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946. De même l'idéologie libérale et individualiste de 1789 affronte la valeur sociale et collectiviste du constituant de 1946. Voir Jacques Chevallier, « Essai d'analyse structurale du préambule », art. cit., p. 13 et s.

¹⁵²⁶ Laurent Habib, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », R.D.P., 1986, p. 695 et s.

l'article 17 de la Déclaration de 1789¹⁵²⁷. En d'autres termes, ces indemnités n'offrent pas une compensation proportionnée à la valeur des biens nationalisés.

Si le Conseil constitutionnel l'applique ensuite aux lois de finances publiques¹⁵²⁸, au principe d'égalité, au droit de suffrage¹⁵²⁹ et à bien d'autres domaines, il faut toutefois souligner que c'est dans le domaine du conflit entre l'ordre public et la liberté individuelle (les lois pénales) que le contrôle de l'erreur manifeste se traduit plus explicitement comme *l'exigence constitutionnelle de proportionnalité entre une sanction et l'objectif de répression poursuivie*. Ainsi, dans la décision précurseur du 20 janvier 1981 *Sécurité et liberté*, le principe de proportionnalité apparaissait en filigrane de l'argument des requérants selon lequel il appartient au Conseil constitutionnel de censurer les dispositions législatives imposant une *répression excessive*. Confrontant la loi en cause à l'article 8 de la Déclaration de 1789, fondement tant du principe que du contrôle de la nécessité des peines, le Conseil a déclaré que la loi contestée n'était *manifestement pas contraire* à cet article 8¹⁵³⁰. Cela signifie donc qu'elle n'a pas édicté une peine disproportionnée par rapport à l'objectif de protection des personnes et des biens. Cette jurisprudence connaît une stabilité remarquable car depuis 1981 jusqu'à la récente décision du 21 février 2008 *Rétention de sûreté*, le juge constitutionnel applique toujours le contrôle de l'erreur manifeste et censure les *disproportions évidentes* ou graves¹⁵³¹. Mettant en œuvre la conception large du principe de proportionnalité, le contrôle de l'erreur manifeste permet au juge d'imposer au législateur le respect de l'*adéquation globale et cohérente* entre une disposition législative et son objectif.

¹⁵²⁷ Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 189. L'auteur souligne que si le juge n'exerce qu'un contrôle restreint de l'erreur manifeste à l'égard de la nécessité de la dépossession, il vérifie le caractère juste et préalable de l'indemnité. Le Conseil constitutionnel exige une adéquation stricte entre la dépossession et l'indemnité versée. Dans cette affaire de nationalisation, le Conseil a déclaré la loi non conforme à la constitution parce que le législateur avait transgressé cette adéquation.

¹⁵²⁸ Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de financement pour 1988, J.O. du 31 décembre 1987, p. 15761 cons. 13, 14 et 15.

¹⁵²⁹ Décision n° 2010-602 DC du 18 février 2010, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, J.O. du 24 février 2010, p. 3385, cons. 23. Dans cette décision, le juge constitutionnel considère qu'il n'apparaît pas compte tenu des éléments discutés que la délimitation des circonscriptions électorales méconnaît manifestement le principe d'égalité devant le suffrage.

¹⁵³⁰ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, J.O. du 22 janvier 1981, p. 308, cons. 11, 12 et 13.

¹⁵³¹ Valérie Goessel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, figures récentes », R.F.D.C., 2007, p. 269-295. Du même auteur, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », Cahiers du Conseil constitutionnel, 2007, n° 22 Le réalisme en droit constitutionnel, p. 141 et s.

En déclarant dans sa décision du 21 février 2008 *Rétention de sûreté* que « *les atteintes portées à l'exercice de ces libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi* ¹⁵³²», le Conseil constitutionnel a précisé à la fois la notion et le contrôle de proportionnalité. La notion de proportionnalité est ici définie à partir des trois éléments : *adaptation/adéquation, nécessité et proportionnalité*. Il s'agit d'une conception stricte du principe de proportionnalité dont l'introduction dans le contentieux de la constitutionnalité signifie que la loi lorsqu'elle limite les droits et libertés fondamentaux, sera désormais soumise au triple test. La disposition législative portant atteinte à une liberté fondamentale doit d'abord être adaptée au but poursuivi (rapport d'adéquation). Elle doit ensuite être nécessaire, c'est-à-dire que l'objectif poursuivi par le législateur n'aurait pas pu être atteint par d'autres moyens moins contraignants. Enfin, l'exigence de proportionnalité au sens strict permet au Conseil constitutionnel d'effectuer un bilan coûts-avantages et de vérifier si les garanties procédurales édictées par le législateur sont réellement proportionnées à l'atteinte c'est-à-dire à la limitation (exception) apportée aux droits et libertés fondamentaux ¹⁵³³.

Si cette décision du 21 février 2008 *Rétention de sûreté* confirmée ensuite par la décision du 10 juin 2009 *Hadopi* ¹⁵³⁴ met en application la conception stricte du principe de proportionnalité en droit constitutionnel, elle n'en exclut pas pour autant la conception large de proportionnalité, ainsi que l'a illustré la décision du 7 octobre 2010 *Voile intégral* ¹⁵³⁵. Revenant sur son contrôle habituel de nécessité et d'erreur manifeste dans cette décision, le juge constitutionnel après avoir émis une réserve d'interprétation constate qu'« *eu égard aux objectifs qu'il s'est assigné et compte tenu de la nature de la peine instituée [...] le législateur a adopté des dispositions qui assurent, entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée* ¹⁵³⁶». La proportionnalité peut ainsi être constatée et retenue sans que sa composante tripartite soit exigée. En réalité, largement ou strictement définie, elle ne

¹⁵³² Décision n° 2008- 562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, J.O. du 26 février 2008, p. 3272, cons. 13.

¹⁵³³ Décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, déc. préc., cons. 37. Voir dans le même sens, Valérie Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, figures récentes », art. cit., p. 269 et s.

¹⁵³⁴ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, J.O. du 13 juin 2009, p. 9675, cons. 15.

¹⁵³⁵ Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, J.O. du 12 octobre 2010, p. 18345, cons. 5.

¹⁵³⁶ Ibid., cons. 5

s'identifie jamais à une précision mathématique mais désigne toujours l'exigence d'adéquation et de cohérence entre la peine (atteinte) et le but poursuivi (protection de l'ordre public). Par conséquent, le contrôle de l'erreur manifeste s'inscrit nécessairement dans le contrôle de proportionnalité.

De ces jurisprudences, constitutionnelle et administrative, précédemment décrites se dégage une certaine convergence sur la définition de la proportionnalité. En droit public français, le principe de proportionnalité ne renvoie pas à une exigence d'adéquation mathématique ni à une stricte égalité mais évoque plutôt *l'exigence d'adaptation équilibrée ou de conciliation équilibrée* entre une exception portée aux droits et libertés constitutionnels et l'objectif poursuivi. Si son contenu s'établit désormais à partir des trois éléments « *nécessité, adaptation et proportionnalité stricte* », cette définition jurisprudentielle n'interdit pas à notre sens de conférer l'idée fondamentale d'*équilibre* au principe de proportionnalité. Afin de conforter cette idée, il faut citer la décision du 20 novembre 2003 *Maîtrise de l'immigration* dans laquelle le juge constitutionnel déclare que la *conciliation opérée par la loi n'est pas manifestement déséquilibrée*¹⁵³⁷. En vérifiant si les limitations apportées par la loi aux droits et libertés individuels sont nécessaires, adaptées et proportionnées au but poursuivi, les juges constitutionnel et administratif s'assurent en réalité que la conciliation des droits et libertés contradictoires soit équilibrée c'est-à-dire qu'il n'y ait pas de rupture d'équilibre de ces droits et intérêts.

Il résulte de cet exposé deux constats. Premièrement s'il est censé être un moyen de modération et de limitation du pouvoir de l'Etat, le principe de proportionnalité n'invalide nullement l'exception. Il reste au contraire consubstantiellement lié à cette notion. Véhiculant certes l'idéologie libérale selon laquelle la limitation de l'exercice des droits et libertés de l'homme ne doit pas être excessive, abusive, la proportionnalité n'en demeure pas moins une formulation euphémique de la notion d'exception.

Deuxièmement, en érigeant la proportionnalité en condition de constitutionnalité (validité) de l'exception, le constitutionnalisme libéral ne fait que déplacer le problème et non le résoudre. En effet, craignant l'exception excessive du législateur, le constitutionnalisme libéral la soumet au contrôle de proportionnalité exercé par le juge constitutionnel. Celui-ci dira *in fine* si cette exception est proportionnée (conforme à la Constitution) ou

¹⁵³⁷ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, J.O. du 27 novembre 2003, p. 20154, cons. 23. Il faut souligner que la phrase « la conciliation n'est pas manifestement déséquilibrée » est constamment utilisée par le Conseil constitutionnel.

disproportionnée (contraire à la Constitution). Ce déplacement est certes symptomatique de la promotion du juge et des droits et libertés fondamentaux, mais il n'efface pas le risque d'avoir des exceptions excessives dans l'ordre juridique. En effet quel critère objectif permet de savoir que l'exception validée par le juge ne serait pas excessive ? L'absence de ce critère objectif explique sans doute la remarque ironique du professeur Lochak à l'égard du contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel selon laquelle « *à l'arbitraire du législateur, on substitue celui des juges*¹⁵³⁸ ».

Afin de se prémunir de ses critiques lorsqu'il exerce le contrôle de la proportionnalité des lois, le Conseil constitutionnel se réfère constamment aux textes constitutionnels dont l'interprétation révèle d'une part le principe de proportionnalité et les domaines d'application de ce principe d'autre part.

§2. Fondements et domaines d'application du principe de proportionnalité en droit public

Bien qu'il semble s'imposer par sa force d'évidence¹⁵³⁹, l'application par les juges du principe de proportionnalité sans un fondement juridique précis ne doit toutefois pas être acceptée sans discussions. S'il permet au juge de limiter le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques lorsqu'il est utilisé pour fixer les exceptions à l'exercice des droits et libertés individuels et donc de mieux préserver ces derniers d'une exception excessive ou injustifiée, le principe de proportionnalité brouille selon certains auteurs la distinction entre le contrôle de légalité et celui de l'opportunité¹⁵⁴⁰ et suscite donc le « spectre » de gouvernement des juges. L'absence du fondement textuel explique sans doute l'application qui demeurerait pendant longtemps implicite voire cachée du principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

L'intégration de la Déclaration des droits de 1789 à la Constitution de 1958 ainsi que la reconnaissance de sa valeur de droit positif¹⁵⁴¹ ont non seulement donné les fondements au principe de proportionnalité mais l'ont également érigé en norme constitutionnelle. Si elle est

¹⁵³⁸ Danièle Lochak, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 77 et s.

¹⁵³⁹ Guy Braibant, « Le principe de proportionnalité », art. cit., p. 297 et s..

¹⁵⁴⁰ Pierre Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », art. cit., p. 285 et s. ; voir égal. Danièle Lochak, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 77 et s.

¹⁵⁴¹ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, déc. préc. Cette décision a donné la valeur de droit positif à la Déclaration des droits de l'homme de 1789, au préambule de la Constitution de 1946 et à des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

considérée par certains auteurs comme un principe constitutionnel autonome¹⁵⁴², l'étude des fondements juridiques de la proportionnalité (A) montre qu'elle s'attache toutefois particulièrement au domaine des conflits des droits et libertés constitutionnels (B). Ainsi, le domaine d'application de prédilection de la proportionnalité réside dans les limitations des droits et libertés fondamentaux.

A. Les sources du principe de nécessité et de proportionnalité

Le terme de sources désigne « *l'endroit où l'on puise* » et par extension les « *principes, causes, origines* ». Appliqué au droit, l'idée de source désigne d'une part les « *forces d'où surgit le droit ou ce qui l'engendre*¹⁵⁴³ » et d'autre part le fondement sur lequel se base une décision du juge. Ainsi, le principe de proportionnalité trouve d'une part ses sources dans la Déclaration des droits de 1789 (1) et dans les textes conventionnels d'autre part (2).

1. L'ancrage constitutionnel du principe de proportionnalité

Véhiculant la pensée libérale, la proportionnalité doit son existence à la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Bien qu'elle ne soit prévue initialement qu'en matière des sanctions pénales considérées comme les atteintes les plus fortes aux droits et libertés de l'individu, la proportionnalité n'en demeure pas moins un principe général de modération du pouvoir législatif lorsqu'il règlemente ou limite l'exercice des droits et libertés individuels. Ce raisonnement a sans doute permis au juge constitutionnel, ainsi que nous le verrons par la suite, d'étendre le principe de proportionnalité à des domaines autre que celui du droit pénal. Comme l'ont noté les professeurs Mathieu et Verpeaux : « la proportionnalité est devenue un principe directeur de la conciliation de tous les droits fondamentaux contradictoires »¹⁵⁴⁴.

En proclamant que « *la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* » l'article 8 de cette Déclaration a posé pour

¹⁵⁴² Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p.499 et s.

¹⁵⁴³ Pascale Deumier et Thierry Revet, « Sources du droit », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit. p. 1430 et s.

¹⁵⁴⁴ Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p.499.

la première fois les deux principes fondamentaux du droit pénal : la légalité des délits et des peines et la stricte nécessité des sanctions pénales.

Illustrant parfaitement le discours libéral qui réduit les droits de l'homme aux seuls droits-libertés et voit en eux les fondements d'une limitation de l'Etat, l'article 8 s'inscrit comme la recherche du juste équilibre entre les droits de l'homme et la protection de la société. Plus précisément, il prévoit de manière stricte les limites qui s'imposent au pouvoir de punir (exception) confié au législateur. Révélant non seulement une méthode unitaire des Constituants de 1789 qui en déclarant contre l'Etat les droits de l'homme, ont voulu limiter les atteintes à ces droits aux cas de stricte nécessité, l'article 8 traduit notamment le rejet social d'une excessive sévérité de la sanction comme le seul moyen de lutte contre la délinquance. La peine ou l'atteinte aux droits individuels doit selon la pensée libérale être non seulement nécessaire mais également utile comme l'illustre la formule « *punir ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile*¹⁵⁴⁵ ».

C'est sur la base de l'article 8 que le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution une disposition législative au motif qu'elle édicte « *une sanction qui pourrait dans nombre de cas revêtir un caractère manifestement disproportionné*¹⁵⁴⁶ ». L'article 8 a ensuite été interprété par le Conseil constitutionnel comme posant une double exigence de proportionnalité : *celle entre la sanction et l'infraction et celle entre la sanction et l'objectif visé par cette sanction*. Cette interprétation a par conséquent permis au Conseil d'appliquer rétroactivement les lois pénales nouvelles plus douces au motif que si elles sont adoptées pour assouplir le droit pénal ancien, c'est que la loi pénale ancienne n'est plus « *strictement et évidemment nécessaire*¹⁵⁴⁷ ».

S'inscrivant dans le même esprit, l'article 9 de la Déclaration des droits de 1789 énonce d'une part la présomption d'innocence et d'autre part la nécessité et la proportionnalité des mesures attentatoires (détention/privation) à la liberté individuelle en ces termes : « *Tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la Loi* ». En reconnaissant que la prévention et la répression des infractions nécessitent les restrictions des droits et libertés de l'individu,

¹⁵⁴⁵ Monique Caverivière, « Commentaire de l'article 8 », in Sous la direction de Gérard Conac, Marc Debène et Gérard Teboul, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, op. cit., p. 173 et s.

¹⁵⁴⁶ Décision n°87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi des finances pour 1988, déc., préc., cons. 16.

¹⁵⁴⁷ Décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, déc. préc., cons. 75.

l'article 9 souligne néanmoins leur caractère exceptionnel puisqu'elles doivent être *jugées indispensables*. Il impose en outre la proportionnalité entre l'atteinte à la liberté et le but poursuivi en exigeant des sanctions à l'égard de la *rigueur non nécessaire* entendue comme des *abus* et *excès* du pouvoir de répression.

Si le droit de propriété n'est pas absolu, il ne peut être limité qu'en cas de nécessité publique. Selon l'article 17 de la Déclaration des droits de 1789, « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la *nécessité publique, légalement constatée*, l'exige évidemment, et sous la condition d'une *juste* et préalable indemnité ». La proportionnalité apparaît en filigrane des deux exigences de *nécessité publique* et de *juste indemnité* que doit respecter la mesure restreignant le droit de propriété.

A cette liste, il faut également ajouter l'article 74 alinéa 10 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Cet article ouvre la possibilité pour les collectivités d'outre-mer d'adopter des mesures discriminatoires mais justifiées par la nécessité locale en faveur de sa population en certaines matières économiques et sociales¹⁵⁴⁸. Cette disposition constitutionnelle subordonne à notre sens les atteintes au principe d'égalité au respect du principe de nécessité et donc de proportionnalité.

Enfin, l'article 5 de la Charte de l'environnement subordonne le principe de précaution à l'exigence de proportionnalité. En d'autres termes, les mesures provisoires prises au titre du principe de précaution doivent être proportionnées à l'objectif de parer à l'éventuel dommage affectant l'environnement¹⁵⁴⁹.

Telle que prévue par les Constituants de 1789, l'exception qu'apporte le législateur aux droits et libertés de l'individu ne saurait être ni arbitraire, ni excessive puisqu'elle est enserrée dans une double exigence de nécessité et de proportionnalité. Ainsi la conciliation des droits et libertés contradictoires doit nécessairement être équilibrée et respectueuse des droits individuels. Une démarche semblable est également énoncée dans la Convention européenne des droits de l'homme. Afin d'offrir la meilleure protection des droits et libertés de l'homme, cette Convention subordonne les ingérences étatiques c'est-à-dire les exceptions dans l'exercice de ces droits et libertés à la nécessité et à la proportionnalité. Faisant

¹⁵⁴⁸ L'article 74 alinéa 10 dispose que « *Les mesures justifiées par la nécessité locale peuvent être prise par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier* ».

¹⁵⁴⁹ L'article 5 de la Charte de l'environnement est ainsi rédigé : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans les domaines d'attribution, à la mise en œuvre de procédure d'évaluation des risques et à l'adoption des mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ».

aujourd'hui partie intégrante de l'ordre juridique français, le principe de proportionnalité découlant de la vocation idéologique de cette Convention et interprété par la Cour européenne des droits de l'homme mérite d'être souligné.

2. Les sources conventionnelles du principe de proportionnalité

Si sa vocation générale consiste à promouvoir les droits et libertés fondamentaux de l'homme et à les protéger contre les empiètements de l'Etat, la Convention européenne ne les absolutise pas pour autant. En reconnaissant à l'Etat le pouvoir de réglementer, de limiter c'est-à-dire d'apporter les exceptions à leur exercice, les rédacteurs de cette Convention ont fait preuve de réalisme. Conscients que des droits et libertés de l'homme doivent se concilier avec les objectifs et actions de l'Etat, ils recherchent en effet un juste équilibre entre l'exercice de ces droits individuels et la poursuite de l'intérêt général de la collectivité.

La réalisation de cet équilibre signifie que l'individu et l'Etat ont tous deux des droits et des obligations qui doivent s'équilibrer mutuellement, limitant dans chaque cas l'étendue de la situation de l'autre. Si l'exercice des droits individuels peut être limité, les exceptions adoptées par le législateur national doivent elles aussi respecter les exigences édictées par la Convention parmi lesquelles se trouve celle de nécessité et de proportionnalité.

Ainsi le §2 de l'article 8 de cette Convention est considéré comme la source du principe de proportionnalité au regard duquel sera appréciée la compatibilité des mesures nationales restrictives du droit au respect de la vie privée et familiale. Selon cet article 8 : *« Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».*

Quant aux limites que l'Etat peut apporter à la liberté de conscience, le §2 de l'article 9 énonce que *« la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité, à la protection de l'ordre [...] ».*

S'inscrivant dans la même optique, le §2 de l'article 10 prévoit les bornes au pouvoir étatique de limiter l'exercice de la liberté d'expression en ces termes : *« l'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des responsabilités et peut être soumis à certaines formalités,*

conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité du territoire ou à la sûreté publique [...] ».

Il faut ajouter à cet inventaire le §2 de l'article 11 qui énonce dans des termes semblables la limite de l'ingérence étatique dans la jouissance de la liberté de réunion et d'association. Ainsi l'exercice de cette liberté ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent « des *mesures nécessaires*, dans une *société démocratique*, à la sécurité nationale, à la sûreté public, à la défense de l'ordre [...] ».

Si le terme « proportionnalité » ne fait l'objet d'aucun énoncé explicite, les juges de la Cour européenne ont rapidement déduit l'exigence de proportionnalité de ces dispositions ci-dessus exposés. Appelée à vérifier la compatibilité d'une mesure nationale constitutive d'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression au regard de l'article 10 de la Convention, la Cour a déclaré en substance dans l'arrêt *Handyside contre Royaume-Uni* rendu le 7 décembre 1976 que toute formalité, condition, restriction prévue par cet article *doit être proportionné au but légitime poursuivi*¹⁵⁵⁰. La Cour a ensuite précisé d'une part que la notion de *nécessité implique un besoin social impérieux* et d'autre part que la mesure nécessaire doit être *proportionnée au but légitime recherché*. Une mesure nationale d'ingérence édictée en méconnaissance de ces deux conditions violera la Convention. Ainsi que l'a illustré l'arrêt *Sunday Times contre Royaume-Uni* dans lequel la Cour déclare que la restriction de la liberté d'expression se relève *non proportionnée au but légitime poursuivi* et qu'elle *n'est pas nécessaire* pour garantir l'autorité judiciaire¹⁵⁵¹. La proportionnalité s'impose dès lors comme la limite de la marge nationale d'appréciation, c'est-à-dire qu'elle limite le pouvoir souverain de régler et limiter les droits et libertés individuels conventionnellement garantis.

S'intégrant à l'ordre juridique français et notamment au bloc de légalité, ces articles 8§2, 9§2, 10§2 et 11§2 tels qu'ils ont été interprétés par la Cour européenne permettent au juge administratif ou judiciaire d'écarter l'application d'une loi si elle apporte une exception jugée incompatible avec l'exigence de proportionnalité. Ils constituent en ce sens les bases solides du contrôle de proportionnalité des actes administratifs en droit français. Ainsi se

¹⁵⁵⁰ C.E.D.H. Plénière, *Handyside contre Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, requête n°5493/72, série A, n°24, §49. Voir égal. Frédéric Sudre, Jean-Pierre Marguénaud, Joël Andriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire, Michel Levinet, avec la collaboration de Gérard Gonzalez, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F, coll. Thémis droit, 2011, 6e éd., p. 74 et s.

¹⁵⁵¹ C.E.D.H. Plénière, 26 avril 1979, *Sunday Times contre Royaume-Uni*, requête n° 6538/74, série A, n° 217, §63 à 67.

référant expressément à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'Etat a annulé un arrêté d'expulsion d'un étranger au motif suivant : « *compte tenu de son comportement [...] la mesure d'expulsion prononcée à l'encontre de M. Belgacem, a, eu égard à la gravité de l'atteinte portée à sa vie familiale, excédé ce qui était nécessaire à la défense de l'ordre public*¹⁵⁵² ». La mesure d'expulsion a été annulée parce qu'elle est entachée de disproportion. La conciliation entre le droit de mener une vie familiale normale et la protection de l'ordre public est en effet déséquilibrée. Ce qui la rend donc incompatible avec l'article 8 de la Convention européenne. Cet arrêt du Conseil d'Etat témoigne de la convergence de la jurisprudence administrative française avec le droit européen en matière du contrôle de proportionnalité.

Les fondements du principe de proportionnalité étant ainsi précisés, il convient à présent d'identifier ses domaines d'application.

B. Les domaines d'application du principe de proportionnalité

D'apparence différente, le principe de proportionnalité concourt néanmoins à la même problématique que la notion d'exception ; à savoir celle de la relativité du droit en général et des droits et libertés fondamentaux de l'individu en particulier¹⁵⁵³. En effet, visant à encadrer l'exception, la proportionnalité deviendrait simplement inutile en présence d'une règle de droit émise en des termes absolus, de façon à n'être jamais limitée, restreinte ou annihilée par des règles de droit concurrentes. Bien que constitutionnellement permise, la limitation édictée par le législateur ne doit toutefois pas être absolue ni excessive au point d'aboutir à la violation de ces droits et libertés, elle doit déboucher sur une conciliation équilibrée des droits en conflit. Porteur d'équilibre, le principe de proportionnalité s'applique particulièrement aux limitations apportées par le législateur à des droits fondamentaux. Ainsi, les conflits des droits fondamentaux constituent le domaine d'application de prédilection du principe de proportionnalité.

Il sera vain ici de décrire tous les limitations ou tous les conflits auxquels s'applique le principe de proportionnalité. Une telle description aboutit en outre à des redites. En réalité, tous les conflits des droits et libertés constitutionnels recourant à l'exception comme outil de leur résolution sont soumis au principe de proportionnalité. En raison de leur nombre, il ne

¹⁵⁵² C.E. Ass. 19 avril 1991 Monsieur Belgacem, rec., p. 152.

¹⁵⁵³ Petr Muzny, « Le principe de proportionnalité », in Sous la direction de Joël Andriantsimbazovina et al., *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p.

paraît pas judicieux de les énumérer de manière exhaustive. Il convient plutôt de les décrire de manière globale et systémique. Se présentent alors deux types de conflit : le conflit vertical (1) opposant les droits individuels aux buts étatiques (aux droits de l'Etat) et le conflit horizontal (2) opposant les droits d'un individu à ceux d'un autre ou d'un groupe d'individus.

1. Le conflit vertical des droits et libertés fondamentaux : identification et explication

Afin de réaliser l'intérêt général ou de protéger l'ordre public, le législateur est amené à limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux de l'individu. Il s'agit donc d'une collision entre les droits et libertés individuels et les buts ou objectifs étatiques. Ce type de collision peut également être qualifié de conflit vertical en ce qu'il traduit l'opposition des droits et libertés de l'individu à des interventions de l'Etat et illustre l'affrontement traditionnel du premier au second.

Ainsi le couple liberté et ordre public constitue une illustration des plus topiques du conflit vertical. Depuis sa décision de principe du 20 janvier 1981 *Sécurité et liberté*, le juge constitutionnel a constamment affirmé que l'exercice des libertés constitutionnellement garanties doit être concilié avec ce qui est nécessaire pour la sauvegarde des fins d'intérêt général parmi lesquelles figure la sauvegarde de l'ordre public¹⁵⁵⁴. En conséquence, la sauvegarde de l'ordre public permet au législateur d'apporter la limitation à la liberté d'aller et de venir, à la liberté d'expression. Significatives à cet égard sont la décision du 13 mars 2003 *Loi pour la sécurité intérieure* et celle du 2 mars 2004 *Evolution de la criminalité*¹⁵⁵⁵ dans lesquelles le Conseil réaffirme que l'exception faite par la loi à l'exercice des droits et libertés individuels est légale et nécessaire parce que justifiée par la protection de l'ordre public. En raison de son contenu évolutif et extensif, l'ordre public peut entrer en conflit d'une part avec la liberté et d'autre part avec les droits fondamentaux de l'individu tel le droit

¹⁵⁵⁴ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* déc. préc., cons. 62. Selon le juge constitutionnel, « les articles 76, 77 et 78 de la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes ne sont pas contraires à la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde des droits de valeur constitutionnelle » ; voir égal. Décision n° 86-213 DC du 03 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et les atteintes à la sûreté de l'Etat*, J.O. du 5 septembre 1986, cons. 14 à 17.

¹⁵⁵⁵ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, J.O. du 19 mars 2003, p. 4789, cons. 8 ; Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, J.O. du 10 mars 2004, p. 4637, cons. 4, 5 et 6.

au respect de la vie privée, le droit de propriété¹⁵⁵⁶ ou le droit à la présomption d'innocence¹⁵⁵⁷. Toutefois le conflit entre l'ordre public et les droits et libertés fondamentaux ne se résout pas par l'abrogation d'un des droits en cause mais uniquement par leur conciliation¹⁵⁵⁸.

L'intérêt général constitue lui-aussi un exemple significatif du conflit vertical des droits et libertés, ainsi que l'a souligné Madame Lenoir : « *la notion d'intérêt général est utilisée par le Conseil constitutionnel pour qualifier les motifs de nature à justifier une intervention de la puissance publique réductrice de certains droits et libertés individuels appelés à céder le pas devant des impératifs collectifs*¹⁵⁵⁹ ».

Indéfinissable, l'intérêt général est multiple et constitue les motifs puissants des dispositions législatives limitant l'exercice des droits et libertés de l'individu. Ainsi l'intérêt général a-t-il été invoqué pour justifier les limitations de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle¹⁵⁶⁰. Invité par les requérants à examiner la conformité de la loi imposant une obligation de diffuser gratuitement certains programmes de télévisions au regard de la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel déclare dans sa décision du 1^{er} juillet 2004 *Communications électroniques* que « *le législateur a entendu concilier la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle avec l'intérêt général [...]. Cette conciliation ne porte pas atteinte à la liberté d'expression et en raison du caractère limité des contraintes [...] ne dénature ni la liberté d'entreprendre ni la liberté contractuelle*¹⁵⁶¹ ». Dans le même esprit, le Conseil considère que l'intérêt général peut justifier l'exception faite par le législateur à la faculté d'agir en responsabilité¹⁵⁶², c'est-à-dire à l'exercice du droit au recours

¹⁵⁵⁶ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, déc. préc.

¹⁵⁵⁷ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice..., déc. préc.

¹⁵⁵⁸ Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, J.O. du 24 janvier 2006, p. 1138, cons. 9 et 18. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est d'une remarquable constance. Ainsi « il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, nécessaire à la sauvegarde des droits et principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent le respect de la vie privée et la liberté d'entreprendre, respectivement protégées par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».

¹⁵⁵⁹ Noëlle Lenoir, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », in Sous la direction de Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *L'intérêt général, norme constitutionnelle ?*, Actes du colloque du vendredi 6 octobre 2006, Conseil constitutionnel (2006), Paris, [en ligne], http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/lenoir.pdf

¹⁵⁶⁰ Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, J.O. du 1^{er} décembre 2001, p. 19112, cons. 25 à 28

¹⁵⁶¹ Décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, J.O. du 10 juillet 2004, cons. 16 à 20.

¹⁵⁶² Décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005, Loi de sauvegarde des entreprises, déc. préc., cons. 9 à 12.

garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789. L'intérêt général n'est donc pas toujours compatible avec les droits et libertés fondamentaux de l'individu comme l'illustre la décision du 16 août 2007 *Service minimum* dans laquelle le juge constitutionnel réaffirme que « *la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte*¹⁵⁶³ ».

C'est en tant que motif des lois de validations que l'intérêt général illustre avec éclat sa nature conflictuelle avec les autres droits et libertés fondamentaux. En effet sa réalisation peut amener le législateur à restreindre non seulement l'exercice des droits fondamentaux de l'individu mais également la portée du principe fondamental de la séparation des pouvoirs, fondement de la garantie des droits¹⁵⁶⁴. Or il incombe à la fois à l'Etat de droit de respecter les droits et libertés de l'homme et de réaliser l'intérêt général. De ces objectifs contradictoires assignés à l'Etat découle un risque permanent de conflit. Significative à cet égard est la remarque de l'avocat général près la Cour de cassation Jerry Sainte Rose lorsqu'il écrit que « *le développement de l'Etat de droit va de pair avec la possibilité de mettre en balance l'intérêt général (collectif) et les droits fondamentaux (individuels). Cette tension est bien mise en évidence avec la question des validations législatives*¹⁵⁶⁵ ». L'auteur s'interroge alors : « *doit-on faire prévaloir des considérations d'intérêt général sur les droits individuels ou doit-on au contraire estimer que la préservation des droits fondamentaux impose de ne déroger à un droit fondamental qu'en cas de trouble impossible à contenir autrement que par une loi de validation*¹⁵⁶⁶ ? ». Se cache derrière ces lignes la question de la conciliation et de la recherche d'équilibre entre la réalisation de l'intérêt général et la garantie des droits et libertés individuels.

Face à ce type de conflit vertical, le principe de proportionnalité apparaît comme un instrument particulièrement apte à assurer l'équilibre entre l'intérêt général et les intérêts individuels. Cette vocation à la recherche de l'équilibre de la proportionnalité s'attache également à la conciliation opérée par le législateur au moyen de la norme d'exception entre

¹⁵⁶³ Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, Loi sur le dialogue social, déc. préc. ; voir égal. Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 grève du service public de la radio..., déc. préc.

¹⁵⁶⁴ Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, déc. préc.,

¹⁵⁶⁵ Jerry Sainte Rose, « L'intérêt général et le juge », in Sous la direction de Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, ?, *Actes du colloque du vendredi 6 octobre 2006, Conseil constitutionnel (2006)*, Paris, [en ligne], http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/saintrrose.pdf ; voir égal. Bertrand Mathieu, *Les validations législatives : pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, op. cit.

¹⁵⁶⁶ Jerry Sainte Rose, « L'intérêt général et le juge », art. cit.

deux intérêts purement privés mais contradictoires que nous appelons « conflits horizontaux ».

2. *Le conflit horizontal des droits et libertés fondamentaux*

Si le conflit vertical se focalise sur la confrontation des droits et libertés individuels aux buts et actions de l'Etat, le conflit horizontal met en exergue l'affrontement d'un ou des droits d'un individu à ceux d'un autre ou d'un groupe d'individus. En d'autres termes dans le premier, les limitations des droits et libertés fondamentaux sont justifiées par les intérêts collectifs alors que dans le second, c'est la protection des droits d'autrui (intérêts individuels) qui justifie leurs limitations.

L'affrontement entre la liberté d'entreprendre et le droit pour chacun d'obtenir un emploi constitue une illustration topique du conflit horizontal. Notons au passage que la liberté d'entreprendre et le droit à un emploi ont tous les deux la valeur constitutionnelle¹⁵⁶⁷. Appelé à trancher le conflit, le législateur ne peut donner la prévalence absolue à aucun des droits et libertés en cause. La limitation imposée de manière réciproque à l'un et à l'autre apparaît comme la seule méthode de conciliation. Ainsi que l'a indiqué le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 janvier 2005 *Cohésion sociale* : « *il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution [...] d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties*¹⁵⁶⁸ ». Cette conciliation permet alors au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre les limitations nécessaires à la garantie du droit de chacun d'obtenir un emploi. Le conflit entre la liberté d'entreprendre et le droit d'obtenir un emploi traduit donc l'affrontement des droits individuels contradictoires. En licenciant les salariés le chef d'entreprise fait valoir sa liberté d'entreprendre alors que les salariés invoquent le droit d'obtenir un emploi afin de s'opposer au licenciement.

Le conflit horizontal peut avoir lieu en présence d'une collision entre le droit de chacun à un logement décent et le droit de propriété comme l'illustre la décision du 29 juillet

¹⁵⁶⁷ La liberté d'entreprendre est garantie par l'article 4 de la Déclaration des droits de 1789 tandis que le droit à obtenir un emploi trouve son fondement dans l'alinéa 5 du Préambule de 1946. Ces deux normes ont la valeur constitutionnelle, voir Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2001, Loi de modernisation sociale, déc. préc., cons. 45 et 46.

¹⁵⁶⁸ Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, Loi de programmation pour la cohésion sociale, J.O. du 19 janvier 2005, p. 896, cons. 21 à 28.

1998 *Lutte contre les exclusions*. Le Conseil constitutionnel y affirme en substance qu'« *il est loisible au législateur d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaire à la mise en œuvre de l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* »¹⁵⁶⁹. Ainsi la résolution du conflit ne peut ici résider que dans la limitation imposée de manière réciproque à l'un et à l'autre des droits en cause. Le législateur ne peut en effet donner la primauté absolue à aucun d'entre eux car une telle solution aboutirait à les hiérarchiser. Comme nous l'avons précédemment souligné, les critères *lex superior* ou *lex posterior* ne permettent pas de résoudre le conflit par la conciliation mais conduisent en réalité à invalider l'un des droits en conflit.

La liberté d'expression reste sans doute le terrain de prédilection des conflits horizontaux. En effet son exercice par les uns peut entrer en collision avec le droit au respect de la vie privée des autres garanti au titre de l'article 9 du Code civil qui énonce que « chacun a le droit au respect de sa vie privée ». De même, le droit d'un individu au respect de la présomption d'innocence garanti par l'article 9-1 du même code¹⁵⁷⁰ justifie d'une part les limitations de la liberté d'expression des journalistes et celle du droit du public à l'information d'autre part. A titre d'illustration, il convient de citer l'arrêt rendu le 25 octobre 2005 par la Cour de cassation qui déclare que la poursuite d'un journaliste pour violation du secret de l'instruction n'est pas contraire à l'article 10 de la Convention européenne parce qu'elle tend à assurer la protection de la présomption d'innocence consacrée par l'article 6 de cette même Convention¹⁵⁷¹. La nature horizontale du conflit est ainsi mise en exergue lorsque la Cour de cassation souligne que « *les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression revêtent, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et l'article 9 du Code civil une identique valeur normative. Par conséquent, leur collision fait devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* »¹⁵⁷². Enfin, selon les articles 29 à 33 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, la protection de la réputation, de l'honneur d'un individu peut

¹⁵⁶⁹ Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, J.O. du 31 juillet 1998, p. 11710, cons. 7

¹⁵⁷⁰ L'article 9-1 du Code civil est ainsi rédigé : « Chacun a le droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toute mesure, telle que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte. »

¹⁵⁷¹ Cass. crim., 25 octobre 2005 Eric X, Bull., crim., 2005, n° 268, p. 933.

¹⁵⁷² Cass. crim., 25 octobre 2005 Eric X, arrêt préc.

s'opposer à l'exercice de la liberté d'expression des autres lorsque celui-ci constitue des allégations ou imputations d'un fait portant atteinte à l'honneur de la personne¹⁵⁷³.

La résolution de tous ces conflits qu'ils soient horizontaux ou verticaux ne peut se faire qu'au moyen de la conciliation c'est-à-dire la limitation faite de manière réciproque à l'un et à l'autre des droits antagonistes. Toutefois la limitation ne doit pas être excessive au point d'aboutir à la violation des droits ou à leur conciliation déséquilibrée, elle est alors soumise à la proportionnalité. Celle-ci s'érige donc en condition de la licéité de toute limitation-conciliation.

En somme, sans pouvoir se débarrasser de l'exception, l'idéologie libérale recourt à la proportionnalité et l'érige en une limite à cette notion. La proportionnalité est présentée comme un instrument normatif ayant pour vocation de préserver des droits et libertés fondamentaux de la réglementation ou de la limitation excessive. En permettant de prévenir les excès et abus qu'aurait pu commettre le législateur lorsqu'il détermine les exceptions à l'exercice des droits et libertés individuels, la proportionnalité s'inscrit dès lors dans la conception matérielle de l'Etat de droit soucieuse de limiter la puissance du pouvoir politique.

Véhiculant l'idée d'équilibre, la proportionnalité s'applique particulièrement à la norme législative d'exception lorsqu'elle est appelée à concilier les droits et libertés constitutionnels en conflits. Erigée en norme constitutionnelle, la proportionnalité produit dès lors son incidence sur l'exception. Afin d'explicitier cette incidence, une explication du contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel à l'égard de la norme d'exception paraît utile.

Section 2. Du principe au contrôle juridictionnel de la proportionnalité de l'exception

L'exposé des fondements de la proportionnalité ainsi que l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière nous amènent au constat suivant : le principe de proportionnalité renferme l'idée de norme de référence au regard de laquelle la disposition législative sera appréciée. Il s'insère dans la thématique du contrôle de constitutionnalité des lois et s'érige, plus précisément, en norme de constitutionnalité à part entière. Dès lors son

¹⁵⁷³ L'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse, préc.

effectivité dépend d'une part du contrôle de son respect et d'autre part de la sanction que le juge constitutionnel attache à sa violation. Par ailleurs, il ne désigne pas une égalité mathématique de deux rapports mais se manifeste comme un impératif constitutionnel *d'équilibre global* que doit respecter le législateur lorsqu'il est appelé à concilier les droits et libertés en conflit. En conséquence, le contrôle de proportionnalité a non seulement pour but de censurer toute exception excessive ou injustifiée mais également de contraindre le législateur à adopter la conciliation équilibrée des droits conflictuels.

Une précision s'impose à ce stade de notre étude. Il ne s'agit pas ici d'étudier toutes les techniques et évolutions du contrôle de proportionnalité¹⁵⁷⁴, ni toutes les exceptions auxquelles s'applique ce contrôle. Une telle étude, en raison de son ampleur dépasse largement l'objet de notre thèse puisque la majeure partie du travail législatif consiste aujourd'hui à concilier les droits et libertés fondamentaux en conflit. Eu égard à notre démonstration, l'analyse se limite à certaines jurisprudences constitutionnelles les plus significatives de l'application du principe de proportionnalité à l'exception. Plus précisément elle décrit la manière dont le juge constitutionnel contrôle le contenu et l'étendue de l'exception afin de s'assurer de la conformité de cette dernière à la proportionnalité et partant, à la Constitution.

C'est en tant que norme constitutionnelle d'équilibre que la proportionnalité s'impose à l'exception, outil de conciliation des droits et libertés fondamentaux contradictoires. Cette dernière ne devient une conciliation conforme à la Constitution qu'après avoir satisfait au test de proportionnalité. Ainsi, la constitutionnalité d'une exception dépend d'une part de la norme d'habilitation (le constituant permet au législateur de limiter l'exercice des droits) et d'autre part de sa conformité au principe de proportionnalité (norme de fond). Il convient à présent d'expliquer d'une part l'application du contrôle de proportionnalité à la norme d'exception (§1) et d'autre part l'étendue de ce contrôle (§2).

¹⁵⁷⁴ Elles ont été l'objet de nombreuses thèses et études. Voir spéc. Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit. ; Georges Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, op. cit. ; Petr Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit.

§1. La confrontation de l'exception au contrôle juridictionnel de proportionnalité

A titre de rappel, il faut préciser que la notion d'exception est définie comme « *la norme de limitation* », elle limite l'étendue de la validité ou l'application stricte d'une norme de droit afin de la préserver d'un éventuel conflit avec une autre norme ou un principe. En ce sens, elle contribue à la résolution des normes antinomiques. Véhiculant le concept relatif de la règle juridique, elle s'avère particulièrement efficace pour concilier tantôt les normes et principes tantôt les droits et libertés fondamentaux contradictoires. Plus précisément l'exception est l'outil de conciliation.

C'est parce qu'elle s'applique à un domaine particulièrement sensible qui est le conflit des droits et libertés fondamentaux¹⁵⁷⁵, que la norme d'exception doit s'accompagner d'une caractérisation qualitative. En d'autres termes, elle ne devrait plus apparaître comme une simple norme de limitation de l'exercice des droits fondamentaux, même si elle est justifiée par la protection des droits d'autrui ou par la réalisation de l'intérêt général. Pour faire reconnaître sa juridicité et sa légitimité, la norme d'exception doit de surcroît se manifester comme une *limitation de qualité* c'est-à-dire une *limitation modérée et adéquate* conforme à la doctrine libérale et donc favorable aux droits et libertés garantis par la Constitution. A cette fin, elle ne peut être ni excessive, ni déséquilibrée, elle doit dès lors être encadrée par le principe de proportionnalité, conçu par les libéraux comme principe de modération et d'équilibre.

Cet encadrement est aujourd'hui assuré par le Conseil constitutionnel au moyen du contrôle de proportionnalité. Celui-ci porte d'une part sur l'objectif poursuivi par l'exception (**A**) et d'autre part sur l'adéquation entre le premier et la seconde (**B**). Ce double examen permet de déterminer le caractère proportionné ou excessif de la disposition législative d'exception.

A. Le contrôle de l'objectif visé par l'exception, étape nécessaire du contrôle de proportionnalité

Les constituants ont consacré la notion d'exception afin d'assurer à autrui l'égalité de jouissance des droits et libertés fondamentaux ou de garantir l'intérêt général et l'ordre

¹⁵⁷⁵ Bien que la notion d'exception apparaisse dans beaucoup d'autres domaines, priorité sera faite ici aux droits et libertés fondamentaux. C'est dans ce domaine qu'elle suscite le plus d'intérêts.

public¹⁵⁷⁶. C'est dire que l'exception doit être limitée à ces deux objectifs et que le législateur ne peut limiter l'exercice des droits fondamentaux pour des objectifs autres que ceux-ci. Clairs dans l'énoncé, les objectifs prévus n'en demeurent pas moins imprécis quant à leur contenu ainsi que l'illustre l'indéfinissable intérêt général. De surcroît, les objectifs assignés au législateur sont multiples, contingents et silencieux sur les manières et moyens de leur réalisation. En d'autres termes, s'ils prévoient parfois l'exception comme moyen de leur réalisation, les objectifs ne déterminent ni l'étendue ni l'intensité de cette dernière. En conséquence, rien n'oblige le législateur à un rapport de proportionnalité entre sa mesure de limitation (moyen) et l'objectif poursuivi (but).

Nonobstant l'imprécision du texte constitutionnel, le Conseil constitutionnel élabore progressivement les techniques lui permettant de contrôler la proportionnalité entre la mesure législative et le but visé¹⁵⁷⁷. A cette fin, le Conseil ne limite pas son contrôle au simple constat de l'objectif. En d'autres termes, il ne s'agit pas seulement de savoir si l'exception est réellement motivée ou justifiée par un but poursuivi. Poussant plus loin son contrôle, le juge s'interroge sur le point de savoir si la limitation des droits fondamentaux a été justifiée par l'objectif de valeur constitutionnelle. Il contrôle alors la constitutionnalité de l'objectif poursuivi par l'exception (1). Ce contrôle permet dans un premier temps d'identifier l'existence d'un conflit des droits et principes constitutionnels. Il met en exergue dans un second temps l'idée selon laquelle les droits et libertés fondamentaux de l'individu ne peuvent être limités que par les objectifs de valeur constitutionnelle dont les significations méritent d'être ensuite explicitées (2).

1. Le contrôle de la constitutionnalité de l'objectif

Il faut au préalable distinguer l'objectif (ou encore le but, la finalité) de la norme d'exception de ses motifs. Ceux-ci relèvent des faits extérieurs et préexistants à l'édiction de la norme (par exemple, le licenciement massif des salariés). L'objectif, lui, est subséquent à

¹⁵⁷⁶ L'article 4 de la Déclaration des droits de 1789 énonce en effet que l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. L'article 5 de cette même Déclaration fonde l'exception et ses limites sur l'objectif de protection de l'ordre public en ces termes : « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société ».

¹⁵⁷⁷ Bruno Genevois, « L'enrichissement des techniques de contrôle », in *Actes du Colloque du cinquantième anniversaire du Conseil constitutionnel du 3 novembre 2008*, [en ligne], www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Colloques/genevois_031108.pdf

ce motif (faire baisser le taux de chômage et assurer le droit de chacun d'obtenir un emploi). Ainsi l'exception faite à la liberté d'entreprendre (limiter la liberté de licencier du chef d'entreprise) a pour motif le licenciement massif et pour objectif de faire baisser le taux des chômeurs et garantir le droit de chacun d'obtenir un emploi.

Cette distinction a auparavant été développée sous la plume de Roger Bonnard. Selon l'auteur, trois éléments de l'acte sont révélateurs de l'exercice du pouvoir discrétionnaire : les *motifs*, l'*objet* et le *but* de l'acte de l'administration. Les motifs sont les antécédents de l'acte c'est-à-dire les éléments matériels et juridiques qui le conditionnent. L'objet est le résultat de la décision prise en considération des motifs. Le but est le résultat de la décision prise en considération des motifs¹⁵⁷⁸. Transposés dans le contentieux de la constitutionnalité des lois, les motifs correspondent aux choix politiques ou techniques conduisant le législateur à voter un texte de loi, l'objet est le contenu matériel du texte de loi (interdiction, permission, etc.), l'objectif est le résultat que se propose d'atteindre l'objet de la loi¹⁵⁷⁹.

A la différence du contrôle de légalité portant aussi bien sur le motif que l'objectif d'un acte administratif exercé par le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel ne contrôle guère les motifs de la loi. Ceux-ci constituent en réalité le domaine du pouvoir discrétionnaire du législateur. Ainsi pour marquer les limites de son contrôle, le juge constitutionnel affirme de manière constante que *l'article 61 de la Constitution ne lui confère pas un pouvoir d'appréciation identique à celui du parlement mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen*¹⁵⁸⁰. S'il apporte parfois quelques inflexions à cette jurisprudence ainsi que l'illustre le contrôle du caractère nécessaire de la loi relative à la rétention de sûreté¹⁵⁸¹, le Conseil se garde d'en exercer un contrôle systématique de proportionnalité afin de respecter la liberté d'appréciation et de choix du Parlement. En revanche, l'objectif et le moyen énoncés dans la loi constituent le domaine de prédilection de ce contrôle.

¹⁵⁷⁸ Roger Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », R.D.P., 1923/40, p. 363 et s.

¹⁵⁷⁹ Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, P.U.F., coll. Thémis Droit, 2011, 3e éd., p. 275. L'auteur note que le juge constitutionnel s'inspire des techniques du contentieux administratif lorsqu'il est appelé à contrôler le pouvoir discrétionnaire du législateur.

¹⁵⁸⁰ Cette auto-limitation de compétence a été déclarée la première fois par le juge constitutionnel dans la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, J.O. du 16 janvier 1975, p. 671, cons 1. Elle est considérée par le juge comme une jurisprudence constante. Voir égal. Décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, J.O. du 21 août 2008, p. 13079, cons. 5

¹⁵⁸¹ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté..., déc. préc.

Ainsi, appelé à apprécier la constitutionnalité d'une loi limitant le droit de grève, le juge constitutionnel ne se contente pas de constater la réserve de compétence du législateur énoncée par l'alinéa 7 du préambule de 1946 en matière de réglementation du droit constitutionnel de grève¹⁵⁸², il recherche également si la réglementation a été justifiée par un objectif de même valeur. Significative à cet égard est la décision du 16 août 2007 *Service minimum*¹⁵⁸³. Afin de répondre à l'argument des requérants selon lequel la loi instaurant des dessertes prioritaires (service minimum) porte une *atteinte disproportionnée* au droit de grève afin de satisfaire *une multitude de droits, de principes ou d'objectifs n'ayant au demeurant pas tous valeur constitutionnelle*, le Conseil a qualifié *la sauvegarde de l'intérêt général et la continuité du service public de principes de valeur constitutionnelle*. L'exception faite par la loi au droit constitutionnel de grève est donc justifiée par la poursuite d'objectifs constitutionnels. Elle ne vise en effet qu'à préserver les deux autres principes d'égal statut juridique des atteintes dues à l'exercice du droit de grève. En ce sens, la norme de limitation s'inscrit tantôt dans la résolution d'un conflit de normes antinomiques tantôt dans la conciliation des droits et principes contradictoires de valeur juridique égale.

Ce raisonnement s'applique particulièrement à des exceptions faites à la liberté d'aller et de venir et à la liberté individuelle. Ainsi dans la décision du 20 janvier 1981 *Sécurité et liberté*, le juge constitutionnel examine de manière rigoureuse les objectifs visés par le contrôle d'identité institué par la loi déférée. Il s'agit en effet de savoir si la vérification d'identité considérée par les requérants comme une atteinte à la liberté d'aller et de venir et à la liberté individuelle est justifiée par l'objectif de rechercher des auteurs d'infraction et de prévenir l'atteinte à l'ordre public, à la sécurité des personnes et des biens. Plus précisément, il s'agit de savoir si cet objectif a le statut constitutionnel au même titre que la liberté. Ce qui signifie qu'une réponse positive confirme l'existence des normes antinomiques, et par conséquent, la nécessité de les concilier. En considérant que la recherche d'auteur d'infraction et la prévention d'atteinte à l'ordre public sont nécessaires d'une part à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle et d'autre part à la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant aussi valeur constitutionnelle¹⁵⁸⁴, le Conseil leur a en réalité conféré la

¹⁵⁸² L'alinéa 7 du préambule de 1946 prévoit la réserve de compétence du législateur en ces termes : « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent ».

¹⁵⁸³ Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, Loi sur le dialogue social..., déc. préc., cons. 10 et 20.

¹⁵⁸⁴ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité..., déc., préc., cons. 56 et 58.

qualité d'objectif de valeur constitutionnelle¹⁵⁸⁵. Ainsi le contrôle d'identité est certes une exception faite à la liberté de l'individu mais il n'est pas pour autant contraire à la Constitution parce qu'il poursuit l'objectif constitutionnel de recherche d'auteurs d'infraction et de prévention d'atteinte à l'ordre public. L'exercice des droits et libertés de l'individu doit donc se concilier avec la poursuite des objectifs constitutionnels.

Le contrôle de la constitutionnalité de l'objectif poursuivi par l'exception a été réaffirmé par décision du 13 mars 2003 *Sécurité intérieure*. Selon les requérants, en autorisant la police administrative à faire des visites de véhicules, le législateur a méconnu la compétence du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle. Le Conseil constitutionnel rejette cet argument en déclarant que les visites de véhicules réalisées dans le cadre de la police administrative satisfont aux exigences constitutionnelles. En effet, « *les mesures de police administrative susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties doivent être justifiées par la sauvegarde de l'ordre public*¹⁵⁸⁶ ». Notons que cette dernière est devenue un objectif de valeur constitutionnelle depuis la décision du 27 juillet 1982 *Communication audiovisuelle*¹⁵⁸⁷. Le Conseil réaffirme dans la décision du 25 janvier 1985 *état d'urgence en Nouvelle-Calédonie* que sans l'objectif de sauvegarder l'ordre public, les droits et libertés ne sauraient être assurés¹⁵⁸⁸.

L'objectif permettant au législateur de limiter les droits fondamentaux peut parfois être multiple et composé à la fois d'objectifs de valeur constitutionnelle et des droits et libertés fondamentaux. A titre d'exemple, le Conseil a estimé dans sa décision du 7 octobre 2010 *Voile intégral* que l'interdiction de dissimuler le visage dans l'espace public constitue certes une exception à la liberté individuelle garantie par l'article 4 de la Déclaration mais qu'elle est nécessaire à la *sauvegarde de l'ordre public*, à la *garantie des exigences minimales*

¹⁵⁸⁵ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, déc. préc., cons 4. Voir égal. Pierre de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, préface de Michel Verpeaux, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006.

¹⁵⁸⁶ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, déc. préc., cons. 9.

¹⁵⁸⁷ Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle, déc. préc., cons. 5. Selon le juge constitutionnel, « il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme avec d'une part, les contraintes techniques inhérents aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, avec les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte ».

¹⁵⁸⁸ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, déc. préc., cons 3. Le Conseil constitutionnel considère qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des droits et libertés ne saurait être assuré.

de la vie en société et à la protection des principes constitutionnels de liberté et d'égalité¹⁵⁸⁹. Ayant la valeur constitutionnelle, ce triple objectif est donc une puissante justification de l'exception faite à la liberté individuelle et signifie que leur réalisation doit être conciliée avec les autres droits et libertés fondamentaux.

Les exemples du contrôle de la constitutionnalité de l'objectif poursuivi par la loi peuvent être multipliés à loisir. Cependant, il ne va pas de l'intérêt de l'étude de les énumérer de manière exhaustive. Il paraît plus judicieux de cerner les contours de la notion d'objectif de valeur constitutionnelle afin de comprendre en quoi elle constitue un motif puissant de la limitation des droits et libertés fondamentaux de l'individu.

2. Les contours de la notion d'objectif de valeur constitutionnelle

Il n'existe en l'état actuel du droit positif aucune définition conceptuelle des objectifs de valeur constitutionnelle. Ceux-ci constituent selon le professeur Molfessis « *une contrainte de nature téléologique* » pour le législateur, « *une catégorie purement fonctionnelle* » ou encore « *l'intérêt général en situation* » et « *expriment la poursuite d'un intérêt général constitutionnellement protégé*¹⁵⁹⁰ ». Les objectifs de valeur constitutionnelle peuvent aussi être qualifiés d'exigences tirées de la combinaison des normes du bloc de constitutionnalité que le Conseil constitutionnel impose au législateur de façon à le guider dans l'énoncé d'une législation parfaitement conforme à la Constitution. Ils formulent selon les termes de Monsieur Guillaume Drago « *les devoirs constitutionnels* » du législateur et permettent au juge constitutionnel d'exercer un contrôle plus adapté de chaque législation, en menant à son terme la logique de conciliation de normes par création d'une norme nouvelle. D'après le professeur, il existe en l'état actuel du droit constitutionnel une dizaine d'objectifs de valeur constitutionnelle¹⁵⁹¹ dont la réalisation fait l'objet d'une conciliation permanente avec

¹⁵⁸⁹ Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 Loi interdisant la dissimulation du visage..., déc. préc., cons. 4 et 5.

¹⁵⁹⁰ Nicolas Molfessis, Justice, n° 3, 1996, spéc. p. 330 cité par Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 277 et p. 281.

¹⁵⁹¹ Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 277 et s. L'auteur dresse à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel une liste comportant dix objectifs de valeur constitutionnelle suivants : 1°) Accessibilité et intelligibilité de la loi DC n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 Avenir de l'école ; 2°) Bonne administration de la justice DC n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ; 3°) Bon usage des deniers publics DC n° 2009-575 DC du 12 février 2009 Loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés ; 4°) Egal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives DC n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide

l'exercice des droits individuels. Le professeur Mathieu souligne pour sa part que l'objectif à valeur constitutionnelle n'exprime pas un droit à proprement parler, mais un but, une finalité que le législateur doit poursuivre et au regard duquel le juge constitutionnel apprécie l'effectivité de sa loi et donc sa constitutionnalité¹⁵⁹². Etudiant le rapport entre les objectifs de valeur constitutionnelle et les droits fondamentaux de l'individu, le professeur de Montalivet note que « *ces objectifs de valeur constitutionnelle constituent des normes constitutionnelles téléologiques garantissant l'effectivité des droits et libertés constitutionnels*¹⁵⁹³ ».

Au vu de ces définitions et analyses, la notion d'objectif de valeur constitutionnelle peut, à notre sens, être qualifiée de justification de limitation permettant la conciliation des droits et principes constitutionnels aux contenus contradictoires. Elle apparaît selon les termes de Monsieur Genevois comme un corollaire nécessaire à la mise en œuvre d'un droit constitutionnel reconnu. Au titre de la recherche d'une plus grande effectivité des droits fondamentaux, c'est en fait une habilitation qui est donnée au législateur pour leur apporter certaines limitations afin de les concilier entre eux¹⁵⁹⁴. S'associant à cette idée, le professeur Faure explique que « *les objectifs de valeur constitutionnelle se ramènent donc à un procédé juridique posant en termes d'exigence de rang constitutionnel une éthique sociale limitative des libertés individuelles sous le contrôle directif du Conseil constitutionnel*¹⁵⁹⁵ ». Ainsi la collision entre les objectifs de valeurs constitutionnelle et les droits fondamentaux d'égale valeur ne se résout que par la conciliation, entendue comme la limitation faite de manière réciproque à l'un et à l'autre des droits et objectifs en conflit.

Le contrôle de l'objectif et de son statut constitutionnel vise à établir l'existence d'un conflit de normes d'égal statut juridique dont la résolution consiste en une limitation réciproque. Il constitue notamment une étape indispensable à la détermination du rapport de

publique aux partis politiques ; 5°) Equilibre financier de la sécurité sociale DC n° 2010-620 DC du 16 décembre 2010 Loi de financement de la sécurité sociale pour 2011 ; 6°) Lutte contre la fraude fiscale QPC n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010 Monsieur Philippe E, Organismes de gestion agréés ; 7°) Possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, DC n° 94-359 DC du 19 janvier 1995 Loi relative à la diversité de l'habitat ; 8°) Pluralisme, DC n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 Loi sur la communication audiovisuelle ; 9°) Recherche des auteurs d'infraction, DC 2004-492 DC du 2 mars 2004 Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; 10°) Sauvegarde de l'ordre public, DC n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle.

¹⁵⁹² Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 541.

¹⁵⁹³ Pierre de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p. 20 et p. 568.

¹⁵⁹⁴ Bruno Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, Paris, Editions S.T.H., 1988, p.

¹⁵⁹⁵ Bertrand Faure, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », R.F.D.C., 1995, n° 21, p. 47-77.

proportionnalité entre la limitation et l'objectif visé. Etant définie comme le *rapport d'équilibre*, la proportionnalité implique pour l'établissement de son existence la présence de deux éléments : *but/objectif et moyen*. Ainsi l'objectif est la prémisse majeure au regard de laquelle sera appréciée la proportionnalité ou l'adéquation du moyen employé par le législateur. C'est ce contrôle de l'adéquation exercé par le Conseil constitutionnel qu'il faut à présent développer.

B. Le contrôle de l'adéquation entre l'exception (moyen) et le but poursuivi

A titre de rappel, il faut préciser que le contrôle de proportionnalité a été conçu pour modérer le pouvoir de réglementation et contraindre le législateur à opérer la conciliation équilibrée des droits en conflit. La conciliation équilibrée implique le lien d'adéquation entre le moyen et le but visé. En effet, l'adéquation désigne le « *rapport de convenance parfaite : l'équivalence*¹⁵⁹⁶ ». Un moyen adéquat est dès lors exactement proportionné à son objet, ajusté ou adapté à son but. Plus précisément, le moyen adéquat « *rend compte de son objet de manière exhaustive*¹⁵⁹⁷ » et évoque ainsi l'idée de moyen parfaitement adapté et approprié à atteindre son objectif. Le contrôle de l'adéquation entre le moyen et le but consiste en ce sens à établir le rapport de proportionnalité entre le premier et le second. Dès lors l'adéquation est dans ce cadre, synonyme de proportionnalité.

Comme nous l'avons précédemment expliqué, la poursuite des objectifs d'intérêt général justifie la limitation de l'exercice des droits et libertés fondamentaux. Ainsi l'exception est le moyen utilisé par le législateur pour réaliser l'intérêt général ou concilier les droits opposés. Sa soumission au contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel signifie que sa constitutionnalité dépend de son caractère adéquat, adapté ou proportionné au but recherché.

Soucieux de préserver les droits fondamentaux de limitations excessives, le Conseil constitutionnel vérifie en effet qu'il existe une adéquation entre l'exception (utilisée comme moyen) faite à l'exercice d'un droit fondamental et la poursuite d'un objectif constitutionnel (but). Ainsi dans sa décision du 15 décembre 2005 *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, le juge constitutionnel a réaffirmé que le droit de mener une vie familiale normale se concilie avec la sauvegarde de l'ordre public et qu'il appartient au législateur d'assurer cette conciliation. La procédure de regroupement familial prévue par la loi ne peut selon le

¹⁵⁹⁶ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Le nouveau Petit Robert*, op. cit., voir « Adéquation ».

¹⁵⁹⁷ Ibid.

juge être considérée comme portant atteinte au droit de mener une vie familiale normale dès lors qu'elle fixe à cet égard des *règles adéquates et proportionnées*¹⁵⁹⁸. Un raisonnement a contrario signifie que sans les règles *adéquates*, cette procédure porterait une atteinte excessive au droit de mener une vie familiale normale et serait donc contraire à la Constitution. Ainsi le contrôle de l'adéquation a pour fonction de censurer toute limitation excessive ou disproportionnée par rapport à un but recherché.

Le contrôle de l'adéquation permet par ailleurs au Conseil constitutionnel de vérifier que la limitation en tant que moyen utilisé par le législateur est susceptible de permettre la réalisation de l'objectif prévu¹⁵⁹⁹. A titre d'illustration, il convient de citer ici la décision du 10 juin 1998 *Réduction du temps de travail* dans laquelle les requérants invitent le Conseil à examiner l'adéquation entre la limitation de la liberté d'entreprendre (moyen) et l'objectif de réduction du chômage (but). Dénonçant le caractère hypothétique de la réalisation de l'objectif recherché, ces requérant considèrent que « *la loi contraignant les employeurs à avoir recours, pour la même production, à un nombre supérieur de salariés, porte à la liberté d'entreprendre une atteinte injustifiée par l'objectif de réduction du chômage que s'assigne le législateur, l'objectif dont la réalisation n'est au demeurant nullement garantie*¹⁶⁰⁰ ». Ils contestent non seulement l'aptitude du moyen (limitation) mais également son efficacité à réaliser le but. Rejetant ces arguments, le juge constitutionnel considère dans un premier temps que la mesure législative de réduction du temps de travail s'inscrit dans l'optique de garantir le droit de chacun d'obtenir un emploi¹⁶⁰¹. Elle poursuit donc bien un objectif constitutionnel. Il indique dans un second temps les limites de son contrôle en déclarant qu'« *il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas*

¹⁵⁹⁸ Décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, J.O. du 20 décembre 2005, p. 19561, cons.16.

¹⁵⁹⁹ Valérie Goesel-Le Bihan, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité, Rapport français », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 2009 : Le juge constitutionnel et la proportionnalité - Juge constitutionnel et droit pénal*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2009, p. 191-212.

¹⁶⁰⁰ Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, J.O. du 14 juin 1998, p. 9033, cons. 24.

¹⁶⁰¹ Ibid., cons. 26. « Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la déclaration de 1789, les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ; qu'il revient par ailleurs au législateur de fixer les principes fondamentaux du droit du travail, et notamment de poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés [...] »

*manifestement inappropriées à l'objectif recherché*¹⁶⁰² ». En d'autres termes, le juge constitutionnel ne cherche pas à savoir si ce moyen déterminé par le législateur est efficace mais s'il est adéquat et en rapport direct avec but recherché.

Via ce contrôle de l'adéquation, le juge constitutionnel examine que l'exception faite à un principe constitutionnel constitue réellement un moyen approprié et nécessaire à la mise en œuvre d'un objectif. Ce qui signifie que les moyens inutiles ou insuffisamment en relation avec les objectifs énoncés seront censurés. Significative à cet égard est la décision du 29 décembre 2009 *Loi de finances pour 2010* dite « *Taxe carbone* »¹⁶⁰³ dans laquelle le Conseil censure une disposition législative limitant le principe d'égalité au motif qu'elle est en contradiction avec l'objectif poursuivi et que par conséquent l'exonération de taxe qu'elle établit en faveur de certaines catégories de contribuables constitue une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques.

Les éléments de fait et de droit discutés dans cette décision méritent d'être explicités afin de mieux illustrer le contrôle de l'adéquation exercé par le Conseil constitutionnel. S'assignant l'objectif de lutter contre le réchauffement de la planète, le législateur institue une taxe visant à inciter les redevables à réduire la consommation des énergies trop polluantes. Toutefois, il exonère de cette taxe une grande partie des redevables industriels. Appelé à vérifier la constitutionnalité de cette taxe et de ses modalités d'exonération, le juge a d'abord affirmé qu'il appartient au législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution de fixer les règles d'impôt selon lesquelles sont assujettis les contribuables. Il déclare ensuite que le principe d'égalité devant l'impôt ne s'oppose pas à ce que le législateur établisse des impositions spécifiques et différentes à condition que celles-ci soient justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis. Il confronte enfin les modalités d'exonération et d'application de la taxe à l'objectif annoncé afin d'en déterminer le rapport d'adéquation : « *considérant que [...] l'objectif de la taxe carbone est de « mettre en place des instruments permettant de réduire les émissions » de gaz à effet de serre afin de lutter contre le réchauffement de la planète ; que pour atteindre cet objectif, il a été retenu l'option « d'instituer une taxe additionnelle sur la consommation des énergies fossiles » afin que les entreprises, les ménages et les administrations soient incités à réduire leurs émissions ; que*

¹⁶⁰² Ibid., cons. 27.

¹⁶⁰³ Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010* (dite aussi *Taxe Carbone*), J.O. du 31 décembre 2009, p. 22995, cons. 81 et 82.

*c'est en fonction de l'adéquation des dispositions critiquées à cet objectif qu'il convient d'examiner la constitutionnalité de ces dispositions*¹⁶⁰⁴ ».

Or de cette confrontation, il résulte une inadéquation entre le moyen et le but. En effet le juge constate que les secteurs industriels les plus polluants sont exonérés de cette taxe, celle-ci ne concerne en réalité qu'une très faible catégorie de redevables les moins polluants. Il conclut donc que les modalités d'application de la taxe (moyen) sont contraires et inadaptées à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et créent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques¹⁶⁰⁵. Ainsi l'exception faite au principe d'égalité n'est pas conforme à la Constitution parce qu'elle ne constitue pas un moyen proportionné à l'objectif poursuivi. En d'autres termes, étant insuffisante, elle ne permet pas au législateur d'atteindre son but d'intérêt général (réduction du réchauffement de la planète). Ce qui signifie également que le principe d'égalité a subi une limitation injustifiée.

Afin d'assurer un équilibre entre les droits fondamentaux et l'objectif d'intérêt général, le juge constitutionnel applique désormais ce contrôle de l'adéquation à toutes les exceptions qu'apporte le législateur à l'exercice des droits et libertés garantis par la Constitution¹⁶⁰⁶. Selon le professeur Goesel-Le Bihan, le contrôle de l'adéquation du moyen par rapport à l'objectif permet au juge d'examiner implicitement si le législateur a commis ou non un détournement de pouvoir. En effet, l'inadéquation d'une exception (moyen) peut révéler la poursuite d'un objectif différent de celui qui a été invoqué. En exigeant la proportionnalité entre le moyen et l'objectif, le juge constitutionnel cherche à sanctionner non seulement toute limitation excessive aboutissant à la conciliation déséquilibrée des droits en conflit mais également toute politique d'affichage ou des objectifs coupés de la réalité¹⁶⁰⁷ énoncés par le législateur.

Si le contrôle de l'adéquation qualifié parfois de « contrôle restreint » se limite au rapport entre le moyen et le but et ne censure que la disproportion manifeste, il arrive que le

¹⁶⁰⁴ Ibid., cons. 81.

¹⁶⁰⁵ Ibid., cons. 82.

¹⁶⁰⁶ Que ces droits soient des droits-créances énoncés par le Préambule de 1946 ou des droits-libertés qualifiés de première génération énoncés par la Déclaration des droits de 1789.

¹⁶⁰⁷ Valérie Goesel-Le Bihan, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité, Rapport français », art., cit., p. 196. L'auteur note que l'une des fonctions du contrôle de l'adéquation consiste à opérer implicitement un contrôle du détournement de pouvoir même si le Conseil constitutionnel refuse toujours d'exercer explicitement ce contrôle. Cependant, lorsque le Conseil vérifie si les modalités de la loi (moyens choisis) ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi ou si elles ne contredisent pas de façon manifeste l'objectif affiché, il contrôle en réalité le rapport de cohérence entre le mobile réel (intention subjective ou volonté politique réelle) et l'objectif annoncé. En conséquence, l'incohérence de la loi serait alors le signe objectif de la discordance entre mobile réel et objectif affiché. Le contrôle de l'adéquation permet selon l'auteur d'exercer un contrôle objectif du détournement de pouvoir qu'aurait commis le législateur.

Conseil constitutionnel applique un contrôle de proportionnalité strict à certaines dispositions législatives lorsque celles-ci apportent une exception grave aux droits et libertés individuels ou aux libertés publiques. Le juge constitutionnel module et adapte alors son contrôle de proportionnalité au degré d'intensité et de gravité de l'exception.

§2. L'adaptation du contrôle de la proportionnalité à l'intensité de la norme d'exception

L'adaptation du test de proportionnalité s'inscrit dans l'optique du renforcement de la protection des droits et libertés fondamentaux. Elle permet en effet au juge constitutionnel d'étendre son contrôle sur tous les éléments constitutifs d'une disposition législative apportant une exception à l'exercice des droits et libertés individuels et des libertés publiques. Si l'existence d'une adéquation suffit parfois à établir la proportionnalité et donc la constitutionnalité d'une limitation, il arrive que cette dernière, en raison de son intensité ou de sa gravité (**A**) doive satisfaire à la triple exigence : *adaptation, nécessité et proportionnalité au but visé*. En dépassant le contrôle binaire de moyen et de but, le juge constitutionnel intensifie et adapte alors son contrôle de proportionnalité (**B**) à la gravité de la limitation afin de protéger plus efficacement les droits et libertés de l'individu.

A. L'intensité de l'exception, motif du contrôle de proportionnalité strict

Selon une doctrine bien établie, lorsque le Conseil constitutionnel se borne à relever et à censurer la disproportion manifeste entendue comme l'erreur manifeste, il n'exerce en réalité qu'un contrôle restreint de proportionnalité. En revanche, lorsque le juge subordonne la constitutionnalité d'une exception à la triple condition d'*adaptation*, de *nécessité*, et de *proportionnalité*, son contrôle est alors qualifié d'« entier ou de maximal¹⁶⁰⁸ ».

Le contrôle entier de proportionnalité signifie que le juge renforce ou intensifie l'exigence de proportionnalité afin de mieux l'adapter à l'intensité et à la gravité de l'exception. En effet une exception trop intensive ou trop grave peut aboutir à dénaturer les droits et libertés ou à les vider de leur contenu. Elle doit selon les termes employés par le

¹⁶⁰⁸ Michel Fromont, « Le principe de proportionnalité », art. cit., p. 164 ; Valérie Goesel-Le Bihan, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité, Rapport français », art., cit., p. 201.

juge, être d'une part adéquate et d'autre part « *strictement nécessaire*¹⁶⁰⁹ » ou « *strictement proportionnée*¹⁶¹⁰ » à la satisfaction de l'objectif poursuivi. En d'autres termes, plus la norme de limitation est grave, plus le contrôle de proportionnalité sera intense et étendu.

Comme nous l'avons déjà indiqué, le principe de proportionnalité a été conçu par la doctrine libérale afin de modérer la puissance publique. Il se traduit à ce stade de la thèse comme la modération du pouvoir législatif lorsque ce dernier limite l'exercice des droits et libertés fondamentaux. Par « modération » il faut entendre l'action de « *diminuer l'intensité d'un phénomène, réduire à une juste mesure ce qui est excessif ou tempérer*¹⁶¹¹ ». Ainsi le contrôle de proportionnalité vise notamment à tempérer l'intensité de l'exception pour que celle-ci ne soit pas excessive et ne se transforme pas en une violation.

En effet, la différence ontologique qui distingue la notion d'exception définie comme la *limitation* de l'étendue de la validité ou de l'application à la lettre d'un droit de celle de *violation*, d'*atteinte excessive* ou de *confiscation* d'un droit ou d'une liberté réside dans le *degré de la gravité ou de l'intensité* de l'exception faite à l'exercice de ce droit ou de cette liberté¹⁶¹². En conséquence, une exception entendue comme une limitation légale et autorisée peut en fonction du *degré de son intensité* ou *son étendue* se transformer en une limitation excessive, arbitraire et sera déclarée contraire à la Constitution par le juge. A titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a déclaré dans sa décision du 16 janvier 1982 *Loi de nationalisation* que la « *liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre*¹⁶¹³ ». Par « *restriction arbitraire ou abusive* », il faut entendre la limitation fondée uniquement sur le bon plaisir ou le caprice du législateur et adoptée au mépris de toute logique et de toute règle de droit.

De même, une limitation peut devenir une véritable atteinte voire une violation ouverte des droits et libertés fondamentaux si elle atteint un degré d'intensité ou d'étendue avec lequel ces droits et libertés sont vidés de leur contenu substantiels ou dénaturés. A propos de la réglementation du droit au recours effectif, le Conseil constitutionnel déclare que

¹⁶⁰⁹ QPC n° 2010-9 QPC du 02 juillet 2010 Section française de l'observatoire international des prisons [article 706-53-21 du code de procédure pénale], J. O du 3 juillet 2010, p. 12120, cons. 1.

¹⁶¹⁰ Décision n° 2008-571 du 11 décembre 2008, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009, J.O. du 18 décembre 2008, p. 19327, cons. 14.

¹⁶¹¹ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Le nouveau Petit Robert*, op. cit., voir « Modération/ modérer ».

¹⁶¹² Wagdi Sabete, « Limitations aux droits », in Sous la direction de Joël Andriantsimbazovina et al., *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 656 et s.

¹⁶¹³ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, déc. préc., cons. 16.

le respect de l'article 16 de la Déclaration de 1789 implique « *qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction*¹⁶¹⁴ ». De même, dans sa décision du 16 janvier 1991, *Loi relative au conseiller du salarié*, le Conseil a considéré que « *s'il est loisible au législateur d'édicter les règles soumettant à certaines limites les droits et libertés des employeurs, ces limitations ne doivent pas porter atteinte à leur substance*¹⁶¹⁵ ». Ainsi que l'a remarqué le professeur Sabète, « *seules les mesures législatives qui portent sur des modalités de l'exercice des libertés ou celles qui visent uniquement l'aménagement ou l'organisation de cet exercice, sans porter atteinte à la substance des droits, rentrent dans le cadre des limitations légalement autorisées et juridiquement fondées*¹⁶¹⁶ ».

Cette remarque signifie que la constitutionnalité d'une exception dépend donc de son degré d'intensité ou de gravité. En contrôlant la proportionnalité entre l'exception (moyen) et l'objectif, le juge constitutionnel interdit au législateur de dénaturer les droits et libertés fondamentaux ou de les vider de leur substance. Significative à cet égard est la décision du 29 juillet 1998 *Lutte contre l'exclusion* dans laquelle les requérants considèrent que la disposition législative prévoyant la réquisition des logements constitue une violation ouverte du droit de propriété parce qu'elle conduit à déposséder le propriétaire de l'usage de ses biens. Ils invitent donc le Conseil constitutionnel à la déclarer contraire à la Constitution.

Après avoir soulevé l'existence d'un conflit entre le droit au logement décent (objectif de valeur constitutionnelle) et le droit constitutionnel de propriété garanti par l'article 17 de la Déclaration de 1789, le Conseil déclare qu'il est loisible au législateur, afin de garantir le droit au logement, d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires. Toutefois le Conseil précise la limite de ces limitations en les subordonnant à la condition de *ne pas avoir un caractère de gravité tel que le sens et la portée du droit de propriété en soient dénaturés*¹⁶¹⁷. En l'espèce, le juge constate d'abord que la mesure de réquisition qui

¹⁶¹⁴ QPC n° 2011-198 QPC du 25 novembre 2011 Monsieur Albin R. [Droits de plaidoirie], J.O. du 26 novembre 2011, p. 20015, cons. 3.

¹⁶¹⁵ Décision n° 90-284 DC du 16 janvier 1991, *Loi relative au conseiller du salarié*, J.O. du 18 janvier 1991, p. 923, cons 3. Le juge déclare en substance les idées suivantes : en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical. Dans l'exercice de cette compétence, il est loisible au législateur d'investir des personnes de fonctions particulières dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs et de doter ces personnes d'un statut destiné à leur permettre un exercice normal de leur fonction. Les règles que le législateur édicte à cette fin peuvent soumettre à certaines limites les droits et libertés des employeurs dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à leur substance.

¹⁶¹⁶ Ibid., p. 658.

¹⁶¹⁷ Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, déc. préc., cons. 7. Selon le Conseil constitutionnel, « s'il appartient au législateur de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et s'il lui est loisible, à cette fin, d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires, c'est à la

n'emporte pas par elle-même la privation du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789, limite néanmoins le droit d'usage des locaux réquisitionnés. Ce qui le conduit ensuite à examiner *l'intensité et la gravité de la réquisition* afin de déterminer si elle ne dénature pas le sens et la portée du droit de propriété. Relevant que la réquisition est d'une durée très limitée et entourée de surcroît de garanties de procédure et de fond permettant au propriétaire de contester l'arrêté de réquisition devant une juridiction compétente, le juge constitutionnel déclare que la réquisition ne porte pas une atteinte excessive ou contraire à la Constitution¹⁶¹⁸. Cette déclaration de conformité signifie que l'étendue de la réquisition est modérée et proportionnée à l'objectif de garantir le droit au logement décent.

En raison de son intensité, l'exception peut se transformer en la *confiscation* d'un droit et devient par conséquent contraire à la Constitution. Ainsi, dans sa décision du 16 août 2007 *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, le juge constitutionnel se réfère à l'article 13 de la Déclaration de 1789 selon lequel « *pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable. Elle doit être également répartie entre tous les Citoyens, en raison de leurs facultés* » pour donner le fondement constitutionnel à la loi fixant les impôts. Il déclare ensuite que l'exigence posée par cet article 13 ne serait pas respectée si l'impôt revêtait un caractère confiscatoire ou faisait peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leur faculté contributive¹⁶¹⁹. Par « *impôt confiscatoire* » il faut entendre un taux d'impôt tellement élevé qu'il absorbe la majorité des revenus des contribuables. L'impôt confiscatoire est une violation du droit de propriété.

L'intensité ou la gravité d'une exception devient excessive ou disproportionnée lorsqu'elle aboutit à des *interdictions générales et absolues* ou à des *interdictions injustifiées*. En 1991 les députés ont déféré au Conseil constitutionnel *la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* au motif que « *l'interdiction générale et absolue de propagande ou de publicité édictée par cette loi a un caractère de gravité qui dénature le sens et la portée du*

condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés ».

¹⁶¹⁸ Id., cons. 31. « Considérant que si la mise en œuvre de la procédure de réquisition prévue par la disposition contestée n'emporte pas, par elle-même, contrairement à ce que soutiennent les requérants, privation du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, elle limite néanmoins, pour une période de temps déterminée, le droit d'usage des locaux réquisitionnés ; qu'une telle limitation, alors même qu'elle répond à un objectif de valeur constitutionnelle, ne saurait revêtir un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée du droit de propriété ».

¹⁶¹⁹ Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006, J.O. du 31 décembre 2005, p. 20705, cons. 65 ; Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, J.O. du 22 août 2007, p. 13959, cons. 24

*droit de propriété et aboutit à une véritable expropriation*¹⁶²⁰ ». Cette interdiction affecte et dénature en outre la liberté d'entreprendre des fabricants de tabac et d'alcool. Ils invitent par conséquent le Conseil à déclarer cette loi non conforme à la Constitution.

En l'espèce, le juge constitutionnel a d'abord déclaré que la garantie du droit de propriété prévue aux articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 s'étend au droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique ou de commerce d'utiliser celle-ci et de la protéger. Toutefois le droit de propriété de marque s'est également caractérisé par des limitations à son exercice exigées au nom de l'intérêt général. Ainsi l'interdiction de propagande et de publicité de tabac est certes une limitation de l'exercice du droit de propriété d'une marque. Cette limitation est néanmoins justifiée par le principe constitutionnel de la protection de la santé publique garanti par l'alinéa 11 du préambule de 1946.

Le juge prenait soin de contrôler ensuite l'intensité et la gravité de cette interdiction afin de savoir si elle est proportionnée à son objectif de protection de la santé. Il constate que cette interdiction de propagande et de publicité n'a pas pour conséquence d'interdire la production, la distribution ou la vente de tabac. Par ailleurs, elle ne s'applique pas aux enseignes des débits de tabac, ce qui signifie qu'il est toujours possible de faire de la publicité à l'intérieur de ces débits de tabac. Il en résulte que cette mesure d'interdiction n'est ni générale, ni absolue et qu'elle n'a pas une intensité telle qu'elle dénature le droit de propriété ou viole la liberté d'entreprendre. Elle n'est selon le juge qu'une limitation autorisée et proportionnée au but constitutionnel de protéger la santé publique¹⁶²¹.

Ces exemples ci-dessus analysés mettent en exergue les deux idées suivantes. Premièrement, le juge utilise le contrôle de proportionnalité pour tempérer le degré d'intensité ou de gravité de l'exception. La proportionnalité devient ainsi un critère de distinction entre la notion d'exception et celle de violation. L'exception d'une intensité proportionnée est celle qui permet d'atteindre convenablement l'objectif poursuivi. Elle ne concerne par ailleurs que

¹⁶²⁰ Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, déc. préc., cons. 4.

¹⁶²¹ Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991 Loi relative à la lutte... déc. préc., cons. 10 et 11, Le Conseil considère que « l'article 3 de la loi [interdiction la publicité et la propagande de tabac] n'interdit ni la production, ni la distribution, ni la vente du tabac ou des produits du tabac ; qu'est réservée la possibilité d'informer le consommateur à l'intérieur des débits de tabac ; que la prohibition d'autres formes de publicité, de propagande est fondée sur les exigences de la protection de la santé publique, qui ont valeur constitutionnelle ; qu'il suit de là que l'article 3 de la loi ne porte pas à la liberté d'entreprendre une atteinte contraire à la Constitution ».

les modalités d'exercice des droits et libertés garantis par la Constitution et ne peut en aucun cas affecter leur substance¹⁶²².

Deuxièmement, l'étendue ou la gravité d'une exception a pour corollaire l'intensité du contrôle de proportionnalité exercé par le juge constitutionnel. Ce qui signifie que le juge renforce son exigence de proportionnalité afin de mieux préserver les droits fondamentaux de la limitation d'une rigueur non nécessaire. C'est ce contrôle de proportionnalité renforcée qu'il faut à présent étudier.

B. L'intensification du contrôle de proportionnalité

Dans son article intitulé « *excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif* », le Doyen Georges Vedel a relevé le déploiement en profondeur du contrôle de proportionnalité en ces termes : « *sans aller aussi loin le recours du Conseil constitutionnel au principe de proportionnalité semble s'écarter de l'exigence primitive de l'erreur manifeste, même si le mot « manifeste » est souvent utilisé dans un sens qui paraît affadi*¹⁶²³ ». S'inscrivant dans le même esprit, Monsieur Martens a également observé que : « *l'épithète « manifeste » qui accompagne traditionnellement la disproportion censurée tend progressivement vers l'oubli* ». Il ne s'agissait plus d'après l'auteur de condamner la disproportion évidente, ni même déraisonnable mais la disproportion stricte¹⁶²⁴.

Le contrôle est intensif et renforcé lorsque le Conseil examine la loi apportant une exception grave à l'exercice des droits et libertés de l'individu au regard des trois éléments constitutifs du principe de proportionnalité pratiqué par la Cour constitutionnelle fédérale allemande : *adéquation, nécessité et proportionnalité stricte (1)*. Ainsi, l'intensification de la proportionnalité se manifeste en droit public français comme le corollaire de la gravité et de

¹⁶²² Décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, J.O. du 26 janvier 1994, p. 1382, cons. 4. « Considérant que la restriction apportée par les dispositions contestées est limitée à certains actes relevant du seul droit de l'urbanisme ; qu'elle a été justifiée par le législateur eu égard à la multiplicité des contestations de la légalité externes de ces actes [...] que dès lors il n'est pas porté d'atteinte substantielle au droit des intéressés d'exercer des recours ; qu'ainsi le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 manque en fait ».

¹⁶²³ Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », Cahiers du Conseil constitutionnel, 1996 et 1997, n° 1 et 2, [en ligne], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-1/exces-de-pouvoir-legislatif-et-exces-de-pouvoir-administratif-i.52900.html> et <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-2/exces-de-pouvoir-administratif-et-exces-de-pouvoir-legislatif-ii.52882.html>

¹⁶²⁴ Paul Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », art. cit., p. 58.

l'intensité de l'exception. La décision rendue par le Conseil constitutionnel le 21 février 2008 est significative de ce constat (2).

1. Le contenu de la composante tripartite de la proportionnalité

Puisqu'elle est d'origine allemande, c'est donc dans la doctrine et la jurisprudence de ce pays que le principe de proportionnalité a connu les développements conceptuels les plus approfondis.

Dans son ouvrage intitulé « *droit administratif allemand* » Hartmut Maurer établit une synthèse précise des composantes du principe de proportionnalité¹⁶²⁵. Selon l'auteur, si le principe de proportionnalité s'applique avant tout aux actes administratifs imposant une charge ou une sujétion, il a une portée plus large en ce qu'il se réfère de manière générale au rapport entre le but et les moyens. Une mesure qui est mise en œuvre en vue d'atteindre un but ou un résultat déterminé doit obligatoirement être conforme à une certaine proportionnalité au sens large du terme, c'est-à-dire qu'elle doit être *appropriée, nécessaire* et demeurée dans de *justes proportions* par rapport à son but. Si la terminologie n'est pas fixée puisque la proportionnalité peut renvoyer à *l'interdiction de l'excès, à l'exigence de l'atteinte la plus faible possible aux droits individuels*, l'auteur relève néanmoins un consensus général sur certaines caractéristiques au regard desquelles une mesure limitant l'exercice des droits et libertés est reconnue conforme à la proportionnalité. Il paraît dès lors important d'explicitier ici ces caractéristiques constitutives de proportionnalité stricte.

D'abord la mesure n'est appropriée que si elle est de nature à atteindre à coup sûr le résultat recherché (efficacité). Ensuite la mesure appropriée n'est nécessaire que si d'autres moyens appropriés affectant de façon moins préjudiciable la personne concernée ne sont pas à la disposition de l'autorité (absence d'une mesure alternative). Enfin la mesure appropriée et nécessaire ne présente un caractère de proportionnalité au sens étroit que si elle n'est pas hors de proportion avec le résultat recherché¹⁶²⁶. Par ailleurs, le principe de proportionnalité doit être appliqué de manière générale pour déterminer les limites des droits fondamentaux. Il s'érige en ce sens en impératif imposant une appréciation du poids respectif du droit de l'individu à une liberté et de celui de l'intérêt public à une limitation affectant cette liberté¹⁶²⁷.

¹⁶²⁵ Hartmut Maurer, *Droit administratif allemand*, traduit par Michel Fromont, Paris, L.G.D.J., coll. Manuel, 1995, p. 272 et s.

¹⁶²⁶ Hartmut Maurer, *Droit administratif allemand*, op.cit., p. 272.

¹⁶²⁷ Hartmut Maurer, *Droit administratif allemand*, op.cit., p. 272,

Cette définition s'inscrit dans l'optique du concept de proportionnalité strict ou intensif par opposition au concept de proportionnalité large ne consistant qu'en un rapport d'adéquation entre le moyen et le but et ne censurant que la disproportion manifeste¹⁶²⁸. Comme nous l'avons antérieurement expliqué, lorsqu'elle doit se prononcer sur la conformité d'une limitation de l'exercice des droits fondamentaux à la Loi fondamentale, la Cour de Karlsruhe utilise le concept strict de proportionnalité stricte. Ainsi dans l'arrêt du 15 décembre 1970 *Cannabis*¹⁶²⁹, la Cour décompose la proportionnalité en trois sous-principes au regard desquels seront confrontés tous les éléments constitutifs de la loi c'est-à-dire le motif, l'objet et l'objectif de la loi.

Le premier désigne « *l'aptitude* » de la mesure à réaliser de façon effective et concrète l'objectif recherché. Utilisée dans la conciliation des droits opposés, la mesure appropriée est celle qui permet de protéger efficacement l'intérêt ou le droit menacé par l'exercice simultané d'un droit concurrent.

Le second réside en « *la nécessité* » et désigne deux idées suivantes : la nécessité stricte signifie que la limitation d'un droit ou d'une liberté est l'unique moyen permettant d'atteindre l'objectif (absence de moyen alternatif) : la nécessité large signifie que parmi tous les moyens adéquats, doit être choisi celui qui limite le moins le droit ou la liberté mais le plus apte à atteindre le but poursuivi (le moyen optimal).

Le troisième est « *la proportionnalité stricte* » selon lequel, le poids des deux éléments en conflit doit être pondéré de manière raisonnable. Ce qui signifie que plus la limitation sera grave et étendue, plus l'objectif qui la justifie devra être important¹⁶³⁰. La proportionnalité stricte s'entend de la pesée des différents droits et libertés en cause et désigne l'idée selon laquelle si la mesure est considérée comme appropriée et nécessaire, il faut encore que l'intérêt qu'elle défend soit reconnu comme plus important que l'intérêt limité. En d'autres termes, à l'issue d'une opération de confrontation et de comparaison (balance), l'exception reconnue proportionnée est celle qui procure plus d'avantages qu'elle n'apporte d'inconvénients à un droit ou une liberté en conflit. C'est en ce sens que la proportionnalité

¹⁶²⁸ Michel Fromont, « Le principe de proportionnalité », art. cit., p. 155 et s.

¹⁶²⁹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 1970, *Cannabis*, in Sous la direction de Pierre Bon et Didier Maus, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, coll. Grands Arrêts, 2008, p. 5 et s..

¹⁶³⁰ « Plus l'atteinte porte sur des aspects essentiels de la liberté, plus important doit être sa justification ». Ainsi que l'a expliqué Monsieur Xynopoulos dans sa thèse *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, op. cit., p. 151.

stricte est qualifiée par certains auteurs de *principe d'optimisation* des droits fondamentaux¹⁶³¹.

Si elle paraît séduisante, cette idée d'optimisation ne semble pas remplacer l'exigence d'équilibre chère au Conseil constitutionnel. Celui-ci n'applique en l'état actuel de sa jurisprudence le concept de proportionnalité stricte qu'à des limitations d'une gravité particulière ou d'une grande intensité. Plus précisément lorsque l'exercice de certains droits et libertés considérés comme les plus fondamentaux subit des exceptions. Celles-ci seront dans ce cas soumises à un contrôle de proportionnalité stricte. La décision du 21 février 2008 *Rétention de sûreté* est significative de ce constat.

2. La décision constitutionnelle du 21 février 2008, illustration de l'intensification du contrôle de proportionnalité

Si elle n'est pas une « grande décision » sur un plan substantiel dans la mesure où elle ne contient pas l'affirmation d'un nouveau principe ou un revirement de jurisprudence significatif, la décision du 21 février 2008 mérite néanmoins d'être insérée dans « les grandes décisions du Conseil constitutionnel » en raison de son apport au perfectionnement du contrôle de proportionnalité¹⁶³².

S'inscrivant dans la politique de prévention et lutte contre la récidive¹⁶³³, la loi déferée le 11 janvier 2008 au Conseil constitutionnel introduit un nouveau chapitre 3 dans le Code de procédure pénale, intitulé « *De la rétention de sûreté et de la surveillance de sûreté* ». Elle permet de mettre en rétention de sûreté¹⁶³⁴ ou sous surveillance de sûreté¹⁶³⁵ les personnes qui

¹⁶³¹ Sébastien Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, F.U.S.L., 2001, p. 629.

¹⁶³² Voir les commentaires de cette décision, in Louis Favoreu et Loïc Philip avec la collaboration de Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Ferdinand Mélin-Soucramanien, et André Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grandes décisions, 2011, 16e éd., p. 404 et s.

¹⁶³³ DC n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, J.O. du 13 décembre 2005, p. 19162. Cette loi promulguée le 12 décembre 2005 permet à leur libération de placer sous surveillance électronique mobile des condamnés présentant un risque élevé de récidive.

¹⁶³⁴ L'article 706-53-13 prévoit la rétention de sûreté en ces termes : « A titre exceptionnel, les personnes dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent un trouble grave de la personnalité, peuvent faire l'objet à l'issue de cette peine d'une rétention de sûreté selon les modalités prévues par le présent chapitre, à la condition qu'elles aient été condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration.

ayant purgé leur peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à 15 ans pour certains crimes, présentent toutefois une particulière dangerosité caractérisée par une très forte probabilité de récidive.

Compte tenu de la gravité qu'elle présente pour la liberté individuelle, la rétention de sûreté n'a pas manqué de susciter plusieurs interrogations relatives à sa conformité à la Constitution. Le Conseil constitutionnel est aussitôt saisi par les parlementaires afin de statuer sur la constitutionnalité des dispositions législatives de rétention de sûreté. Selon les auteurs de la saisine, en créant la rétention de sûreté qui est un complément de peine revêtant le caractère d'une sanction punitive, cette loi méconnaît l'ensemble des principes constitutionnels résultant de l'article 8 et 9 de la Déclaration de 1789 c'est-à-dire les principes de légalité des délits et des peines, de présomption d'innocence, de nécessité et de proportionnalité. En privant un condamné ayant déjà exécuté sa peine de sa liberté, la rétention de sûreté constitue de surcroît une détention arbitraire prohibée par l'article 66 de la Constitution. Elle est par ailleurs *manifestement disproportionnée* dans la mesure où elle consiste en un enfermement sans aucun terme prévisible pouvant être renouvelé indéfiniment en fonction d'une simple probabilité de récidive¹⁶³⁶.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel déclare que l'article 8 de la Déclaration de 1789 n'est pas applicable à la rétention de sûreté et à la surveillance puisque celles-ci ne sont ni une peine, ni une sanction ayant le caractère de punition. Toutefois, en limitant la liberté des condamnés, la rétention et la surveillance de sûreté doivent respecter le principe résultant des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire. En conséquence le juge constitutionnel énonce pour la première fois que « *les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi*¹⁶³⁷ ».

L'alinéa 4 de cet article prévoit que la rétention de sûreté consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposé, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure.

¹⁶³⁵ Selon les articles 723-37, 723-38 et 763-8 du nouveau Code de procédure pénale, la surveillance de sûreté consiste à prolonger, au-delà du terme fixé pour une mesure de surveillance judiciaire ou un suivi médico-judiciaire tout ou partie des obligations, notamment le placement sous surveillance électronique. Elle obéit aux mêmes conditions que la rétention de sûreté.

¹⁶³⁶ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, déc. préc., cons. 6.

¹⁶³⁷ Ibid., cons. 13. Le Conseil rappelle sa jurisprudence constante en matière de conciliation des droits et principes constitutionnels en ces termes : « il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes constitutionnels et,

Comme nous l'avons précédemment expliqué, lorsqu'il contrôle l'adéquation entre d'une exception et le but visé, le juge constitutionnel applique en réalité le contrôle de proportionnalité à la limitation. Néanmoins la décision du 21 février 2008 est une illustration de l'intensification du contrôle de proportionnalité. Celui-ci porte désormais de manière explicite sur trois éléments : *l'adaptation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict du terme*.

En effet, le Conseil recherche d'abord *l'adéquation* ou *l'adaptation* entre le champ d'application de la rétention et la surveillance de sûreté et la finalité recherchée (retenir les condamnés présentant une particulière dangerosité). Cette adéquation s'apprécie d'une part au regard de la gravité des faits commis (homicide volontaire, viol, torture, acte de barbarie, enlèvement, séquestration s'accompagnant des circonstances aggravantes) et d'autre part au regard de l'objectif de retenir les auteurs de ces faits qui après avoir exécuté leur peine représentent encore une particulière dangerosité. La rétention de sûreté est considérée comme adéquate par le juge au regard de la précision de son champ d'application et de son but¹⁶³⁸.

L'intensification du contrôle de proportionnalité apparaît lorsque le juge contrôle la *nécessité* de la mesure de rétention et de surveillance de sûreté. Ainsi que nous l'avons précédemment souligné, le Conseil refuse en principe de contrôler la nécessité de la limitation car un tel contrôle le conduit à rechercher une mesure alternative différente de celle décidée par le législateur. En d'autres termes, le Conseil devrait rechercher si l'objectif poursuivi par le législateur peut être atteint par d'autres moyens plus efficaces et moins dommageables pour les droits et libertés de l'individu¹⁶³⁹. Or le contrôle de nécessité se rapproche trop du contrôle de l'opportunité et peut aboutir à la substitution de la décision du juge à celle du Parlement. Il suscite par conséquent le spectre de « gouvernement de juges ». Ainsi, le refus du Conseil d'examiner la nécessité de la loi marque donc la limite de son contrôle de proportionnalité afin de respecter la liberté d'appréciation du législateur.

d'autres part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et de venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ».

¹⁶³⁸ Ibid., cons. 14, 15 et 16. Le juge déclare en substance qu'eu égard à la privation totale de liberté qui résulte de la rétention, la définition du champ d'application de cette mesure doit être en adéquation avec l'existence d'un trouble de la personnalité. Ainsi l'adéquation résulte de l'application circonscrite de la rétention de sûreté à l'extrême gravité des crimes et à l'importance des peines prononcées par la Cour d'assises.

¹⁶³⁹ Le Conseil constitutionnel a constamment affirmé qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. De même, il n'appartient pas au Conseil de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies dès lors que les modalités retenues par la loi déferée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie. Voir Décision n° 2012-654 du 9 août 2012 Loi de finances rectificatives pour 2012 II, J.O. du 17 août 2012, p. 13496, cons. 32.

Toutefois l'intensité et la gravité de la rétention de sûreté (elle conduit à priver les condamnés de leur liberté retrouvée après avoir exécuté leur peine sur la simple probabilité de récidive) justifie sans doute l'infléchissement de cette position. En affirmant « *qu'en égard à la gravité de l'atteinte qu'elle porte à la liberté individuelle, la rétention de sûreté ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à cette liberté ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes* ¹⁶⁴⁰ », le Conseil constitutionnel accepte donc d'examiner la nécessité de la rétention de sûreté. Après avoir relevé que cette rétention constitue *l'unique moyen de prévenir* la récidive (absence d'une mesure alternative moins dommageable pour la liberté individuelle) et qu'elle ne s'applique qu'en cas de *stricte nécessité*, le Conseil reconnaît la rigueur nécessaire de la rétention de sûreté.

Afin de savoir si la rétention de sûreté est proportionnée à l'objectif de prévention de la récidive, le juge examine les modalités de son application. En constatant que le législateur a entouré la rétention de sûreté des garanties procédurales permettant au juge judiciaire d'interrompre à tout moment le maintien en rétention, le juge constitutionnel conclut en l'espèce au respect du principe de proportionnalité¹⁶⁴¹. Plus précisément, la loi de rétention de sûreté a satisfait le triple teste de proportionnalité stricte. Etant une exception proportionnée, elle est dès lors conforme à la Constitution.

La décision du 10 juin 2009 dite *HADOPI 1* s'inscrit également dans l'application du contrôle de proportionnalité strict à la limitation. Le Conseil constitutionnel réaffirme en effet dans cette décision que toutes atteintes portées à l'exercice de la liberté d'expression et de communication doivent être *nécessaires, adaptées et proportionnées* à l'objectif poursuivi¹⁶⁴². De même, dans la décision du 9 juin 2011 *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, la liberté individuelle ne saurait être entravée selon le Conseil par une rigueur qui ne soit nécessaire. En conséquence, toutes restrictions portées à l'exercice de cette liberté doivent être *adaptées, nécessaires et proportionnées* aux objectifs poursuivis¹⁶⁴³.

¹⁶⁴⁰ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention... déc. préc., cons. 17.

¹⁶⁴¹ Ibid., cons. 23. Selon le Conseil constitutionnel, les garanties procédurales permettant au juge judiciaire d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de la personne retenue sont proportionnées à la limitation de la liberté individuelle.

¹⁶⁴² Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, HADOPI 1, déc. préc., cons. 15.

¹⁶⁴³ Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, J.O. du 17 juin 2011, p. 10306, cons. 66.

L'intensification du contrôle de proportionnalité ne semble pas à notre sens présager de la hiérarchisation matérielle des droits et libertés fondamentaux, comme le pensent certains auteurs¹⁶⁴⁴. Il est en effet difficile d'inférer de diverses modalités d'application du contrôle de proportionnalité la hiérarchisation des droits et principes constitutionnels¹⁶⁴⁵. Le contrôle de proportionnalité strict ou intensif traduit simplement l'idée d'adaptation, de modulation de l'exigence d'équilibre à la gravité et à l'intensité de l'exception.

Il résulte de cet exposé que le contrôle de proportionnalité a pour première fonction d'assurer une certaine cohérence ou logique entre la norme d'exception (moyen) et l'objectif recherché (but). Ainsi, si la réalisation des objectifs constitutionnels (intérêt général, ordre public ou égale jouissance des droits) justifie que les exceptions soient faites à l'exercice des droits et libertés, ces exceptions ne doivent être ni excessives ni inappropriées au but poursuivi.

Lorsqu'il se déploie au travers de ses trois éléments d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité stricte, le contrôle de proportionnalité s'adapte au degré de l'intensité et de la gravité de l'exception en la modérant. De même, en contrôlant avec plus de rigueur le rapport de nécessité et d'adéquation entre le moyen (exception) et le but, le juge s'assure que l'exercice des droits et libertés ne subit pas de limitation d'une rigueur non nécessaire ou trop excessive.

¹⁶⁴⁴ Valérie Goesel-Le Bihan, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité, Rapport français », art., cit., p. 200 et s ; Voir égal. même auteur, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », Jus Politicum, 2012, n° 7, p. 1 et s. Dans le même sens, Bruno Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, op. cit., p.

¹⁶⁴⁵ Dominique Turpin, « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 85 et s. ; voir égal., même auteur, « Antinomies », in Joël Andriantsimbazovina et al, *Dictionnaire des droit de l'homme*, op. cit., p. 36 et s.

Conclusion du Chapitre 1

Au terme de ces développements, on doit conclure à la consubstantialité entre la notion d'exception et le principe de proportionnalité. En effet, ce dernier, conçu par la doctrine juridique libérale afin de préserver les droits et libertés individuels de la réglementation et de la limitation excessive, n'a raison d'être qu'en présence de la notion d'exception. Dès lors, le principe de proportionnalité se révèle tantôt comme la manifestation idéologique, tantôt comme la formulation euphémique de la notion d'exception. Dire que l'exercice d'un droit est susceptible d'être proportionné revient à admettre que le droit n'est pas absolu et qu'il peut faire l'objet de limitations. La notion d'exception est donc discrètement reformulée par l'idéologie juridique libérale dans le principe de proportionnalité et entretient une identité matérielle avec ce dernier. L'analyse des fondements et domaines d'application de la proportionnalité confirme par ailleurs notre propos.

Ce constat met en exergue la double condition de validité et de constitutionnalité de l'exception. Premièrement, cette dernière doit être énoncée par la loi conformément à la norme constitutionnelle d'habilitation (réserve de compétence législative prévue par l'article 34 de la Constitution). Deuxièmement elle doit être conforme à l'exigence constitutionnelle de proportionnalité entendue comme l'exigence d'équilibre. En d'autres termes, si l'exercice des droits et libertés fondamentaux peut être limité par les nécessités de la vie sociale (objectifs constitutionnels, égalité des droits) il ne doit toutefois pas subir de limitations arbitraires ou abusives. La limitation en tant que moyen doit être adéquate et proportionnée au but poursuivi. Ainsi le principe de proportionnalité consiste à imposer un certain équilibre entre l'exception faite aux droits individuels et l'avantage qu'elle procure à l'intérêt de la collectivité. Seule l'exception jugée par le juge constitutionnel proportionnée demeure une norme valide et conforme à la Constitution

Destiné à assurer d'une part la conformité de l'exception à la proportionnalité et la conciliation équilibrée des droits en conflit d'autre part, le contrôle de proportionnalité exercé par le juge constitutionnel a une incidence inattendue sur la notion d'exception. En effet, une fois déclarée conforme à la proportionnalité, l'exception devient non seulement conforme à la Constitution mais se transforme également en la conciliation équilibrée des droits et libertés en conflit. Outre son apport à la résolution et à la conciliation des normes antinomiques, la notion d'exception contribue à maintenir l'équilibre des rapports juridiques.

C'est sur l'explicitation de cet apport à l'équilibre du droit qu'il convient de clore notre réflexion.

Chapitre 2. La notion d'exception comme la réalisation de l'équilibre dans la conciliation des droits en conflit

A titre de rappel, il convient de souligner que la notion d'exception contribue à résoudre les normes antinomiques. Ayant un champ de compétence délimité, elle n'aura lieu que lorsque l'application stricte d'une norme entraîne des conséquences néfastes pour le droit lui-même ou pour les intérêts qu'il poursuit. Comme l'a souligné le professeur Chapus « *le droit n'existe pas pour lui-même. Il a pour fin l'organisation de la vie sociale et il ne faut pas que le respect qui lui est dû se retourne contre les intérêts qu'il a pour mission de servir*¹⁶⁴⁶ ». C'est ainsi que, comme nous l'avons déjà constaté, la notion d'exception est inextricablement liée à l'idée d'adaptation du droit à l'évolution sociale.

Si le relativisme et l'absolutisme pris au sens strict du terme constituent deux extrêmes dans le domaine juridique – le premier justifie en effet n'importe quelle restriction du droit sous la pression des faits alors que le second rigidifie le droit au point de le rendre intransigeant et donc ineffectif – la notion d'exception consubstantiellement liée à la proportionnalité s'établit comme le juste milieu. En effet, si les droits et libertés fondamentaux ne sont pas absolus, cela ne signifie pas non plus que le législateur dans le concept matériel de l'Etat de droit peut leur apporter n'importe quelle limitation. Il ne peut, en vertu de la Constitution, apporter à l'exercice des droits d'un individu qu'*une limite (exception) nécessaire et proportionnée au besoin d'assurer à un autre individu l'égalité jouissance de ces droits* (l'article 4 de la Déclaration de 1789). De même, l'exception en tant que l'interdiction *ne peut viser que les activités nuisibles à la société* et ne doit pas présenter *une rigueur non nécessaire* entendue comme *une rigueur excessive* (les articles 5, 8 et 9 de cette même Déclaration). Il en résulte logiquement que l'exception, parce qu'elle entretient la même identité avec la norme de proportionnalité, doit s'inscrire dans l'idée de juste mesure, de bonne proportion entre les deux extrêmes.

On ne peut dès lors que constater la contribution de la notion d'exception au maintien de l'équilibre des droits et libertés contradictoires (**Section 1**). Cet apport est maintes fois mis en valeur par la jurisprudence du Conseil constitutionnel lorsque ce dernier déclare qu'il

¹⁶⁴⁶ René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, op. cit., p.1085

appartient au législateur de concilier de manière équilibrée des droits et libertés en conflit. De plus, il faut souligner que la notion d'exception n'est nullement démentie ou contredite par la notion européenne de droit intangible ou indérogeable. S'identifiant à un seuil d'équilibre et à la modération, elle ne concerne que les modalités ou conditions d'exercice des droits et libertés. En conséquence, la notion d'exception demeure parfaitement compatible avec les droits qualifiés d'intangibles (**Section 2**).

Section 1. La notion d'exception comme la conciliation équilibrée des droits et libertés contradictoires

La notion d'exception évoque souvent et de manière parfois intuitive l'idée de violation de la règle de droit ou d'anomalie normative ou encore celle d'un droit inégalitaire voire exorbitant. Elle est également considérée comme étant aux antipodes des droits et libertés fondamentaux. Notre thèse soutient le contraire. La limitation de l'application stricte du droit (exception) est bien une norme juridique au même titre que l'ensemble des autres règles et principes du droit. Deux points confortent notre propos. D'une part, l'exception est expressément prévue par la norme suprême qu'est la Constitution, elle relève donc du pouvoir constitutionnel de réglementation du législateur. D'autre part, elle est indispensable à la résolution de conflit de normes antinomiques. A cet égard, l'usage de la conciliation peut être considéré comme la preuve de la nécessité et de l'utilité de l'exception. Par ailleurs, l'inscription de l'exception dans les plus grandes déclarations internationales et nationales des droits de l'Homme confirme sa parfaite compatibilité avec la doctrine juridique libérale et partant avec les droits de l'homme.

Ainsi au stade final de notre étude, il convient de mettre en lumière l'apport certain de la notion d'exception au droit public. L'explicitation de cet apport doit être précédée d'une analyse de l'incidence que produit le contrôle de proportionnalité sur la notion d'exception (§1). Il s'agit en effet de montrer qu'après avoir satisfait au test constitutionnel de proportionnalité, la notion d'exception s'identifie à la réalisation de l'équilibre dans la conciliation des droits contradictoires (§2). En réalisant cette conciliation équilibrée, elle contribue au maintien de l'équilibre du droit public.

§1. L'incidence du contrôle de proportionnalité sur la notion d'exception

Partie intégrante du contrôle de la constitutionnalité des lois, le contrôle de proportionnalité précédemment décrit consiste en une opération de confrontation du contenu d'une disposition législative à la norme constitutionnelle de proportionnalité. Il s'agit d'une appréciation par le Conseil constitutionnel de la compatibilité du premier à la seconde. Plus précisément, le juge cherche à savoir si l'exception faite à l'exercice des droits individuels constitue un moyen nécessaire et adéquat à l'objectif poursuivi par le législateur. S'inscrivant dès lors dans le contrôle de la constitutionnalité interne de la loi¹⁶⁴⁷, le contrôle de proportionnalité permet au Conseil de censurer l'excès ou l'abus qu'aurait commis le législateur dans l'exercice de son pouvoir de réglementation. C'est en ce sens qu'il est considéré par la majeure partie de la doctrine comme la limite du pouvoir discrétionnaire du législateur (A).

C'est parce qu'il permet de limiter le pouvoir discrétionnaire du législateur que le contrôle de proportionnalité est qualifié de moyen protecteur des droits et libertés fondamentaux. Aujourd'hui, les auteurs considèrent à l'unisson que, pour garantir la prééminence du droit entendu au sens des droits de l'homme, toutes les limitations, réglementations et restrictions de l'exercice des droits et libertés doivent être soumises au contrôle de proportionnalité. Ces considérations ont fait du contrôle de proportionnalité une technique à laquelle recourt le juge constitutionnel moins pour juger la conformité de l'exception à la Constitution que pour identifier le critère d'équilibre auquel se soumet la notion d'exception (B).

A. Le contrôle de proportionnalité, limite du pouvoir discrétionnaire du législateur

Si le pouvoir discrétionnaire de l'administration constitue l'un des thèmes les plus traités en doctrine¹⁶⁴⁸, tel n'est pas le cas du pouvoir discrétionnaire du législateur. Pendant longtemps c'est en des termes de souveraineté ou de puissance d'Etat que la doctrine rendait compte du pouvoir dont dispose l'autorité législative. Le dogme de légicentrisme rendait en

¹⁶⁴⁷ Bruno Genevois, « L'enrichissement des techniques de contrôle », art. cit.

¹⁶⁴⁸ La liste des contributions n'est citée qu'à titre d'illustration, elle n'est dès lors pas exhaustive. Roger Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », op. cit. ; André Hauriou, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in *Mélanges Carré de Malberg (Raymond)*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1933, p. 231 et s. ; Jean-Claude Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1959.

effet redondante voire inutile la recherche sur le pouvoir discrétionnaire du législateur. Synonyme de souveraineté parlementaire, le pouvoir législatif était par hypothèse illimité et ne faisait l'objet d'aucun contrôle juridictionnel.

C'est avec l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 (norme supérieure) et la mise en place du Conseil constitutionnel en tant qu'organe juridictionnel chargé de contrôler la conformité de la loi à la Constitution que la notion de pouvoir discrétionnaire du législateur a été reposée. La doctrine s'intéresse de nouveau à cette notion en lui consacrant quelques contributions¹⁶⁴⁹. Toutefois, il ne s'agit pas ici de procéder à une étude approfondie de cette notion. Une telle entreprise excède à la fois la dimension et l'objet de notre thèse. Eu égard à l'objet de ce paragraphe, il faut montrer pourquoi le contrôle de proportionnalité s'érige en limite du pouvoir discrétionnaire du législateur. A cette fin, il est impératif de rappeler les contours de la notion de pouvoir discrétionnaire du législateur en la mettant en rapport avec les droits et libertés fondamentaux (1). L'impact du contrôle de proportionnalité exercé par le juge constitutionnel sur ce pouvoir discrétionnaire pourra alors être établi (2).

1. Les contours du pouvoir discrétionnaire du législateur

En droit administratif, le pouvoir discrétionnaire se définit négativement comme ce qui n'est pas de compétence liée¹⁶⁵⁰. Il est communément entendu comme la liberté de choix accordée par une autorité supérieure (Constitution, législateur) à une autorité administrative subordonnée dans l'exercice de sa compétence. Les auteurs soulignent d'ailleurs que l'étude du pouvoir discrétionnaire d'une autorité ne présente des enjeux que si cette autorité est soumise à un ensemble de règles juridiques qui limitent le champ de ses prérogatives. En effet, ces enjeux consistent à mesurer l'importance de la marge de choix dont elle dispose, à en préciser les bornes et à en expliquer l'existence, voire à rechercher comment limiter les excès de son utilisation¹⁶⁵¹. Significative à cet égard est la remarque de Marcel Waline : « *s'il fallait donner en quelques mots une définition du droit administratif je dirais [...] qu'il est*

¹⁶⁴⁹ Sébastien Miller, *Le pouvoir discrétionnaire du législateur : contribution à une étude du pouvoir législatif*, thèse dactylographiée, Université Paris II Panthéon-Assas, 2006 ; Alain Bockel, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Mélanges Léo Hamon*, op. cit., p. 43 et s. ; Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 147 et 148.

¹⁶⁵⁰ Lino Di Qual, *La compétence liée*, Paris, L.G.D.J., 1964 ; Pierre Py, « Pouvoir discrétionnaire, compétence liée, pouvoir d'injonction », *Dalloz*, 2000, chron., p. 563-570.

¹⁶⁵¹ Alain Bockel, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », art. cit. p. 43 et s.

essentiellement l'étude du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et de sa limitation en vue de la sauvegarde des droits des tiers (administrés ou agents publics)¹⁶⁵² ».

S'inscrivant dans une optique semblable, le pouvoir discrétionnaire du législateur s'entend en droit constitutionnel comme la liberté concédée par la Constitution (norme supérieure déterminant le champ de compétence des pouvoirs publics, notamment celle du législateur). Il s'identifie en général aux matières et aux hypothèses prévues de manière imprécise par la norme constitutionnelle. Plus précisément, le pouvoir discrétionnaire du législateur dépend du degré d'indétermination de cette norme. Louis Favoreu notait en effet que « *moins les dispositions constitutionnelles sont précises, plus la liberté du législateur est grande*¹⁶⁵³ ». De même, le pouvoir discrétionnaire du législateur peut naître des lacunes, omissions et silences de la Constitution. Ainsi que l'a souligné le professeur Bockel, « *comme pour le règlement, le pouvoir discrétionnaire du législateur résulte de deux considérations applicables à toute autorité juridique : il existe dès lors que la norme supérieure ne dicte pas sa conduite à l'autorité concernée, et que le juge respecte les choix arrêtés qui ne contredisent pas cette norme*¹⁶⁵⁴ ». De cette comparaison, il faut souligner que l'étude du pouvoir discrétionnaire du législateur a deux intérêts étroitement liés : la détermination de l'étendue de la norme constitutionnelle concédant la liberté au législateur et la question de l'étendue du contrôle juridictionnel.

Ainsi, le pouvoir discrétionnaire du législateur est une conséquence du « rapport de constitutionnalité¹⁶⁵⁵ » qui unit la loi (norme inférieure) à la Constitution (norme supérieure). Or à l'instar du rapport de légalité, celui de constitutionnalité renvoie à deux autres types de rapport : celui de *conformité* et celui de *compatibilité*. Le premier signifie, selon l'analyse de Charles Eisenmann, que la norme inférieure n'est que la simple reproduction, même logique, de la règle supérieure c'est-à-dire sa réalisation concrète. Il exclut, ou du moins réduit la liberté (pouvoir discrétionnaire) de l'autorité qui y est soumise. En revanche, le second dit parfois « *rapport de non-contrariété* » laisse en raison de son indétermination, un vaste champ

¹⁶⁵² Marcel Waline, « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », E.D.C.E., 1956, n° 10, p. 25-33.

¹⁶⁵³ Louis Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », R.I.D.C., 1994/2, p. 566.

¹⁶⁵⁴ Alain Bockel, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », art. cit.

¹⁶⁵⁵ Louis Favoreu, « Le principe de Constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Eisenmann (Charles)*, op. cit., p. 33 et s.

de création à cette autorité car il lui accorde le pouvoir de faire tout ce qui n'est pas défendu¹⁶⁵⁶.

Le rapport de conformité justifie le « contrôle de la constitutionnalité formelle ou externe » de la loi. Il s'agit pour le Conseil constitutionnel d'apprécier si le législateur a exercé pleinement sa compétence (incompétence négative) ou s'il n'a pas excédé sa compétence (incompétence positive) ou encore si la loi a été adoptée conformément à la procédure prévue par la Constitution (respect de la hiérarchie des normes)¹⁶⁵⁷. En raison de la précision des règles constitutionnelles d'édiction, de production et d'abrogation des lois, le législateur semble se trouver dans une position de compétence liée. Le Conseil exerce à cet égard un contrôle de conformité très rigoureux.

Cependant, il en va différemment du contrôle de compatibilité également appelé le « contrôle de constitutionnalité interne ou matérielle ». Il s'agit pour le juge constitutionnel de s'assurer dans ce cas du respect des règles constitutionnelles de fond (droits substantiels ou droits et libertés fondamentaux de l'homme) autres que de compétence et de procédure. En d'autres termes, le juge doit apprécier le contenu de la loi au regard des droits et libertés, normes constitutionnelles matérielles¹⁶⁵⁸. Or, celles-ci sont souvent rédigées selon des formules vagues, indéterminées et parfois contradictoires. Elles laissent par conséquent une grande liberté tant au législateur qu'au juge qui les appliquent ou les interprètent. C'est parce que leur interprétation peut parfois conduire le juge à créer lui-même la règle et donc à faire l'œuvre du constituant que le Conseil constitutionnel refuse souvent de donner lui-même un sens à des règles susceptibles de plusieurs interprétations¹⁶⁵⁹. Ainsi, faute d'une norme constitutionnelle qui édicte une conduite précise au législateur, le principe reste ici la non-contrariété. Ce qui signifie que dès lors que le choix retenu par le législateur ne contredit pas une règle constitutionnelle, la loi est conforme à la Constitution. En se contentant d'une

¹⁶⁵⁶ Charles Eisenmann, « Le droit administratif et le principe de légalité », E.D.C.E., 1957, n° 11, p. 25-40.

¹⁶⁵⁷ Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2010, 9e éd., p. 135 à 152.

¹⁶⁵⁸ Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 141. Selon le professeur Rousseau, le contrôle de constitutionnalité interne ou matérielle nécessite la double interprétation de la part du Conseil constitutionnel : celle des principes et droits constitutionnels et celle du contenu de la loi. Ainsi que l'a noté l'auteur « ce contrôle interne de la loi permet au Conseil constitutionnel de vérifier d'abord si le Parlement n'a pas porté atteinte aux droits et libertés par suite d'une erreur commise sur la signification des principes constitutionnels, sur ce qu'ils permettaient de décider. Poussant plus loin son examen, le Conseil s'assure avec prudence que le législateur n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation des faits et des circonstances sur lesquels il a fondé sa loi ».

¹⁶⁵⁹ Alain Bockel, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », art. cit. p. 43 et s.

absence de contrariété, le juge concilie l'intensité de son contrôle avec la liberté d'appréciation du Parlement.

Si le principe de compatibilité ou de non-contrariété et l'indétermination des normes constitutionnelles conditionnent le pouvoir discrétionnaire du législateur en lui laissant une liberté de choix, ce pouvoir ne se confond pas avec la souveraineté entendue comme un pouvoir illimité et insusceptible d'être soumis à un contrôle juridictionnel. En d'autres termes, le législateur ne dispose plus de la souveraineté parlementaire, il se trouve au contraire dans une situation subordonnée dans la hiérarchie de normes. Ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans la décision du 16 janvier 1982, « *si l'article 34 de la Constitution place dans le domaine de la loi les nationalisations [...], cette disposition tout comme celle qui confie à la loi la détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété ne sauraient dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'Etat*¹⁶⁶⁰ ».

Ce rappel constitutionnel nous permet ici d'apporter une précision. Le pouvoir discrétionnaire peut certes être conçu comme un pouvoir en tant que tel, mais il n'est pas une fin en soi. Il constitue en réalité un moyen de parvenir à un objectif poursuivi par le législateur. Or l'objectif fondamental que la Constitution assigne au législateur est d'une part la réalisation des intérêts de l'individu et de ceux de l'Etat et la conciliation entre les premiers et les seconds d'autre part. Le pouvoir discrétionnaire doit à notre sens s'entendre dans son sens fonctionnel selon lequel, lié par les objectifs constitutionnels déterminés, le législateur reste cependant libre de choisir le moyen d'y parvenir. De même, ce pouvoir ne se traduit en droit public positif que comme une marge de choix enserrée dans certaines limites : réalisation des droits fondamentaux et de l'intérêt général, conciliation entre les droits individuels et l'intérêt collectif.

Le respect de ces limites justifie ainsi le contrôle de proportionnalité exercé par le juge constitutionnel à l'égard du pouvoir législatif discrétionnaire lorsque celui-ci consiste en une exception faite à l'exercice des droits et libertés fondamentaux.

¹⁶⁶⁰ Décision n° 80-132 DC du 16 janvier 1982 Loi de nationalisation, déc. préc., cons. 18.

2. Le contrôle de proportionnalité, limite du pouvoir discrétionnaire du législateur

Pendant longtemps, le contrôle juridictionnel de constitutionnalité ou de légalité était souvent considéré comme incompatible avec la notion de pouvoir discrétionnaire. Défini par la doctrine comme ce qui n'est pas contrôlé, le pouvoir discrétionnaire est ce qui reste quand on a tout contrôlé¹⁶⁶¹. De plus, assimilé à l'opportunité¹⁶⁶², le pouvoir discrétionnaire ne désigne-t-il pas la liberté conférée à une autorité (législateur, administration) de choisir la mesure qui lui paraît opportune sans être contrôlé dans ce choix par un juge ?

Ce raisonnement a souvent été invoqué pour contester le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel. En effet, si la Constitution laisse au législateur une liberté de choix (pouvoir discrétionnaire) des moyens de parvenir à son objectif, le juge constitutionnel ne saurait contrôler ce choix, ni imposer une obligation de proportionnalité sans se mettre lui-même en contradiction avec la norme constitutionnelle. Par ailleurs étant le représentant du peuple, le législateur ne dispose-t-il pas, selon la logique démocratique, de plus de légitimité que le juge constitutionnel pour décider des moyens les plus adéquats et appropriés afin d'atteindre les objectifs qu'il veut réaliser ?

Frappé d'un apparent bon sens, ce raisonnement est selon le professeur Rousseau une condamnation subtile du contrôle de constitutionnalité ou, à tout le moins, une manière habile d'en réduire la portée. Admettant que le contrôle de proportionnalité, lorsqu'il porte sur le choix de moyens (pouvoir discrétionnaire) retenu par le législateur, puisse parfois mettre le Conseil constitutionnel dans une position délicate¹⁶⁶³, le professeur souligne néanmoins que « *toute la question de constitutionnalité se joue sur le moyen. Il est rare, en effet qu'un objectif législatif soit en lui-même contraire à la Constitution : vouloir assurer le respect de l'ordre public, la continuité d'un service public, le pluralisme de l'information [...] sont des objectifs que la Constitution n'interdit pas au législateur de poursuivre*¹⁶⁶⁴ ». En revanche,

¹⁶⁶¹ Léo Hamon, *Le Conseil d'Etat, juge du fait*, cité par Pierre Pacteau, « Discrétionnarité », in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 374.

¹⁶⁶² Pierre Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », art. cit., p. 269 et s ; Danièle Lochak, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 77 et s.

¹⁶⁶³ Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 150. Selon l'auteur, lorsque le Conseil constitutionnel vérifie si les moyens retenus ne sont pas manifestement inappropriés à l'objectif poursuivi par le législateur, il s'engage sur une voie délicate. Le Conseil doit en effet, évaluer, après le législateur, le caractère convenable des moyens et prendre ainsi le risque d'une conclusion différente. Or l'opinion dominante considère que le législateur est d'une part plus compétent et d'autre part, plus légitime que le juge constitutionnel pour déterminer les moyens adéquats à la réalisation de ses objectifs.

¹⁶⁶⁴ Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 150.

c'est au niveau du choix des moyens employés par le législateur que se pose la question d'une possible violation des droits constitutionnels. Par conséquent, c'est au niveau des moyens que le contrôle de proportionnalité prend tout son sens¹⁶⁶⁵. Il en résulte que la marge de choix de moyen accordée au législateur trouve ses limites dans l'obligation de choisir les moyens conformes à la norme constitutionnelle.

En exigeant le caractère adéquat ou approprié du moyen choisi pour atteindre l'objectif, le Conseil constitutionnel fixe ainsi les limites au pouvoir discrétionnaire du législateur. Ce qui signifie que si la Constitution laisse au législateur le libre choix du moyen de parvenir à son but, elle ne l'autorise pas à choisir des moyens déraisonnables, arbitraires ou inadéquats à son but. Le choix arbitraire ou déraisonnable s'entend comme une mesure adoptée au mépris du bon sens, de la règle de droit ou de toute équité¹⁶⁶⁶. A l'instar du pouvoir discrétionnaire de l'administration, celui du législateur doit aussi trouver ses limites dans le respect des droits et libertés individuels garantis par la Constitution. Cette idée a été auparavant développée sous la plume de Marcel Waline : « *le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives est la condition première de toute administration, et donc de la vie de l'Etat. Mais sa limitation est nécessaire pour que l'Etat ne soit pas tyrannique, et pour que les citoyens ne restent pas livrés purement et simplement à l'arbitraire des gouvernants et de leurs agents*¹⁶⁶⁷ ». La pensée de l'auteur s'inscrit à notre sens dans la recherche d'une conciliation équilibrée entre la sauvegarde de la liberté d'appréciation du pouvoir public et celle des droits et libertés des citoyens.

Ainsi, le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire est, selon la majeure partie de la doctrine, non seulement justifié mais aussi indispensable. La conciliation équilibrée ne saurait être assurée, si en s'abritant derrière la liberté de choix, le législateur adopte des mesures arbitraires, abusives et attentatoires aux droits et libertés. Le contrôle de proportionnalité apparaît comme un instrument efficace afin d'enserrer le pouvoir discrétionnaire dans des limites et usages raisonnables. Certes, le législateur peut toujours, en fonction des circonstances et eu égard à ses objectifs, décider librement les mesures qu'il juge

¹⁶⁶⁵ Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 150.

¹⁶⁶⁶ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Arbitraire ».

¹⁶⁶⁷ Marcel Waline, « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », art. cit., p. 23.

adéquates ou opportunes¹⁶⁶⁸. Toutefois, son pouvoir discrétionnaire ne doit pas le conduire à commettre l'excès et l'abus. Ainsi que l'a précisé le Conseil constitutionnel dans la décision du 16 janvier 1982 *Loi de nationalisation* : selon le Conseil, si la nécessité de la loi de nationalisation (besoin de limiter l'exercice du droit de propriété afin de réaliser l'intérêt général) est laissée par la Constitution à l'appréciation discrétionnaire du législateur, cette liberté d'appréciation s'arrête là où commence l'erreur manifeste d'appréciation¹⁶⁶⁹ c'est-à-dire la disproportion. En d'autres termes, le pouvoir discrétionnaire ne confère pas au législateur le droit de commettre l'excès, l'abus de pouvoir ou d'adopter une décision déraisonnable.

Outre sa fonction de limiter le pouvoir discrétionnaire du législateur, le contrôle de proportionnalité est également utilisé par le Conseil constitutionnel comme une technique d'identification d'un seuil d'équilibre auquel est soumise l'exception apportée par le législateur à l'exercice des droits et libertés conflictuels.

B. Le contrôle de proportionnalité comme la formulation d'un seuil d'équilibre

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a priori, lorsque les députés ou sénateurs défèrent une loi devant le Conseil constitutionnel au motif qu'elle porte une atteinte manifestement disproportionnée aux droits et libertés garantis par la Constitution, ils invitent en réalité le Conseil à vérifier si le législateur a respecté le principe de proportionnalité et s'il a réalisé une conciliation équilibrée entre des droits et libertés contradictoires. Il en va de même pour le contrôle de constitutionnalité a posteriori. En effet, pour contester la constitutionnalité d'une loi en vigueur, le particulier requérant soulève souvent l'argument selon lequel le législateur a porté une atteinte excessive à ses droits et libertés fondamentaux et partant méconnu l'exigence constitutionnelle de proportionnalité. Afin de pouvoir se prononcer sur la conformité de la loi, le Conseil constitutionnel doit interpréter la norme de proportionnalité et lui donner une consistance. Plus précisément, le Conseil est amené à

¹⁶⁶⁸ Décision n° 84-179 DC du 12 septembre 1984, J.O. du 14 septembre 1984, p. 2908, Loi relative à la limite d'âge des fonctionnaires, cons. 8 et 17. Le Conseil a en substance rappelé dans cette décision que le législateur peut fixer les règles qui lui paraissent les plus appropriées pour chaque corps.

¹⁶⁶⁹ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, déc. préc., cons. 20. Le professeur Philippe observe que le pouvoir discrétionnaire d'appréciation trouve une limite dans l'erreur manifeste, c'est-à-dire dans la disproportion entre ce pouvoir tel qu'il résulte de la réglementation et son utilisation. Le contrôle de l'absence de disproportion intervient comme limite découlant de la combinaison des normes : il empêche le législateur de faire n'importe quoi. Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, op. cit., p. 148.

déterminer la proportionnalité comme un seuil d'équilibre au regard duquel il apprécie la constitutionnalité de l'exception. A cette fin, les juges constitutionnel et administratif doivent au préalable effectuer une opération de pondération raisonnable des droits et intérêts en conflit (1). Le seuil d'équilibre découlera ensuite de cette pondération (2).

1. La pondération raisonnable des droits en conflit : explication et illustration

Dans le langage courant, la pondération signifie « *l'équilibre entre les masses, les groupes* ». Lorsqu'elle est utilisée en mathématiques, la pondération désigne « *l'affectation d'un coefficient (poids) à une variable, en vue de modifier son influence sur le résultat*¹⁶⁷⁰ ». Pondérer, c'est aussi « *examiner sérieusement, peser, équilibrer, balancer* ». L'adjectif « pondéré » renvoie à « *modéré, raisonnable et réfléchi*¹⁶⁷¹ ».

Le raisonnable est synonyme de « *doué de raison* » et désigne « *celui qui pense selon la raison, se conduit avec bon sens et mesure, d'une manière réfléchie* ». De même, agir raisonnablement renvoie à « *l'action conforme aux lois de la raison, à la logique*¹⁶⁷² ».

Si elles sont consubstantiellement liées au droit, la pondération et l'idée de raisonnable ont souvent suscité des réticences et critiques dans ce domaine. Considérés comme des notions-standard¹⁶⁷³ ou des notions à contenu variable, elles ne semblent pas posséder une consistance juridique définie. De plus, elles obéissent rarement à la logique déductive du syllogisme. C'est ainsi que l'on reproche à la pondération et au raisonnable d'être des notions génératrices d'incertitude juridique¹⁶⁷⁴. Pourtant, ce reproche peut être sérieusement nuancé par deux raisons. D'une part, la pondération et le raisonnable ne créent pas plus d'insécurité juridique que les notions d'intérêt général ou d'ordre public. D'autre part, ils font bien partie

¹⁶⁷⁰ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Pondération ».

¹⁶⁷¹ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit.,

¹⁶⁷² Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Raisonnable ».

¹⁶⁷³ Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1980 ; Danièle Lochak, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 77 et s. Selon l'auteur, l'usage par le Conseil constitutionnel de la pondération et du raisonnable lorsqu'il exerce son contrôle de proportionnalité est empreint de subjectivité et d'incertitude. Ainsi que l'a écrit l'auteur : « l'intégration du flou dans la norme se manifeste ici par une surconsommation de standards de la part du juge constitutionnel ».

¹⁶⁷⁴ Danièle Lochak, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », art. cit.

de la normativité juridique parce qu'ils fournissent un cadre dans lequel s'exerce toute activité juridique¹⁶⁷⁵.

A cet égard, l'analyse de Chaïm Perelman fait encore autorité. Selon l'auteur, l'idée de raisonnable est moins abstraite que la « raison » et plus proche de la « rationalité » du législateur¹⁶⁷⁶. Elle formule ainsi une méthodologie présupposant que le législateur maîtrise la langue qu'il utilise, ainsi que le système dans lequel son œuvre s'insère, qu'il cherche à en sauvegarder la cohérence, *qu'il ne fait rien d'inutile, qu'il adapte les moyens aux fins recherchées*, qu'il raisonne dans un cadre de références admises¹⁶⁷⁷.

Le professeur Corten soulève également l'importance du raisonnable dans le domaine juridique. Le « raisonnable » permet d'après l'auteur de dépasser, par une logique discursive, les nombreuses contradictions en droit international¹⁶⁷⁸. Ce propos vaut à notre sens pour tout système juridique. En effet, le « raisonnable » a une fonction d'adaptation et de résolution des conflits¹⁶⁷⁹. Il peut être utilisé comme un qualificatif d'une opération, un substantif ou un adjectif. Ainsi l'article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce au profit de l'individu le droit d'être jugé dans un *délai raisonnable*¹⁶⁸⁰.

Au regard de ces analyses, il faut donc se convaincre de la juridicité du raisonnable. Celui-ci s'inscrit alors dans l'optique d'une norme de référence en vertu de laquelle le juge peut censurer l'usage déraisonnable d'un pouvoir, fût-il discrétionnaire, ou l'exercice abusif et insensé d'un droit.

La juridicité de la pondération se déduit de son appartenance à la norme de proportionnalité. A côté des deux premiers sous-principes « nécessité » et « adéquation », le troisième sous-principe « proportionnalité stricte » implique en effet que le poids des intérêts en conflit doit être pondéré de manière raisonnable. La pondération a en effet été mise en

¹⁶⁷⁵ Chaïm Perelman, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in Chaïm Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1984, p. 36.

¹⁶⁷⁶ Chaïm Perelman, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », op. cit., p. 36.

¹⁶⁷⁷ Chaïm Perelman, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », op. cit., p. 36.

¹⁶⁷⁸ Olivier Corten, *L'utilisation du raisonnable par le juge international : Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit international, 1997, p. 670.

¹⁶⁷⁹ Olivier Corten, *L'utilisation du raisonnable par le juge international : Discours juridique, raison et contradictions*, op. cit., p. 130 à 155.

¹⁶⁸⁰ L'article 5§3 est ainsi rédigé : « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.C du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience », in Sous la direction de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, op. cit.

exercée dans l'arrêt *Cannabis* rendu le 15 décembre 1970 par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Selon la Cour, « *une mise en balance entre la gravité de l'ingérence et le poids des raisons la justifiant doit respecter les limites du supportable pour les destinataires de l'interdiction*¹⁶⁸¹ ». En d'autres termes, la gravité de l'exception (moyen) doit être pondérée non seulement au regard du poids respectif de l'intérêt recherché c'est-à-dire l'avantage escompté (objectif) mais également par rapport aux conséquences qu'elle entraîne pour des droits individuels.

La pondération a été utilisée par le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence dite « *bilan coût-avantage* » comme une méthode juridique d'appréciation de l'équilibre. L'arrêt *Ville Nouvelle Est* illustre parfaitement l'idée de pondération des intérêts contradictoires. Ainsi l'utilité d'une opération d'expropriation doit être mise en balance avec les atteintes au droit de propriété, avec le coût financier et les inconvénients d'ordre social¹⁶⁸². L'opération d'expropriation ne sera reconnue utile par le juge que si la balance est équilibrée, c'est-à-dire que l'autorité administrative a raisonnablement pondéré les intérêts et inconvénients.

Afin d'établir la conciliation équilibrée, le juge doit opérer lui-même la pondération raisonnable des intérêts en conflit. La pondération juridictionnelle a été illustrée par l'arrêt d'Assemblée du 20 octobre 1972 *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*¹⁶⁸³. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a opéré une pondération de deux intérêts publics opposés : celui de la circulation et celui de la santé publique. La démolition de l'un des bâtiments de l'hôpital est reconnue nécessaire à la construction de l'autoroute et ne constitue pas selon le Conseil d'Etat un inconvénient excessif par rapport à l'avantage attendu de la liaison autoroutière. En revanche, la construction d'une bretelle de raccordement est condamnée parce qu'elle crée des inconvénients excessifs pour l'hôpital et ses patients. Dès lors, le décret d'utilité public n'est annulé que pour la partie prévoyant la construction de la bretelle incriminée tandis que la construction de l'autoroute est reconnue utile. La pondération consiste donc pour le juge administratif à retrancher du projet de construction contesté un élément trop attentatoire à l'un

¹⁶⁸¹ Arrêt rendu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande le 15 décembre 1970, « Cannabis » préc. Voir égal. Sous la direction de Pierre Bon et Didier Maus, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européenne*, op. cit., p.

¹⁶⁸² CE. Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement contre fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*, arrêt préc.

¹⁶⁸³ CE. Ass. 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, rec., p 657 ; R.D.P., 1973, p. 843, concl. Morisot ; note Odent, J.C.P. 1973, II, n° 17470 ; Cabanes et Léger, chron, A.J.D.A., 1972, p. 576.

des intérêts en cause. Elle contribue en ce sens à la détermination de l'équilibre des intérêts opposés¹⁶⁸⁴.

S'inscrivant dans la même optique, le Conseil constitutionnel opère la pondération raisonnable des intérêts en conflit et détermine le rapport d'équilibre. Significative à cet égard est la décision du 20 juillet 1988 *Loi d'amnistie*. Dans cette affaire, les requérants invitaient le Conseil à vérifier si la loi d'amnistie prévoyant la réintégration dans ses fonctions d'un représentant du personnel ou d'un responsable syndical licencié à cause de ses comportements fautifs lors d'une grève a porté une atteinte disproportionnée au droits des tiers et des victimes de ces fautes.

Partant de la prémisse majeure selon laquelle le législateur doit assurer la conciliation équilibrée entre les droits et libertés de chacun et ceux d'autrui, le Conseil déduisait la nécessité de pondérer lui-même les droits conflictuels en cause dans cette loi. A cette fin, il mettait en balance d'un côté les difficultés de l'exercice des missions syndicales justifiant une protection spéciale (amnistie et réintégration) et de l'autre le risque de mettre en cause la liberté d'entreprendre de l'employeur ainsi que la liberté personnelle des salariés (les droits et libertés d'autrui)¹⁶⁸⁵. Il pondérait soigneusement les modalités de la réintégration décidée par le législateur en fonction de la gravité des fautes commises et ayant motivé le licenciement. De cette pondération, seule la réintégration d'un représentant du personnel, d'un responsable syndical qui a commis une faute n'ayant pas le caractère d'une faute lourde était déclarée conforme à la Constitution¹⁶⁸⁶. En revanche le Conseil interdisait au législateur d'étendre cette réintégration à des représentants du personnel ou responsables syndicaux licenciés en raison de faute lourde. D'après le juge constitutionnel, la réintégration des représentants du personnel et responsables syndicaux n'ayant pas commis de faute lourde n'entraînaient pas des conséquences manifestement disproportionnées par rapport à l'objectif d'intérêt général. En revanche, la réintégration des représentants et responsables syndicaux ayant commis une

¹⁶⁸⁴ CE. Ass. 20 octobre 1972, Société civile Sainte Marie, arrêt, préc. En effet, le Commissaire du gouvernement propose au Conseil d'Etat d'inclure dans son contrôle de l'utilité publique l'équilibre réalisé entre les différents intérêts et inconvénients découlant du décret déclaratif d'utilité public.

¹⁶⁸⁵ Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant l'amnistie, J.O. du 21 juillet 1988, p. 9448, cons. 22 à 25.

¹⁶⁸⁶ Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, déc. préc., cons. 25, « considérant dès lors, compte tenu de la conciliation nécessaire qui doit être opérée entre les droits et libertés de chacun et les libertés d'autrui, que la loi d'amnistie peut valablement prévoir qu'un représentant du personnel ou un responsable syndical qui, à l'occasion de l'exercice de fonctions difficiles, a commis une faute n'ayant pas le caractère d'une faute lourde, a droit dans les conditions prévues par la loi, à être réintégré dans ses fonctions ; que les contraintes découlant de cette réintégration ne dépassent pas, par leur étendue, les charges que, dans l'intérêt général, la société peut imposer à ses membres et ne sont pas manifestement disproportionnées par rapport à ce but d'intérêt général ».

faute lourde (abus de droit ou de fonction) imposait tant à l'employeur qu'aux salariés des contraintes excédant manifestement les sacrifices d'ordre personnel ou d'ordre patrimonial qui peuvent être demandés aux individus dans l'intérêt général¹⁶⁸⁷. Cette décision illustre avec éclat l'idée selon laquelle l'équilibre des droits et principes constitutionnels contradictoires peut aussi découler de leur mise en balance effectuée par le juge constitutionnel.

La décision du 5 août 1993 *Contrôle et vérification d'identité*¹⁶⁸⁸ est aussi une illustration des plus topiques de la pondération réalisée par le Conseil constitutionnel. Était en cause dans cette décision la disposition législative autorisant le contrôle d'identité dans une zone de vingt kilomètres entre la frontière terrestre de la France et les États parties à la Convention de Schengen. Cette zone est également autorisée par la loi contestée à s'étendre jusqu'à quarante kilomètres dans certaines conditions. Le juge constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution le contrôle d'identité effectué dans une zone de vingt kilomètres. Ce contrôle d'identité est justifié dans cette zone par la sauvegarde de l'ordre public¹⁶⁸⁹. En revanche, le juge interdit au législateur d'appliquer ce contrôle, en l'absence de justifications appropriées, à la zone s'étendant au-delà de vingt kilomètres¹⁶⁹⁰. La loi n'est donc conforme à la Constitution qu'après avoir été amputée d'un élément jugé trop dommageable pour la liberté individuelle. Cela signifie également que la conciliation législative n'est considérée comme équilibrée qu'après avoir été validée par le juge. En d'autres termes, lorsqu'il vérifie la pondération des intérêts contradictoires opérée par le législateur, le juge constitutionnel peut également être amené à déterminer ce qu'est une pondération équilibrée.

¹⁶⁸⁷ Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie déc. préc., cons. 26, « considérant, par contre, que le droit à réintégration ne saurait être étendu aux représentants du personnel ou responsables syndicaux licenciés à raison de faute lourde ; qu'en effet, dans cette hypothèse, on est en présence d'un abus certain de fonctions ou mandats protégés ; qu'en outre, la contrainte qu'une telle réintégration ferait peser sur l'employeur qui a été victime de cet abus ou qui, en tout cas, n'en est pas responsable excéderait manifestement les sacrifices d'ordre personnel ou d'ordre patrimonial qui peuvent être demandés aux individus dans l'intérêt général ; qu'en particulier, la réintégration doit être exclue lorsque la faute lourde ayant justifié le licenciement a eu pour victimes des membres du personnel de l'entreprise qui, d'ailleurs, peuvent être eux-mêmes des représentants du personnel ou responsables syndicaux ».

¹⁶⁸⁸ Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, Loi relative aux contrôles et vérification d'identité, J.O. du 7 août 1993, p. 11193, cons. 14 et 15.

¹⁶⁸⁹ Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, déc. préc., cons. 15. Selon le Conseil constitutionnel, la prévention des atteintes à l'ordre public ne justifie le contrôle et la vérification d'identité que dans la ligne tracée à vingt kilomètres comprise entre la frontière terrestre de la France et les États signataires de la Convention de Schengen.

¹⁶⁹⁰ Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, déc. préc., cons. 16, « en ménageant la possibilité de porter la limite de la zone frontalière concernée au-delà de vingt kilomètres, le législateur a apporté en l'absence de justifications appropriées tirées d'impératifs constants et particuliers de la sécurité publique et compte tenu des moyens de contrôle dont par ailleurs l'autorité publique dispose de façon générale, des atteintes excessives à la liberté individuelle [...] »

La pondération implique une analyse consciencieuse et équilibrée des circonstances de fait et de droit de la part des juges constitutionnel et administratif. Appliquée au conflit des droits et libertés, elle formule une méthodologie d'appréciation permettant d'aboutir à une conciliation raisonnable et équilibrée. Chaque droit, intérêt en cause est soupesé, comparé en fonction de son poids ou de sa valeur respective dans chaque situation concrète. La rigueur ou l'intensité d'une limitation peut d'ailleurs être pondérée par le juge constitutionnel au moyen des réserves d'interprétation minorant ou neutralisante¹⁶⁹¹. De même, la pondération permet au juge d'enlever de la loi un élément jugé trop attentatoire aux droits, liberté et principes constitutionnels comme l'illustre la décision du 21 février 2008 *Rétention de sûreté*. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel doit mettre en balance l'ensemble d'éléments contradictoires, à savoir : la protection des personnes, l'objectif de lutte contre le récidivisme, la valeur des principes constitutionnels de nécessité, de proportionnalité, et de non-rétroactivité de la loi pénale et la liberté personnelle des personnes auxquelles s'applique la mesure de rétention. La gravité de la rétention est l'espèce pondérée par rapport au principe constitutionnel de non-rétroactivité de la loi pénale, c'est-à-dire qu'après avoir été mis en balance, l'objectif de lutte contre le récidivisme n'a pas un poids tel qu'il justifie l'exception faite au principe constitutionnel de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. Par conséquent, la loi de rétention de sûreté n'est conforme à la Constitution qu'à la condition de ne s'appliquer ni aux personnes déjà condamnées ni aux faits criminels en cours de procès mais commis avant sa promulgation¹⁶⁹². Ainsi que l'a observé Monsieur Turpin « *le juge constitutionnel parvient à valider une loi tout en la vidant de son venin*¹⁶⁹³ ».

La pondération est donc une opération nécessaire à l'obtention d'un seuil d'équilibre auquel est soumise la conciliation des droits et libertés en conflit. Il convient à présent d'expliquer cette idée d'équilibre, élément central de la proportionnalité.

2. La place centrale de l'équilibre dans la détermination de la proportionnalité

Synonyme de « *proportion harmonieuse* », l'équilibre désigne le « *rapport convenable entre des éléments opposés ou juste répartition des parties d'un ensemble* ». Il renvoie dans

¹⁶⁹¹ Voir dans ce sens, Alexandre Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1999.

¹⁶⁹² Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté..., déc. préc., cons. 10.

¹⁶⁹³ Dominique Turpin, « La Constitution et ses juges », in Bertrand Mathieu (dir.), *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 329-344.

son sens large à « *l'état de stabilité ou d'harmonie*¹⁶⁹⁴ ». La stabilité et l'harmonie contenues dans l'idée d'équilibre permettent à notre sens de tempérer l'intensité et la gravité qu'induit intuitivement la notion d'exception. Plus précisément, elles lui confèrent une qualité ou un caractère raisonnable. Ainsi l'exception proportionnée doit aboutir à la conciliation équilibrée des droits opposés. Elle devient en ce sens une bonne proportion affectée à l'exercice des droits et libertés afin de dissoudre leur caractère contradictoire.

S'identifiant certes à un idéal à atteindre, la notion d'équilibre n'en demeure pas moins relative et équivoque. Son appartenance au domaine du droit semble dès lors incertaine. Toutefois, c'est sous la plume de Michel Villey que la juridicité de l'équilibre entendue comme le partage proportionnel ou la conciliation équilibrée est pleinement démontrée¹⁶⁹⁵. Reprenant la conception d'Aristote du droit selon laquelle l'objet du droit est le juste partage des biens et charges, Michel Villey place l'équilibre au cœur de la notion de justice particulière (*to dikaion*). Celle-ci se définit dès lors comme une proportion, un milieu entre deux extrêmes¹⁶⁹⁶. La justice particulière tend à réaliser dans la cité le juste partage des biens et charges extérieurs (droit/devoir). Les proportions équilibrées s'opposent à l'excès et à la démesure. Elles découlent d'une méthode juridique dialectique comme l'a souligné l'auteur : « *l'art juridique use d'une méthode dialectique procédant par confrontation d'exemples, et d'opinions contradictoires, parce que chaque opinion reflète quelque aspect de la réalité. Il s'impose dans tous les procès d'abord d'entendre les plaidoiries des deux adversaires ; et de confronter les thèses opposées des jurisconsultes, dont l'une veut que soit trop attribué, et l'autre pas assez*¹⁶⁹⁷ ».

L'auteur a également explicité le lien consubstantiel entre la réalisation équilibrée des droits et l'idée de pondération. L'équilibre du partage des biens et charges ne s'obtient en effet qu'à partir d'une opération de pondération : « *afin d'atteindre le juste milieu, il faut au juriste ajouter ici et retrancher là. Partant des deux extrêmes chercher le milieu. C'est à partir et à travers les déviations en sens divers des uns et des autres que sera trouvée la voie droite*¹⁶⁹⁸ ». D'après Michel Villey, les droits de l'homme ne peuvent être absolus sauf à encourir le risque de rompre l'équilibre entre les droits opposés et d'être coupé de la réalité. Ainsi que l'a souligné l'auteur : « *selon l'analyse d'Aristote, le droit se découvre par*

¹⁶⁹⁴ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit.

¹⁶⁹⁵ Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige Grands textes, 2008, p. 47 à 55.

¹⁶⁹⁶ Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 52.

¹⁶⁹⁷ Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 53

¹⁶⁹⁸ Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 53

*observation de la réalité sociale, et confrontation de points de vue divers sur cette réalité, parce que le droit, objet de la justice au sens particulier du mot, est précisément ce milieu, la bonne proportion des choses partagées entre les membres du groupe politique. Parce que le droit est proportion, le juge proportionne les choses aux personnes*¹⁶⁹⁹ ». L'équilibre en droit ne s'entend pas au sens mathématique mais au sens de juste milieu entre les deux extrêmes. Il tend vers la réalisation équitable des droits individuels.

Comme que nous l'avons ci-dessus souligné, l'équilibre issu de la pondération raisonnable, donne corps et confère validité voire légitimité à la *limitation* essence intrinsèque de la notion d'exception. On trouve la même idée chez le professeur Lecucq selon lequel la conciliation des droits fondamentaux en conflit est l'opération par laquelle sera décidée la part de ce que le droit fondamental en présence abandonne au profit de la partie adverse. Mais pour que l'opération de conciliation soit licite, elle ne doit pas aboutir à exiger trop. Mieux encore, elle doit être juste, équilibrée au regard des forces en présence et de l'objectif poursuivi par celui qui l'effectue¹⁷⁰⁰.

La conciliation équilibrée à laquelle conduit la norme de proportionnalité s'illustre particulièrement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle s'érige même en condition de la conventionalité d'une ingérence étatique : « *la mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit aménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu*¹⁷⁰¹ ». Le professeur Muzny souligne dans le même sens que la proportionnalité est une technique de recherche du *juste équilibre* par une mise en balance des intérêts opposés¹⁷⁰². L'équilibre obtenu par l'application de la proportionnalité aux conflits des droits et de l'intérêt général¹⁷⁰³ constitue le fondement même du système de la Convention européenne.

¹⁶⁹⁹ Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 97 à 99.

¹⁷⁰⁰ Olivier Lecucq, « Le principe de proportionnalité : simple technique juridictionnelle ou norme de fond. Réflexions tirées du droit constitutionnel des étrangers », in *VIIIe congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel, Mexico 6-10 décembre 2010*, [en ligne], <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/9/170.pdf>

¹⁷⁰¹ C.E.D.H. du 19 février 2004, Jorge Nina Jorge et autres contre Portugal, requête n° 52662/99, § 53 ; C.E.D.H. du 22 janvier 2004 Jahn et autres contre Allemagne, requête n° 46720/99, § 82.

¹⁷⁰² Petr Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 322.

¹⁷⁰³ Pierre Moor, *Systématique et principe de proportionnalité*, selon l'auteur « lorsque sont garanties en même temps les libertés individuelles et, dans une étendue plus ou moins grande, des objectifs de solidarité sociale et de gestion des biens communs ou environnementaux, la proportionnalité manifeste la condition d'un équilibre

Ce bref exposé des fonctions du contrôle de proportionnalité permet d'établir les deux incidences qu'il produit sur la notion d'exception. Premièrement en encadrant le pouvoir discrétionnaire du législateur, c'est-à-dire en enserrant son libre choix de moyens dans les limites et usages raisonnables, le contrôle de proportionnalité a pour effet d'attribuer le caractère raisonnable à la limitation apportée par le législateur à l'exercice des droits et liberté. Plus précisément, l'exception ne peut être excessive ni déraisonnable parce qu'elle a été contrôlée et pondérée par le juge. Deuxièmement, lorsqu'il déclare une exception conforme à la proportionnalité, le juge constitutionnel ou administratif confère non seulement la validité mais également la qualité de conciliation équilibrée à la notion d'exception. Celle-ci apparaît par conséquent comme la concrétisation de la norme constitutionnelle d'équilibre dans la conciliation des droits en conflit.

L'apport de la notion d'exception à la réalisation de l'équilibre des droits et libertés contradictoires mérite à présent de retenir notre attention.

§2. L'apport de l'exception à la réalisation de l'équilibre dans la conciliation des droits antagonistes

A ce stade de cette étude, il convient de rappeler que s'il incombe fondamentalement au législateur de limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux contradictoires afin de les concilier, il doit le faire dans le respect de la norme constitutionnelle de proportionnalité et sous la surveillance du juge constitutionnel. Ce qui signifie que l'exception adoptée par le législateur jouit dans un premier temps d'une présomption de norme d'équilibre. Cette dernière ne devient définitive qu'avec la déclaration de sa conformité à la Constitution. En d'autres termes, l'exception ne peut accéder à la qualité d'une conciliation équilibrée qu'à condition d'être validée par le Conseil constitutionnel en cas de saisine.

Il paraît dès lors judicieux de faire précéder la démonstration de l'apport de la notion d'exception à la conciliation équilibrée des droits et libertés en conflit **(B)** d'un bref exposé sur la notion de validité juridique **(A)**.

entre l'autonomie de chacun et les exigences de l'intérêt général ». Cité par Petr Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 320.

A. La validité de la norme d'exception tient à sa conformité à la règle constitutionnelle d'équilibre

Dans sa *Théorie pure du droit*, l'ordre juridique est conçu par Hans Kelsen comme un système normatif globalement efficace. Le fondement du droit est la validité et non la valeur morale ou philosophique des normes. Selon Hans Kelsen, l'ordre juridique est un système dans lequel les normes se produisent les unes par l'intermédiaire des autres, par la délégation d'un pouvoir supérieur à un pouvoir inférieur. Ainsi, la validité juridique est toujours conditionnelle et relative. Dans cette conception, chaque norme est créée par une norme supérieure et non déduite des idées de justice ou de morale, la validité d'une norme ne pouvant dès lors avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme¹⁷⁰⁴.

Toutefois, l'auteur note que la quête du fondement de validité d'une norme ne peut se poursuivre à l'infini. Elle doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême. En tant que norme suprême, cette norme ne peut, par souci de logique, être *posée* mais seulement *supposée*. En effet, cette norme suprême ne peut plus être déduite d'une norme supérieure sinon elle cesse d'être suprême. Le fondement de sa validité ne peut plus faire l'objet d'une remise en question. L'auteur propose d'appeler cette norme supposée suprême : « *la norme fondamentale (Grundnorm)*¹⁷⁰⁵ ». Ainsi, l'ordre juridique est fondé sur une norme fondamentale hypothétique ou encore sur un « *fait fondamental supposé* ». Bien qu'elle n'appartienne pas au droit positif, cette norme fonde la validité de toutes les autres normes juridiques. La norme fondamentale désigne dans la plupart des systèmes juridiques contemporains la Constitution (ordre juridique français) ou de la Loi fondamentale (l'ordre juridique allemand). Etant le point de départ d'une procédure productrice et créatrice d'un ordre juridique (source de validité), cette norme fondamentale peut être « *statique* ou *dynamique*¹⁷⁰⁶ ».

La validité d'une norme est dite *statique* lorsque le contenu de cette norme découle conformément à celui d'une norme supérieure. Ainsi que l'a expliqué Hans Kelsen : « *dans un système de normes statiques, c'est en vertu de leur fond ou contenu que ses normes sont valables [...] C'est parce que leur validité peut être rapportée à une norme sous le fond de*

¹⁷⁰⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 193.

¹⁷⁰⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 193 et 194.

¹⁷⁰⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 194.

*laquelle leur propre fond se laisse subsumer comme le particulier sous le général*¹⁷⁰⁷ ». A titre d'exemple, la loi interdisant le licenciement (exception à la liberté d'entreprendre) peut être déduite d'une norme constitutionnelle garantissant le droit de chacun d'obtenir un emploi.

La validité d'une norme est dite *dynamique* lorsque cette norme a été édictée conformément à une règle ou à une procédure prévue par la norme fondamentale présumée. Cette dernière ne contient selon les termes de Hans Kelsen rien d'autre que l'institution d'un fait créateur de normes, l'habilitation d'une autorité créatrice de normes ou une règle qui détermine comment doivent être créées les normes générales et les normes individuelles¹⁷⁰⁸. A titre d'exemple, l'article 34 de la Constitution de 1958 habilite le législateur à adopter la loi. Dès lors, l'interdiction de licenciement adoptée par le législateur conformément à des règles procédurales prévues par l'article 34 acquiert la qualité de loi et ce, quelle que soit son intensité ou son étendue c'est-à-dire qu'elle peut être une interdiction générale et absolue. Il s'agit donc d'une validité dynamique découlant de l'unique condition d'être créée, adoptée ou élaborée conformément à la procédure prévue par la Constitution.

A partir de cette observation sur le fondement de la validité des normes, Hans Kelsen déduit qu'il n'y a pas de normes nulles mais seulement des normes annulables. Selon l'auteur, l'assertion qu'une loi valable, une loi en vigueur serait contraire à la constitution, c'est-à-dire inconstitutionnelle (*Verfassungswidrig*) est une *contradictio in adjecto* : car une loi ne peut être valable qu'en vertu de la Constitution. En revanche, « *d'une loi non-valable, on ne peut pas dire qu'elle est contraire à la Constitution : une loi non-valable n'est pas du tout une loi, parce que, juridiquement, elle n'existe pas, par conséquent on ne peut avancer à son sujet aucune assertion juridique*¹⁷⁰⁹ ».

Par « *lois inconstitutionnelles* » il faut entendre d'après Hans Kelsen que ces lois peuvent être abrogées (ou annulées) selon une procédure prévue par la Constitution. Mais aussi longtemps qu'elles ne sont pas abrogées (ou annulées), on doit les traiter comme valables. Et aussi longtemps qu'elles sont valables, elles ne peuvent être contraires à la Constitution¹⁷¹⁰. Sans nier le risque d'incompatibilité entre une norme inférieure avec une norme supérieure, le Maître de Vienne a ainsi noté que la Constitution, pour assurer sa

¹⁷⁰⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 195.

¹⁷⁰⁸ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 196

¹⁷⁰⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 267

¹⁷¹⁰ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 267

prééminence, peut créer un organe chargé de vérifier la constitutionnalité des lois. Cet organe peut dès lors abroger (ou annuler) les lois jugées contraires à la Constitution¹⁷¹¹.

Ce raisonnement sur la validité juridique et l'annulabilité peut s'appliquer à la notion d'exception. La limitation, lorsqu'elle est adoptée par le législateur conformément à la procédure prévue par la Constitution acquiert la validité de loi (validité dynamique). Elle ne peut en aucun cas être qualifiée de violation, d'atteinte ou de contradiction avec la Constitution. Toutefois, cette loi porteuse d'une exception peut être abrogeable (ou annulable) si elle contrevient à la norme constitutionnelle d'équilibre. C'est-à-dire que les Constituants ordonnent d'une part au législateur de concilier de manière équilibrée des droits et libertés contradictoires et habilite d'autre part le juge constitutionnel à abroger la conciliation législative si celle-ci s'avère déséquilibrée. Mais tant que la loi limitant l'exercice d'un droit n'est pas déclarée contraire à la Constitution, elle doit être considérée comme une norme valide, c'est-à-dire une limitation proportionnée porteuse d'une conciliation équilibrée.

Ainsi, le contrôle de proportionnalité s'inscrit dans la conception de validité statique de l'exception. L'idée est la suivante : la Constitution de 1958 subordonne la loi à la fois au respect de procédure (validité dynamique) et au respect des normes de fond ou matérielles (validité statique). Un acte, pour être valablement qualifié de loi, doit être élaboré et adopté selon les règles constitutionnelles de procédure. De même, son contenu doit être conforme aux droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution. Ainsi le contenu d'une exception (son étendue ou son intensité) adoptée par le législateur doit être conforme à la norme d'équilibre prévue par la Constitution. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a priori, le contrôle de proportionnalité permet au Conseil constitutionnel de priver d'existence et de validité une exception législative excessive ou déséquilibrée. De même, le Conseil peut abroger dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a posteriori une loi d'exception en vigueur c'est-à-dire déjà promulguée mais méconnaissant cette norme d'équilibre. Il en résulte qu'aucune atteinte excessive et inconstitutionnelle n'accède à la validité juridique ni ne produit d'effets normatifs. En d'autres termes, l'atteinte excessive est un fait (violation) alors qu'une limitation proportionnée est un acte juridique, une norme incluse dans l'ordre juridique en vigueur.

¹⁷¹¹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 267 et 268.

Rappelons ici le point de départ de notre thèse, qui est d'étudier un phénomène juridique qualifié d'exception, c'est-à-dire d'analyser les normes ou règles d'exceptions c'est-à-dire des normes ou règles de limitation existantes et utilisées par les autorités normatives en droit public positif. Notre objectif consiste à les mettre en ordre cohérent, à expliquer leur signification et à leur donner une définition conceptuelle. Ce qui signifie que nous ne pouvons analyser que les énoncés d'exceptions juridiquement valides et intégrées dans l'ordre juridique en vigueur et à l'égard desquels il est possible d'avancer des assertions juridiques. En effet, une thèse de droit sauf à être historique ne peut avoir pour objet d'analyse que le droit en vigueur et non le droit abrogé ou inexistant. De même, une étude juridique portant sur la notion d'exception en droit constitutionnel ne peut s'appuyer que sur les énoncés d'exceptions juridiquement valides, c'est-à-dire sur les exceptions adoptées selon la procédure prévue par la Constitution (validité formelle) et jugées conformes à la règle constitutionnelle d'équilibre (validité matérielle). Or, si le principe de conformité signifie que la norme inférieure n'est que la reproduction fidèle de la norme supérieure, la norme d'exception appartenant au droit public positif, objet de notre thèse n'est que la concrétisation fidèle de la norme constitutionnelle d'équilibre.

Si l'exposé sur la notion de validité juridique ne suffit pas à convaincre entièrement de l'identité qu'entretient la notion d'exception avec la norme d'équilibre, une explicitation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel permettra d'entériner cette identité.

B. L'apport de la notion d'exception à l'équilibre des droits et libertés conflictuels

L'identité entre la notion d'exception et l'équilibre peut être définitivement entérinée avec l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Une précision s'impose néanmoins au sein de l'étude : il serait vain de recenser ici toutes les décisions rendues par le Conseil constitutionnel concernant l'identité matérielle entre la norme de proportionnalité (équilibre) et la notion d'exception ; nous nous concentrons ici sur la liste des décisions les plus significatives à ce sujet.

Puisque toute exception excessive ou disproportionnée doit être censurée et déclarée contraire à la Constitution (1), c'est alors dans les décisions de conformité que la notion

d'exception devient une norme de limitation juridiquement valide et s'identifie à la réalisation de l'équilibre des droits en conflit (2).

1. La censure de l'atteinte excessive : la conciliation déséquilibrée invalidée et abrogée

Il faut à présent expliciter quelques décisions dans lesquelles la limitation législative a été déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel puis les confronter à l'article 62 de la Constitution. Les dispositions prévues dans cet article 62 règlent en effet les conséquences de l'inconstitutionnalité.

Était en cause dans la décision du 30 décembre 1987 l'article 92 de la loi de finances pour 1988 qui prévoyait une sanction pécuniaire égale au montant des revenus divulgués lors de toute infraction à l'article L. 111 du Livre de procédure fiscale. Cet article interdisait en effet la publication ou la divulgation de la liste des personnes assujetties à l'impôt sur le revenu. Selon les auteurs de la saisine, en établissant une peine qui n'est pas strictement et évidemment nécessaire cet article 92 serait contraire à l'article 8 de la Déclaration de 1789. Ils ont donc saisi le Conseil constitutionnel afin que celui-ci déclare l'article 92 de la loi déferée contraire à la Constitution¹⁷¹².

Il convient de noter que l'article 92 avait pour but de concilier l'exercice de la liberté d'expression avec le droit au respect de la vie privée. Le Conseil constitutionnel devait donc apprécier si la limitation faite à la liberté d'expression était proportionnée à l'objectif de garantir le droit au respect de la vie privée (conciliation équilibrée). Se référant à l'article 8 de la Déclaration de 1789 selon lequel *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires*, le juge constitutionnel a constaté que l'article 92 de la loi des finances pour 1988 en édictant une sanction manifestement disproportionnée contrevenait à cet article 8, norme constitutionnelle d'équilibre. Ainsi que l'a illustré son considérant de principe : *« en prescrivant que l'amende fiscale encourue en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne en violation de l'article L.111 du Livre de procédure fiscale sera, en toute hypothèse, égale au montant des revenus divulgués, l'article 92 de la loi de finances édicte une sanction qui pourrait, dans nombre de cas, revêtir un caractère manifestement*

¹⁷¹² Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988, déc. préc., cons. 13.

*disproportionné*¹⁷¹³». Il en résulte que l'article 92 devait, en tout état de cause, être déclaré contraire à la Constitution.

Dans la décision du 12 janvier 2002 *Loi de modernisation sociale*, le Conseil constitutionnel a réaffirmé que si la liberté d'entreprendre garantie au titre de l'article 4 de la Déclaration de 1789 n'est pas absolue, le législateur ne peut toutefois lui apporter que des limitations proportionnées à l'objectif de garantir le droit de chacun d'obtenir un emploi (préambule de 1946). Il a par conséquent censuré l'article 107 de la loi de modernisation sociale au motif qu'il a porté à la liberté d'entreprendre *une atteinte manifestement excessive* au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi¹⁷¹⁴.

Depuis l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution, la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée et en vigueur peut être contestée devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation c'est-à-dire l'ensemble des juridictions judiciaires et administratives¹⁷¹⁵. Selon l'article 61-1, « *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». Le Constituant confie ainsi au Conseil la compétence de contrôler la constitutionnalité a posteriori des lois. Ce contrôle permet au juge constitutionnel de censurer les exceptions qui n'ont pas été soumises au contrôle de constitutionnalité a priori, ou qui, en raison de changement des circonstances de fait et de droit, auraient pu devenir excessives et donc déséquilibrées.

Significative à cet égard est la décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 *Monsieur Daniel W. et autres [garde à vue]*. Le Conseil constitutionnel a d'abord souligné dans cette décision que les articles 63, 63-1, 63-4 et 77 régissant le régime de garde à vue, introduits par la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 dans le code de procédure pénale n'ont pas été spécialement examinés dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a priori¹⁷¹⁶. Il a ensuite constaté que depuis 1993, les modifications de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus

¹⁷¹³ Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988, déc. préc., cons. 16.

¹⁷¹⁴ Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, déc. préc., cons. 45 à 50.

¹⁷¹⁵ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, J.O. du 11 décembre 2009, p. 21379.

¹⁷¹⁶ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 Monsieur Daniel W et autres, [Garde à vue], J.O. du 31 juillet 2010, p. 14198, cons. 14.

fréquent à la garde à vue et *modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale*. Au vu de l'ensemble de ces éléments, le juge constitutionnel a déclaré le régime de garde à vue contraire à la Constitution. Il convient de citer ici le considérant de principe : « *les articles 62, 63, 63-1, 63-4 alinéa 1^{er} à 6 et 77 du code de procédure pénale n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue, compte tenu des évolutions précédemment rappelées. Ainsi la conciliation entre, d'une part la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée : ces dispositions méconnaissent les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution*¹⁷¹⁷ ».

S'inscrivant dans la même optique, la décision n°2011-208 QPC du 13 janvier 2012 *Consorts B* illustre avec éclat l'idée selon laquelle avec le contrôle de constitutionnalité a posteriori, seule l'exception équilibrée peut conserver sa validité juridique (norme). Sont en cause dans cette décision les articles 374 et 376 du code des douanes en vigueur. L'article 374 autorise la confiscation des marchandises saisies en douane tandis que l'article 376 interdit de manière absolue aux propriétaires des objets saisis ou confisqués de les revendre. Les requérants ont contesté la constitutionnalité de ces dispositions au motif qu'elles portent des atteintes disproportionnées à leurs divers droits garantis (droit de propriété, droit de défense et droit au recours effectif) par la Constitution.

Il convient ici d'expliquer deux étapes de raisonnement aboutissant à la déclaration de l'inconstitutionnalité de ces deux articles 374 et 376. Le Conseil constitutionnel a d'abord constaté qu'en privant le propriétaire de la faculté d'exercer un recours effectif contre la mesure portant atteintes à ses droits (la confiscation des biens), l'article 374 méconnaît l'article 16 de la Déclaration de 1789¹⁷¹⁸. Il a ensuite relevé que l'interdiction faite aux propriétaires de revendre les marchandises confisquées prévue par l'article 376 est certes justifiée parce qu'elle poursuit un objectif d'intérêt général de lutter contre la délinquance douanière mais qu'« *en privant les propriétaires de la possibilité de revendre, en toute hypothèse, les objets saisis ou confisqués, les dispositions de l'article 376 du code des*

¹⁷¹⁷ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 Monsieur Daniel W et autres, déc. préc., cons. 29.

¹⁷¹⁸ Décision n°2011-208 QPC du 13 janvier 2012, Consorts B. [Confiscation des marchandises saisies en douanes], J.O. du 14 janvier 2012, p. 752, cons. 6 : « considérant, en premier lieu, que les dispositions de l'article 374 du code des douanes permettent à l'administration des douanes de poursuivre, contre les conducteurs et déclarants, la confiscation des marchandises saisies sans être tenue de mettre en cause les propriétaires de celle-ci, quand même ils lui seraient indiqués ; qu'en privant ainsi le propriétaire de la faculté d'exercer un recours effectif contre une mesure portant atteinte à ses droits, ces dispositions méconnaissent l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

*douanes portent au droit de propriété une atteinte manifestement disproportionnée au but poursuivi*¹⁷¹⁹ ». Ce qui a amené le juge constitutionnel à déclarer ces deux articles 374 et 376 du code des douanes contraires à la Constitution¹⁷²⁰.

Les décisions dans lesquelles le juge constitutionnel déclare l'exception contraire à la Constitution (norme de proportionnalité) peuvent être citées à loisir, mais il n'est pas de l'intérêt de la démonstration de les recenser de manière exhaustive. Il paraît plus judicieux de s'interroger sur les conséquences des déclarations d'inconstitutionnalité.

Selon l'alinéa 1 de l'article 62 de la Constitution en vigueur, « *une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application* ».

L'alinéa 2 de cet article 62 dispose qu'« *une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ».

Son alinéa 3 énonce que « *les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ».

Les dispositions prévues par cet article 62 appellent deux remarques. Premièrement, lorsqu'une loi est déclarée contraire à la Constitution dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, elle peut être en principe considérée comme abrogée à partir de la date de la décision. Toutefois, cet article 62 prévoit une exception en ce qu'il permet au Conseil constitutionnel de reporter l'abrogation d'une loi inconstitutionnelle à une date ultérieure. Le maintien de cette loi inconstitutionnelle dans l'ordre juridique ne doit pas être considéré comme une violation de la Constitution parce qu'il trouve précisément son fondement ou sa justification dans une disposition constitutionnelle (l'article 62). Cette disposition réserve en effet au juge constitutionnel la possibilité d'aménager les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Selon le professeur Guillaume Drago, le maintien en application d'une

¹⁷¹⁹ Décision n° 2011-208 QPC du 13 janvier 2012 Consorts B, déc. préc., cons. 8.

¹⁷²⁰ Décision n° 2011-208 QPC du 13 janvier 2012 Consorts B, déc. préc., cons. 9.

disposition déclarée inconstitutionnelle est justifiée par la sécurité juridique¹⁷²¹ ou par le souci de ne pas priver certains bénéficiaires des droits nés de la disposition abrogée¹⁷²². Dès lors, nonobstant la déclaration d'inconstitutionnalité, la loi demeure toutefois valide jusqu'à sa date d'abrogation prévue par le juge. L'alinéa 2 de l'article 62 aménage en quelque sorte une exception au principe de constitutionnalité.

Deuxièmement, au regard des alinéas 1 et 3 de l'article 62 de la Constitution une atteinte jugée excessive par le juge constitutionnel peut-elle être considérée comme une norme d'exception juridiquement valide, intégrée dans le droit public français et à l'égard de laquelle il est possible d'avancer des assertions juridiques ? Ou au contraire, une loi portant exception déclarée conforme à constitution peut-elle encore être qualifiée par certains auteurs, de violation, d'anomalie normative ou d'atteinte excessive ? Fidèle à notre approche consistant à analyser la notion d'exception en droit public positif c'est-à-dire un droit en vigueur et produisant les effets juridiques, nous ne pouvons répondre que par la négative.

2. La conformité de l'exception à la norme de proportionnalité : l'équilibre réalisé

Si l'exception est jusqu'ici envisagée comme une notion juridique signifiant la limitation proportionnée c'est-à-dire un seuil d'équilibre permettant la conciliation harmonieuse des droits et libertés en conflit, il convient, à ce stade final de cette thèse, d'entériner définitivement l'identité entre la notion d'exception et celle d'équilibre. Afin d'étayer cette position, il faut citer ici quelques décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel confirme la conformité de l'exception à la norme constitutionnelle de proportionnalité et donc l'identité de la première avec la seconde.

Dans la décision du 13 mars 2003, le Conseil constitutionnel est amené à examiner la conformité de certaines dispositions de la *loi pour la sécurité intérieure*. Selon les députés auteurs de la saisine, en prévoyant des traitements automatisés de données nominatives, les articles 21 à 25 de cette loi portent des atteintes excessives au respect de la vie privée. Ces dispositions méconnaîtraient donc les droits et libertés garantis par la Constitution.

¹⁷²¹ Guillaume Drago, « L'influence de la QPC sur le parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », Jus Politicum, 2011, n° 6, <http://www.juspoliticum.com/L-influence-de-la-QPC-sur-le.html> ou http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP6_Drago_280911.pdf

¹⁷²² Décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2010, Madame Christine D, [Pension de réversion des enfants], J.O. du 26 mars 2011, p. 5404, cons. 6.

Se référant à l'article 2 de la Déclaration de 1789, fondement du droit au respect de la vie privée, le juge constitutionnel rappelle sa jurisprudence traditionnelle en matière de conflit entre la sauvegarde de l'ordre public et l'exercice des droits et libertés. Ainsi « *il appartient au législateur [...] d'assurer la conciliation entre d'une part, la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la protection de principes et de droits de valeur constitutionnelle et, d'autre part, le respect de la vie privée et des autres droits et libertés constitutionnellement protégés*¹⁷²³ ».

Après avoir vérifié le caractère approprié des règles prévues par les articles 21 à 25 afin d'encadrer l'utilisation des traitements automatisés des informations nominatives, le Conseil a déclaré que les garanties prévues par ces dispositions sont de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, *une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée*. Les articles 21 à 25 de la loi pour la sécurité intérieure sont déclarés conformes à la Constitution¹⁷²⁴.

Cette position trouve son prolongement dans la décision du 2 mars 2004 *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*¹⁷²⁵. Est en cause dans cette décision l'article 48 de la cette loi qui crée un fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles. Selon les auteurs de la saisine, cet article est contraire au principe de nécessité des peines et porte atteinte au respect de la vie privée. Après avoir vérifié les procédures apportées par le législateur à l'utilisation de ce fichier, le Conseil constitutionnel a déclaré que l'article 48 a assuré entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, *une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée*. Cet article 48 est déclaré conforme à la Constitution parce qu'il ne porte aucune atteinte excessive ni au respect de la vie privée, ni aux exigences de l'article 9 de la Déclaration de 1789¹⁷²⁶ c'est-à-dire qu'il n'est pas d'une rigueur non nécessaire.

¹⁷²³ DC n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, déc. préc. cons. 20.

¹⁷²⁴ DC n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, déc. préc., cons. 27.

¹⁷²⁵ DC n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, déc. préc., cons. 4.

¹⁷²⁶ DC n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation..., déc. préc., cons. 87 et 88 ; voir égal. DC n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, J.O. du 24 janvier 2006, p. 1138, cons. 21 : « considérant qu'en regard aux finalités que s'est assignées le législateur et l'ensemble des garanties qu'il a prévues, les dispositions contestées sont propres à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée ».

Lorsqu'il doit se prononcer sur la question particulièrement sensible concernant le conflit entre le droit à la vie consubstantiellement liée à la dignité de la personne humaine et la liberté de la femme, le juge vérifie en fait le respect législatif de la norme constitutionnelle d'équilibre entre deux droits d'égale valeur. Ainsi que l'illustre le considérant de principe dans la décision du 27 juin 2001 *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* : « en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption de grossesse lorsque la femme enceinte se trouve, du fait de son état, en situation de détresse, la loi n'a pas [...] rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part la sauvegarde de la dignité de la personne humaine [...] et d'autre part la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789¹⁷²⁷ ».

La décision n° 2012-232 QPC du 13 avril 2012, *Monsieur Raymond S*¹⁷²⁸ s'inscrit dans la même optique. Le requérant conteste dans cette décision la constitutionnalité de l'alinéa 1 de l'article L. 1235-14 du code du travail au motif que cette disposition, en instaurant une distinction entre les salariés de moins de deux ans d'ancienneté et les autres salariés, crée une discrimination et partant méconnaît le principe d'égalité. Elle porte de surcroît atteinte au droit d'obtenir un emploi garanti par la Constitution¹⁷²⁹.

Se référant à l'article 6 de la déclaration de 1789 selon lequel *la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse*, Le Conseil constitutionnel rappelle classiquement que cet article ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente les situations différentes pour des motifs d'intérêt général et à condition que la différence de traitement soit en rapport direct avec la loi. Quant au droit de chacun d'obtenir un emploi, celui-ci doit selon le juge être concilié avec la liberté d'entreprendre. Au vu de ces éléments, le Conseil constitutionnel a déclaré qu'en réalisant une conciliation équilibrée entre les droits et libertés contradictoires l'alinéa 1 de l'article L. 1235-14 du code du travail n'est contraire ni au principe d'égalité, ni au droit de chacun d'obtenir un emploi. Ainsi que l'illustre son considérant de principe : « l'article L. 1235-11 prévoit que, l'absence de respect des exigences relatives au plan de reclassement des salariés en cas de procédure de licenciement pour motif économique a pour conséquence une poursuite d'un contrat de travail ou une nullité du licenciement des salariés [...] ; l'alinéa 1 de l'article 1235-14 exclut toutefois

¹⁷²⁷ DC n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse et de la contraception*, J.O. du 7 juillet 2001, p. 10828, cons. 5.

¹⁷²⁸ Décision n° 2012-232 QPC du 13 avril 2012, M. Raymond S. [Ancienneté dans l'entreprise et conséquence de la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi], J.O. du 14 avril 2012, p. 6886.

¹⁷²⁹ Décision n° 2012-232 QPC du 13 avril 2012, M. Raymond S, déc. préc., cons. 2.

l'application de cette disposition pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise ; en retenant un critère d'ancienneté du salarié dans l'entreprise , le législateur s'est fondé sur un critère objectif et rationnel en lien avec l'objet de la loi ; en fixant à deux ans la durée de l'ancienneté exigée, il a opéré une conciliation entre le droit d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre qui n'est pas manifestement déséquilibrée ; dès lors il n'a méconnu ni le principe d'égalité devant la loi ni l'alinéa 5 du préambule de 1946¹⁷³⁰ ».

Au vu de ces explications, seule la limitation équilibrée peut être qualifiée de norme d'exception. En revanche, une limitation déséquilibrée ou excessive sera jugée contraire à la Constitution et ne pourra pas prétendre à la qualité de norme d'exception. Dès lors, l'identité entre la notion d'exception et celle d'équilibre doit être définitivement entérinée. Loin d'être une atteinte ou une violation des droits de l'homme ou une anomalie juridique, la notion d'exception en droit public français ne peut désigner autre chose que la limitation proportionnée permettant la réalisation de l'équilibre des droits et libertés antagonistes.

En résumé, il convient d'écarter définitivement le préjugé selon lequel l'exception est sinon une atteinte aux droits et libertés fondamentaux, du moins un droit anormal, exorbitant ou un droit de privilège. Consubstantiellement liée à la proportionnalité, la notion d'exception s'identifie au juste milieu, à un seuil d'équilibre et à une bonne proportion affectée à l'exercice des droits et libertés afin d'éviter leur collision. Outil indispensable à la résolution de conflit des normes (antinomies), elle permet la coexistence harmonieuse au sein d'un ordre juridique unitaire des droits et libertés contradictoires.

L'apport de cette notion à l'équilibre des droits et libertés contradictoires doit dès lors être affirmé sans hésitation. L'exposé de la jurisprudence du Conseil constitutionnel nous a permis de confirmer cet apport. Si dans la conception de l'Etat de droit et de la justice constitutionnelle, l'exception adoptée par le législateur est seulement présumée être une limitation proportionnée (la validité de la loi est provisoire parce qu'elle peut être annulable ou abrogeable dans le cadre du contrôle de constitutionnalité) porteuse de conciliation équilibrée, cette présomption devient irréfragable lorsque le juge constitutionnel a déclaré la conformité de l'exception à la Constitution c'est-à-dire à la proportionnalité. La déclaration

¹⁷³⁰ Décision n° 2012-232 QPC du 13 avril 2012, Monsieur Raymond S., déc. préc., cons. 4 et 5.

constitutionnelle de conformité vaut non seulement la reconnaissance définitive de la validité juridique de la notion d'exception mais également sa qualité de norme d'équilibre.

Etant la limitation proportionnée entendue comme la conciliation équilibrée des droits et libertés en conflit, la notion d'exception ne concerne en réalité que l'organisation, les conditions et l'aménagement de l'exercice des droits et libertés fondamentaux. N'affectant nullement leur existence, ni leur essence, elle n'est qu'un seuil d'équilibre et demeure dès lors parfaitement compatible avec la notion des droits intangibles. C'est cette compatibilité qu'il faut à présent expliquer.

Section 2. La compatibilité de la notion d'exception avec les droits intangibles

Confrontée à la tendance contemporaine d'absolutisation des droits de l'Homme illustrée par l'énoncé des droits fondamentaux qualifiés d'indérogeables et d'intangibles¹⁷³¹, la notion d'exception définie comme la limitation de l'application stricte des droits et libertés de l'individu n'est pas loin de relever du « politiquement incorrect ». De même, n'encourt-elle pas le risque d'être démentie ou rendue fautive par la présence de ces droits intangibles dans notre droit public ? Par ailleurs, en montrant que loin d'être menaçante pour les droits et libertés de l'homme, la notion d'exception permet de les équilibrer, notre thèse ne s'inscrit-elle pas dans une démarche de justification de certaines législations jugées par la majeure partie de la doctrine attentatoires à ces droits et libertés ?

Si la réponse négative doit ici s'imposer, elle n'est, en raison de la très forte dimension idéologique et militante entourant les droits de l'homme intangibles, convaincante et acceptée qu'à condition d'être solidement argumentée par des analyses tirées exclusivement du droit positif. A cette fin, il est impératif d'exposer ici les contours de la notion de droits intangibles dont la confrontation avec la notion d'exception (§1) permet d'explicitier leur compatibilité (§2), et leur coexistence harmonieuse.

¹⁷³¹ Frédéric Sudre, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y-a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'Homme ? », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 381-398.

§1. La confrontation de la notion d'exception à la notion de droits intangibles

Selon le dictionnaire Le Petit Robert, l'adjectif « *intangible* » désigne « *quelque chose que l'on ne peut toucher, à quoi on ne doit porter atteinte, que l'on doit maintenir intact* ». Le substantif « *intangibilité* » évoque « *l'état de ce qui est intangible, de ce qui est ou doit être maintenu intact*¹⁷³² ». Synonyme d'« *inviolable et sacré*¹⁷³³ » la chose intangible requiert un respect absolu.

Il convient à présent de se demander si ce terme « *intangible* » employé dans le langage juridique signifie l'idée d'un *droit absolu*, c'est-à-dire un droit ne souffrant aucune limitation dans les conditions et modalités de son exercice ou de son application. Eu égard à l'état actuel du droit positif, la réponse affirmative ne semble pas totalement certaine et dépourvue d'équivoque. Ainsi, l'assimilation d'un droit intangible à un droit absolu ne devrait pas être accueillie sans discussion. Cependant, si l'intangibilité d'un droit ou d'un principe ne paraît pas signifier que ces droit et principe sont absolus et ne souffrent aucune limitation, ni aucune restriction, il est légitime de se demander si l'expression « *droit intangible* » désigne autre chose que la norme absolue et peut dès lors s'accommoder de la notion d'exception. La réponse à cette question nécessite de rappeler les contours de la notion des droits intangibles (A) dont la concrétisation n'exclut pas totalement la notion d'exception (B).

A. L'explicitation des droits intangibles

Bien qu'ils soient nombreux et découlent de plusieurs textes internationaux et nationaux, notre analyse se limite d'une part aux droits intangibles énoncés par la Convention européenne des droits de l'Homme (1) et au principe de la dignité humaine énoncé dans certains textes européens et consacré par le Conseil constitutionnel d'autre part (2). Cette limite n'est pas arbitraire mais justifiée par la particularité de ces droits et principes. En effet, ceux-ci, à la différence d'autres droits internationaux également intangibles certes, mais insusceptibles d'être invoqués dans un recours individuel devant les juridictions nationales, s'appliquent directement à des individus.

¹⁷³² Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Intangibilité et Intangible ».

¹⁷³³ Ibid.

1. Les droits intangibles conventionnels

Fruits d'une distinction énoncée par l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), certains droits sont ensuite qualifiés tant par les juges de la Cour européenne que par la doctrine d'intangibles, d'indérogeables et d'absolus¹⁷³⁴. Ainsi, il est judicieux de faire précéder l'explication des droits intangibles d'un bref exposé de cet article 15.

Qualifié tantôt de clause échappatoire¹⁷³⁵, tantôt de clause de suspension¹⁷³⁶, l'article 15 permet aux Etats signataires de la Convention d'aménager l'application de leurs obligations conventionnelles en des circonstances exceptionnelles. L'alinéa 1 de cet article 15 prévoit en effet qu'« *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie Contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* ».

L'alinéa 2 de cet même article 15 tempère néanmoins cette possibilité de dérogation en ces termes : « *la disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'acte licite de guerre et aux articles 3,4 (§1) et 7* ».

Si certains auteurs infèrent de cet article 15 l'idée d'une hiérarchie matérielle des droits fondamentaux¹⁷³⁷, d'autres en déduisent l'existence des droits intangibles entendus comme des droits insusceptibles de recevoir dérogations et exception¹⁷³⁸. Il faut à présent établir la liste des droits intangibles en analysant les articles 2, 3, 4(§1) et 7 de la Convention, sources de ces droits intangibles et absolus.

¹⁷³⁴ C.E.D.H., arrêt du 18 janvier 1978, Irlande c/ Royaume-Uni, req. n°.5310/71, Série A, § 163, La Cour déclare que « la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains et dégradant, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 ne prévoit pas de restriction, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et de ses protocoles [...] »

¹⁷³⁵ Paul Tavernier, « Commentaire de l'article 15 », in Sous la direction de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 2e éd., p. 489-503.

¹⁷³⁶ Rusen Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles : étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 39 et s.

¹⁷³⁷ Mustapha Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de la convention européenne des droits de l'homme, 2011, p. 47 et s. ; voir égal. Constance Grewe et Hélène Ruiz-Fabri, *Droit constitutionnel européen*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1995, p. 164 et s., § intitulé « L'établissement d'une hiérarchie matérielle : le degré d'intangibilité des droits fondamentaux ».

¹⁷³⁸ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, Pédone, 2004, p. 70 et part. p. 118 à 127.

Le §1 de l'article 2 de la CEDH énonce le droit à la vie en ces termes : « *le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi* ».

Le §2 de l'article 2 apporte néanmoins les limitations à ce droit à la vie en prévoyant la possibilité pour les Etats de lui porter atteinte. Selon ce §2 « *la mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire* :

- a. pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;*
- b. pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;*
- c. pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ».*

En prohibant la torture en ces termes : « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* », l'article 3 semble énoncer au profit de l'individu un droit inconditionnel de ne subir ni la torture, ni les peines ou traitements inhumains et dégradants. Il s'agit du droit au respect de son intégrité physique et morale. Ce droit est, selon le professeur Sudre, absolu puisque l'article 3 ne ménage aucune exception. *Le droit qu'il garantit ne peut faire l'objet ni de limitation pour cause d'ordre public dans son exercice, ni même de dérogation* (article 15 de la Convention)¹⁷³⁹. L'auteur note par ailleurs que l'Etat ne peut suspendre ni la jouissance, ni l'exercice de ce droit même en cas de guerre ou de danger public exceptionnel menaçant la vie de la nation. En d'autres termes, l'interdiction de la torture figure d'après le professeur incontestablement parmi les rares normes impératives du droit international des droits de l'homme, énonçant des droits « *absolus*¹⁷⁴⁰ ».

En proscrivant l'esclavage, la servitude et le travail forcé et obligatoire, l'article 4 est quasi unanimement considéré comme ayant édicté un droit absolu de ne pas être tenu en esclave. En effet, le §1 de cet article 4 énonce que « *nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude* ». Son §2 dispose que « *nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou*

¹⁷³⁹ Frédéric Sudre, « Commentaire de l'article 3 », in Sous la direction de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, op. cit., p. 155 et s. Voir égal., même auteur, *Torture et traitements inhumains et dégradants (Interdiction de la torture)* in Andriantsimbazovina et al., *Dictionnaire des droits de l'homme*, op. cit., p. 735 et s.

¹⁷⁴⁰ Frédéric Sudre, « Commentaire de l'article 3 », art. cit., p. 155.

obligatoire ». Son §3 apporte cependant les exceptions à ces deux droits lorsqu'il précise que « *n'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire » au sens du présent article :*

a. tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle ;

b. tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteur de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, un autre service à la place du service militaire obligatoire ;

c. tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté ;

d. tout travail ou service formant partie des obligations civiques normales ».

Enfin, l'article 7 semble garantir de manière absolue le principe de légalité des délits et des peines et donc le droit de ne pas être condamné par des lois pénales rétroactives. D'après le §1 de l'article 7 « *nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ».

Son §2 excepte toutefois de cette interdiction des cas suivants : « *le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* ».

Ainsi, la lecture et l'interprétation combinant l'article 15§2 avec les articles 2, 3, 4§1 et 7 de la Convention ont permis, selon une partie de la doctrine, de cerner une catégorie des droits intangibles et absolus¹⁷⁴¹. Outre les observations du professeur Sudre relatives à l'article 3 ci-dessus expliquées, le professeur Malinverni note pour sa part que l'article 4 ne

¹⁷⁴¹ Frédéric Sudre, « Quel noyau intangible des droits de l'homme », in Sous la direction de Denis Maugeness et Paul-Gérard Pougoué, *Droits de l'Homme en Afrique centrale - Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994)*, Paris, Karthala, coll. Hommes et sociétés, 1996, p. 267-275 ; voir également du même auteur, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y-a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'Homme ? », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 381-398 ; Mustapha Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 55 et s. ; Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 70. L'auteur évoque la distinction entre droits absolument intangibles et droits relativement intangibles.

peut être soumis à aucune restriction¹⁷⁴². Quant au principe de légalité des délits et des peines, le professeur Rolland le considère également comme droit absolu. Ainsi que l'a souligné l'auteur : « *l'intérêt pratique de la proclamation de l'article 7 de la Convention réside peut-être essentiellement dans le caractère absolu qui lui est conféré : l'article 15§2 interdit toute dérogation, y compris en cas de guerre ou de danger menaçant la vie de la nation*¹⁷⁴³ ».

Au vu de ces dispositions énoncées dans la Convention et les explications de la doctrine, la catégorie des droits intangibles semble couvrir quatre droits : le droit à la vie (article 2), le droit de ne pas subir la torture (article 3), le droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude (article 4§1) et enfin, le droit de ne pas être condamné par la loi pénale rétroactive (article 7). Par ailleurs, il faut noter que les termes « *intangible* et *indérogeable* » sont dans ce contexte et pour ces auteurs utilisés comme synonymes d'« *absolu* », d'« *inconditionnel*¹⁷⁴⁴ ». Ainsi, le droit intangible est un droit absolu et ne souffre aucune exception¹⁷⁴⁵. Le caractère absolu est, pour certains auteurs, d'autant plus justifié et ne doit pas être l'objet de critique ni de réticence qu'il contribue à garantir le principe absolu de la dignité humaine. Ce raisonnement signifie implicitement que puisque la dignité humaine est absolue, dès lors tous les droits qu'elle engendre ou crée sont eux-aussi absolus. Apparemment logique et porteur d'idéalisme, ce raisonnement ne reflète toutefois pas avec exactitude l'état du droit positif. Afin de justifier notre propos, un bref retour sur le principe de dignité de la personne humaine inscrit dans certains textes européens et internationaux et consacré par le juge constitutionnel s'avère nécessaire.

2. *Le principe constitutionnel de dignité de la personne humaine*

Sans être explicitement énoncée par les Constituants, la dignité de la personne humaine n'en demeure pas moins la norme fondamentale de l'ordre juridique français. Ainsi

¹⁷⁴² Giorgio Malinverni, « Commentaire de l'article 4 », in Sous la direction de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, op. cit., p. 178 et s.

¹⁷⁴³ Patrice Rolland, « Commentaire de l'article 7 », in Sous la direction de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, p. 293 et s.

¹⁷⁴⁴ Frédéric Sudre, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y-a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'Homme ? », art. cit., p. 382 ; du même auteur, « Quel noyau intangible des droits de l'homme », art. cit. p. 268 et s ; Mustapha Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 47 et s.

¹⁷⁴⁵ Robert Kolb, « *Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation positive et négative », R.G.D.I.P., 2005/109, p. 305-330.

que l'a souligné le professeur Mathieu : « *si l'on prend la structure des droits fondamentaux sous la forme d'une pyramide renversée, la dignité représenterait la pointe de cette figure*¹⁷⁴⁶ ». Essence même de l'homme, la dignité de l'être humain s'impose comme la valeur suprême dans la société humaine. Outre sa fundamentalité intrinsèque, la dignité est également hissée au rang de principe à portée universelle par les textes internationaux et conventionnels. Ainsi, il paraît judicieux de faire précéder l'exposé des contours de la dignité humaine en droit français **(b)** d'un bref rappel de ces textes internationaux et européens **(a)**.

a. Les textes internationaux et européens énonçant la dignité humaine

Précurseur en la matière, l'article 22 de la Déclaration universelle des droits de l'homme déclare en substance que « *toute personne en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité [...]*¹⁷⁴⁷ ».

Le préambule du Pacte international sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966 auquel la France a adhéré énonce également la dignité humaine en ces termes : « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. Ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine*¹⁷⁴⁸ ».

Bien qu'elle ne soit pas expressément énoncée par la Convention européenne des droits de l'homme, la dignité humaine n'en demeure pas moins présente. En effet, l'article 3 de la Convention interdit les traitements inhumains et dégradants. La Cour européenne a par ailleurs explicitement affirmé dans son arrêt du 22 novembre 1995 *S.W. c/ Royaume-Uni* que « *l'essence même de la Convention est le respect de la dignité et de la liberté humaines*¹⁷⁴⁹ ».

S'inscrivant dans la même optique, la Cour de justice de l'Union européenne affirme en substance dans son arrêt du 14 octobre *Omega* que « *l'ordre juridique communautaire tend*

¹⁷⁴⁶ Bertrand Mathieu, « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel », in Alain SERIAUX (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1996, p. 212-236.

¹⁷⁴⁷ L'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 source, www.un.org/fr/documents

¹⁷⁴⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, source, www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm ; Voir aussi, Emmanuel Decaux (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011..

¹⁷⁴⁹ C.E.D.H. 22 novembre 1995 SW c/ Royaume-Uni, req. n° 20166/92, Série A, n°335-B, § 44.

indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que le principe général du droit ». Le respect de la dignité humaine permet aux autorités nationales d'apporter une exception à la liberté économique garantie par le droit communautaire. Ainsi l'interdiction par les autorités allemandes de la vente et de la commercialisation des jeux simulant des actes homicides (laserdrome) est justifiée par la protection de la dignité humaine¹⁷⁵⁰.

Il faut ajouter à cette liste le chapitre 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne entièrement dédié à la dignité. Son article 1^{er} énonce que « *la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée*¹⁷⁵¹ ».

Telle qu'elle est énoncée par ces textes internationaux et européens, la dignité semble s'ériger en principe et droit à portée absolue. Il faut à présent se demander si elle possède la même portée en droit français, notamment dans la jurisprudence constitutionnelle.

b. La dignité de la personne humaine consacrée par le Conseil constitutionnel

La Déclaration des droits de 1789 ainsi que le préambule de 1946 semblaient omettre d'énoncer en des termes explicites la dignité humaine. Cette omission n'a été corrigée qu'avec la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 27 juillet 1994 à l'occasion de l'adoption des lois relatives à la bioéthique¹⁷⁵².

Afin de savoir s'il existe des normes constitutionnelles encadrant le législateur lorsqu'il adopte des lois régissant les attributs du corps humain et le respect de la vie humaine, le juge constitutionnel a dû faire une interprétation constructive et audacieuse du préambule de la constitution de 1946. En partant des termes de ce préambule : « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain,*

¹⁷⁵⁰ CJCE, 14 octobre 2004 Omega, affaire C-36/02, voir égal., Caroline Picheral et Hélène Surrel, « Droit communautaire, droits fondamentaux », Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, R.T.D.H., 2005, p. 649 et s.

¹⁷⁵¹ La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, source, www.europarl.europa.eu

¹⁷⁵² Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal, (Bioéthique) J.O. du 29 juillet 1994, p 11024 ; voir note Bertrand Mathieu et SC, Dalloz 1995, Jurisp., p. 237, p. 299 obs., Louis Favoreu ; R.F.D.A., 1994, p. 1019, commentaire Bertrand Mathieu, Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science ; R.D.P., 1994, p. 1647 commentaire François Luchaire.

sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés », le juge déduit que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle*¹⁷⁵³ ». Ainsi, le législateur doit désormais garantir le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine. La garantie législative est prévue par l'article 16 du Code civil issu de la loi du 29 juillet 1994 qui énonce que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* »

Si cette décision a, selon les termes de la doctrine, constitutionnalisé la sauvegarde de la dignité de la personne humaine¹⁷⁵⁴, il convient de se demander si elle lui a aussi conféré une portée absolue entendue comme une exclusion totale de toute exception. Par ailleurs, si la dignité de la personne humaine est absolue, en va-t-il de même pour les droits qu'elle crée au profit de l'être humain ? Ces questions mettent en réalité la notion d'exception à l'épreuve des droits et principe qualifiés d'intangibles ou d'absolus. Ceux-ci excluent-ils et contredisent-ils vraiment cette notion ? La réponse ne peut y être apportée qu'en confrontant l'exception aux droits absolus, puisqu'engendrés par le principe de la dignité humaine.

B. La notion d'exception confrontée à des droits intangibles

Confrontation signifie « *l'action de confronter, c'est-à-dire mettre en présence [deux ou plusieurs personnes] dont les déclarations ne sont pas concordantes pour expliquer les contradictions de leurs versions*¹⁷⁵⁵ ». Confronter c'est *comparer d'une manière suivie, point par point*¹⁷⁵⁶ deux (ou plusieurs) choses.

Confronter l'exception avec les droits intangibles revient à mettre le contenu matériel et intrinsèque de la première en face de celui des seconds afin de déterminer leur compatibilité ou leur incompatibilité. Cette opération de comparaison nécessite à ce stade de l'étude d'identifier les contours et contenu de la notion des droits intangibles. Or, à l'analyse, ceux-ci

¹⁷⁵³ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, déc. préc., cons. 2.

¹⁷⁵⁴ Véronique Gimeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine : dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 44 et s. L'auteur parle de l'intégration du principe de dignité de la personne humaine dans le droit constitutionnel positif.

¹⁷⁵⁵ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Confrontation/ Confondre ».

¹⁷⁵⁶ Ibid.

s'avèrent incertains et équivoques (1). Ainsi, si le principe de dignité humaine et certains droits intangibles font l'objet d'énoncés absolus, leur exercice et concrétisation n'en demeurent pas moins relatifs en ce qu'ils s'accommodent de l'exception (2).

1. Les contours incertains de la notion de droits et principes intangibles

Il convient de rappeler ici les sens et significations des deux termes « *absolu* » et « *inconditionnel* » utilisés par la doctrine comme synonymes d'intangibles.

S'il évoque *lato sensu* quelque chose « *qui ne comporte aucune restriction, ni réserve* », l'absolu employé en philosophie désigne « *ce qui existe indépendamment de toute condition ou de tout rapport avec autre chose*¹⁷⁵⁷ ». La locution « *dans l'absolu* » renvoie à « *ce qui ne tient compte ni des conditions, ni des circonstances* ». C'est en ce sens que l'absolu est synonyme de « *l'inconditionnel qui ne dépend d'aucune condition*¹⁷⁵⁸ ».

Ainsi, l'identification des contours et contenu des droits intangibles nous permet de savoir si ceux-ci sont vraiment absolus c'est-à-dire s'ils existent indépendamment de tout rapport avec autre chose et s'ils ne tiennent compte ni des conditions, ni des circonstances dans lesquelles ils se trouvent.

C'est parce que la dignité de la personne humaine est considérée tantôt comme le principe producteur, tantôt comme la source créatrice des autres droits de l'homme intangibles¹⁷⁵⁹ que ses contours méritent à notre sens d'être précisés en priorité (a). S'ensuivra ensuite l'examen des autres droits intangibles, subséquents de la dignité humaine (b).

¹⁷⁵⁷ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Absolu/Inconditionnel ».

¹⁷⁵⁸ Ibid.

¹⁷⁵⁹ Bertrand Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », Dalloz, 1996, chron., p. 282 et s. Le professeur souligne en effet que la dignité de la personne humaine est à l'origine des droits qui sont reconnus à l'homme, elle est le principe matriciel par excellence ; Véronique Gimeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine : dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, op. cit., p. 225 et s. L'auteur met en exergue le lien consubstantiel entre la dignité humaine et le droit à la vie. Voir également, Xavier Bioy, « La dignité : une question de principe », in Simone Gaboriau et Hélène Pauliat (dir.), *Justice, éthique et équité, actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004*, Presse universitaire de Limoges, 2006, p. 47 et s.

a. La dignité de la personne humaine, un principe à contenu variable

Si la décision constitutionnelle du 27 juillet 1994 a reconnu la valeur constitutionnelle au principe de dignité de la personne humaine, elle n'a en revanche ni défini ni précisé le contenu de ce principe. Attribut essentiellement philosophique inhérent à l'homme, la dignité humaine semble rebelle à toute conceptualisation. A la question précise « *qu'est-ce que la dignité de la personne humaine ?* », la réponse peut en effet être multiple et variable selon que l'on adopte d'un point de vue axiologique ou fonctionnel. De même, le nombre d'études et de propositions de définitions dédiés au principe de dignité humaine n'a d'égal que le mystère et l'imprécision qui l'entourent, si bien que la dignité humaine paraît selon le professeur Cayla comme le plus flou des concepts¹⁷⁶⁰. L'absence d'un contenu précis est sinon une mise en doute, du moins un facteur d'affaiblissement du caractère absolu de la dignité humaine.

Nonobstant ces équivoques, le principe de dignité de la personne humaine peut toutefois être globalement défini comme *le droit d'un homme de ne pas être traité comme un objet ou une chose*¹⁷⁶¹. Ce droit a pour corollaire l'interdiction de traiter ou utiliser l'homme comme un objet. Cette définition était sous jacente dans l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 27 octobre 1995 *Commune de Morsang-sur-Orge* qui interdisait le jeu de « lancer de nain » consistant à utiliser les personnes de petite taille comme des projectiles¹⁷⁶². On trouve la même idée sous la plume du professeur Mathieu : « *le principe de dignité est juridiquement utilisé comme une interdiction faite d'instrumentaliser autrui, de le traiter comme un objet, cette interdiction n'étant pas levée par le consentement de l'intéressé*¹⁷⁶³ ». L'auteur souligne par ailleurs que « *la dignité n'est conditionnée que par humanité de l'être qu'elle protège. Aucune autre considération, tenant à la qualité de la vie de cet être, à ses caractéristiques*

¹⁷⁶⁰ Olivier Cayla, « La dignité humaine », le plus flou des concepts, in *Le Monde*, 31 janvier 2003.

¹⁷⁶¹ Bertrand Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », art. cit., p. 284-285 ; Même auteur, « Dignité humaine », in Sous la direction de Laurence Burgogue-Larsen, Anne Levade, et François Picod, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 35 ; Laurence Weil, « La dignité de la personne en droit administratif », in Sous la direction de Marie-Luce Pavia et Thierry Revet, *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 85 et s.

¹⁷⁶² CE. Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, rec., p. 372 conl. Frydman ; R.F.D.A., 1995, p. 1204, concl. Frudman ; Dalloz, 1996, p. 177 note Gilles Lebreton ; J.C.P. 1996, II, n° 22630, note Francis Hamon.

¹⁷⁶³ Bertrand Mathieu, « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1649.

*génétiqes ne peut conditionner la reconnaissance de cette dignité, sauf à méconnaître le principe même*¹⁷⁶⁴ ».

Porteurs de la primauté de l'être humain, les contours du principe de dignité humaine se dessinent d'une part comme une interdiction de traiter l'homme comme un objet, et d'autre part comme un droit de l'homme au respect de sa dignité. Ce dernier engendre à son tour les autres droits visant à protéger la dignité de la personne humaine comme l'a souligné le professeur Rousseau : « *le droit au respect de la dignité humaine est un droit à avoir des droits*¹⁷⁶⁵ ». Outre les normes prévues par le droit national, il faut rappeler que les droits à la vie, de ne pas subir la torture, de ne pas être tenu en esclavage et de ne pas être condamné par les lois pénales rétroactives énoncés par la Convention européenne sont tous des droits destinés à garantir le respect de la dignité de la personne.

Malgré sa reconnaissance absolue, la portée du principe de dignité de la personne humaine est cependant relative. Plus exactement, n'étant pas une norme directe, le principe de dignité humaine ne se réalise effectivement que grâce aux prescriptions et droits qu'il crée ou engendre. Or ces prescriptions et droits ne possèdent pas un caractère absolu, ainsi que nous le montrerons par la suite. En effet, la fluctuation de ses contours et le nombre croissant des droits que ce principe engendre tendent à l'affaiblir en le mettant fréquemment en conflit avec d'autres droits fondamentaux. A titre d'exemple, en garantissant l'effectivité de la dignité humaine, le droit au logement décent s'oppose au droit de propriété¹⁷⁶⁶. De même, afin de sauvegarder l'ordre public et de rechercher les auteurs des infractions, la nécessité de prélever de l'ADN, de la salive et des cheveux d'une personne suspectée d'avoir commis un délit¹⁷⁶⁷ semble inconciliable avec son droit au respect de l'intégrité physique dérivé directement du principe de dignité humaine. On trouve semblable constat chez le professeur Mathieu selon lequel si le respect de la dignité humaine est un impératif moral de caractère absolu rappelé par le droit positif, l'effectivité du principe est conditionnée par le contenu qu'on lui attribue¹⁷⁶⁸. Ainsi que l'a observé le professeur, « *c'est en fait [...] le travail d'interprétation*

¹⁷⁶⁴ Bertrand Mathieu, « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », art. cit., p. 1649.

¹⁷⁶⁵ Dominique Rousseau, in *Commission européenne pour la démocratie par le droit, Le principe du respect de la dignité de la personne humaine, actes du séminaire Unidem de Montpellier 1998*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, p. 112.

¹⁷⁶⁶ Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat, J.O. du 21 janvier 1995, p. 1166, cons. 5, 6 et 7 ; voir égal. Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, J.O. du 31 juillet 1998, p. 11710, cons. 7.

¹⁷⁶⁷ Décision n° 2004- 492 DC du 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4637, cons. 76

¹⁷⁶⁸ Bertrand Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », art. cit., p. 285.

*qui rend la norme relative. Cette interprétation se manifeste tant par la signification donnée au principe que par les règles que l'on en fait dériver. Cette relativité de la portée du principe de dignité conduit à une conciliation de fait avec d'autres principes*¹⁷⁶⁹ ».

En raison de son contenu variable, la mise en œuvre du principe de la dignité humaine nécessite l'édiction des nombreux droits dont les contours s'avèrent également incertains et équivoques. Ainsi que l'illustre la catégorie des droits intangibles ou indérogeables issus de l'article 15§2 de la Convention européenne.

b. Les contours incertains des droits intangibles, subséquents de la dignité humaine

Apparaissant a priori dépourvu d'ambiguïté, le droit à la vie énoncé par l'article 2 de la Convention n'en demeure pas moins une notion juridique incertaine en ce qu'il ne prévoit pas une définition précise de la vie. Plus exactement, il ne définit pas qui est la personne dont la vie doit être protégée¹⁷⁷⁰. Cette incertitude est en filigrane le refus du juge européen de se prononcer sur la question de savoir si l'enfant à naître est une « *personne* » et, à ce titre, titulaire du droit à la protection de la vie. Se bornant à rappeler dans l'arrêt du 8 juillet 2004 *Madame Vo c/ France*, deux idées suivantes ; d'une part, l'enfant à naître n'est pas considéré comme une « *personne* » directement bénéficiaire de l'article 2 de la Convention ; d'autre part son « *droit* » à la « *vie* », s'il existe, se trouve implicitement limité par les droits et les intérêts de sa mère¹⁷⁷¹, la Cour met en exergue les limites à cet article 2. Absolu dans sa proclamation, le droit à la vie se révèle finalement relatif puisqu'il doit se concilier avec le droit et la liberté de la mère. De plus, il ne s'applique pas à l'atteinte à la vie des fœtus.

Si la torture, les peines ou traitements inhumains et dégradants sont interdits en des termes absolus, leur qualification et identification ne sont néanmoins pas dépourvues d'équivoques. En effet, le terme « torture » comporte trois significations suivantes : peine grave, supplice pouvant entraîner la mort ; souffrance physique infligée à quelqu'un pour lui faire avouer ce qu'il refuse de révéler ; souffrance physique ou morale intolérable¹⁷⁷². Le

¹⁷⁶⁹ Bertrand Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », art. cit., p. 285 .

¹⁷⁷⁰ C.E.D.H., 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, req. n° 53924/00, Série A §75, rec., 2004-VII.

¹⁷⁷¹ C.E.D.H., 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, arrêt précé., §80.

¹⁷⁷² Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Torture/ Torturer » ; voir égal. Frédéric Sudre, Torture et traitements inhumains et dégradants (Interdiction de la – et des –), in Joël Andriantsimbazovina et al., *Dictionnaire des droits de l'homme*, op. cit. p. 735.

verbe « torturer » est synonyme de « faire subir des tortures à quelqu'un par esprit de vengeance pour faire avouer » et de « faire beaucoup souffrir ».

L'adjectif « inhumain » sert à qualifier « ce qui manque d'humanité, ce qui ne semble pas appartenir à la nature ou à la condition humaine ». Les peines et traitements inhumains et dégradant évoquent de manière intuitive les sanctions et châtiments cruels et barbares pouvant aller jusqu'à la négation de l'humanité.

Il en résulte que tous les actes infligeant la souffrance physique et morale ne sont pas qualifiés de torture ou de peines ou traitements inhumains et dégradants, mais seulement ceux qui atteignent une certaine gravité, ou un degré d'intolérable qui doit être apprécié par le juge. Or, selon la jurisprudence bien établie issue de l'arrêt du 18 janvier 1978 *Irlande c/ Royaume-Uni*, l'appréciation du seuil de gravité, d'intolérable au-delà duquel une souffrance physique infligée à une personne déclenche l'application de l'article 3 de la Convention est par essence relative¹⁷⁷³. Ainsi, en raison de son contenu variable puisque soumis à l'appréciation au cas par cas par le juge, le droit de ne pas subir la torture, les peines ou traitements inhumains est-il vraiment absolu ? En d'autres termes, l'application de l'article 3 peut-elle ne pas tenir compte des circonstances dans lesquelles elle se trouve ?

Avant de nous attacher à confronter les articles 4§1 et 7 de la Convention européenne à la notion d'exception, il convient de cerner d'une part les notions de l'interdiction de l'esclavage et de la servitude et le principe de légalité des délits et des peines d'autre part.

L'esclavage est défini par l'article 1§1 de la Convention relative à l'esclavage signée à Genève le 25 septembre 1926 comme « *l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux*¹⁷⁷⁴ ». Ainsi l'esclavage est la situation dans laquelle une véritable relation de propriété (usus, fructus, abusus) s'instaure entre deux personnes. L'individu « propriétaire » peut licitement exercer à l'encontre d'un autre individu déshumanisé un ou plusieurs attributs du droit de propriété¹⁷⁷⁵.

Quant à la notion de servitude, depuis l'affaire *Van Droogenbroeck c/ Belgique* du 24 juin 1982, elle est employée pour prohiber « *une forme de négation de la liberté*

¹⁷⁷³ C.E.D.H., 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, arrêt préc., §162.

¹⁷⁷⁴ L'article 1 de la Convention relative à l'esclavage signée à Genève le 15 septembre 1926 et entrée en vigueur le 9 mars 1927, source, www.ohchr.org/french/law/esclavage.htm

¹⁷⁷⁵ Damien Foets, *Esclavage, servitude et travail forcé* [Interdiction de l'- de la – et du], in Joël Andriantsimbazovina et al, *Dictionnaire des droits fondamentaux de l'homme*, op. cit., p 302 et s.

*particulièrement grave*¹⁷⁷⁶ ». Elle englobe, « *en plus de l'obligation de fournir à autrui certains services [...] l'obligation pour le « serf » de vivre sur la propriété d'autrui et l'impossibilité de changer sa condition*¹⁷⁷⁷ ». Définie par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt du 26 juillet 2005 *Siliadin c/ France* comme « *une obligation de prêter ses services sous l'empire de la contrainte*¹⁷⁷⁸ », la notion de servitude doit être selon la Cour mise en lien avec la notion d'esclavage. En s'adressant tant à l'Etat qu'au particulier, l'article 4§1 de la Convention met à la charge du premier une obligation négative de ne pas réduire l'être humain en esclave et une obligation positive de réprimer et d'interdire l'esclavage et la servitude.

Enoncés également en des termes absolus par l'article 7§1 de la Convention, le principe de légalité des délits et des peines et son corollaire la non-rétroactivité ont deux significations plus ou moins liées. Premièrement, le principe de légalité des délits et des peines désigne l'exigence de *prévisibilité et d'accessibilité des normes applicables aux individus*. Inhérent à la sécurité juridique, il se matérialise à la fois à travers la *définition claire, précise et prévisible de la loi édictant des infractions et le principe d'interprétation stricte de l'infraction prévue par la loi*¹⁷⁷⁹. Deuxièmement le principe de non-rétroactivité des lois pénales signifie que ni le législateur ni le juge ne condamne pénalement un individu pour des faits qui ne sont pas réprimés au moment de leur commission. En vertu de ce principe le législateur ne peut adopter de loi pénale rétroactive. Il en va de même pour le juge pénal qui ne doit pas interpréter rétroactivement la loi ou sa jurisprudence¹⁷⁸⁰.

Les contours des droits intangibles sont ainsi identifiés, il convient à présent d'expliquer que si ces droits font l'objet d'énoncés absolus, leur mise en application n'exclut pas la notion d'exception.

¹⁷⁷⁶ C.E.D.H., 24 juin 1982 *Van Drooghenbroeck c/ Belgique*, req., n° 7906/77 Série A-50, § 58 à 60.

¹⁷⁷⁷ Voir Guide sur l'article 4. Interdiction de l'esclavage et du travail forcé, article 4 de la Convention, source, www.echr.coe.int (Jurisprudence – Analyse jurisprudentielle – Guide sur la jurisprudence).

¹⁷⁷⁸ C.E.D.H., 26 juillet 2005 *Siliadin c/ France* req. n° 73316/01, Série A, rec., 2005-VII, § 124

¹⁷⁷⁹ Patrice Rolland, « Commentaire de l'article 7 », art. cit., p. 294.

¹⁷⁸⁰ Patrice Rolland, « Commentaire de l'article 7 », art. cit., p. 298. Selon l'auteur, il existe une forme de rétroactivité indirecte qui résulte de la nature même de l'interprétation jurisprudentielle. Chaque fois que celle-ci est créatrice, elle est nécessairement rétroactive.

2. *Le présence de la notion d'exception dans les droits intangibles à travers « le conflit, le seuil de gravité et le degré d'intensité »*

A titre de rappel, la notion d'exception est définie comme la norme de limitation, elle limite ou borne l'étendue de la validité ou l'application stricte d'une règle de droit. Elle est donc une règle ayant un champ de compétence limité et déterminé par la règle générale. Son application est subordonnée soit à l'inefficacité de la règle générale, soit à l'existence d'un conflit de normes. C'est au vu de cette définition qu'il convient à présent de vérifier si les droits intangibles excluent ou s'accommodent de l'exception.

Aussi regrettable que cela paraisse, le droit à la vie, quintessence de l'être humain, source de sa dignité, peut entrer en conflit avec les droits et libertés d'autrui et souffre d'exceptions. Comme nous l'avons ci-dessus évoqué, le droit à la vie du fœtus cède le pas tant devant le droit à la vie de la mère (avortement thérapeutique) que devant sa liberté personnelle (avortement volontaire). Significative à cet égard est la décision du 27 juin 2001 dans laquelle le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de la *loi autorisant l'interruption volontaire de la grossesse*. Cette décision explicite d'une part les limites du droit à la vie et la portée relative du principe de la dignité humaine d'autre part. Ainsi que l'illustre le considérant de principe : « *la loi n'a pas, en l'état des connaissances et techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et d'autre part la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789*¹⁷⁸¹ ». Ainsi, le principe de dignité humaine semble perdre son caractère absolu lorsqu'il entre en conflit avec d'autres droits fondamentaux.

De plus, il est difficile d'admettre le caractère absolu du droit à la vie en présence des limitations expressément mentionnées au titre de l'article 2 de la Convention européenne. Comment le droit à la vie peut-être absolu alors qu'il est limité par le droit d'autrui à la légitime défense, par la nécessité de sauvegarder ou de maintenir l'ordre public ? Malgré son lien consubstantiel avec la dignité humaine et sa place dans la liste des droits intangibles, il faut admettre que le droit à la vie n'exclut pas entièrement la notion d'exception. Ainsi, dans son commentaire sur l'article 2 de la Convention européenne, le juge Guillaume a noté que

¹⁷⁸¹ Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse..., déc. préc. cons. 5. Voir, Xavier Bioy, « Avortement » in Joël Andriantsimbazovina et al., Dictionnaire des droits de l'homme, op. cit.

« le droit à la vie n'est pas absolu puisqu'il est susceptible de limitations énoncées à l'article 2 lui-même¹⁷⁸² ». Par ailleurs, nonobstant ses termes, l'article 15§2 n'a pas énoncé une interdiction absolue de déroger au droit à la vie. Ainsi que l'a noté l'auteur : « *mais en cas de guerre ou en cas d'autre danger public [...] il ne saurait y déroger par l'application de l'article 15 de la Convention. De telles dérogations demeurent cependant possibles en cas de décès résultant d'actes licites de guerre* ». L'auteur conclut donc que « *dans cette perspective le droit à la vie se différencie des prohibitions édictées par les articles 3 et 4§1 de la Convention, qui, elles, sont absolues et ne sauraient supporter aucune dérogation* »¹⁷⁸³.

Si elle protège l'individu contre la souffrance physique et morale, l'interdiction de la torture, des peines ou traitements inhumains et dégradants entre toutefois directement en conflit avec la répression institutionnalisée. De ce fait, l'article 3 de la Convention devient relatif puisqu'il doit se concilier avec les impératifs de la défense de la sécurité et de l'intérêt général¹⁷⁸⁴. Depuis l'arrêt du 18 janvier 1978 *Irlande c/ Royaume-Uni*, la Cour de Strasbourg considère en effet que « *pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence, elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques [...]*¹⁷⁸⁵ ». Se dessine ici la méthode de conciliation entre l'article 3 de la Convention avec le droit pénal, la lutte contre le terrorisme et la défense de l'ordre public (politique de répression) des Etats membres. On trouve la même idée chez le professeur Sudre selon lequel la Commission et la Cour ont certes pris soin de préciser que l'interdiction de l'article 3 était absolue et que les actes violant cette disposition ne pouvaient jamais trouver de justification au regard de la Convention¹⁷⁸⁶. Toutefois, le professeur constate que les organes de la Convention, dans l'appréciation d'une éventuelle violation de l'article 3, prennent en compte les impératifs de la défense de la société démocratique et s'efforce alors de concilier l'intérêt général et les intérêts de l'individu, fixant la limite entre les atteintes aux droits individuels qui sont nécessaires à la protection de la société démocratique et celles qui ne le sont pas¹⁷⁸⁷. Mis en conciliation avec d'autres impératifs, l'article 3 n'est donc pas absolu.

¹⁷⁸² Gilbert Guillaume, « Commentaire de l'article 2 », Sous la direction de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, op. cit., p. 143 et s.

¹⁷⁸³ Gilbert Guillaume, « Commentaire de l'article 2 », art. cit.

¹⁷⁸⁴ Catherine-Amélie Chassin, *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Rencontres européennes, 2006.

¹⁷⁸⁵ C.E.D.H.Pléniaire, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, arrêt, préc., § 162.

¹⁷⁸⁶ Frédéric Sudre, « Commentaire de l'article 3 », art. cit., p. 160.

¹⁷⁸⁷ Frédéric Sudre, « Commentaire de l'article 3 », art. cit., p. 160.

Selon cet arrêt du 18 janvier 1978 *Irlande c/ Royaume-Uni*, les faits interdits par l'article 3 sont soumis à la méthode d'appréciation graduelle. N'étant retenue qu'à partir d'un *seuil minimum de gravité*, entendu comme un *degré d'intensité* des souffrances infligées aux victimes, la notion de « torture » se distingue dès lors de la notion de « peines et traitements inhumains et dégradants ». Cette dernière sert à désigner « *les souffrances mentales et physiques d'une intensité particulière et volontairement provoquées*¹⁷⁸⁸ ». Selon les termes de la Cour, « *la qualification de torture, elle, doit être réservée à des traitements inhumains délibérés provoquant de graves et cruelles souffrances physiques et mentales* ». Dans cette affaire, en examinant les cinq méthodes d'interrogatoire utilisées par les forces armées et de police du Royaume-Uni, la Cour estime « *qu'elles n'ont pas causé de souffrances de l'intensité et de la cruauté particulière qu'implique le mot torture* »¹⁷⁸⁹. Toutefois, en raison de graves lésions et vives souffrances physiques et morales qu'il provoque pour les victimes, la Cour a déclaré que l'emploi cumulatif de ces cinq techniques représentait le caractère d'un traitement inhumain et dégradant et a par conséquent violé l'article 3 de la Convention¹⁷⁹⁰. Le raisonnement a contrario induirait peut-être à penser que l'emploi séparé de ces méthodes serait conforme à l'article 3 puisqu'il n'atteint pas le seuil minimum de gravité.

Au vu de ces critères de définition des notions de torture et de peine ou traitement inhumain et dégradant, il est difficile d'admettre qu'elles excluent ou contredisent la notion d'exception. Le critère « *de seuil minimum de gravité*¹⁷⁹¹ », « *d'intensité particulière* » ou « *de niveau de gravité au-delà duquel*¹⁷⁹² » ne désigne-t-il pas l'idée de « *seuil d'équilibre ou de limitation proportionnée et nécessaire* », contenu matériel de la notion d'exception ? De même, en déclarant qu'aux termes de l'article 3, la peine infligée à un détenu ne doit pas le soumettre à une détresse ou à une épreuve *d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance* la Cour de Strasbourg n'invoque-t-elle pas, dans son arrêt du 15 mai 2008

¹⁷⁸⁸ C.E.D.H., 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, arrêt, préc., § 25.

¹⁷⁸⁹ C.E.D.H. 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, arrêt, préc., § 167.

¹⁷⁹⁰ C.E.D.H., 18 janvier 1878, *Irlande c/ Royaume-Uni*, arrêt, préc., § 168

¹⁷⁹¹ C.E.D.H. 11 juillet 2006, *Jalloh c/ Allemagne*, req. n° 54810/00, rec., 2006-IX, §72, La Cour doit apprécier si l'intervention médicale imposée de force à une personne en vue de l'obtention de preuve d'une infraction est tombée sous le coup de l'article 3 de la Convention (il s'agit en l'espèce de l'administration forcée d'un produit afin de faire vomir les sachets de drogue que la personne a avalés). Elle rappelle que les articles 3 et 8 de la Convention n'interdisent pas le recours à l'intervention médicale de force contre la volonté d'un suspect en vue de l'obtention de preuve de sa participation à une infraction à condition que les souffrances causées par cette intervention médicale *restent en-deçà du degré minimum de gravité défini par la jurisprudence de la Cour relativement à l'article 3 de la Convention*.

¹⁷⁹² C.E.D.H., 3 juillet 2008, *Tchember c/ Russie*, req., n° 7188/03, rec., 2008, § 55 et 56.

*Dedovski c/ Russie*¹⁷⁹³, le principe de proportionnalité ? Ainsi, l'article 3 ne semble exclure ni sa collision avec un autre droit, ni le contrôle de proportionnalité comme l'a déjà illustré l'arrêt du 7 juillet 1989 *Soering c/ Royaume-Uni*. En appréciant la compatibilité entre le délai d'attente dans le couloir de la mort d'un prisonnier condamné à la peine capitale avec l'article 3, la Cour a dans cette affaire, évoqué « *le juste équilibre à ménager entre les intérêts en jeu ainsi que la proportionnalité de la décision...*¹⁷⁹⁴ ». Or nous avons antérieurement souligné l'identité matérielle entre le principe de proportionnalité (équilibre) et l'exception.

En analysant les critères d'application de l'article 3, le professeur Tavernier admet que malgré l'affirmation par la Cour de Strasbourg du caractère absolu de l'interdiction de torture, « *il n'en demeure pas moins qu'en pratique l'article 3 présente un certain nombre d'aspects qui lui confèrent un caractère relatif*¹⁷⁹⁵ ». Nonobstant sa remarque sur le caractère absolu de l'article 3, le professeur Sudre observe toutefois que le principe de proportionnalité, forgé dans le cadre de la jurisprudence sur les limitations autorisées (restrictions et dérogations) aux droits garantis, permet à la Cour de vérifier si une ingérence est nécessaire au sens de la Convention. Néanmoins, le recours à la proportionnalité pour fixer le seuil de gravité minimum de déclenchement de l'article 3 est selon le professeur contestable au plan théorique car il suppose qu'une atteinte au droit intangible de l'article 3 (donc un traitement prohibé) puisse néanmoins être conforme à la Convention si elle s'avère proportionnée au but légitime poursuivi¹⁷⁹⁶. Or il ne peut y avoir par principe de but légitime à une ingérence dans le droit de ne pas subir la torture ou des traitements inhumains et dégradants, l'article 3 interdisant toute restriction ou dérogation à ce droit¹⁷⁹⁷. Le professeur admet finalement que « *d'absolue, la garantie offerte par l'article 3 deviendrait relative si le principe de proportionnalité était manié inconsidérément*¹⁷⁹⁸ ». Au vu de l'ensemble des explications, l'article 3 de la CEDH ne semble pas énoncer un droit absolu mais désigner à notre sens l'interdiction de l'usage excessif de la force ou de violence de la part de l'Etat.

¹⁷⁹³ C.E.D.H., 15 mai 2008 *Dedovski c/ Russie*, req.7178/03, rec., 2008, § 72. La Cour souligne que « la souffrance et l'humiliation infligées doivent aller en tout cas au-delà de celle que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitimes. Les mesures privatives de liberté s'accompagnent ordinairement de pareilles souffrance et humiliation. L'article 3 de la Convention impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine et que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérente à la détention ».

¹⁷⁹⁴ C.E.D.H. 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, req. 14038/88, Série A n° 161, § 110.

¹⁷⁹⁵ Paul Tavernier, « Conclusions générales », in Catherine-Amélie Chassin (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Bruylant, 2006, p. 267-278.

¹⁷⁹⁶ Frédéric Sudre, « Commentaire de l'article 3 », art. cit., p. 160.

¹⁷⁹⁷ Frédéric Sudre, « Commentaire de l'article 3 », art. cit., p. 160.

¹⁷⁹⁸ Frédéric Sudre, « Commentaire de l'article 3 », art. cit., p. 166.

L'interdiction énoncée par l'article 4§1 et son corollaire, le droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude n'entrent en conflit avec aucun droit et liberté d'autrui et de ce fait peuvent être qualifiés d'absolu. En d'autres termes, l'esclavage ou la servitude constitue par sa nature même, une violation, une atteinte au principe d'égalité des droits en ce qu'il prive d'un humain esclave de tous ses droits au profit d'un autre humain, le maître. Il s'agit en réalité d'une domination qu'exerce un individu fort sur un individu faible moyennant la menace d'une contrainte illustré par l'arrêt du 26 juillet 2005 *Siliadin c/ France* précité¹⁷⁹⁹. C'est pour combattre ce droit de la force entendu comme le droit du plus fort dans l'état de nature qu'est né le pacte social au nom duquel la loi peut limiter la liberté de l'individu fort pour assurer à l'individu faible l'égalité jouissance de la liberté¹⁸⁰⁰. En s'opposant à l'esclavage (inégalité), le principe d'égalité interdit en fait la distinction entre l'homme faible (inférieur) et l'homme fort (supérieur). En conséquence, l'interdiction de l'esclavage n'est rien d'autre qu'une exception faite par la société civile à un droit naturel de la force de certains pour imposer le droit de tous à l'égalité et à la liberté garanti par le contrat social. Le caractère absolu de cette interdiction de l'esclavage et de la servitude est justifié par l'idée suivante : si on apporte une limitation à cette interdiction, cela revient à détruire le fondement même du contrat social et à priver la loi et le droit de toute sa légitimité¹⁸⁰¹.

L'interdiction des lois pénales rétroactives ainsi que le droit à ne pas être condamné par la règle rétroactive prévus par l'article 7§1 ne semblent pas absolus. Ils peuvent souffrir, outre d'exception explicitement mentionnée par l'article 7§2, d'exceptions implicites. En effet, dans l'arrêt du 22 novembre 1995 *S.W c/ Royaume-Uni* la Cour de Strasbourg a accepté des limitations implicites à l'article 7§1 lorsque son application stricte ne permet pas d'assurer le respect de la dignité humaine. L'idée d'un possible conflit entre l'article 7 et les autres droits engendrés par la dignité humaine n'est donc pas exclue. La Cour européenne a dans cette affaire déclaré que le revirement de la jurisprudence des juges britanniques régissant la

¹⁷⁹⁹ C.E.D.H. 26 juillet 2005 *Siliadin c/ France*, §118. Selon la Cour, la notion de peine doit s'entendre comme toute menace ou contrainte. Elle considère que dans cette affaire, si la requérante n'était pas sous la menace d'une « peine », il n'en demeure pas moins qu'elle était dans une situation équivalente quant à la gravité de la menace qu'elle pouvait ressentir. « En effet, la requérante étant adolescente, dans un pays qui lui était étranger, elle était en situation irrégulière sur le territoire français et craignait d'être arrêtée par la police. Les époux B. entretenaient d'ailleurs cette crainte et lui faisaient espérer une régularisation de sa situation [...] ».

¹⁸⁰⁰ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., p. 53. Ainsi que l'a expliqué l'auteur : « trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant ».

¹⁸⁰¹ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 14 à 35, p. 117 à 126.

règle d'immunité conjugale selon laquelle le mari ne peut se voir déclaré coupable du viol de sa femme, ne viole pas l'article 7§1 de la Convention. Condamné pour des faits antérieurs au revirement de la jurisprudence, le requérant a en effet argué de la violation de l'article 7 devant la Cour de Strasbourg. Celle-ci a néanmoins considéré qu'il ne peut se prévaloir de l'article 7 dans la mesure où l'évolution des mœurs et l'importance des droits de son épouse laissaient *présager, de manière suffisamment prévisible, le revirement de jurisprudence mettant fin à l'immunité conjugale et sa condamnation*¹⁸⁰². La conciliation entre le principe de sécurité juridique (article 7) et les autres droits et libertés apparaît en filigrane dans le raisonnement de la Cour selon lequel l'abandon de l'immunité conjugale était conforme non seulement à la notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines¹⁸⁰³.

Au terme de l'analyse, il faut conclure qu'à part l'interdiction de l'esclavage, les autres droits intangibles ne peuvent être assimilés aux droits absolus entendus comme les normes ne souffrant aucune limitation dans leur exercice ou s'appliquant indépendamment de toutes circonstances sociales et politiques. Plus précisément, malgré leur apparence absolue, ces droits n'en demeurent pas moins, en raison de leur contenu imprécis et variable, relatifs dans leur application, c'est-à-dire dans leur protection effective. Ainsi, la notion des droits intangibles n'exclut, ni ne contredit la notion d'exception.

C'est parce qu'elle ne désigne pas des droits absolus que la notion des droits intangibles peut s'harmoniser avec la notion d'exception au sein d'un ordre juridique structuré. C'est sur cette harmonie indispensable à l'unité et la cohérence du droit qu'il convient de clore l'étude.

§2. L'harmonisation de la notion d'exception avec le droit intangible

Loin de s'y opposer ou de les contredire, la notion d'exception peut à notre sens se mettre en harmonie avec les droits intangibles. Inhérent à l'unité et à la cohérence du droit, le rapport harmonieux signifie que dans un ordre juridique unitaire et hiérarchiquement structuré les normes doivent être agencées et ordonnées de manière à ce que chacune d'entre elles trouve sa place vis-à-vis des autres. Cette structuration harmonieuse des normes a pour but

¹⁸⁰² C.E.D.H., 22 novembre 1995, S.W. c/ Royaume-Uni, arrêt, préc., § 43 et 44.

¹⁸⁰³ C.E.D.H., 22 novembre 1995, S.W. c/ Royaume-Uni, arrêt préc., § 44.

d'éviter les contradictions et incohérences désorientant les comportements des individus (sujets de droit) auxquels s'adressent ces normes.

Ainsi, sans se réduire à un rapport de contradiction ou d'incohérence, les notions des droits intangibles et d'exception s'articulent harmonieusement (**B**). Afin de montrer cette articulation, l'explicitation des significations intrinsèques de la notion des droits intangibles s'avère nécessaire (**A**).

A. Les significations intrinsèques de la notion de droits intangibles

Si l'article 4§1 ne peut en raison de son identité matérielle avec le principe d'égalité de jouissance des droits, être limité, tel n'est pas le cas des articles 2, 3, 4§2, et 7 de la CEDH (droits intangibles). Comme nous l'avons ci-dessus souligné, l'analyse de la jurisprudence européenne relative à l'application de ces derniers ne permet pas de les qualifier de droits absolus si par « droit absolu » il faut entendre un droit ne souffrant aucune exception dans les modalités et conditions de son exercice ou de son application. Il est dès lors légitime de se demander ce que désigne précisément la notion de droits intangibles. En d'autres termes, quelles sont les significations intrinsèques de cette notion ? Afin de pouvoir répondre à cette question, il faut clarifier les diverses définitions et explications des droits intangibles proposées par certains auteurs (**1**). Cette clarification permet d'envisager l'expression « droits intangibles » comme une notion désignant les droits naturels de l'homme antérieurs à l'Etat et par conséquent imprescriptibles et inaliénables (**2**).

1. La clarification des définitions et explications doctrinales des droits intangibles

Comme nous l'avons précédemment expliqué, c'est à partir de l'article 15 §1 et §2 de la CEDH que certains auteurs tentent d'élaborer une catégorie des droits indérogeables entendus comme des droits intangibles, et absolus. Les premiers étant synonymes des seconds, ce qui explique l'usage interchangeable au sein de l'étude, des termes « intangible » et « indérogeable ».

La clarification des écrits doctrinaux nécessite au préalable de cerner les significations du terme « déroger » énoncé par l'article 15§1. Ces significations, une fois identifiées, constituent les références au regard desquelles seront appréciées et confrontées les définitions et explications des droits intangibles proposées par certains auteurs. De cette confrontation résultent les sens intrinsèques de la notion de droits intangibles.

Dans le dictionnaire Petit Robert, la dérogation est définie comme le « *fait de déroger à une loi, à une convention, à une règle* ». Elle est synonyme d'« *infraction, manquement et violation* ». Le verbe « déroger » signifie « *ne pas observer ou ne pas appliquer une loi, une règle*¹⁸⁰⁴ ». C'est ce dernier sens que l'article 15§1 véhicule selon le professeur Ergéc. La dérogation prévue par cet article 15 doit dès lors s'entendre comme une permission à l'Etat de ne pas exécuter les obligations conventionnelles en matière des droits de l'homme. Le professeur Ergéc explique en effet que l'Etat peut invoquer l'article 15 pour suspendre ou pour ne pas appliquer les droits garantis par la Convention aux individus¹⁸⁰⁵. Le professeur Tavernier note pour sa part que consistant en une mise à l'écart provisoire de la Convention, l'application de l'article 15§1 a pour conséquence de priver les individus du bénéfice des droits énoncés par la Convention¹⁸⁰⁶. En d'autres termes, en présence de l'article 15§1, les droits et libertés de l'homme s'effacent provisoirement. C'est en ce sens que la Cour de Strasbourg a déclaré en substance dans l'arrêt *Irlande c/ Royaume-Uni* du 18 janvier 1978 que l'Etat requérant (Irlande) ne peut se prévaloir de l'article 5 §1 à §5 neutralisé par l'application de l'article 15§1 de la Convention¹⁸⁰⁷. La dérogation énoncée par cet article 15 semble à notre sens désigner l'absence ou la disparition des droits et non la limitation de leur exercice.

Limitant le pouvoir étatique de déroger, l'article 15§2 doit dès lors s'entendre comme l'interdiction faite à l'Etat de suspendre ou de ne pas garantir certains droits prévus par les articles 2, 3, 4§1 et 7 de la Convention. En revanche, il ne semble pas impliquer une application absolue de ces droits, c'est-à-dire une application illimitée ou inconditionnelle, mais simplement l'idée selon laquelle ces derniers ne peuvent être suspendus ou abrogés même à titre provisoire. Plus précisément, l'Etat ne peut invoquer les circonstances exceptionnelles pour faire disparaître ou anéantir temporairement ces droits.

Se fondant sur le dédoublement du régime juridique des droits de l'homme énoncé par cet article 15, le professeur Sudre écrit que « *certaines droits – les droits conditionnels – peuvent faire l'objet de restrictions et/ou de dérogations et sont donc susceptibles d'application imparfaite et/ou de non application temporaire ; au contraire, d'autres droits – les droits intangibles – ne sont pas passibles de ces limitations, ce sont des droits absolus*

¹⁸⁰⁴ Alain Rey et Josette Rey-Debove, *Petit Robert*, op. cit., voir « Dérogation/ Déroger ».

¹⁸⁰⁵ Rusen Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles : étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 123 et s.

¹⁸⁰⁶ Paul Tavernier, « Commentaire de l'article 15 », art. cit., p. 489 et s.

¹⁸⁰⁷ C.E.D.H. Plénière, 18 janvier 1978, *Irlande contre Royaume-Uni*, arrêt, préc.

*applicables à toute personne, en tout temps et en tout lieu*¹⁸⁰⁸ ». De ces observations, la notion de droits intangibles semble désigner les droits ne souffrant ni de dérogation entendue comme suppression, abrogation, ni d'exception entendue comme limitation de leur exercice.

S'inscrivant probablement dans une approche restrictive, cette définition assimilant les droits indérogeables, intangibles, aux droits absolus n'est pas dépourvue d'équivoques, comme montré dans son commentaire de l'article 3 de la CEDH. Le professeur souligne d'abord *que cette disposition ne peut faire l'objet de limitation (exception) pour cause d'ordre public dans son exercice*¹⁸⁰⁹. Ce qui signifie que cet article 3 ne pourrait être l'objet de conciliation, ni de réglementation nationale lorsqu'il entre en conflit avec la sauvegarde de la sécurité publique. Ensuite, le professeur précise que l'application et l'interprétation de cet article 3 sont toutefois soumises à deux critères (condition d'exercice) : le seuil de gravité et la relativité de l'appréciation de ce seuil de gravité¹⁸¹⁰. Il en va de même lorsque le professeur souligne que *« les organes de la Convention, dans leur appréciation d'une éventuelle violation de l'article 3, prennent en compte des impératifs de la défense de la société démocratique et s'efforcent alors de concilier l'intérêt général (sécurité publique ou ordre public) et les intérêts de l'individu (le droit de ne pas souffrir la torture) [...] »*¹⁸¹¹.

Fondée sans doute au regard des termes employés dans l'arrêt de principe du 17 janvier 1978 *l'Irlande c. Royaume-Uni* puis réaffirmés de manière catégorique dans l'arrêt du 28 juillet 1999 *Selmouni c. France* par la Cour européenne des droits de l'homme selon lesquels *« [...] la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitement inhumains ou dégradants. L'article 3 ne prévoit pas de restriction, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention [...], et d'après l'article 15§2 il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation »*, cette définition des droits intangibles comme étant absolus ne permet toutefois pas d'expliquer de manière cohérente le rapport que l'article 3 entretient avec l'exigence de seuil de gravité, de degré d'intensité et de contrôle de proportionnalité. En effet, il protège certes l'individu contre la souffrance physique et morale mais force est de constater que l'article 3 se limite à protéger ce dernier uniquement contre certaines souffrances – celles qui sont insupportables – et non pas contre toutes les souffrances. Les souffrances supportables échappent donc à l'article 3

¹⁸⁰⁸ Frédéric Sudre, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y-a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'Homme ? », art. cit., p. 382 et s.

¹⁸⁰⁹ Frédéric Sudre, « Commentaire de l'article 3 », art. cit., p. 155.

¹⁸¹⁰ Frédéric Sudre, « Commentaire de l'article 3 », art. cit., p. 158.

¹⁸¹¹ Frédéric Sudre, « Commentaire de l'article 3 », art. cit., p. 160.

pour être placées sous un autre régime juridique. Malgré son apparence absolue, l'article 3 n'en demeure pas moins relatif puisqu'il ne vise qu'en réalité à interdire l'usage excessif de la force ou les excès de la violence de la part de l'Etat¹⁸¹². Par ailleurs, inférer de l'article 15§2 le caractère absolu des certains droits indérogeables revient à conférer à ceux-ci une qualité qui ne leur est pas destinée ainsi que l'illustrent le §2 de l'article 2 et le §2 de l'article 7.

Selon le professeur Kolb, la notion de droits intangibles, indérogeables correspond en réalité à des règles du *Jus cogens*¹⁸¹³ définies comme des normes impératives du droit international général. La norme du *Jus cogens* est selon l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international ayant le même caractère¹⁸¹⁴.

Toutefois, la norme du *Jus cogens* ne paraît pas impliquer son application absolue entendue comme son exercice illimité ou inconditionnel. Elle se manifeste en réalité comme une impossibilité absolue d'être écartée, mise à l'écart ou supprimée par voie conventionnelle entre les Etats¹⁸¹⁵. Plus exactement, les Etats ne peuvent conclure des traités pour écarter, ne pas respecter ou anéantir la norme du *Jus cogens* comme l'a illustré la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 *Détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau et Sénégal* : « du point de vue du droit des traités, le *Jus cogens* est simplement la caractéristique propre à certaines normes juridiques de ne pas être susceptibles de dérogation par voie conventionnelle¹⁸¹⁶ ». Cette idée a auparavant été étudiée sous la plume de Michel Virally qui notait en effet que « [...] les Etats ayant participé à la création d'une norme, peuvent aussi y déroger, mais bien entendu, un Etat ne peut se soustraire à l'application d'une règle de droit international que dans ses relations avec Etat l'acceptant également. [...], le *Jus cogens* se caractérise précisément par le fait qu'il interdit une telle dérogation dans un rapport mutuel entre les

¹⁸¹² Gérard Cohen-Jonathan, *La convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1989, p. 286. L'auteur parle des excès de violence qu'aurait commis la société européenne. Ce qui explique l'utilité de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁸¹³ Robert Kolb, « *Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation positive et négative », art. cit., p. 326 ; voir égal. du même auteur, « Conflits entre normes de *jus cogens* », in *Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 481-505.

¹⁸¹⁴ L'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose que « Est nul tout traité en conflit avec une norme impérative de droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère », in Paul Reuter, *Convention de Vienne du 29 mai 1969 sur les droits des traités*, éd. Paris Arman Colin, 1970 ; Voir, également, Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, éd. Bruylant, 2001, p 631 « *Jus cogens* ».

¹⁸¹⁵ Michel Virally, « Réflexions sur le *jus cogens* », A.F.D.I., 1966, n° 12, p. 5-29.

¹⁸¹⁶ C.I.J. Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 Guinée-Bissau contre Sénégal, rec., 1991, p. 53.

*Etats. Ceci signifie qu'un Etat ne peut se décharger de ses obligations qu'une norme de Jus cogens lui impose vis-à-vis d'un autre Etat, même par traité, c'est-à-dire avec le consentement de cet autre Etat : ce dernier ne peut renoncer lui-même à ses droits*¹⁸¹⁷ ». Il en résulte que le caractère absolu – si celui-ci existe réellement – ne s'attache qu'à l'existence ou à la validité des normes du *Jus cogens* et non à des modalités d'exercice de ces normes. C'est en ce sens que l'interdiction du recourt à la force énoncée par l'article 2§4 de la Charte des Nations-Unies peut être qualifiée de norme du *Jus cogens* tout en s'accordant avec les exceptions prévues par les articles 42 et 51 de la même Charte¹⁸¹⁸.

Au vu de ces éléments, si la définition assimilant les droits indérogeables, intangibles, aux droits absolus est à première vue séduisante parce que conforme à l'idéologie des droits de l'homme défendue par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, elle se heurte néanmoins à un obstacle principal. Elle ne résout pas la contradiction engendrée par le caractère absolu qu'elle postule et l'exception dont elle souffre, comme nous l'avons ci-dessus signalé. Par conséquent, la notion identifiant des droits intangibles aux droits absolus ne contribue guère à la cohérence du droit. En effet, comment expliquer le caractère absolu de l'article 3 de la Convention à un individu victime de souffrances physiques et morales mais à qui le juge européen refuse le bénéfice de cette disposition au motif que ses souffrances n'atteignent pas un seuil de gravité suffisant ? De surcroît, elle ne paraît pas refléter avec exactitude la réalité véhiculée par l'article 15§2 de la Convention. En interdisant aux Etats de déroger à certains droits, cet article 15§2 n'érige pas ceux-ci en droits absolus. Il ne fait en réalité que réaffirmer le caractère antérieur et supérieur à l'Etat de ces droits qui ne peuvent par conséquent être supprimés, suspendus ou prescrits par l'Etat. A l'instar des normes du *Jus cogens* en droit international public, les droits indérogeables européens relèvent à notre sens de la notion des droits naturels et imprescriptibles de l'homme prévue par le droit public interne.

¹⁸¹⁷ Michel Virally, « Réflexions sur le *jus cogens* », art. cit., p. 9.

¹⁸¹⁸ En ce sens, Robert Kolb, « Conflits entre normes de *jus cogens* », art. cit., p. 488-489. L'auteur évoque les différents degrés d'impérativité des normes de *jus cogens*. Ce qui permet de concilier et de résoudre le conflit entre les normes de *Jus cogens*.

2. Les droits intangibles comme les droits naturels, imprescriptibles et inaliénables de l'homme

Qu'elle soit envisagée sous l'angle axiologique ou fonctionnel, l'intangibilité en tant que qualité conférée à certains droits de l'homme demeure indissolublement liée à la théorie du contrat social, fondatrice de la société civile et politique.

Cessant de s'appuyer sur l'autorité divine, la légitimité de l'Etat moderne et de ses lois se fonde dorénavant sur les droits naturels attachés à la personne humaine dont la protection nécessite selon Jean-Jacques Rousseau une forme d'association. Résultat du pacte social, cette association s'assigne le but de défendre et protéger de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant¹⁸¹⁹.

Ainsi, cette forme d'association ou ce contrat social a été conclu afin de préserver les droits naturels de l'homme et de garantir une liberté égale pour tous dans l'état civil, au lieu de la liberté anarchique et illimitée propre à l'état de nature. Les droits de l'homme sont donc le fondement et la source de légitimité de l'ordre étatique et du droit¹⁸²⁰. S'ils relèvent de la réglementation de l'Etat, c'est-à-dire du droit positif, ces droits de l'homme, en raison de leur caractère antérieur et fondateur, n'en demeurent pas moins en dehors de ce dernier. Ainsi que l'a expliqué Jürgen Habermas, « *comme les droits de l'homme ne peuvent être réalisés en tant que droits civiques exigibles que dans le cadre d'un ordre étatique, ils dépendent de la volonté d'un législateur politique ; mais dans la mesure où ils constituent en même temps la base de toute communauté démocratique, le législateur souverain lui-même ne dispose pas librement de ces normes fondamentales*¹⁸²¹ ».

S'inscrivant dans le même esprit, le professeur de Frouville souligne que les droits de l'homme, en tant qu'expression et garantie de la liberté à l'état civil, possèdent une position particulière dans l'ordre juridique : ni le législateur, ni d'ailleurs même le constituant ne peuvent y porter librement atteinte. Ces droits possèdent un caractère intangible¹⁸²². Toutefois, le professeur souligne que l'intangibilité n'exprime en termes rousseauistes que

¹⁸¹⁹ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, op. cit.

¹⁸²⁰ La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; voir égal. Simone Goyard-Fabre, « La déclaration des droits ou le devoir d'humanité : une philosophie de l'espérance », *Droits*, 1988/8, p. 41-54.

¹⁸²¹ Jürgen Habermas, « Le débat interculturel sur les droits de l'homme », in *L'intégration républicaine : essais de théorie politique*, traduit par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 1998, p. 245-256.

¹⁸²² Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 17.

*l'impossibilité, pour la volonté générale, de décréter la destruction des droits des Citoyens*¹⁸²³. En revanche, l'intangibilité des droits de l'homme ne doit pas être utilisée de manière restrictive comme synonyme d'« indérogeable » énoncé par l'article 15§2 de la CEDH. En effet, une telle réduction de sens induirait peut-être à penser de prime abord que l'intangibilité ne désignerait qu'une simple particularité du régime conventionnel de certains droits qui ne sont pas susceptibles d'être soumis à des « dérogations » lors de circonstances exceptionnelles¹⁸²⁴. Or, l'intangibilité en tant que principe désigne plutôt un caractère intrinsèque à tout droit de l'homme : tout droit de l'homme est intangible en tant qu'il est mis hors d'atteinte de toute volonté¹⁸²⁵.

Sans se réduire à être une spécificité des droits européens, l'intangibilité appréhende en réalité tous les droits naturels de l'homme. Insérés dans l'état civil et l'ordre étatique qui les garantissent et les concrétisent, les droits de l'homme ne sont en effet pas à l'abri de la modification et de la contingence inhérentes au droit positif. C'est en ce sens que l'intangibilité des droits apparaît à la fois comme une condition d'exercice du pouvoir étatique et comme sa limite nécessaire à la sauvegarde de ces droits. Elle véhicule à notre sens l'idée selon laquelle si l'Etat peut au moyen de ses lois déterminer, régler, les modalités de l'exercice des droits de l'homme pour les rendre plus effectifs, il ne peut jamais les abroger, ni les détruire sans se priver de sa légitimité. En d'autres termes, l'abrogation ou la suppression des droits naturels de l'homme enlèverait à l'Etat, son but, sa raison d'être. De même, l'anéantissement de ces droits revient à détruire la base du contrat social et à entraîner l'effondrement de l'Etat.

Les droits intangibles ou indérogeables énoncés par l'article 15§2 de la CEDH peuvent par conséquent être expliqués à la lumière de la notion des droits naturels et imprescriptibles de l'homme en droit public français. A cet égard, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est particulièrement significatif. En déclarant que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme* », cet article 2 exprime non seulement la primauté des droits de l'homme sur ceux du Pouvoir mais également l'antériorité des premiers au second. En effet, l'organisation politique

¹⁸²³ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 17.

¹⁸²⁴ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 17, note infrapaginale, n° 56.

¹⁸²⁵ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 17, note infrapaginale, n° 56.

de la société n'est créée que pour permettre aux droits naturels de l'homme de s'épanouir. Ce qui signifie que la liberté de la personne humaine prime sur celle de la société car le maintien des droits et libertés constitue la raison d'être du Pouvoir. Par ailleurs, les droits dont jouit l'homme dans la société n'ont pas été créés par l'association politique¹⁸²⁶. La Déclaration, en les qualifiant de « droits naturels » ne fait que les reconnaître¹⁸²⁷.

L'intangibilité correspond alors à l'imprescriptibilité des droits de l'homme et non à leur exercice absolu ou illimité. Par « droit imprescriptible de l'homme » il faut entendre que l'écoulement du temps et le non-usage n'affectent nullement sa validité. Celle-ci ne dépend que de l'être humain. Cette idée a été développée sous la plume du professeur Moyrand : « il s'agit des droits qui préexistent à toute organisation politique, qui sont antérieurs au pacte par lequel les hommes ont conclu qu'ils renonçaient à vivre dans l'état de nature. [...]. Les jusnaturalistes des XVIIe et XVIIIe tels Pufendorf, Grotius,... ne prennent en compte que la NATURE HUMAINE à partir de laquelle tout droit doit être déduit. Et puisque ces droits sont inhérents à la NATURE de l'homme ils sont « imprescriptibles ». Entendons par là, qu'aucune autorité, aucune force ne pourra y porter atteinte en les supprimant¹⁸²⁸ ». En revanche, les droits naturels et imprescriptibles de l'homme n'impliquent pas leur caractère absolu puisque leur exercice est soumis à des réglementations législatives. Ainsi que l'illustrent les autres articles 4-17 de la Déclaration de 1789 qui précisent les moyens et procédures nécessaires à l'exercice des droits naturels et imprescriptibles de l'homme¹⁸²⁹.

La distinction entre l'absolu et l'intangible se trouve également chez le professeur Bioy, selon lequel : « certains textes proposent des listes de droits qu'ils qualifient d'« indérogeables ou intangibles » ce qui est souvent compris comme synonyme d'« absolus ». Ces droits seraient ainsi inconciliables avec d'autres droits ou normes d'ordre public. Cette lecture semble inexacte, même si la jurisprudence n'a pas réellement explicité ce

¹⁸²⁶ Alain Moyrand, « Commentaire de l'article 2 », in Sous la direction de Gérard Conac, Marc Debène et Gérard Teboul, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, op. cit., p. 77 et s.

¹⁸²⁷ Alain Moyrand, « Commentaire de l'article 2 », art. cit., p. 77.

¹⁸²⁸ Alain Moyrand, « Commentaire de l'article 2 », art. cit., p. 78. Les majuscules sont utilisées par l'auteur.

¹⁸²⁹ Alain Moyrand, « Commentaire de l'article 2 », art. cit., p. 79. Selon l'auteur, la manière dont les droits naturels de l'homme sont proclamés empêche d'en déterminer aisément le sens. Il note néanmoins que « sans doute, le but d'une Déclaration n'est-t-il pas tant de préciser les moyens et procédures nécessaires à leur exercice que d'indiquer les principes fondamentaux qui devront inspirer la conduite ultérieure des gouvernants. Soulignons cependant que si les rédacteurs de la Déclaration n'avaient pas fourni des explications supplémentaires dans les articles suivants, il eût été impossible de saisir les croyances et les tendances qu'ils entendent révéler ».

point car aucun droit n'est réellement absolu, ne serait-ce que lorsque le conflit se noue entre deux titulaires qui arguent du même droit¹⁸³⁰ ».

En fait, le caractère indérogeable implique d'après le professeur Bioy deux éléments. Tout d'abord cela signifie que dans le cadre d'une conciliation, si le droit en question peut céder pour une part la prérogative contestée, l'interprète doit s'efforcer de ne pas le faire disparaître complètement. Il conserve son noyau dur. Intangible signifie donc d'après le professeur une certaine priorité, sans que cela implique une supériorité formelle¹⁸³¹. Ensuite, l'intangibilité pèse sur la détermination des droits garantis en période exceptionnelle. Si certains droits peuvent être suspendus en cas de troubles rendant l'action de l'Etat difficile, les droits indérogeables ne peuvent se mettre entre parenthèses¹⁸³².

En évoquant la conciliation (conflit) et implicitement la proportionnalité (noyau dur), la précision de ces deux éléments apportée par le professeur enlève donc le caractère absolu aux droits intangibles. Ceux-ci semblent dans cette optique s'identifier à des droits naturels de l'homme inabrogeables par l'Etat.

Au vu de ces analyses et explications, il faut admettre que la notion des droits intangibles ne désigne pas les droits absolus mais les droits naturels, imprescriptibles et inaliénables que l'homme conserve dans la société civile. Entretenant alors une identité certaine avec l'imprescriptibilité et l'indisponibilité¹⁸³³ l'intangibilité se traduit à l'instar des normes du *Jus cogens*, comme l'impossibilité ou l'interdiction absolue de détruire ou d'abroger certaines normes internationales ou les droits naturels de l'homme. En d'autres termes, l'Etat ne pourrait détruire ou supprimer ces droits sans s'autodétruire. Ne s'attachant qu'à la validité et de la substance des droits de l'homme, elle s'accorde dès lors avec l'exception dans l'exercice ou l'application de ces derniers.

¹⁸³⁰ Xavier Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Lextenso-Montchrestien, coll. Cours, 2011, p. 271.

¹⁸³¹ Xavier Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, op. cit., p. 271.

¹⁸³² Xavier Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, op. cit., p. 271.

¹⁸³³ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 18. Selon le professeur, la perception des droits de l'homme comme fondement du système juridique se traduit, dans les ordres internes des pays démocratiques – et en particulier en Europe – par l'institution d'une protection contre les atteintes qui pourraient émaner des pouvoirs publics comme privés. En droit privé, l'intangibilité fonde ainsi l'indisponibilité, l'imprescriptibilité et l'impossibilité de renoncer aux droits dits « de la personnalité » au sens de l'article 1128 du Code civil. Leur titulaire ne peut donc pas en « disposer » librement (indisponibilité), tandis que le passage du temps n'affecte pas leur validité (imprescriptibilité).

B. La compatibilité de la notion d'exception avec celle des droits intangibles

C'est parce qu'ils sont inhérents à la nature humaine et intrinsèquement attachés à une théorie de fondation de la légitimité du droit et du pouvoir¹⁸³⁴ que les droits de l'homme sont intangibles. Il convient toutefois de préciser que loin d'impliquer ou d'exiger leur exercice illimité et donc absolu, l'intangibilité ne s'attache en réalité qu'à la substance et à la validité des droits de l'homme. C'est en ce sens qu'elle demeure compatible avec la notion d'exception. Cette compatibilité peut être constatée et mise en lumière grâce à la distinction entre l'essence ou la substance du droit de son exercice c'est-à-dire les conditions et modalités de l'application et de la garantie du droit. Afin d'expliquer cette différenciation (2) une précision d'ordre pédagogique et sémantique s'avère nécessaire (1).

1. La précision des significations de la locution « essence » du droit

Une précision d'ordre pédagogique et sémantique s'impose d'abord. Outre l'usage interchangeable des termes « substance », « essence » et « noyau dur », l'analyse consiste à expliciter la substance intangible d'un droit fondamental (droit de l'homme au singulier) et non des droits fondamentaux (droits de l'homme au pluriel). Il s'agit en effet de différencier l'essence d'un droit c'est-à-dire celle de n'importe quel droit fondamental de ses régimes et modalités d'exercice. En revanche, il ne s'agit pas d'établir une hiérarchie dans les droits de l'homme, c'est-à-dire d'identifier les droits les plus substantiels parmi les autres droits de l'homme qui ne le seraient pas.

En effet, l'article 15 de la Convention paraît d'après certains auteurs établir un noyau intangible des droits de l'homme. Cependant, le noyau intangible *des* droits de l'homme suppose selon le professeur Sudre d'isoler, dans le corpus des droits de l'homme, les droits qui seront constitutifs dudit noyau¹⁸³⁵. Or le professeur note que, qui dit « *noyau dur* » implique nécessairement « *enveloppe molle* » et conduit à tracer une ligne de partage entre des droits fondamentaux et d'autres qui le sont moins, entre des droits prioritaires et d'autres qui seront secondaires, entre des droits de premier rang et d'autres de second rang¹⁸³⁶. Par conséquent, le noyau ou la substance intangible *des* droits introduirait implicitement l'idée de la hiérarchie dans les droits de l'homme.

¹⁸³⁴ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 25.

¹⁸³⁵ Frédéric Sudre, « Quel noyau intangible des droits de l'homme », art. cit. p. 271.

¹⁸³⁶ Frédéric Sudre, « Quel noyau intangible des droits de l'homme », art. cit. p. 271.

Outre son incompatibilité avec les principes d’indivisibilité et d’interdépendance des droits de l’homme¹⁸³⁷, l’idée de hiérarchiser des droits de l’homme ou des droits fondamentaux a pour conséquence et nous l’avons déjà souligné, d’entraîner l’abrogation de l’un des droits en cas de conflit¹⁸³⁸. Or à l’analyse, la jurisprudence européenne et constitutionnelle ne semble pas s’inscrire dans cette optique. Nonobstant leur caractère prééminent et indérogeable, les droits énoncés par les articles 2, 3, 4§1 et 7 de la Convention n’entraînent nullement l’abrogation des autres droits auxquels ils s’opposent, si bien que l’idée de hiérarchiser des droits de l’homme soutenue par certains auteurs n’est possible qu’à condition d’apporter des modifications substantielles au principe de la hiérarchie des normes¹⁸³⁹. A titre d’exemple, le caractère indérogeable et prééminent de certains droits permet selon Monsieur Afroukh d’envisager la hiérarchie des droits et libertés issus de la Convention européenne¹⁸⁴⁰. Cependant, l’auteur admet qu’« *il ne saurait être question d’envisager cette hiérarchie comme impliquant une suprématie absolue des droits « épinglés » par le juge sur les autres droits et libertés*¹⁸⁴¹ ». De même, « *l’idée de hiérarchie s’avère d’autant plus difficile à admettre qu’il paraît hasardeux de transposer en cette matière la théorie kelsénienne de la hiérarchie des normes. On est bien conscient que, pour être véritablement opérationnel, le recours à l’idée de hiérarchie devrait par exemple permettre de dégager des droits systématiquement privilégiés en cas de conflits de droits*¹⁸⁴² ». Or ni la Convention, ni la Cour de Strasbourg ne consacre une telle prévalence automatique. Ainsi pour soutenir sa thèse portant sur la hiérarchie des droits et libertés, l’auteur propose de « *recourir à une définition souple de l’idée de hiérarchie au sens où elle peut s’observer à partir de la préséance, de la force normative, accordée à certains droits en raison de leur importance dans un ordre de valeurs*¹⁸⁴³ ».

¹⁸³⁷ Jacques Mourgeon, *Les droits de l’homme*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 2003, 8e éd., p. 9 et s. Selon l’auteur, « sauf à recourir à des postulats ou à des prémisses indémontrables, aucune démarche, théologique, rationaliste, matérialiste ou autre, ne peut établir une hiérarchie des droits, qu’elle la fonde sur une essence supposée, sur une utilité prédéterminée, sur un bienfait préqualifié. Dès lors qu’ils expriment une aspiration de l’homme, ses droits sont tous équivalents dans leur nécessité comme dans leur légitimité ».

¹⁸³⁸ V., supra, Titre 1 de la II partie.

¹⁸³⁹ Mustapha Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, op. cit., p. 36 et s.

¹⁸⁴⁰ Mustapha Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, op. cit., p. 13-36.

¹⁸⁴¹ Mustapha Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, op. cit., p. 35.

¹⁸⁴² Mustapha Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, op. cit., p. 36-37.

¹⁸⁴³ Mustapha Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, op. cit., p. 36.

Toutefois, il est légitime de se demander quel intérêt apporte cette définition souple de la hiérarchie à la résolution des conflits des droits ? Plus précisément, constitue-t-elle un outil plus efficace, plus opérationnel que la technique juridictionnelle de conciliation ? De même, grâce à cette nouvelle définition de la hiérarchie, la résolution du conflit des droits gagnera-t-elle en prévisibilité et en certitude ? L'auteur ne semble pas apporter de précision sur ce point. A l'analyse, la définition souple de la hiérarchie des normes proposée par l'auteur semble entretenir une identité matérielle avec la conciliation c'est-à-dire que loin d'impliquer l'abrogation ou l'invalidation, elle désigne la limitation réciproque des droits contradictoires. Dès lors, elle n'apporte pas plus d'utilité que la technique de conciliation. Cette dernière permet en effet d'atteindre exactement le même résultat sans avoir à recourir à la définition souple de la hiérarchie des normes.

Par ailleurs, la qualité d'« intangible » ou d'« indérogeable » telle qu'inférée de l'article 15§2 de la CEDH et utilisée par une partie de la doctrine induirait à croire, de prime abord que seuls certains droits conventionnels sont intangibles en période exceptionnelle. En revanche, d'autres droits fondamentaux ne le seraient pas et à ce titre peuvent être dérogués ou abrogés par L'Etat. Une telle conception de l'intangibilité des droits de l'homme ou des droits fondamentaux semble discutable pour deux raisons.

Premièrement, elle réduit les droits fondamentaux ou les droits de l'homme à un minimum incompressible. Or le caractère universel et interdépendant des droits fondamentaux signifie que la violation de l'un d'entre eux peut entraîner automatiquement celle des autres droits. A contrario, l'effectivité de l'un garantit celle de tous les autres¹⁸⁴⁴. A titre d'exemple, l'interdiction du jeu de « lancer de nains » ne rend effectif le respect de la dignité humaine des personnes atteintes d'un handicap que grâce à des allocations sociales (droits fondamentaux sociaux) dont ces personnes bénéficient et qui leur permettent de vivre décemment sans devoir se livrer à des activités professionnelles portant atteinte à leur dignité. Supprimer ces allocations reviendrait à rendre ineffetif et illusoire le respect du principe de la dignité humaine.

Deuxièmement, cette conception ne reflète pas exactement la spécificité de ces droits fondamentaux qui implique souvent l'égale validité et donc leur conciliation en cas de conflit. Si certains d'entre eux sont plus protégés que d'autres, la différence de régime de garantie ne présage pas à notre sens la hiérarchie de ces droits mais implique simplement l'idée selon

¹⁸⁴⁴ Marie-Joëlle Redor-Fichot, « L'indivisibilité des Droits de l'homme », C.R.D.F., 2009, n° 7, p. 75-86.

laquelle le juge doit prendre en considération l'importance axiologique de tel ou tel droit au moment où il le concilie avec un autre droit. La valeur prééminente d'un droit peut donc être assurée par un contrôle juridictionnel rigoureux (exigence d'une stricte proportionnalité) des exceptions qui lui sont faites. Si « *la hiérarchie matérielle des droits fondamentaux* » semble être un concept juridique en vogue, il n'en demeure pas moins qu'elle ne peut être construite qu'au prix d'une dénaturation du principe de la hiérarchie des normes. De plus, elle semble redondante avec la notion de conciliation. Ainsi il paraît à la fois judicieux et cohérent de ne pas déduire la hiérarchie des droits de l'homme à partir des droits intangibles ou indérogeables énoncés par l'article 15 de la Convention européenne.

2. La distinction entre l'essence intangible et l'exercice relatif du droit

L'intangibilité s'attache en réalité à la substance d'un droit naturel et par conséquent à celle de tous les droits naturels de l'homme. Comme nous l'avons précédemment expliqué, les droits de l'homme ou droits fondamentaux sont intangibles ou imprescriptibles parce qu'ils sont d'une part consubstantiellement liés à la nature humaine, et fondateurs de l'ordre étatique et juridique d'autre part. Cependant, l'intangibilité ou l'imprescriptibilité en tant que qualité intrinsèque constatée et déclarée par le droit positif ne concerne que la reconnaissance et l'existence de ces droits naturels de l'homme. En revanche, elle n'implique pas leur concrétisation absolue parce qu'il subsiste toujours selon le professeur Goyard-Fabre une césure entre la reconnaissance des droits de l'homme et du citoyen et leur réalisation¹⁸⁴⁵. De même, le professeur de Frouville observe que là où une Déclaration des droits – du fait de son caractère proclamatoire mais non obligatoire – permet parfois de retranscrire l'idée des droits de l'homme dans toute sa pureté, l'inclusion dans le droit positif de ces droits implique souvent d'opérer quelques compromis avec les nécessités sociales¹⁸⁴⁶.

C'est dans cette optique de démarcation que l'intangibilité peut être utilisée comme synonyme de l'imprescriptibilité parce qu'elle désigne la reconnaissance de l'appartenance des droits et libertés de l'homme à une sphère d'intemporalité. Elle a donc pour but de préserver l'existence de ces droits fondamentaux des changements qu'engendrerait la réalité mouvante et évolutive du droit positif. En revanche la mise en œuvre de ces droits doit se

¹⁸⁴⁵ Simone Goyard-Fabre, « La déclaration des droits ou le devoir d'humanité : une philosophie de l'espérance », art. cit., p. 41 et s.

¹⁸⁴⁶ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 22 et s.

concilier avec les impératifs de la société civile. A cet égard, la Déclaration des droits de l'homme de 1789 est particulièrement significative. Après avoir déclaré leur caractère inaliénable, sacré et imprescriptible, les Constituants renvoient toutefois à la loi le soin de régler l'exercice de ces droits naturels de l'homme.

Il en résulte que n'étant pas le créateur des droits naturels de l'Homme, le législateur n'est habilité que pour en règlementer l'exercice, d'où la distinction entre l'*essence* et l'*exercice* d'un droit. Cette distinction est également développée sous la plume du professeur Troper selon lequel l'article 4 de la Déclaration de 1789 repose sur une distinction familière aux juristes entre *l'essence* et *l'exercice* d'un droit¹⁸⁴⁷. Le professeur explique que « *les hommes tiennent de la nature l'essence de leurs droits ; ils les conservent dans l'état social et la loi ne sert qu'à déterminer des bornes, mais il faut prendre garde que ce terme de « borne » ne désigne en aucun cas ici les limites qu'il conviendrait de fixer aux droits eux-mêmes [...] mais seulement les limites à leur exercice*¹⁸⁴⁸ ». D'après le professeur, la fonction législative de fixer les limites à l'exercice des droits trouve sa source dans la nature elle-même « *car, si les hommes sortent de l'état de nature, c'est qu'il présentait un défaut : comme il n'y a pas de limite à l'exercice des droits naturels, cet exercice était source de conflits. Il faut donc un législateur pour fixer les limites, et c'est la raison pour laquelle son autorité dérive du droit naturel de chacun à la sûreté*¹⁸⁴⁹ ». Il en résulte que ce qui est sujet au processus d'inclusion dans le droit positif et donc de réglementation c'est l'exercice et non l'essence du droit. Cette dernière étant antérieure à la société civile ne peut être limitée par la loi.

Se présentent dès lors deux objets différents – essence et exercice – réunis au sein d'une norme ou d'un même droit. On trouve la même idée chez le professeur Sudre selon lequel le « noyau dur » d'un droit de l'Homme désigne la substance même d'un droit, son

¹⁸⁴⁷ Michel Troper, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence : colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1989, p. 32 et s. La distinction entre l'essence et l'exercice d'un droit dérive selon le professeur des anciennes doctrines relatives à la propriété. Elle se trouve également dans l'article 3 de la Déclaration des droits de 1789 relative à la souveraineté : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». Ainsi l'essence de la souveraineté appartient à la nation. Toutefois, il n'en résulte pas qu'elle doive l'exercer elle-même, mais seulement que ceux qui l'exercent soient dans un certain rapport avec elle.

¹⁸⁴⁸ Michel Troper, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 », art. cit. Selon l'auteur, les références à la loi positive y sont en réalité de deux types bien différents. Dans la plupart des cas envisagés (articles 5, 8, 10, 11, 14, 17), le texte ne fait pas appel à la loi pour déterminer le contenu ou les limites d'un droit ; *il invoque au contraire un droit naturel à ce que certaines actions ne soient réglées que par la loi.* (italique utilisée par l'auteur).

¹⁸⁴⁹ Michel Troper, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 », art. cit.

intégrité¹⁸⁵⁰. D'après le professeur « *il s'agit de rechercher quel est le minimum irréductible au sein de chaque droit pour que celui-ci subsiste et conserve un sens, de faire la part de l'essentiel et du secondaire, de la substance et de l'accessoire*¹⁸⁵¹ ».

Le professeur observe également que cette distinction entre l'essence et l'exercice relève d'une problématique, bien connue du juriste, des restrictions à l'exercice des droits, avec le jeu dialectique des intérêts individuels et de l'intérêt général¹⁸⁵². Il s'agit en effet de savoir « *jusqu'où les autorités nationales peuvent restreindre l'exercice des droits sans porter atteinte à la substance même du droit ? Répondre à cette question suppose de définir le seuil en deçà duquel le droit en cause perd toute sa signification*¹⁸⁵³ ». Or pour définir ce seuil ou pour identifier la substance d'un droit le juge ne peut se passer du principe de proportionnalité et donc de la notion d'exception.

De la distinction entre l'essence d'un droit et son exercice découle la compatibilité de la notion d'exception avec celle des droits intangibles ou indérogeables. En effet, ces deux notions ont deux objets d'application différents. L'essence, la substance ou encore le noyau dur est du ressort de l'intangibilité et de l'absolu alors que l'exercice appartient au contingent, au relatif et souffre donc d'exception. On trouve semblable explication chez le professeur de Frouville, selon lequel en droit international, les réserves au moyen desquelles les Etats limitent leurs obligations issues des traités ne sont pas en soi incompatibles avec les droits intangibles¹⁸⁵⁴. Ne sont incompatibles avec ces derniers que les réserves aboutissant en réalité à l'exclusion totale d'un droit, à sa destruction pure et simple, à sa négation. Il faut donc procéder à la distinction entre l'essence et l'exercice d'un droit¹⁸⁵⁵. Le professeur souligne également que la Cour interaméricaine des droits de l'homme lorsqu'elle est appelée à statuer sur la validité des réserves faites aux traités et conventions déclarant des droits de l'homme intangibles, utilise également la distinction entre la limitation de *certain aspects d'un droit* (exercice) et la *privation de son but fondamental* (noyau dur). Ce qui revient à différencier la limitation de l'exercice (compatibilité) de l'atteinte faite à la substance ou à l'essence d'un

¹⁸⁵⁰ Frédéric Sudre, « Quel noyau intangible des droits de l'homme », art. cit. p. 270.

¹⁸⁵¹ Frédéric Sudre, « Quel noyau intangible des droits de l'homme », art. cit. p. 270.

¹⁸⁵² Frédéric Sudre, « Quel noyau intangible des droits de l'homme », art. cit. p. 270.

¹⁸⁵³ Frédéric Sudre, « Quel noyau intangible des droits de l'homme », art. cit. p. 270 et 271.

¹⁸⁵⁴ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 300.

¹⁸⁵⁵ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 300-301.

droit (incompatibilité)¹⁸⁵⁶. Ainsi, l'intangibilité s'applique à l'essence tandis que la réserve (exception) ne concerne que l'exercice du droit. C'est grâce à cette distinction que le régime des réserves demeure compatible avec les droits de l'homme intangibles en droit international général¹⁸⁵⁷.

Au vu de ces analyses et explications, il faut se convaincre du rapport de compatibilité qu'entretient la notion d'exception avec les droits intangibles, indérogeables. Ecartant ainsi l'idée intuitive de l'exclusion et de contradiction, l'exception et les droits intangibles se placent au contraire dans un rapport d'articulation et donc d'unité.

Enoncés en des termes absolus, les droits intangibles ou indérogeables subséquents du principe de la dignité humaine n'en demeurent pas moins relatifs dans leur application. Cette mise en œuvre relative s'explique par deux raisons. D'une part, à cause de leur contenu variable, la concrétisation de ces droits et principes est étroitement dépendante de l'interprétation casuistique et relative du juge. D'autre part, ces droits et principes intangibles peuvent eux aussi entrer en conflit. Dès lors, aucun d'entre eux ne peut être absolu car l'application absolue de l'un revient en réalité à anéantir un autre droit également intangible mais concurrent.

La clarification des écrits doctrinaux portant sur la notion des droits intangibles nous a permis d'identifier à la fois la signification intrinsèque et le champ d'application de cette notion. Correspondant à l'idée d'imprescriptibilité et d'inaliénabilité, l'intangibilité s'applique

¹⁸⁵⁶ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 301. Dans l'arrêt du 8 septembre 1983 Restrictions to the Death Penalty arts 4 (2) of the American Convention on Human Rights, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a déclaré que « l'article 27 de la Convention américaine des droits de l'homme permet aux Etats parties de suspendre les obligations contractées en vertu de la Convention en cas de guerre [...] à condition que cette décision n'entraîne pas la suspension de certains droits fondamentaux et essentiels et ne permette pas d'y déroger, droits parmi lesquels figure le droit à la vie garanti par l'article 4. Il s'ensuit que toute réserve formulée en vue de permettre à un Etat de suspendre l'un quelconque de ces droits fondamentaux, auxquels il est interdit de déroger en toute hypothèse, doit être considérée comme incompatible avec l'objet et le but de la Convention et, en conséquence, comme prohibée. La situation serait différente, si la réserve tendait uniquement à limiter certains aspects d'un droit non dérogeable, sans pour autant priver le droit de son but fondamental. Etat donné que la réserve à laquelle se réfère la Commission dans la présente demande ne paraît pas vouloir nier le droit à la vie en soi, la Cour conclut, qu'en l'espèce, la réserve ne peut être considérée, en principe, comme étant incompatible avec l'objet et le but de la Convention ».

Ainsi, le professeur de Frouville a souligné que la distinction entre l'essence et l'exercice d'un droit utilisée dans l'arrêt ci-dessus cité a permis à la Cour interaméricaine des droits de l'homme d'esquisser une véritable transposition du régime des dérogations vers le régime de la validité des réserves. Sont incompatibles avec l'objet et le but du traité, les réserves qui ont pour objet de « suspendre » des droits qui précisément ne peuvent l'être en vertu de la clause de dérogation. En revanche on peut imaginer qu'une réserve à une même disposition indérogeable soit admissible, si cette réserve se borne à limiter « certains aspects » seulement du droit considéré.

¹⁸⁵⁷ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 301.

en réalité à l'essence et à la reconnaissance des droits et libertés naturels de l'homme. Elle ne s'étend pas en revanche à leur exercice. Mis en conciliation avec les impératifs de la vie sociale, ce dernier est du ressort de l'exception et du relatif. Ainsi, loin de s'exclure ou de s'opposer, l'exception et les droits intangibles entretiennent un rapport de compatibilité et d'unité.

Conclusion du Chapitre 2

Considérée pendant longtemps comme relevant du pouvoir discrétionnaire du législateur, l'exception, en tant que moyen de parvenir à un objectif poursuivi par le législateur connaît à son tour des limites. Elle est désormais soumise au respect du principe constitutionnel de proportionnalité entendu comme la norme d'équilibre. S'inscrivant dans l'optique du contrôle de la constitutionnalité matérielle, le contrôle de proportionnalité est une technique utilisée par le Conseil constitutionnel pour censurer l'excès ou l'abus qu'aurait commis le législateur dans l'exercice de son pouvoir constitutionnel de limitation.

Afin d'apprécier la constitutionnalité ou la légalité de la norme d'exception, les juges constitutionnel et administratif doivent au préalable opérer eux-mêmes la pondération des droits ou intérêts en conflit. Cette opération de pondération inhérente au contrôle de proportionnalité permet au Conseil constitutionnel ou au Conseil d'Etat d'établir le seuil d'équilibre au regard duquel la norme d'exception sera confrontée et jugée. Le pouvoir de limitation du législateur n'est plus discrétionnaire puisqu'il est soumis au respect de l'obligation d'adéquation ou d'équilibre. N'est en effet reconnue constitutionnelle que la norme d'exception équilibrée entendue comme un moyen adéquat à l'objectif poursuivi.

Ainsi, le contrôle juridictionnel de proportionnalité permet de révéler la nature intrinsèque de la notion d'exception. Celle-ci se manifeste comme la réalisation de l'équilibre dans la conciliation des droits et libertés contradictoires. Plus précisément la notion d'exception désigne la limitation équilibrée de l'exercice des droits et libertés fondamentaux.

C'est parce qu'elle n'est que la limitation équilibrée introduite dans l'exercice des droits et libertés en conflit que les notions d'exception et de droits intangibles, indérogeables, se concilient. En effet, le régime de protection spécifique prévu par l'article 15§2 de la Convention européenne ne s'applique qu'à la substance des droits fondamentaux énoncés par les articles 2, 3, 4§1 et 7 de cette même Convention en ce qu'il interdit aux Etats de les abroger temporairement. En revanche, l'article 15§2 n'implique nullement l'exercice absolu de ces droits puisqu'un tel absolutisme, qui n'est que le reflet de la hiérarchisation des valeurs, aurait pour conséquence d'annihiler l'effectivité des autres droits fondamentaux concurrents. Plus exactement il conduirait à l'invalidation et à l'abrogation de ces derniers. Cette hypothèse d'absolu et d'invalidation semble inconciliable avec l'interdépendance et

l'égalité des droits et libertés fondamentaux. Ceux-ci ne peuvent en effet être assurés que par la conciliation c'est-à-dire par leur limitation réciproque.

Conclusion du Titre 2

Telle que nous l'avons définie, l'exception désigne la norme ou règle de limitation, elle s'attache à limiter l'étendue de la validité ou à limiter l'application stricte d'une règle de droit. Etroitement soumise au respect de la norme constitutionnelle de proportionnalité, cette notion s'exprime avant tout en termes de limitation (moyen) nécessaire et adéquate à l'objectif de résoudre le conflit des droits (**Chapitre 1**). De ce fait, elle contribue à la conciliation équilibrée des droits et libertés contradictoires (**Chapitre 2**).

Le principe de proportionnalité en tant que régime juridique de l'exception illustre avec éclat l'appartenance de cette notion à l'ordre juridique libéral. Nonobstant leur valeur fondamentale ou constitutionnelle, les droits et libertés ne sont pas absolus parce que leur exercice est susceptible d'être proportionné, cela consistant en une limitation équilibrée. Cet équilibre que véhicule la notion d'exception est indispensable à l'égalité des droits et libertés. Considéré comme l'une des caractéristiques de la conception matérielle de l'Etat de droit, le principe de proportionnalité apparaît comme étant la reformulation idéologique de la notion d'exception. En imposant au législateur une obligation de modération lorsqu'il limite l'exercice des droits et libertés, le libéralisme juridique met en exergue le caractère relatif des droits et libertés fondamentaux.

Moyen de tempérer l'intensité ou la gravité de l'exception, le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel et par le Conseil d'Etat contraint le législateur à utiliser de manière raisonnable son pouvoir de réglementation et donc de limitation. Moyen permettant au juge tantôt de modérer l'étendue de l'exception, tantôt de rééquilibrer la rupture d'équilibre des intérêts, ce contrôle révèle alors la nature intrinsèque de la notion d'exception. Résultat d'une pondération juridictionnelle des intérêts contradictoires, cette notion s'identifie donc à la réalisation de l'équilibre dans la conciliation des droits et libertés conflictuels. Contrairement à une idée répandue, la notion d'exception n'est pas l'antinomie des droits intangibles ou indérogeables. N'étant que la bonne proportion et le juste milieu introduit dans l'exercice des droits et libertés, elle se concilie parfaitement avec la notion des droits intangibles. Cette conciliation est indispensable à l'unité et à la cohérence de l'ordre juridique.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

La perspective à la fois théorique et pratique de l'apport de la notion d'exception au droit constitutionnel français montre la pertinence d'une définition restrictive de son contenu (**Première partie**). L'étude de ses fonctions de résolution des normes antinomiques a permis de mettre en lumière l'utilité de cette notion (**Titre 1**). Loin d'être incompatible ou menaçante pour les droits et libertés fondamentaux, son régime juridique atteste l'appartenance de la notion d'exception à l'ordre juridique libéral (**Titre 2**).

L'apport de la notion d'exception au droit constitutionnel doit être affirmé sans équivoque. Véhiculant le concept de la relativité du droit, cette notion contribue à la résolution de normes antinomiques (conflit de normes ou des droits et libertés). Dépassant l'inconvénient d'abrogation ou d'invalidation lié à des critères de résolution hiérarchique et chronologique, la notion d'exception en tant que règle spéciale résout le conflit de normes par la limitation du champ d'application de chacune d'entre elles. Si la validité de chacune de ces normes en conflit est limitée, aucune d'entre elles n'est en revanche abrogée ou invalidée. C'est en ce sens que l'exception est un outil particulièrement efficace pour résoudre le conflit des normes constitutionnelles d'égale validité (antinomie réelle). En permettant la structuration de la pluralité de normes contradictoires au sein d'un système normatif unitaire, cette notion comble les lacunes et enrichit l'ordre juridique. La connivence qu'elle entretient avec le réformisme juridique illustre de surcroît sa fonction d'adaptation du droit aux circonstances sociales en douceur. Tempérant la rigueur et la généralité de la loi, elle permet d'introduire de l'équité dans le droit positif.

Ayant pour essence intrinsèque la norme de limitation, la notion d'exception s'avère indispensable à la garantie de l'égale jouissance des droits et libertés (égalité des droits). C'est ainsi que sans être explicitement énoncée, cette notion n'en demeure pas moins constamment présente dans l'ordre juridique à travers la théorie de l'abus de droit et les notions de devoir et de responsabilité. En interdisant l'usage excessif et abusif des droits et libertés, l'exception explicite l'aspect de téléologie sociale de ces derniers. Lorsqu'elle s'exprime en termes de responsabilité, la notion d'exception restaure l'équilibre des intérêts rompu par un fait illicite. Formulée en termes de devoir, cette notion peut être envisagée comme une limitation d'origine morale conduisant l'individu à un exercice raisonnable et modéré de ses droits et libertés.

De son régime juridique (principe et contrôle juridictionnel de proportionnalité) il est possible de tirer deux enseignements concernant la place de cette notion dans un ordre juridique qualifié de libéral.

Premièrement, contrairement à une idée répandue, la notion d'exception définie comme la norme de limitation n'entre pas en contradiction avec le libéralisme juridique. Ce dernier, sans nier l'apport de l'exception à la conciliation équilibrée des droits et libertés contradictoires, réintroduit cette notion dans le principe de proportionnalité. C'est en ce sens que nonobstant leur différence terminologique laissant croire à deux notions juridiques distinctes, il n'en demeure pas moins que la proportionnalité et l'exception recouvrent la même réalité : la relativité de la norme juridique c'est-à-dire la possibilité de limiter la mise en œuvre de la règle de droit générale. En effet, la proportionnalité s'avèrerait à la fois inutile et incohérente en présence de droits absolus. Elle est dès lors consubstantiellement liée à des droits relatifs et par conséquent à l'exception. Celle-ci conditionne l'application de la proportionnalité. Ce qui signifie que l'inexistence de l'une entraînerait automatiquement celle de l'autre. Ainsi, au regard de l'affirmation selon laquelle le principe de proportionnalité est tantôt le véhicule du libéralisme juridique tantôt l'une des composantes de la conception matérielle de l'Etat de droit, il est possible de conclure sinon à la nature libérale de l'exception du moins à l'appartenance de cette notion à l'ordre juridique libéral.

Deuxièmement, l'inclusion de l'exception dans l'ordre juridique libéral et dans le concept matériel de l'Etat de droit a des incidences sur la validité de la norme d'exception. Cette validité est en effet à la fois dynamique et statique. C'est en ce sens que la loi portant une limitation (norme d'exception) à l'exercice des droits et libertés individuels est soumise au double contrôle de constitutionnalité : celui de conformité (contrôle de constitutionnalité formelle consistant à vérifier le respect des règles d'habilitation et de la procédure d'édiction du droit) et celui de compatibilité (contrôle de constitutionnalité matérielle visant à examiner l'adéquation, la proportion entre une loi d'exception et le but qu'elle poursuit). Il faut toutefois affirmer qu'après avoir satisfait à ce double contrôle, l'exception se transforme en conciliation équilibrée des droits et libertés contradictoires. Plus exactement, elle acquiert la validité d'une norme d'équilibre. Ayant pour champ d'application l'exercice ou la mise en œuvre du droit, la notion d'exception ne désigne dès lors que l'exercice équilibré des droits et

libertés. C'est en ce sens qu'elle se concilie avec la notion européenne des droits intangibles ou indérogeables.

CONCLUSION GENERALE

Son contenu objectif (*norme de limitation*) ainsi que l'observation de ses fonctions et utilités (*résolution de conflit des normes et conciliation équilibrée des normes antinomiques*) vérifiées remettent en cause la qualification de « rare » ou d'« anomalie » ou encore d'« atteinte » qui est souvent conférée à la notion d'exception. Ce qualificatif semble à notre sens relever plus de l'intuition, de l'habitude mentale¹⁸⁵⁸ que de la démonstration fondée sur le droit positif¹⁸⁵⁹. Désormais définie comme la « règle juridique de limitation », cette notion d'exception s'inscrit dans le renouvellement de la réflexion théorique sur la problématique de coordination et d'harmonisation de la pluralité de normes et sur la recherche des techniques permettant de maintenir l'équilibre de l'ordre juridique souvent constitué à partir d'un ensemble de normes ayant des contenus contradictoires.

Par ailleurs sa présence au sein d'un ordre juridique ne porte pas contradiction à la force obligatoire de la règle de droit mais signifie simplement le caractère relatif de cette dernière. Si elle est souvent définie comme un impératif juridique, la règle de droit se différencie de l'impératif catégorique par le fait qu'elle poursuit des finalités parfois contradictoires et peut à ce titre recevoir des exceptions. Celles-ci constituent des techniques indispensables à la réalisation de différentes finalités assignées au droit. Comme l'a également observé le professeur Leben « le droit est aussi constitué de « normes techniques ». D'abord en tant qu'il est un ordre juridique, le droit est un instrument pour l'organisation pacifique des relations humaines. Mais cette finalité n'est pas une réalité exclusive. Elle peut englober des finalités partielles dont la réalisation peut être prise en compte par le biais des diverses dérogations, limitations »¹⁸⁶⁰. Par exemple, on peut tenir compte de l'honneur des familles, en accordant une dispense d'âge à des personnes qui, légalement, sont trop jeunes pour se marier, donner une chance de réhabilitation à un prisonnier qui se conduit bien¹⁸⁶¹. Il en résulte que la notion d'exception permet d'assurer au droit une souplesse nécessaire à son adaptation et à la réalisation de ses diverses finalités.

En partant de l'étude de ses évocations éparses et souvent intuitives ainsi que de ses significations hétérogènes identifiées par la doctrine, la définition de l'exception comme une

¹⁸⁵⁸ Gérard Cornu, *Droit civil approfondi : l'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, op. cit., p.212.

¹⁸⁵⁹ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », art. cit., p. 99 et s.

¹⁸⁶⁰ Charles Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », art. cit., p. 44.

¹⁸⁶¹ Ibid.

règle de limitation a le mérite de conférer à cette notion son unité conceptuelle. En d'autres termes, elle permet d'expliquer de manière cohérente le rapport entre la règle générale et la règle d'exception. Etant une norme de limitation, l'exception ne se confond pas avec le droit de privilège, exorbitant ou dérogoire au droit commun. Elle ne signifie pas non plus le droit au contenu injuste ou contraire à la morale. Parfaitement intégrée dans le corpus normatif et encadrée par le contrôle juridictionnel, la notion d'exception n'est synonyme ni de pouvoir souverain, ni de suspension de l'ordre constitutionnel. Outre leur caractère hétérogène, ces précédentes significations ne permettent pas d'expliquer de manière cohérente la relation entre la règle et l'exception telle qu'elle est prévue et organisée par le droit constitutionnel positif. Souscrivant sans doute à la conception absolue du droit selon laquelle la règle de droit est immuable¹⁸⁶² et ne peut pas être limitée, elles font par conséquent perdurer la contradiction qui n'est qu'apparente entre la règle et l'exception. Dans cette optique, une limitation, quelle que soit son utilité ou sa justification et même quand elle est prévue par la Constitution comme élément inhérent à la règle (nous pensons aux articles 4, 10 et 11 de la Déclaration de des droits de 1789 relatifs à la liberté et ses bornes), est en effet perçue d'emblée comme une contradiction ou une atteinte faite à la règle de droit. Il en résulte que les définitions de l'exception comme le droit exorbitant, anormal ou comme le droit au contenu amoral reflètent plus la conception idéologique du droit défendue par certains auteurs que l'analyse du droit positif.

Décelant de multiples idées et significations auxquelles l'exception est souvent rattachée, l'idée de « limitation » retenue comme la nature intrinsèque de cette notion est à notre sens suffisamment délimitée et justifiée. Elle ne s'impose pas de manière dogmatique mais résulte de l'analyse attentive du droit positif, de la jurisprudence et de la doctrine. Telles qu'elles sont énoncées par la Constitution, les règles de droit générales ne sont pas absolues puisque leur caractère absolu serait la source permanente de leurs conflits et contradictions. Pour leur praticabilité et leur effectivité, ces règles s'accommodent nécessairement d'exceptions. A cet égard, les professeurs Mathieu et Verpeaux ont souligné en substance que nonobstant leur valeur constitutionnelle, les droits et libertés fondamentaux ne sont pas absolus car une telle hypothèse génèrerait une situation de blocage¹⁸⁶³. Louis Favoreu a pour sa part insisté sur la nécessité de poser des limites à l'exercice de différentes libertés. Ainsi

¹⁸⁶² Jacques Ellul, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », art. cit., p. 191 et s.

¹⁸⁶³ Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 483-488.

« l'économie générale du système des libertés fondamentales implique donc qu'il n'y a pas de liberté absolue et que toutes sont susceptibles de rencontrer des bornes pour peu que ces limites trouvent leur fondement dans un autre droit constitutionnel ou dans un intérêt général constitutionnel »¹⁸⁶⁴.

La nécessité de la notion d'exception peut également être illustrée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au régime de l'irresponsabilité établi par la loi au profit de certaines personnes¹⁸⁶⁵. Porteuse du concept absolu du droit, l'irresponsabilité implique en fait la possibilité d'exercer les droits et libertés de manière illimitée. Or une telle possibilité rompt le principe d'égalité de jouissance des droits et libertés. Ce qui amène le juge constitutionnel à censurer toute loi qui exonère totalement certaines personnes de la responsabilité ou qui les prive totalement de leur droit à obtenir réparation de leur préjudice causé par le fait d'autrui. La censure du juge constitutionnel de l'irresponsabilité est significative d'une part de l'interdiction constitutionnelle d'absolutiser l'exercice des droits et libertés et d'autre part de la nécessité de poser des limites à celui-ci.

D'essence intrinsèque de « règle de limitation », l'exception se différencie des notions de dérogation et d'abrogation. Si elle entretient un élément commun de limitation avec la dérogation, la notion d'exception s'en distingue principalement par deux éléments : étant un élément inhérent à la règle, elle ne peut être édictée que par l'auteur de la règle (parallélisme de compétence), sa nature de « règle de limitation » confère à cette notion une certaine généralité et permanence. En revanche, issue d'une délégation de compétence législative d'apporter des limites à la règle, la dérogation relève du pouvoir de l'autorité administrative. Elle se différencie de l'exception en ce qu'elle n'arrache à la règle qu'un cas concrètement déterminé. De même, l'exception se différencie de l'abrogation en ce qu'elle n'est qu'une restriction, une limitation partielle de la validité de la règle de droit tandis que l'abrogation est la suppression totale de la validité de la règle. Affectée par l'exception, la règle subsiste toujours dans l'ordre juridique, seule l'étendue de sa validité est amputée d'une partie. En revanche frappée par l'abrogation, elle disparaîtra définitivement.

¹⁸⁶⁴ Louis Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 163.

¹⁸⁶⁵ Décision n° 82- 144 DC du 22 octobre 1982 Loi relative au développement des institutions représentatives, déc. préc., cons. 3 ; voir aussi Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. du 18 janvier 1989, p. 754, cons. 9. Le Conseil constitutionnel réaffirme sa jurisprudence établie en 1982 et censure l'une des dispositions de la loi qui exonère le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel de toute responsabilité.

L'apport de la notion d'exception à la coordination harmonieuse des normes à contenu contradictoire et par conséquent à l'équilibre de l'ordre juridique mérite d'être souligné. C'est grâce à son contenu de limitation que la notion d'exception s'avère particulièrement efficace pour résoudre les conflits des normes réellement antinomiques (antinomies matérielles). Si les critères hiérarchique et chronologique résolvent les conflits de normes par l'abrogation de l'une des normes antagonistes, la notion d'exception s'en distingue en ce qu'elle le résout par la limitation réciproque de l'étendue des normes en cause. Ainsi, les normes en conflit peuvent certes recevoir une limitation, mais aucune d'entre elles n'est pour autant abrogée. C'est en ce sens que la notion d'exception se manifeste comme une technique de conciliation. En conciliant les normes antagonistes sans provoquer leur disparition, elle permet au législateur et juge de garder une pluralité de normes au sein d'un ordre juridique unitaire malgré leur caractère contradictoire. La notion d'exception comble les lacunes laissées par la généralité de certaines règles et contribue à l'enrichissement du corpus normatif.

L'idée d'équilibre est également au centre de cette notion. Loin d'être une limitation arbitraire ou excessive apportée librement par le législateur aux droits et libertés garantis par la Constitution, la notion d'exception désigne en fait la limitation nécessaire et proportionnée à l'objectif de résoudre le conflit des normes contradictoires ou de concilier les droits et libertés individuels avec l'intérêt général (les objectifs de valeur constitutionnelle). Selon la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, la limitation n'accède à la qualité de norme d'exception qu'à la condition d'être conforme à la Constitution et d'aboutir à la conciliation équilibrée des droits et libertés contradictoires. De plus, elle ne doit ni altérer la substance, ni dénaturer la nature de ces droits et libertés.

Ainsi l'unité de la notion d'exception réside *in fine* dans l'idée de conciliation équilibrée des droits et libertés. Celle-ci est atteinte par la proportionnalité, c'est-à-dire par une pondération raisonnable et raisonnée des différents intérêts et droits qui entrent en opposition. Une fois déclarée conforme à la Constitution, la notion d'exception se traduit comme la réalisation de l'équilibre dans la conciliation des droits et libertés en conflit. Intimement liée à la proportionnalité, cette notion n'est pas incompatible avec l'idéologie juridique libérale protectrice des droits et libertés fondamentaux. Elle véhicule simplement l'idée d'exercice raisonnable et équilibré de ces derniers. C'est en ce sens que la notion d'exception s'avère également compatible avec la notion européenne des droits intangibles et indérogeables. Ainsi, la crainte de voir l'exception aboutir à la suppression des droits et

libertés ou l'emporter sur le principe ne paraît pas justifiée. Cette notion n'est jamais qu'une limite, un seuil d'équilibre affecté à l'exercice des droits et libertés ayant des contenus contradictoires afin de les concilier.

S'insérant « *sans effort et logiquement, au sein du corpus juridique* », la notion d'exception apporte à celui-ci « *non un élément de perturbation, mais bien au contraire, une contribution à son harmonie* »¹⁸⁶⁶. Son aptitude explicative et justificative est désormais établie.

Au terme de l'exposé des résultats de notre recherche, le caractère relatif et stipulatif de toute proposition de définition¹⁸⁶⁷ doit être rappelé. Par ailleurs, si « l'édificateur d'une notion jouit, dans la détermination de ses limites, d'une certaine latitude d'appréciation »¹⁸⁶⁸, nonobstant cette relative marge d'appréciation dont nous disposons, la définition de l'exception proposée ainsi que les analyses critiques menées tout au long de cette étude ne prétend ni à l'immutabilité ni à la perfection. Notre définition de la notion d'exception comme la règle de limitation, élaborée à partir de l'analyse conjointe du droit positif, de la jurisprudence et de la doctrine doit être elle-même ouverte à la critique. Il reste toutefois à espérer que cette thèse a répondu aux trois objectifs de départ. D'abord, elle contribue au dépassement de l'indétermination de la notion d'exception. Ensuite, en explicitant l'apport de la notion d'exception à l'équilibre de l'ordre juridique, elle enlève la défaveur intuitive qui affecte cette notion. Enfin, elle offre une explication cohérente au rapport entre la règle et l'exception en montrant que celles-ci ne sont pas contradictoires mais se complètent et forment en réalité une unité.

¹⁸⁶⁶ Roger Latournerie, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », art. cit., p. 98.

¹⁸⁶⁷ Sur cet aspect, voir en outre Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 57-61 (partie développée par Otto Pfersmann).

¹⁸⁶⁸ Roger Latournerie, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », art. cit., p. 95-96.

BIBLIOGRAPHIE

Dictionnaires

ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, 1649 p.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane et SUDRE Frédéric (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2008, 1024 p.

ARNAUD André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., coll. Quadrige, 1993, 2e éd., 800 p.

CADIET Loïc (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, P.U.F., 2004, 1362 p.

DE FERRIERE Claude-Joseph, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 1, Paris, Brunet, 1769, 703 p.

ERNOUT Alfred et MEILLET Antoine, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, 2001, tirage de la 4e éd. revu par Jacques André, 1108 p.

FOULQUIE Paul, *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, P.U.F., 1969, 2e éd., 781 p.

GENOUVRIER Emile, DESIRAT Claude et HORDE Tristan, *Dictionnaire des synonymes*, Paris, Larousse, 2007, 843 p.

LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2002.

LECLANT Jean (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2005, 2389 p.

RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, 892 p.

REY Alain et REY-DEBOVE Josette, *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2010.

SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1200 p.

Codes

Code Civil 2010, Paris, Dalloz, 109e éd., 2009, 2835 p.

Code de procédure civile 2010, Paris, Dalloz, 101e éd., 2009, 2871 p.

Code Pénal 2010, Paris, Litec, 22e éd., 2009, 1973 p.

Code de procédure pénale 2010, Paris, Dalloz, 2009, 2683 p.

Code de l'administration 2008, Paris, Litec, 2008, 3e éd., 783 p.

Code de la Défense 2006, Journaux Officiels, 2006, 189 p.

Ouvrages, manuels et thèses

AFROUKH Mustapha, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de la convention européenne des droits de l'homme, 2011, 624 p.

AGAMBEN Giorgio, *Homo Sacer. I, Le pouvoir souverain et la vie nue*, traduit par Marilène Raiola, Paris, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1997, 224 p.

AGAMBEN Giorgio, *Homo Sacer. II, 1, Etat d'exception*, traduit par Joël Gayraud, Paris, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 2003, 160 p.

Annuaire International de Justice Constitutionnel (A.I.J.C.), *Urgence, exception, constitution*, numéro XXIV, 2008.

ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, traduit par Jean Barthélémy Saint-Hilaire, Paris, Le Livre de poche, coll. Classiques de la philosophie, 1992, 447 p.

ARISTOTE, *Les politiques*, traduit par Pierre Pellegrin, Paris, Flammarion, coll. GF, 1999, 575 p.

ATIAS Christian, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2002, 240 p.

ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. Thémis Droit privé, 2012, 3e éd., 416 p.

ATTALI Sophie, *Le droit antisémite de Vichy : un droit politique d'exception*, thèse dactylographiée, Université Toulouse I, 2008, 686 p.

AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Sirey Université, 2010, 13e éd, 366 p.

AUBERT Jean-Luc, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. Armand Colin, 1998, 7e éd. avec annexes documentaires, 325 p.

AVRIL Pierre et GICQUEL Jean, *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2004, 3e éd., 411 p.

AVRIL Pierre, *Rapport de la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République*, Paris, La Documentation française, 2003, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/024000635/0000.pdf>, 105 p.

AYNES Laurent et MALAURIE Philippe, *Cours de droit civil, Les obligations le régime général*, t. 4, Paris, Cujas, 2001, 11e éd., 266 p.

BARRET-KRIEGEL Blandine, *L'Etat et la démocratie : Rapport à François Mitterrand, Président de la République française*, Paris, La Documentation française, coll. Rapports Officiels, 1986, 218 p.

BASILIEU-GAINCHE Marie-Laure, *Etat de droit et états d'exception : étude d'une relation dialectique à partir du constitutionnalisme colombien*, thèse dactylographiée, Université Paris III Sorbonne Nouvelle, 2001, 826 p.

BATIFFOL Henri, *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1993, 9e éd., 127 p.

BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1994, 512 p.

BECANE Jean-Claude et COUDERC Michel, *La loi*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit , 1994, 301 p.

BECANE Jean-Claude, COUDERC Michel et HERIN Jean-Louis, *La loi*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, 2e éd., 270 p.

BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2003, 4e éd., 374 p.

BIOY Xavier, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Montchrestien, coll. Cours, 2011, 874 p.

BLANCHARD Christophe, *La dispense en droit privé*, Paris, Pantheon-Assas, coll. Thèses, 2010, 730 p.

BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit : recueil de textes*, Paris, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, 1998, 286 p.

BON Pierre et MAUS Didier (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européenne*, Paris, Dalloz, coll. Grands Arrêts, 2008, 808 p.

BOST-LAGIER Véronique, *L'exceptionnel en droit civil*, thèse dactylographiée, Université Paris II Panthéon-Assas, 2002, 477 p.

BUHLER Jacques, *Le droit d'exception de l'État : étude des droits publics allemand et suisse, de 1871 à nos jours*, Genève, Droz, 1995, 271 p.

BUI-XUAN Olivia, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, coll. Corpus Essais, 2004, 533 p.

BURDEAU Georges, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1942, 323 p.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, t. 4 Le statut juridique du pouvoir dans l'Etat, Paris, L.G.D.J., 1983, 3e éd., 648 p.

Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux (C.R.D.F.), *Pouvoirs exceptionnels et droits fondamentaux*, numéro 6, 2008.

CALVES Gwénaële, *La discrimination positive*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 2010, 3e éd., 126 p.

CAMUS Geneviève, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1965, 428 p.

CAPITANT Henri, TERRE François et LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1 Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, Paris, Dalloz, coll. Grands Arrêts, 2007, 12e éd., 850 p.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, 10e éd., 493 p.

CARL VON SAVIGNY Friedrich, *Traité de droit romain*, préface de Hervé Synvet, traduit par M. Ch. Guénoux, Paris, L.G.D.J., Paris, Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables Droit privé, 2002, rééd. De l'éd. de 1840, Paris, Firmin Didot, 532 p.

CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, préface de Éric Maulin, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, Fac-similé de l'éd. de 1920, Paris, Sirey, 638 p.

CARRE DE MALBERG Raymond, *Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, Paris, A. Rousseau, 1887, 360 p.

CASSELLA Sarah, *L'état de nécessité en droit international public*, Paris, thèse dactylographiée, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2009, 601 p.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001, 15e éd., t.1 : 1440 p.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001, 15e éd., t.2 : 808 p.

CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2008, 13e éd., 1540 p.

CHASSIN Catherine-Amélie, *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Rencontres européennes, 2006, 300 p.

COHENDET Marie-Anne, *La cohabitation : leçons d'une expérience*, Paris, P.U.F., coll. Recherches politiques, 1993, 352 p.

COHEN-JONATHAN Gérard, *La convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1989, 616 p.

COLAS Dominique (dir.), *L'Etat de droit, Travaux de la mission sur la modernisation de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1987, 254 p.

Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Les pouvoirs d'exception*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1998, 26 p.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2011, 9e éd, 1093 p.

CORNU Gérard, *Droit civil approfondi : l'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, Paris, les Cours de droit, 1970-1971, 240 p.

CORNU Gérard, *Introduction au droit civil*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2007, 13e éd..

CORTEN Olivier, *L'utilisation du raisonnable par le juge international : Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit international, 1997, 696 p.

CRUCIS Henry-Michel, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française : contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1991, 377 p.

DABIN Jean, *Le droit subjectif*, préface de Christian Atias, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2007, fac-similé, 313 p.

DABIN Jean, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, 2e éd., 425 p.

DE BECHILLON Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1996, 577 p.

DE BECHILLON Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, 302 p.

DE FROUVILLE Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international : Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004, 561 p.

DE MONTALIVET Pierre, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, préface de Michel Verpeaux, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, 680 p.

DE MOY Jean-Marc, *L'exception en droit privé*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., coll. Centre Pierre Kayer, 2011, 398 p.

DECAUX Emmanuel (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, 996 p.

DECAUX Emmanuel, PETTITI Louis-Edmond et IMBERT Pierre-Henri (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme commentaire article par article*, préface de Pierre-Henri Teitgen, Paris, Economica, 1999, 2e éd., 1230 p.

DELAUNAY Benoît, *La faute de l'administration*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 2007, 474 p.

DELISLE Georges, *Traité de l'interprétation juridique, en d'autres termes, des questions auxquelles donne naissance l'application des lois, examen critique de la jurisprudence moderne*, t. 2, Paris, Louis Delamotte, 1849.

DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit*, t.1 : Le relatif et l'universel , Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 2004, 439 p.

DELMAS-MARTY Mireille, *Raisonnement la raison d'Etat : vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1989, 512 p.

DESMONS Eric, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Paris, L.G.D.J., coll. Thèses. Bibliothèque de droit public, 1999, 280 p.

DESTOUET Joseph, *Caractères généraux des exceptions sous le système formulaire : droit romain ; Du bail à colonat partiaire : droit français*, Paris, C. Lebas, 1885, 247 p.

DI QUAL Lino, *La compétence liée*, Paris, L.G.D.J., 1964, 627 p.

DIJON Xavier, *Droit naturel*, t. 1 : Les questions du droit, Paris, P.U.F., coll. Themis droit privé, 1998, 618 p.

DOMAT Jean, *Les quatre livres du droit public, 1697*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1989, Fac-similé de l'éd. de 1829, Paris, Firmin Didot , 587 p.

DOMAT Jean, *Traité des lois*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1989, Fac-similé de l'éd. de 1828, Paris, Firmin-Didot, C. Béchet, Roret et al., 75 p.

DOUENCE Jean-Claude, *Recherche sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1968, 535 p.

DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, P.U.F., coll. Thémis Droit, 2011, 3e éd., 544 p.

DROIN Nathalie, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, Paris, L.G.D.J., coll. Fondation Varenne , 2011, 620 p.

DUBOUIS Louis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, L.G.D.J., 1962, 471 p.

DUGUIT Léon, *L'Etat : le droit objectif et la loi positive*, préface de Frank Moderne, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, Fac-similé de l'éd. de 1901, Paris, Fontemoing, 623 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2 La théorie générale de l'Etat, Paris, de Boccard, 1928, 888 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, t. 4 L'organisation politique de la France, Paris, de Boccard, 1924, 937 p.

DUPUIS Georges, GUEDON Marie-José et CHRETIEN Patrice, *Droit administratif*, Paris, Sirey, coll. Sirey Université, 2010, 12e éd, 730 p.

DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, préface de Pierre Bouretz, traduit par Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1995, 515 p.

ECK Laurent, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, préface de Thierry Debard, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010, 690 p.

EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1983, 908 p.

ERGEC Rusen, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles : étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Collection de droit international, 1987, 427 p.

ESMEIN Adhémar, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, L. Larose, 1906, 4e éd., 972 p.

FAVOREU Louis et PHILIP Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grandes décisions, 2011, 16e éd., 590 p.

FAVOREU Louis, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1964, 582 p.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PENA-SOLER Annabelle, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, SCOFFONI Guy, ROUX André et TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit public, science politique, 2009, 5e éd., 685 p.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André et SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis Droit public, science politique, 2012, 14e éd., 1080 p.

FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil : suivi d'une édition de ce code*, Paris, Otto Zeller, 1827.

FISCHER Jérôme, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004, 442 p.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric, *Les obligations*, t. 2 Le fait juridique, Paris, Dalloz, coll. Armand Colin, 2001, 9e éd., 400 p.

- FORTSAKIS Théodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1987, 542 p.
- FOULQUIER Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, préface de Frank Moderne, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2003, 805 p.
- FRANK Alexis, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2008, 464 p.
- FREMONT Daniel, *Droits intangibles et états d'exception*, Bruxelles, Bruylant, coll. Organisation internationale et relations internationales, 1996.
- FRIER Pierre-Laurent, *L'Urgence*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1987, 599 p.
- GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, coll. Droit civil, Etudes et recherches, 1985, 250 p.
- GARNIER-DESCHESNES Edme-Hilaire, *Observations sur le projet de code civil de l'An VIII présenté par la commission nommée par le gouvernement le 24 Thermidor an VIII et publié en l'an IX*, Paris, Huzard, 1800, 170 p.
- GAUDEMET Sophie, *La clause réputée non écrite*, Paris, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006, 380 p.
- GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1972, 321 p.
- GENEVOIS Bruno, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, Paris, Editions S.T.H., 1988, 406 p.
- GHESTIN Jacques et GOUBEAUX Gilles, *Traité de droit civil : introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 1994, 4e éd., 891 p.
- GIMENO-CABRERA Véronique, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine : dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, Paris, L.G.D.J., 2004, 384 p.
- GREWE Constance et RUIZ-FABRI Hélène, *Droit constitutionnel européen*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1995, 661 p.
- GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2011, 18e éd., 858 p.
- HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., coll. Manuel, 2012, 33e éd., 908 p.
- HAMON Francis, *L'article 16 de la Constitution de 1958 : documents réunis et commentés par Francis Hamon*, Paris, La documentation française, 1994, 35 p.

HANICOTTE Robert, *Devoirs de l'homme et Constitutions : contribution à une théorie générale du devoir*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2007, 394 p.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 2002, 12e éd., 1150 p.

JEAMMAUD Antoine, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse dactylographiée, Université Lyon III, 1975, 789 p.

JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, préface de David Deroussin, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2006, Fac-similé de la 2e éd. de Paris, Dalloz, 1939.

KALINOWSKI Georges, *Introduction à la logique juridique : éléments de sémiotique juridique, logique des normes, et logique juridique*, préface de Chaïm Perelman, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1964, 188 p.

KANT Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduit par Victor Delbos, Paris, Delagrave, 1907, 210 p.

KANT Emmanuel, *Œuvres philosophiques*, t. III, Paris, Gallimard, coll. La pléiade, 1980.

KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, traduit par Olivier Beaud et Malkani Fabrice, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1996.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit, Reine Rechtslehre*, traduit par Charles Eisenmann, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, 1999, 367 p.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit, Introduction à la science du droit*, traduit par Henri Thévenaz, Neuchâtel, La Baconnière, coll. Etre et penser Cahiers de philosophie, 1953, 205 p.

KHERAD Rahim (dir.), *Légitimes défenses*, Paris, L.G.D.J, coll. Faculté de droit Poitiers, 2007, 304 p.

LAMBERT Edouard, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, fac-similé de la 1ère éd. de 1921, Paris, Giard, 276 p.

LAURENT François, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1869.

LE TOURNEAU Philippe (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2006/2007, n° 134.

LE TOURNEAU Philippe, *Responsabilité (en général)*, Paris, Rép. civ. Dalloz, 2009.

LEBEAU Martin, *De l'interprétation stricte des lois : essai de méthodologie*, Paris, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2012, 234 p.

LECOCQ Pierre-André, *Le pouvoir de dérogation de l'administration*, thèse dactylographiée, Université Lille II, 1985, 1117 p.

LECUYER Guillaume, *Liberté d'expression et responsabilité : Etude de droits privés*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, 611 p.

LESAGE Michel, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice : contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de thèse, 1960, 337 p.

LEURQUIN-DE VISSCHER Françoise, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, coll. Centre d'études constitutionnelles et administratives, 1991, 309 p.

LEVY Emmanuel, *La vision socialiste du droit*, Paris, Giard, coll. Collection internationale des juristes populaires, 1926, 179 p.

LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, traduit par David Mazel, Paris, Flammarion, coll. GF, 1992, 381 p.

LONG Marceau, WEIL Prosper, DELVOLVE Pierre, GENEVOIS Bruno et BRAIBANT Guy, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, coll. Grands Arrêts, 2011, 18e éd., 1010 p.

MACKELDEY Ferdinand, *Manuel de droit romain contenant la théorie des Institutes précédée d'une introduction à l'étude du droit romain*, traduit par Jules Beving, Bruxelles, Société typographique belge, 1837, 444 p.

MADIOT Yves, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 264 p.

MALINVAUD Philippe, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Litec, coll. Manuel, 2006, 11e éd., 442 p.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007, 108 p.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., coll. Manuel, 2002, 791 p.

MATHIEU Bertrand, *La loi*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2010, 3e éd., 138 p.

MATHIEU Bertrand, *Les validations législatives : pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1987, 329 p.

MAURER Hartmut, *Droit administratif allemand*, traduit par Michel Fromont, Paris, L.G.D.J., coll. Manuel, 1995, 420 p.

MAYER Pierre, *La distinction entre règles et décision en droit international privé*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque de droit international privé, 1973, 244 p.

MAYER Pierre, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque de droit international privé, 1973, 244 p.

MELIN-SOUCRAMAMIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, P.U.A.M., Aix-en-Provence, coll. Droit public positif, 1997, 397 p.

MELLERAY Fabrice, *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Paris, L.G.D.J., coll. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004, 312 p.

MICHOUD Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, L.G.D.J., 1906, 1033 p.

MILLER Sébastien, *Le pouvoir discrétionnaire du législateur : contribution à une étude du pouvoir législatif*, thèse dactylographiée, 2006, 647 p.

MOLFESSIS Nicolas, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 1997.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Œuvres Complètes t. 2, Paris, Gallimard, coll. La Pléiade, 1995, 1810 p.

MORABITO Marcel et BOURMAUD Daniel, *Histoire constitutionnel et politique de la France (1789-1958)*, Paris, Montchrestien, coll. Droit Public, 1998, 5e éd., 495 p.

MOURGEON Jacques, *Les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 2003, 8e éd., 127 p.

MUZNY Petr, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, préface de Frédéric Sudre, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2005, 734 p.

NIZARD Lucien, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1962, 293 p.

OST François, DUMONT Hugues et VAN DROOGHENBROECK Sébastien (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 544 p.

PALLARD Roger, *L'exception de nécessité en droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1948, 380 p.

PANCRAZI-TIAN Marie-Eve, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1996, 439 p.

PAPADIMITRIOU Théodora, *La régulation des rapports entre l'ordre constitutionnel français et l'ordre juridique de l'Union européenne par le Conseil constitutionnel*, thèse dactylographiée, 2010, 624 p.

PAYE Jean-Claude, *La fin de l'Etat de droit : la lutte antiterroriste, de l'état d'exception à la dictature*, Paris, La Dispute, 2004, 215 p.

PERELMAN Chaïm (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, coll. Travaux du

Centre national de recherches de logique, 1965, 407 p.

PERES Cécile, *La règle supplétive*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, 680 p.

PERROUTY Pierre-Arnaud (dir.), *Obéir et désobéir : le citoyen face à la loi*, Université de Bruxelles, coll. Philosophie politique et juridique, 2000, 217 p.

PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et IMBERT Pierre-Henri (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, 1230 p.

PHILIPPE Xavier, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., coll. Science et Droit administratif, 1990, 542 p.

PICARD Etienne, *La notion de police administrative*, tome 1, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1984, 926 p.

PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t.2 Les preuves. Théorie générale des obligations. Les contrats. Privilèges et hypothèques, Paris, L.G.D.J., 1907, 4e éd. , 1093 p.

PORTALIS Jean-Etienne-marie, *Discours et rapport sur le code civil. Précédés de l'Essai sur l'utilité de la codification*, Caen, Presses Universitaires de Caen, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 2010, 203 p.

PORTALIS Jean-Etienne-marie, *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1er Pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*, Paris, Institut des Hautes Etudes d'Outre-mer, 1962, 51 p.

PRADEL Jean et DANTI-JUAN Michel, *Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, coll. Manuels, 2001, 2e éd., 792 p.

Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat le jeudi 25 mars 2010, *Etudes relatives aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*. Version en ligne, www.ladocumentationfrancaise.fr

Rapport public du conseil d'etat sur le thème « égalité », E.D.C.E., 1996, n° 48.

REMY Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008, 466 p.

REUTER Paul, *Convention de Vienne du 29 mai 1969 sur les droits des traités*, Paris, Colin, 1970, 96 p.

RIALS Stéphane, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1988, 761 p.

RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit

public, 1980, 564 p.

RIPERT Georges, *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, L.G.D.J., 1929, 36 p. .

RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949, 4e éd., 421 p.

RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, 431 p.

RIVERO Jean et WALINE Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit public, 2004, 20e éd., 624 p.

ROBERT Jacques et DUFFAR Jean, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2009, 8e éd., 907 p.

ROBINE Luc, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, Bordeaux, Delmas, 1933, 210 p.

ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, 4e éd., 1021 p.

ROUBIER Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, traduit par David Deroussin, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, Fac-similé de l'éd. de 1963, Paris, Sirey, 450 p.

ROUBIER Paul, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, Fac-similé de l'éd. de 1951, Paris, Sirey, 337 p.

ROUSSEAU Dominique (dir.), *Commission européenne pour la démocratie par le droit, Le principe du respect de la dignité de la personne humaine, actes du séminaire Unidem de Montpellier 1998*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999.

ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2010, 9e éd., 586 p.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du Contrat Social*, Paris, Le Livre de Poche, coll. Classiques de la philosophie, 1996, 221 p.

ROUYERE Aude, *Recherche sur la dérogation en droit public*, thèse dactylographiée, Université Bordeaux I, 1993, 505 p.

SAILLANT Elodie, *L'exorbitance en droit public*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2011, 662 p.

SAINT-BONNET François, *L'état d'exception*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 2001, Edition de la thèse de l'auteur "L'état d'exception. Histoire et théorie. Les justifications de l'adaptation du droit public au temps de crise" soutenue en 1996, 400 p.

SAINT-JAMES Virginie, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, Paris, P.U.F., 1995, 511 p.

SAINTOURENS Bernard, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse dactylographiée, Université Bordeaux I, 1986, 771 p.

SCHMITT Carl, *La dictature*, Paris, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 2000, 336 p.

SCHMITT Carl, *Théologie politique*, traduit par Jean-Louis Schlegel, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 1988, 182 p.

SINAY Hélène et JAVILLIER Jean-Claude, *La grève*, Paris, Dalloz, coll. Traité de droit du travail, 1984, 2e éd., 617 p.

STANG André, *La notion de la loi dans Saint Thomas d'Aquin*, Paris, Impr. du Montparnasse, 1926, 139 p.

STARCK Boris, ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Introduction au Droit*, Paris, Litec, 2000, 5e éd., 649 p.

STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit privé, 2000, 17e éd., 680 p.

STOFFEL-MUNCK Philippe, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2000, 649 p.

SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENOIRE Adeline et LEVINET Michel, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., coll. Thémis droit, 2011, 6e éd., 944 p.

TIMBAL Pierre-Clément et CASTALDO André, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit public science politique, 2004, 11e éd., 673 p.

TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Théories des contraintes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, 2005, 201 p.

TROPER Michel, *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 2010, 128 p.

TROPER Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1973, 251 p.

TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1994, 360 p.

TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, 813 p.

UNTERMAIER Elise, *Les règles générales en droit public français*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 2011, 556 p.

VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, F.U.S.L., 2001, 785 p.

VANDER EYCKEN Paul, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Falk,

1906, 434 p.

VENEZIA Jean-Claude, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1959, 175 p.

VERDOODT Albert, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Louvain/Paris, Nauwelaerts, coll. Etudes morales, sociales et juridiques, 1964, 356 p.

VERGELY Daniel, *La notion d'exception en droit*, thèse dactylographiée, Université Paris X Nanterre, 2006, 618 p.

VERPEAUX Michel, *Droits des collectivités territoriales*, Paris, P.U.F., coll. Major, 2005, 312 p.

VIALA Alexandre, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1999, 318 p.

VILLEY Michel, *La philosophie du droit*, t. 1 Définitions et fins du droit, t. 2 Les moyens du droit, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001.

VILLEY Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige Grands textes, 2008, 169 p.

VIMBERT Christophe, *La tradition républicaine en droit public français*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1992, 392 p.

VINEY Geneviève, *Introduction à la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, 2008, 3e éd., 693 p.

VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, Paris II Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2010, 226 p.

VOISSET Michèle, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1969, 439 p.

WALINE Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2008, 22e éd., 702 p.

XYNOPOULOS Georges, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1995, 463 p.

Articles et contributions

AGOSTINI Eric, « L'équité », Dalloz, 1978, chron., p. 7.

AMSELEK Paul, « La part de la science dans les activités des juristes », Dalloz, 1997, chron., p. 337 et s.

AMSELEK Paul, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », R.R.J., 2007/2, p. 557 et s.

ANCEL Pascal, « Abus de droit : l'interdiction de l'abus de droit », in Sous la direction de ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane et SUDRE Frédéric, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2008, p. 1 et s.

ARNAUD André-Jean, « Antinomie », in ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., coll. Quadrige, 1993, 2e éd., p. 37 et s.

ARTUR Emile, « Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions de juger et d'administrer », R.D.P., 1900, n° 13 et n° 14, p. 214 et s. ; p 34 et s. version numérisée www.gallica.bnf.fr.

AUBY Jean-Marie, « L'abrogation des actes administratifs », A.J.D.A., 1967, p. 131 et s.

AVRIL Pierre, « Une revanche du droit constitutionnel », Pouvoirs, 1989, n° 49, p. 5 et s.

BANCAUD Alain, « La magistrature et la répression politique de Vichy ou l'histoire d'un demi-échec », Droit et Société, 1996, n° 34, p. 557 et s.

BARTHELEMY Joseph, « De la dérogation aux lois par le pouvoir législatif et plus spécialement du pouvoir pour le parlement de faire les lois spéciales applicables rétroactivement à certaines infractions déterminées, notes parlementaires », R.D.P., 1907, p. 472 et s.

BATIFFOL Henri, « Question de l'interprétation juridique », A.P.D., 1972, thème L'interprétation dans le droit, p. 9 et s.

BEAUD Olivier, « Constitution et Constitutionnalisme », in Sous la direction de RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 133 et s.

BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 257 et s.

BERGEL Jean-Louis, « Méthodologie juridique », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 1021 et s.

BERLIA Georges, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », R.D.P., 1944, p. 46 et s.

BIOY Xavier, « Avant-propos », in BIOY Xavier (dir.), *Constitution et Responsabilité : Des responsabilités constitutionnelles aux bases constitutionnelles des droits de la responsabilité, Actes du colloque de Toulouse, 5 et 6 octobre 2007*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 9 et s.

BIOY Xavier, « La dignité : une question de principe », in GABORIAU Simone et PAULIAT Hélène (dir.), *Justice, Ethique et Dignité : Actes du colloque organisé à Limoges Le 19 et 20 novembre 2004*, Presses Universitaires de Limoges, 2006, p. 47 et s.

BLUMANN Claude, « Le contrôle juridictionnel des dérogations en matière d'urbanisme », *R.D.P.*, 1975, p. 5 et s.

BOBBIO Norberto, « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Essais de théorie du droit : recueil de textes*, Paris, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, 1998, p. 89 et s.

BOBBIO Norberto, « Le bon législateur », in HUBIEN Hubert (dir.), *Le raisonnement juridique : actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 243 et s.

BOCKEL Alain, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *A.J.D.A.*, 1978, p. 355 et s.

BOCKEL Alain, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Mélanges Hamon (Léo)*, Paris, Economica, 1982, p. 43 et s. .

BONNARD Roger, « La conception juridique de l'Etat », *R.D.P.*, 1922/39, p. 5 et s.

BONNARD Roger, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923/40, p. 363 et s.

BONNARD Roger, « Les actes constitutionnels de 1940 », *R.D.P.*, 1942, p. 49 et s., p. 149 et s., p. 258 et s., p. 301 et s.

BONNARD Roger, « Les droits publics subjectifs des administrés », *R.D.P.*, 1932, p. 695 et s.

BOUDET François, « La théorie de l'enrichissement sans cause en droit administratif », *A.J.D.A.*, 1959, p. 77 et s.

BOULANGER Jean, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 51 et s.

BOUSTA Rhita, « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *R.I.D.C.*, 2007/4, p. 859 et s.

BOYER Georges, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Paris, Dalloz, 1960, p. 257 et s.

BRAIBANT Guy, « Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration », in *Mélanges Hamon (Léo)*, Paris, Economica, 1982, p. 99 et s.

BRAIBANT Guy, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges Waline (Marcel)*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 297 et s.

BRUNET Pierre, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 207 et s.

BUI-XUAN Olivia, « De la difficulté d'édifier un statut sur mesure : le nouveau statut de la Polynésie française », L.P.A., 2005, n° 36, p. 6 et s.

CADIET Loïc et LE TOURNEAU Philippe, « Abus de droit », Rép. Civ. Dalloz, 2008, 2e éd..

CALAIS-AULOY Marie-Thérèse, « De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit. La notion de liberté privilégiée », L.P.A., 33585, p. 12 et s.

CARBONNIER Jean, « Le silence et la gloire », Dalloz, 1951, chron., p. 119 et s.

CARBONNIER Jean, « Sur le caractère primitif de la règle de droit », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Paris, Dalloz, 1961, p.109 et s. .

CARRIE Jean-Michel, « Privilège (Droit romain) », in LECLANT Jean (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2005, p. 1803 et s.

CASSIN René, « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la déclaration universelle des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Polys Modinos : problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, p. 479 et s.

CAVERIVIERE Monique, « Commentaire de l'article 8 », in Sous la direction de CONAC Gérard, DEBENE Marc et TEBOUL Gérard, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, p. 173 et s.

CAYLA Olivier, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », in *Le Monde daté du 31 janvier 2003*.

CHAPUS René, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles », in CHAPUS René, *L'administration et son juge*, Paris, P.U.F., 1999, p. 93 et s.

CHARLIER Robert-Edouard, « La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? », E.D.C.E., 1951/5, p. 32 et s.

CHENOT Bernard, « L'Existentialisme et le Droit », *Revue française de science politique*, 1953/1, p. 57 et s.

CHEVALLIER Jacques, « Essai d'analyse structurale du préambule », in KOUBI Geneviève (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946 : antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, P.U.F., 1996, p. 13 et s.

CHEVALLIER Jacques, « L'Etat de droit », R.D.P., 1986, p. 313 et s.

CINTURA Paul, « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », R.I.D.C., 1972/3, p. 657 et s.

CLAUDE Frank, « Loi de modernisation sociale : La nouvelle définition du licenciement

économique porte atteinte à la liberté d'entreprendre », J.C.P., 2002, n° 24, p. 1097 et s.

COHEN Daniel, « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz/P.U.F./Jurisclasseur, 1999, p. 393 et s.

COLAS Dominique (dir.), « L'Etat de droit », in *travaux de la mission sur la modernisation de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1987, p. VIII.

COLLY François, « Le Conseil constitutionnel et le droit de propriété », R.D.P., 1988/1, p. 135 et s.

COMBACAU Jean, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », A.P.D., 1986, p. 85 et s.

COMBACAU Jean, « Ouverture : L'illicite et le fautif », *Droits*, 1987, n° 5, p. 5.

CORNU Gérard, « Les définitions dans la loi », in *in Mélanges Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 79 et s. .

COSTA Jean-Paul, « Commentaire de l'article 4 », in Sous la direction de CONAC Gérard, DEBENE Marc et TEBOUL Gérard, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, p. 101 et s.

COSTA Jean-Paul, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », A.J.D.A., 1988, p. 434 et s.

DE BECHILLON Denys, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », R.R.J., 1994/1, p. 247 et s.

DECAUX Emmanuel, « Droits, devoirs et responsabilités dans la Déclaration », in *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 1948-98 : avenir d'un idéal commun / actes du colloque des 14, 15 et 16 septembre 1998 à la Sorbonne, Paris*, Paris, La documentation française, 1999.

DEGUERGUE Maryse, « Les sources constitutionnelles de la responsabilité administrative », in BIOY Xavier (dir.), *Constitution et Responsabilité : Des responsabilités constitutionnelles aux bases constitutionnelles des droits de la responsabilité, Actes du colloque de Toulouse, 5 et 6 octobre 2007*, Paris, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2009, p. 145 et s.

DELPECH Joseph, « Sur deux lois du 13 juillet 1906 et le double caractère d'indétermination et de généralité réputé essentiel de l'acte législatif », R.D.P., 1906, p. 507 et s.

DELVOLVE Pierre, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Actes du colloque des 21 et 22 janvier 1988 organisé au Sénat*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 269 et s.

DELVOLVE Pierre, « L'été des ordonnances », R.F.D.A., 2005/5, p. 909 et s.

DESSERTAUX Marc, « Abus de droit ou conflit de droits », R.T.D. civ., 1906, p. 119 et s. .

DEUMIER Pascale et REVET Thierry, « Sources du droit », in Sous la direction de ALLAND

Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 1430 et s.

DOLLAT Patrick, « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République : de l'Etat unitaire à l'Etat uni ? », *R.F.D.A.*, 2003/4, p. 670 et s.

DRAGO Guillaume, « L'influence de la QPC sur le parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2011, n° 6, <http://www.juspoliticum.com/L-influence-de-la-QPC-sur-le.html> ou http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP6_Drago_280911.pdf.

DRAGO Guillaume, « La conciliation entre principes constitutionnels », *Dalloz*, 1991, chron., p. 265.

DRAGO Roland, « Mitterrand commet un abus de pouvoir », in *Le Figaro daté du 16/07/1986*.

DUPEYROUX Henri, « Sur la généralité des lois », in *Mélanges Carré de Malberg (Raymond)*, Paris, Edouard Duchemin, 1977, p. 137 et s.

DUPUY Pierre-Marie, « Faute de l'Etat et "fait internationalement illicite" », *Droits*, 1987/5, p. 51 et s.

DURANT Philippe, « L'abus de droit : bête du Gévaudan ou Frankenstein ? », *La Revue administrative*, 2003, n° 334, p. 378 et s.

DUVERGER Maurice, « La perversion du droit », in *Religion, société et politique : mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris, P.U.F., 1983, p. 704 et s.

DUVERGER Maurice, « La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940 », *R.D.P.*, 1942, p. 277 et s. p. 417 et s.

DUVERGER Maurice, « Le Président de la République n'est pas obligé de signer les ordonnances », in *Le Monde daté du 22/03/1986*, 31493.

EISENMANN Charles, « Droit constitutionnel et science politique », Paris, *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1957, p. 72 et s.

EISENMANN Charles, « Le droit administratif et le principe de légalité », *E.D.C.E.*, 1957, n° 11, p. 25 et s.

ELLUL Jacques, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *A.P.D.*, n° 8, 1963, p. 21 et s. et *A.P.D.*, n° 10, 1965, p. 191 et s..

ESMEIN Paul, « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *R.T.D. civ.*, 1933, p. 627 et s.

EWALD François, « La faute civile, droit et philosophie », *Droits*, 1987, n° 5 Fin de la faute ?, p. 45 et s.

FAURE Bertrand, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *R.F.D.C.*, 1995, n° 21, p. 47 et s.

FAVOREU Louis, « Dualité ou unité d'ordre juridique ; Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, actes de colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, organisé par l'université Paris II Panthéon-Assas*, Paris, L.G.D.J.-Montchrestien, 1988, p. 145.

FAVOREU Louis, « La légitimité du juge constitutionnel », *R.I.D.C.*, 1994/2, p. 566.

FAVOREU Louis, « Le principe de Constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Eisenmann (Charles)*, Paris, Cujas, 1975, p. 37 et s.

FAVOREU Louis, « Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales », in MODERNE Franck, *La nouvelle décentralisation*, Paris, Sirey, 1983, p. 15 et s.

FEVRIER Jean-Marc, « Remarques sur la notion de norme permissive », *Dalloz*, 1998, chron., p. 271 et s.

FLAUSS Jean-François, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 1992, p. 461 et s.

FONTAINE Lauréline, « Pouvoirs exceptionnels contre garantie des droits ; l'ambiguïté de la question constitutionnelle », *R.D.P.*, 2009, n° 2.

FORIERS Paul, « Les antinomies en droit », in PERELMAN Chaïm (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965.

FOURNIER Stéphanie, « Amnistie, Grâce », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 45.

FRAISSE Régis, « La constitutionnalisation des droits de la responsabilité », in BIOY Xavier (dir.), *Constitution et Responsabilité : Des responsabilités constitutionnelles aux bases constitutionnelles des droits de la responsabilité, Actes du colloque de Toulouse, 5 et 6 octobre 2007*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 137.

FRAISSE Régis, « La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie », *R.F.D.A.*, 2000, p. 77 et s.

FRANGI Marc, « Les lois mémorielles : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *R.D.P.*, 2005/1, p. 241 et s.

FRIER Pierre-Clément, « Les législations d'exception », *Pouvoirs*, 1979, numéro spécial Les pouvoirs de crise l'Etat face aux crises, p. 21 et s.

FROMONT Michel, « Le principe de proportionnalité », *A.J.D.A.*, 1995, n° spécial, p. 156 et s.

FROMONT Michel, « Les Droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in *Mélanges Eisenmann (Charles)*, Paris, Cujas, 1975, p. 49 et s.

FURET Marie-Françoise, « L'enrichissement sans cause d'après la jurisprudence administrative », *Dalloz*, 1967, chron., p. 265 et s.

- GASSIN Raymond, « Lois spéciales et droit commun », Dalloz, 1961, chron. XVIII, p. 91 et s.
- GAUDEMET Yves, « Le Président est tenu de signer », in *Le Monde daté du 18/04/1986*.
- GAZIER François, GENEVOIS Bruno et GENTOT Michel, « La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel », E.D.C.E., 1989, n° 40, p. 149 et s.
- GAZZANIGA Jean-Louis, « Notes sur l'histoire de la faute », *Droits*, 1987, n° 5, p. 17 et s.
- GENEVOIS Bruno, « L'enrichissement des techniques de contrôle », in *Actes du Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel du 3 novembre 2008*, www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Colloques/genevois_031108.pdf.
- GHICA-LEMARCHAND Claudia, « L'interprétation de la loi pénale par le juge », in *Actes du Colloque du Sénat, Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006*, 2006, www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 168 et s.
- GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, figures récentes », *R.F.D.C.*, 2007, p. 269 et s.
- GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 22 *Le réalisme en droit constitutionnel*, p. 141 et s.
- GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, p. 1 et s.
- GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité, Rapport français », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 2009 : Le juge constitutionnel et la proportionnalité - Juge constitutionnel et droit pénal*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2009, p. 191 et s.
- GOHIN Olivier, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *R.F.D.A.*, 2003, p. 678 et s.
- GOURON André, « Le droit commun a-t-il été héritier du droit romain ? », *Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 1998, n° 142-1, p. 283 et s.
- GOY Raymond, « L'abus de droit en droit administratif français », *R.D.P.*, 1962, p. 5 et s.
- GOYARD-FABRE Simone, « Ecole du droit naturel moderne et rationalisme juridique (XVIIe-XVIIIe) », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 564 et s.
- GOYARD-FABRE Simone, « La déclaration des droits ou le devoir d'humanité : une philosophie de l'espérance », *Droits*, 1988/8, p. 41 et s.
- GROS Dominique, « Le droit antisémite de Vichy contre la tradition républicaine », *Le Genre Humain*, 1994, n° 28 *Juger sous Vichy*, p. 17 et s.

GROS Dominique, « Un droit monstrueux ? », *Le Genre Humain*, 1996, n° 30-31 Le droit antisémite de Vichy, p. 561 et s.

GUASTINI Riccardo, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in CAUDAL Sylvie (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, coll. Etudes juridiques, 2008, p. 113 et s.

GUASTINI Riccardo, « Pondération. Une analyse des conflits entre principes constitutionnels », in *Conflits de normes et conflits de valeurs, journée d'études organisée par le centre théorie et analyse du droit, université de Paris X-Nanterre, vendredi 16 décembre 2005*

.

GUIBAL Michel, « De la proportionnalité », *A.J.D.A.*, 1978, p. 477 et s.

GUILLAUME Gilbert, « Commentaire de l'article 2 », in Sous la direction de PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et HENRI IMBERT Pierre, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 2e éd., p. 143 et s.

GUTMANN Daniel, « Droit subjectif », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 529 et s.

HABERMAS Jürgen, « Le débat interculturel sur les droits de l'homme », in *L'intégration républicaine : essais de théorie politique*, traduit par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 1998, p. 245 et s.

HABIB Laurent, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1986, p. 695 et s.

HAMON Léo, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Droit social*, 1983/3, p. 155 et s.

HAURIOU André, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in *Mélanges Carré de Malberg (Raymond)*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1933, p. 231 et s.

HOTTELIER Michel, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité : rapport suisse », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle XXV-2009*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2010, p. 353 et s.

HOURQUEBIE Fabrice, « Les droits publics subjectifs : échec de l'importation d'une théorie allemande en droit administratif français ? », in MELLERAY Fabrice (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit administratif, 2007, p. 203 et s.

JAKAB Andras, « Principes », *A.P.D.*, 2009, n° 52, p. 387 et s.

JAN Pascal, « Bloc de constitutionnalité », Paris, Jurisclasseur Administratif, Jurisclasseur Administratif, 2010, fasc. n° 1418.

JARROSSON Charles et TESTU François-Xavier, « Equité », in Sous la direction de ALLAND

Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p.635 et s.

JEAMMAUD Antoine, « Conflit/Litige », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 255 et s.

JOUANJAN Olivier, « Etat de droit », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 650.

JOUANJAN Olivier, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, 1992, n° 16, p. 131 et s.

KARILA DE VAN Juliana, « Le droit de nuire », *R.T.D. civ.*, 1995, p. 533 et s.

KAYSER Pierre, « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *R.R.J.*, 1998/2, p. 387.

KAYSER Pierre, « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé », *R.R.J.*, 1999, 1999/1, p. 13 et s.

KELSEN Hans, « Derogation in », in *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, p. 339 et s.

KERVEGAN Jean-François, « Etat d'exception », in Sous la direction de RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 252 et s.

KOLB Robert, « Conflits entre normes de jus cogens », in *Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 481 et s.

KOLB Robert, « Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation positive et négative », *R.G.D.I.P.*, 2005/109, p. 305 et s.

LABETOULLE Daniel, « L'avenir du dualisme juridictionnel en droit français. Point de vue d'un juge administratif », *A.J.D.A.*, 2005, n° spécial, p. 1770.

LAHMER Marc, « Séparation et balance des pouvoirs », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 1407.

LAKROUF Slimane, « Le droit d'amendement », *R.D.P.*, 1991, p. 437 et s.

LAMARQUE Jean, « Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16 », *J.C.P.*, 1962, I, 1711.

LATOURNERIE Roger, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *E.D.C.E.*, 1960/14, p. 61 et s.

LE COUSTUMER Jean-Christophe, « La norme et l'exception. Réflexions sur les rapports du droit avec la réalité », *C.R.D.F.*, 2008, n° 6, p. 19 et s.

LE CROM Jean-Pierre, « L'avenir des lois de Vichy », in Sous la direction de DURANT Bernard, LE CROM Jean-Pierre et SOMMA Alessandro, *Le droit sous Vichy*, Frankfurt,

Klostermann, 2006, p. 453 et s.

LE MIRE Pierre, « L'article 17 », in Sous la direction de PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et HENRI IMBERT Pierre, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 2e éd., p. 509 et s.

LEBEN Charles, « Impératif juridique, dérogation et dispense : quelques observations », *Droits*, 1997, n° 25-26, p. 33 et s.

LEBEN Charles, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *R.D.P.*, 1982, p. 295 et s.

LEBEN Charles, « Ordre juridique », in ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1113 et s.

LEBRETON Gilles, « Critique des droits de l'homme et des droits fondamentaux », in Sous la direction de ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane et SUDRE Frédéric, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige Dicos Poche, 2008, p. 182 et s.

LECUCQ Olivier, « Le principe de proportionnalité : simple technique juridictionnelle ou norme de fond. Réflexions tirées du droit constitutionnel des étrangers », in *VIIIe congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel, Mexico 6-10 décembre 2010*, [en ligne], <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/170.pdf>.

LENOIR Noëlle, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », in Sous la direction de MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *L'intérêt général, norme constitutionnelle ?*, *Actes du colloque du vendredi 6 octobre 2006, Conseil constitutionnel (2006)*, Paris, [en ligne], http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/lenoir.pdf.

LETOURNEUR Maxime, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.*, 1951, n° 5, p. 19 et s.

LOCHAK Danièle, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, C.U.R.A.P.P.-P.U.F., 1989, p. 252 et s.

LOCHAK Danièle, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », in Sous la direction de ROUSSEAU Dominique et SUDRE Frédéric, *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Droits et libertés en Europe, Actes du colloque des 20 et 21 janvier 1989 organisé par l'Université Montpellier*, Paris, S.T.H., coll. Les grands colloques, 1992, p. 77 et s.

LOCHAK Danièle, « Le juge doit-il appliquer une loi inique ? », *Le Genre Humain*, 1994, n° 28 Juger sous Vichy, p. 33.

LOQUIN Eric, « Le juif 'incapable' », *Le Genre Humain*, 1996, n° 30-31 Le droit antisémite de Vichy, p. 173 et s.

LUCHAIRE François, « Un droit à dimension variable, le droit d'amendement », in *Mélanges Loïc Philip*, Paris, Economica, 2005, p. 125 et s.

LUCHAIRE Yves, « Commentaire de l'article 72 et 72-1 de la Constitution », in Sous la direction de CONAC Gérard, LUCHAIRE François et PRETOT Xavier, *La Constitution de la République française : Analyses et commentaires*, Paris, Economica, 2008, 3e éd., p. 1711.

MALAURIE Philippe, « Discours d'ouverture », *Droits*, 1997, n° 25 La dispense, p. 9.

MALAURIE Philippe, « La Cour de cassation au XXe siècle », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, La documentation française, [en ligne], http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/xx_e_me_5773.html.

MALINVERNI Giorgio, « Commentaire de l'article 4 », in Sous la direction de PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et HENRI IMBERT Pierre, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 2e éd., p. 178 et s.

MARTENS Paul, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jaques Velu*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 49 et s.

MASTOR Wanda, « L'état d'exception aux Etats-Unis : le USA PATRIOT Act et autres violations 'en règle' de la Constitution », *A.I.J.C.*, 2008, n° XXIV, p. 430 et s.

MATHIEU Bertrand, « Commentaire de l'article II-61-Dignité humaine », in Sous la direction de BURGORGUE-LARSEN Laurence, LEVADE Anne, et PICOD François, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 35.

MATHIEU Bertrand, « De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1649.

MATHIEU Bertrand, « Droits et devoirs », in Sous la direction de ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane et SUDRE Frédéric, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2008, p. 257 et s.

MATHIEU Bertrand, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *Dalloz*, 1996, p. 282 et s.

MATHIEU Bertrand, « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel », in SERIAUX Alain (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIe siècle*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1996, p. 212 et s.

MATHIEU Bertrand, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *R.D.P.*, 2007/1, p. 231 et s.

MATHIEU Bertrand, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n° 21, p. 69 et s.

MATHIEU Bertrand, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et

quelques réalités », L.P.A., 1995/29, p. 13 et s.

MATHIEU Bertrand, « Le droit d'amendement : en user sans en abuser », A.J.D.A., 2006, p. 306.

MATHIEU Bertrand, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence – Autorité – Conflit – Régulation », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2011, n° 32 Dossier Convention européenne des droits de l'homme, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-32/les-decisions-du-conseil-constitutionnel-et-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme%C2%A0-coexistence-%E2%80%93-autorite-%E2%80%93-conflits-%E2%80%93-regulation.99055.html>.

MATHIEU Bertrand, « Les validations législatives devant les juges de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle », R.F.D.A., 2000, p. 289 et s.

MATHIEU Bertrand, « Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », Dalloz, 1995, chron., p. 211.

MAZAUD Denis, « Responsabilité », in CADIET Loïc (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 1149.

MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand et MOUTOUH Hugues, « Les deux faces du principe d'égalité », in MATHIEU Bertrand (dir.), *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 203 et s.

MICHAELIDES-NOUAROS Georges, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », R.T.D. civ., 1966, p. 216 et s.

MODERNE Franck, « Légitimité des principes généraux du droit dans la théorie du droit », R.F.D.A., 1999, p. 722 et s.

MOLFESSIS Nicolas, « La Protection constitutionnelle », *Justices*, 1996, n° 4 Justice et double degré de juridiction, p. 17 et s.

MORANGE Jean, « La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression », in *Liberté, Justice, Tolérance : Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1247 et s.

MORIN Gaston, « L'abus du droit et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique », *Revue de Métaphysique Et de Morale*, 1929/2, p. 267 et s.

MOUTOUH Hugues, « Pluralisme juridique », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 1159.

MOYRAND Alain et TROIANIELLO Antonino, « Commentaire de l'article 74 de la Constitution », in Sous la direction de CONAC Gérard, LUCHAIRE François et PRETOT Xavier, *La Constitution de la République française : Analyses et commentaires*, Paris, Economica, 2008, 3e éd., p. 1777 et s.

MOYRAND Alain, « Commentaire de l'article 2 », in Sous la direction de CONAC Gérard, DEBENE Marc et TEBoul Gérard, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, p. 77 et s.

MUZNY Petr, « Le principe de proportionnalité », in Sous la direction de ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane et SUDRE Frédéric, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2008, p. 810 et s.

NANDRIN Jean-Pierre, « La question des devoirs dans les premières déclarations françaises des droits de l'homme », in Sous la direction de DUMONT Hugues, OST François et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 75 et s.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « Interprétation », A.P.D., 1990, n° 35, p. 165 et s.

OST François, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1978, p. 97 et s.

PACTEAU Pierre, « Discrétionnarité », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 374.

PARIENTE Alain, « Un coup d'arrêt aux limitations du droit de propriété en matière de chasse », R.F.D.C., 2001, n° 45, p. 95 et s.

PELLOUX Robert, « Les limitations prévues pour protéger l'intérêt commun offrent-elles une échappatoire aux Etats liés par les Conventions et Pactes relatifs aux droits de l'homme ? », in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, 4ème colloque du département des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 43 et s.

PERELMAN Chaïm, « Le problème des lacunes en droit, Essai de synthèse », in PERELMAN Chaïm (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 537 et s.

PERELMAN Chaïm, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in PERELMAN Chaïm, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1984.

PFERSMANN Otto, « Antinomies », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 67 et s.

PFERSMANN Otto, « Hiérarchie des normes », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 779 et s.

PFERSMANN Otto, « Lacune et complétude », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 911 et s.

PFERSMANN Otto, « Morale et Droit », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 1040 et s.

PFERSMANN Otto, « Normativisme et décisionnisme », in Sous la direction de RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la philosophie politique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, 3e éd., p. 508 et s.

PICARD Etienne, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », in *Actes du colloque organisé par le Sénat les 29 et 30 septembre 2006*, www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf p. 42 et s.

PICARD Etienne, « Introduction », in DU BOIS DE GAUDUSSON Jean (dir.), *Le devenir du droit comparé en France. Actes de la journée d'étude du 23 juin 2004 à l'Institut de France*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2005, p. 48 et s.

PICARD Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.*, 1998, n° spécial Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?, p. 6 et s.

PICARD Etienne, « Science du droit ou doctrine juridiques », in *L'Unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119 et s.

PICHERAL Caroline et SURREL Hélène, « Droit communautaire des droits fondamentaux : Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *R.T.D.H.*, 2005, p. 649 et s.

PIERRE-CAILLE Olivier, « Commentaire de l'article 73 de la Constitution », in Sous la direction de CONAC Gérard, LUCHAIRE François et PRETOT Xavier, *La Constitution de la République française : Analyses et commentaires*, Paris, Economica, 2008, 3e éd., p. 1762 et s.

PIROVANO Antoine, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », *Dalloz*, 1972, chron. XIII, p. 67 et s.

PLANIOL Marcel, « Etudes sur la responsabilité civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905, p. 287.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Abus de droit et droit moral », *Dalloz*, 1993, chron. XXI, p. 97 et s.

PONTIER Jean-Marie, « Considérations générales sur les principes en droit », in PONTIER Jean-Marie (dir.), *Les principes et le droit*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2007, p. 7 et s.

PY Pierre, « Pouvoir discrétionnaire, compétence liée, pouvoir d'injonction », *Dalloz*, 2000, chron., p. 563 et s.

RADE Christophe, « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *Dalloz*, 1998, chron., p. 301.

REDOR-FICHOT Marie-Joëlle, « L'indivisibilité des Droits de l'homme », *C.R.D.F.*, 2009, n° 7, p. 75 et s.

RENOUX-ZAGAME Marie-France, « Le droit commun européen entre histoire et raison », *Droits*, 1991, n° 14, p. 27 et s.

RIALS Stéphane, « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », *A.P.D.*, 1986, p. 57 et s.

RIGAUX François, « Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application », *Annales de droit de Louvain*, 1983/4, p. 285 et s.

RIVERO Jean, « Apologie pour les faiseurs de système », *Dalloz*, 1951, chron. XXIII, p. 99 et s.

RIVERO Jean, « La liberté d'expression : problèmes généraux d'après l'expérience française », in Sous la direction de TURP Daniel et ARMAND Gérald, *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne : actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1984*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 251 et s.

RIVERO Jean, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées de Luxembourg, 31 mai - 4 juin 1961*, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 343.

ROBERT Jacques, « Monsieur Mitterrand peut refuser de signer », in *Le Monde daté du 18/04/1986*.

ROBERT-WANG Laurent, « Règle de droit », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 1326 et s.

ROLLAND Patrice, « Commentaire de l'article 7 », in Sous la direction de PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et HENRI IMBERT Pierre, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 2e éd., p. 293 et s.

ROTONDI Mario, « Le rôle de la notion de l'abus du droit », *R.T.D. civ.*, 1980, pp. 66 et s.

ROUAST André, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *R.T.D. civ.*, 1944, p. 1 et s.

ROULAND Norbert, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, 1994/27, p. 380 et s.

ROUSSEAU Dominique, « De l'Etat de droit à l'Etat politique », in COLAS Dominique (dir.), *L'Etat de droit, Travaux de la mission sur la modernisation de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1987, p. 171 et s.

ROUSSEAU Dominique, « Une résurrection : la notion de Constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 5 et s.

ROUSSEAU Dominique, « Vichy a-t-il existé ? », *Le Genre Humain*, n° 28 Juger sous Vichy, p. 97 et s.

ROUX André, « Les implications du principe d'indivisibilité de la République dans la

jurisprudence du Conseil constitutionnel français », in Sous la direction de MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *La République en droit français*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1996, p. 77 et s.

ROUYERE Aude, « Droits publics subjectifs des administrés et droits fondamentaux », in *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloque de l'Association française de droit administratif des 10 et 11 juin 2010*, Paris, Litec, coll. Colloque et débats de l'A.F.D.A., 2011, p. 74 et s.

ROUYERE Aude, « La dispense en droit public : l'"un" et le "multiple" », *Droits*, 1997, n° 25 La Dispense, p. 73 et s.

SABETE Wagdi, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps de la décision d'inconstitutionnalité. », *R.R.J.*, 2007/2, p. 719 et s.

SABETE Wagdi, « Limitations aux droits », in Sous la direction de ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane et SUDRE Frédéric, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2008, p. 656 et s.

SAINT-BONNET François, « Exception, nécessité, urgence », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 673 et s.

SAINT-BONNET François, « L'état d'exception et la qualification juridique », *C.R.D.F.*, 2008, n° 6, p. 29 et s.

SAINT-BONNET François, « Privilège », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 1209 et s.

SAINT-BONNET François, « Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception », *R.D.P.*, 1998/5-6 spécial Les quarante ans de la Ve République, p. 1699 et s.

SAINTE ROSE Jerry, « L'intérêt général et le juge », in Sous la direction de MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *Actes du colloque L'intérêt général, norme constitutionnelle, Vendredi 6 octobre 2006*, [en ligne], http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/sainterose.pdf.

SCELLE Georges, « La notion d'ordre juridique », *R.D.P.*, 1944, p. 85 et s.

SERIAUX Alain, « Abus de droit », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 2 et s.

SERIAUX Alain, « Droit naturel », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 507 et s.

SPIELMANN Alphonse et SPIELMANN Dean, « La notion d'abus de droit à la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles, Actes du XIXe Colloque de droit européen au Luxembourg, les 6-9 novembre 1989*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990, p. 58 et s.

SUDRE Frédéric, « Commentaire de l'article 3 », in Sous la direction de PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et HENRI IMBERT Pierre, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 2e éd., p. 155 et s.

SUDRE Frédéric, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y-a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'Homme ? », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 381 et s.

SUDRE Frédéric, « Quel noyau intangible des droits de l'homme », in Sous la direction de MAUGENEST Denis et POUGOUE Paul-Gérard, *Droits de l'Homme en Afrique centrale - Colloque régional de Yaoundé (9-11 novembre 1994)*, Paris, Karthala, coll. Hommes et sociétés, 1996, p. 267 et s.

SUDRE Frédéric, « Torture et traitements inhumains et dégradants (Interdiction de la – et des –) », in Sous la direction de ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane et SUDRE Frédéric, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2008, p. 735 et s.

TAVERNIER Paul, « Commentaire de l'article 15 », in Sous la direction de PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et HENRI IMBERT Pierre, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 2e éd., p. 489 et s.

TAVERNIER Paul, « Conclusions générales », in CHASSIN Catherine-Amélie (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Bruylant, 2006, p. 267 et s.

TEBOUL Gérard, « Commentaire de l'article 6 », in Sous la direction de CONAC Gérard, DEBENE Marc et TEBOUL Gérard, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, p. 149 et s.

TERRE François, « La crise de la loi », A.P.D., 1980, n° 25, p. 17 et s.

THERY Philippe, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 363 et s.

THIREAU Jean-Louis, « Droit commun », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 445 et s.

TIMSIT Gérard, « Pour une théorie des cas extrêmes ; aux limites du pouvoir juridictionnel : droit politique et philosophie à propos d'un concept », in Sous la direction de TIMSIT Gérard et CANTEGREIL Julien, *Actes de colloque sur Le concept du cas extrême organisé à l'école normale supérieure*, Paris, Rue d'Ulm, 2006, p. 7.

TROIANIELLO Antonino, « Le nouveau statut d'autonomie de la Polynésie française », R.F.D.C., 2004/4 n° 60, p. 833 et s.

TROPER Michel, « Interprétation », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 843.

TROPER Michel, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1994, p. 85 et s.

TROPER Michel, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in TROPER Michel, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 2011, p. 105 et s.

TROPER Michel, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence : colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1989, p. 32 et s.

TROPER Michel, « La liberté de l'interprète », in *Actes de colloque organisé par le Sénat les 29 et 30 septembre 2006, thème L'Office du juge*, Paris, Sénat, coll. Les colloques du sénat, p. 28 et s.

TROPER Michel, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales Histoire Sciences Sociales*, 1999, n° 54/6, p. 1239 et s.

TROPER Michel, « La notion de principes supraconstitutionnels », *R.I.D.C.*, 1993, numéro spécial Journées de la Société de Législation Comparée, p. 337 et s.

TROPER Michel, « Le positivisme et les droits de l'homme », in *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 2011, p. 33 et s.

TROPER Michel, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1994, p.293 et s.

TROPER Michel, « Répliques à Denys de Béchillon », *R.R.J.*, 1994, 1994/1, p. 267 et s.

TROPER Michel, « Science du droit », in Sous la direction de ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 1391 et s. .

TROPER Michel, « Système juridique et Etat », *A.P.D.*, 1986, n° 31, p. 29 et s.

TURPIN Dominique, « La Constitution et ses juges », in MATHIEU Bertrand (dir.), *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 329 et s.

TURPIN Dominique, « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, 1985/2, p. 85 et s.

TUSSEAU Guillaume, « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence, actes de colloque organisé des 12 et 13 juin 2008, à la faculté de droit et des sciences économiques et gestion de Nancy par l'association française pour la recherche en droit administratif*, Paris, Litec, 2008, p. 101 et s.

VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile ? », *R.T.D.H.*, 2001, numéro spécial Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie, p. 541 et s.

VANDERLINDEN Jacques, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », R.R.J., 1993/2, p. 573 et s.

VANWELKENHUYZEN André, « De quelques lacunes du droit constitutionnel belge », in PERELMAN Chaïm (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 339 et s.

VEDEL Georges, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », J.C.P., 1948, I, 682.

VEDEL Georges, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », Cahiers du Conseil constitutionnel, 1996 et 1997, n° 1 et 2, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-1/exces-de-pouvoir-legislatif-et-exces-de-pouvoir-administratif-i.52900.html> et <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-2/exces-de-pouvoir-administratif-et-exces-de-pouvoir-legislatif-ii.52882.html>.

VEDEL Georges, « Indéfinissable mais présent », Droits, 1990, n° 11 Définir le droit, p. 67 et s.

VEDEL Georges, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », in *La Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen et la jurisprudence, actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1989, p. 35 et s.

VEDEL Georges, « Schengen et Maastricht : à propos de la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 », R.F.D.A., 1992, p. 173 et s.

VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », citation p. 80, Pouvoirs, 1993, n° 67, p. 79 et s.

VERKINDT Pierre-Yves, « L'égalité au risque de la diversité », A.P.D., 2008, n° 51 L'égalité, p. 141 et s.

VERPEAUX Michel, « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », Cahiers du Conseil constitutionnel (Dossier : Loi et règlements), 2006, n° 19, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-19/les-ordonnances-de-l-article-38-ou-les-fluctuations-controlees-de-la-repartition-des-competences-entre-la-loi-et-le-reglement.51898.html>.

VINEY Geneviève, « Responsabilité », A.P.D., 1990, n° 35, p. 275 et s.

VIRALLY Michel, « Réflexions sur le jus cogens », A.F.D.I., 1966, n° 12, p. 5 et s.

VOISSET Michèle, « Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16 », Pouvoirs, 1979, numéro spécial Les pouvoirs de crise, p. 105 et s.

WALINE Marcel, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges Dabin (Jean)*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 359 et s.

WALINE Marcel, « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », E.D.C.E., 1956, n° 10, p. 25 et s.

WALINE Marcel, « Paradoxe sur l'égalité devant la loi », Dalloz, 1949, chron. VI, p. 25 et s.

WAQUET Claire, « L'application de l'article 1382 du code civil à la liberté d'expression et au droit de la presse », in Sous la direction de DUPEUX Jean-Yves et LACABARATS Alain, *Liberté de la presse et droits de la personne*, Paris, Dalloz, 1997, p. 84 et s.

WEIL Laurence, « La dignité de la personne en droit administratif », in Sous la direction de PAVIA Marie-Luce et REVET Thierry, *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 85 et s.

JURISPRUDENCE CITEE

Décisions du Conseil constitutionnel

Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi référendaire, J.O. du 7 novembre 1962, p. 10775, cons. 2.

Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, titre abrégé de la décision « Liberté d'association », J.O. du 18 juillet 1971, p. 7114, cons. 2.

Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, J.O. du 16 janvier 1975, p. 671, cons. 4.

Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, J.O. du 27 juillet 1979, cons. 1.

Décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, Loi relative à la protection et au contrôle des matières nucléaires, J.O. du 24 juillet 1980, p. 1867, cons. 4 et 5.

Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Validation d'actes administratifs J.O. du 24 juillet 1980, p. 1868, cons. 5.

Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, J.O. du 22 janvier 1981, p. 308, cons. 56 à 58.

Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Lois de nationalisation, J.O. du 17 janvier 1982, p. 299, cons. 30.

Décision n° 82-139 DC du 11 février 1982, Loi de nationalisation, J.O. du 12 février 1982, p. 560, cons. 5.

Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 Loi sur la liberté de communication audiovisuelle, J.O. du 27 juillet 1982, p. 2422 cons. 5, 12 et 13.

Décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, Loi portant réforme de la planification, J.O. du 29 juillet 1982, p. 2424, cons. 8.

Décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle, J.O. du 14 décembre 1985, p. 14574, cons. 3 et 4.

Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel, J.O. du 23 octobre 1982, p. 3210, cons. 3, 9 et 10.

Décision n° 82-144, DC du 22 octobre 1982, Lois relatives aux institutions représentatives du personnel, J.O. du 23 octobre 1982, p. 3210, cons. 8, 9 et 10.

Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des français établis hors de France sur les listes électorales, titre abrégé de la décision « Quotas par sexe », J.O. du 19 novembre 1982, cons. 7.

Décision n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, Loi relative à l'organisation administrative de Paris Marseille et Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale, J.O. du 29 décembre 1982, p. 3914, cons. 6.

Décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, Loi relative au statut général des fonctionnaires, J.O. du 15 janvier 1985, p. 354, cons. 5 et 6.

Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public, J.O. du 22 juillet 1983, p. 2267, cons. 11.

Décision n° 84-179 DC du 12 septembre 1984, J.O. du 14 septembre 1984, p. 2908, Loi relative à la limite d'âge des fonctionnaires, cons. 4 à 8 et 17.

Décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme de presse, J.O. du 13 octobre 1984, p. 3200, cons. 8, 9, 10, 11 et 36.

Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, J.O. du 26 janvier 1985, p. 1137, cons. 4.

Décisions n° 196-197 DC des 8 et 23 août 1985, Loi sur évolution de la Nouvelle-Calédonie, J.O. du 24 août 1985, p. 9814, cons. 27 de la décision du 23 août 1985.

Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence, J.O. du 25 janvier 1987, p. 924, cons. 15 et 16.

Décision n° 87-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, J.O. du 25 janvier 1987, p. 924 cons. 15, 16, 17 et 18.

Décision n° 87-225 DC du 23 janvier 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social, J.O. du 25 janvier 1987, p. 925, cons. 11.

Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de financement pour 1988, J.O. du 31 décembre 1987, p. 15761 cons. 13, 14 et 15, p. 15763, cons. 16 et 17.

Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, « Loi portant amnistie », J.O. du 21 juillet 1988, p. 9448, cons. 11.

Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté d'expression, titre abrégé de la décision « Conseil supérieur de l'audiovisuel », J.O. du 18 janvier 1989, p. 754, cons. 9 et 30.

Décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, J.O. du 5 juillet 1989, p. 8382, cons. 5.

Décision n° 89-258 DC du 08 juillet 1989, Loi portant amnistie, J.O. du 11 juillet 1989, p. 8734, cons. 7, 8 et 9.

Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, Prévention des licenciements économiques, J.O. du 28 juillet 1989, p. 9503. cons. 11.

Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Sécurité et transparence du marché financier, J.O. du 1er août 1989, p. 9676, cons. 22.

Décision n° 89-265 DC du 9 janvier 1990, Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie, J.O. du 11 janvier 1990, p. 463, cons. 4.

Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé dite « Egalité entre français et étrangers », J.O. du 24 janvier 1990, p. 972, cons. 33 et 34.

Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, J.O. du 10 janvier 1991, p. 524, cons. 29.

Décision n° 90-284 DC du 16 janvier 1991, Loi relative au conseiller du salarié, J.O. du 18 janvier 1991, p. 923, cons 3.

Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, J.O. du 14 mai 1991, p. 6350, cons. 14.

Décision n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, J.O. du 26 juillet 1991, p 9920, cons. 23 et 24.

Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 Traité de l'Union européenne dit « Maastricht II », J.O. du 3 septembre 1992, p. 12095, cons. 19.

Décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, J.O. du 30 juillet 1993, p. 10750, cons. 12.

Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, Loi relative aux contrôles et vérification d'identité, J.O. du 7 août 1993, p. 11193, cons. 14 et 15.

Décision n° 94-329 DC du 13 janvier 1994 Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités locales, J.O. du 15 janvier 1994, p 829, cons. 2 et 3.

Décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, J.O. du 26 janvier 1994, p. 1382, cons. 4.

Décision n° 94-343 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, décision dite « Bioéthique » J.O. du 29 juillet 1994, p 11024, cons. 2.

Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat, J.O. du 21 janvier 1995, p. 1166, cons. 5, 6 et 7.

Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, J.O. du 1er février 1995, p. 1706.

Décision n° 95-370 DC du 30 décembre 1995 Loi autorisant le Gouvernement par l'application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale, J.O. du 31 décembre 1995, p. 19111, cons. 10 et 11.

Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, J.O. du 14 juin 1998, p. 9033, cons. 24 et 26.

Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, J.O. du 31 juillet 1998, p. 11710, cons. 7

Décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, « Loi de financement de la sécurité social pour 1999 », J.O. du 27 décembre 1998, p. 19663, cons. 7.

Décision du n° 99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O. du 21 mars 1999, p 4234, cons. 20 à 25.

Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Pacte civil et de solidarité, J.O. du 16 novembre 1999, p. 16962.

Décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000, J.O. du 30 décembre 1999, p. 19730, cons. 64.

Décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 « Loi relative à la réduction négociée du temps de travail », J.O. du 20 janvier 2000, p. 992, cons. 42 et 43.

Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, J.O. du 7 juin 2000, Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, dite « Quotas par sexe III », cons. 5, 6 et 7.

Décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, Loi relative à la chasse, cons.24, J.O. du 27 juillet 2000, p. 11550, cons. 24.

DC n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de la grosse et de la contraception, J.O. du 7 juillet 2001, p. 10828, cons. 5.

Décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, J.O. du 18 juillet 2001, p. 11506, cons. 32 et 33.

Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, J.O. du 1er décembre 2001, p. 19112, cons. 25 à 28.

Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, J.O. du 18 janvier 2002, p 1053, cons.45 à 50.

Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, J.O. du 19 mars 2003, p. 4789, cons. 8 ; Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4637, cons. 4, 5 et 6.

Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République J.O. du 29 mars 2003, p. 5570 cons. 2.

Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à laide publique aux partis politiques, J.O. du 12 avril 2003, p. 6493, cons. 12 et 13.

Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, J.O. du 3 juillet 2003, p. 11205.

Décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, J.O. du 2 août 2003, p. 13302, cons. 3.

Décision n° 2003-447 DC du 31 juillet 2003, Loi pour initiative économique, J.O. du 5 août 2003, p. 13644, cons. 2.

Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, J.O. du 27 novembre 2003, p. 20154, cons. 23.

Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, Loi portant statut d'autonomie de la Polynésie française, J.O. du 2 mars 2004, p. 4220 cons. 90 .

Décision n° 2004-492 DC du 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4637, cons. 76.

Décision n° 2004-497 DC du 1 juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, J.O. du 10 juillet 2004, cons. 16 à 20.

Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, J.O. du 24 novembre 2004, p. 19885, cons. 16.

Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, Loi de programmation pour la cohésion sociale, J.O. du 19 janvier 2005, p. 896, cons. 24.

Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, J.O. du 24 avril 2005, p. 7173, cons. 12.

Décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005, Loi de sauvegarde des entreprises, J.O. du 27 juillet 2005, p. 12225 cons. 9 à 12.

DC n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, J.O. du 13 décembre 2005, p. 19162.

Décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, J.O. du 20 décembre 2005, p. 19561, cons. 16 et 20 à 24.

Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006, J.O. du 31

décembre 2005, p. 20705, cons. 65.

Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, J.O. du 24 janvier 2006, p. 1138, cons.9.

Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, J.O. du 31 décembre, p. 20320, cons. 5.

Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, J.O. du 22 août 2007, p. 13959, cons. 24.

Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers des voyageurs, J.O. du 22 août 2007, p.13971, cons. 10 et 11

DC n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mentale, J.O. du 26 février 2008, p 3272, cons. 13.

Décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, J.O. du 21 août 2008, p. 13079, cons. 5.

Décision n° 2009-575 DC du 12 février 2009 Loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, J.O. du 18 février 2009, p. 2847, cons. 3 et 4.

Décision n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, J.O. du 27 mars 2009, p. 5445, cons. 20.

Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, J.O. du 16 avril 2009, p. 6530, cons. 40 et 41

Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, J.O. du 13 juin 2009, p. 9675.

Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, J.O. du 22 juillet 2009, cons. 38 et 39.

Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009 Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, dite Hadopi, J.O. du 29 octobre 2009, p. 18292.

Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, J.O. du 11 décembre 2009, p. 21381 cons. 4.

Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010 (dite aussi Taxe Carbone), J.O. du 31 décembre 2009, p. 22995, cons. 81 et 82.

Décision n° 2010-602 DC du 18 février 2010, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, J.O. du. 24 février 2010, p. 3385, cons. 23.

Décision n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010 Monsieur Philippe E, [Organismes de gestion agréés], J.O. du 24 juillet 2010, p. 13728, cons. 6.

Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, J.O. du 12 octobre 2010, p. 18345, cons. 4 et 5.

Décision n° 2010-620 DC du 16 décembre 2010, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2011, J.O. du 21 décembre 2010, p. 22439, cons. 5 et 6.

Décision n° 2011-628 DC du 12 avril 2011, Loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs, J.O. du 19 avril 2011, p. 6836, cons. 5 et 6.

Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, J.O. du 17 juin 2011, p. 10306, cons. 66.

Décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, Loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises des transports aériens de passagers et diverses dispositions dans le domaine des transports, J.O. du 20 mars 2012, p 5028, cons. 5 et 6.

Décision n° 2012-661 DC du 29 décembre 2012, Loi de finances rectificatives pour 2012 (III), J.O. du 30 décembre 2012, p. 21007, cons. 12

Décision n° 2012-660 DC du 17 janvier 2013, Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social. J.O. du 19 janvier 2013, p. 1327, cons. 14.

Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

C.E.D.H., Plénière, 7 décembre 1976, Handyside c/ Royaume-Uni , req. n° 5493/72, Série A, n° 24.

C.E.D.H., Plénière, 18 janvier 1978, Irlande c/ Royaume-Uni, req. n° 5310/71, Série A, n° 25

C.E.D.H., Plénière, 26 octobre 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni, req. n° 6538/74, Série A, n° 30.

C.E.D.H., Plénière, 24 juin 1982 Van Drooghenbroeck c/ Belgique, req. n° 7906/77, Série A-50

C.E.D.H., Plénière, 7 juillet 1989, Soering c/ Royaume-Uni, req. 14038/88, Série A n° 161.

C. E.D.H, Grande chambre, 13 novembre 1993, Vogt c/ Allemagne, req. n° 17851/91 Série A, n° 323.

C.E.D.H., 22 novembre 1995 SW c/ Royaume-Uni, req., n° 20166/92, Série A, n°335-B.

C.E.D.H., Grande chambre, 28 octobre 1999, Zielinski, Pradal et Gonzalez et autres contre France, req n°24846/94, rec. 1999-VII

C.E.D.H., 25 juin 2002 Colombani c/ France, req. n°51279/99, rec. 2002-V

C.E.D.H., Grande chambre, 22 janvier 2004 Jahn et autres contre Allemagne, requête n° 46720/99, rec. 2005-VI

C.E.D.H., 19 février 2004, Jorge Nina Jorge et autres contre Portugal, requête n° 52662/99.

C.E.D.H., Grande chambre, 8 juillet 2004, Vo c/ France, req. n° 53924/00, rec, 2004-VII

C.E.D.H., 26 juillet 2005 Siliadin c/ France req. n° 73316/01, Série A, rec., 2005-VII.

C.E.D.H., Grande chambre, 11 juillet 2006, Jalloh c/ Allemagne, req. n° 54810/00, rec. 2006-IX,

C.E.D.H., 15 mai 2008 Dedovski c/ Russie, req.7178/03, rec., 2008.

C.E.D.H., 3 juillet 2008, Tchember c/ Russie, req. n° 7188/03, rec. 2008,

Tribunal des conflits

Tribunal des conflits, 8 février 1873, Blanco, rec., 1er supplément, p. 61.

Tribunal des conflits, 16 janvier 1967, Société du vélodrome du parc des princes, rec., p. 652, concl. LINDON, Dalloz 1967, p. 416.

Arrêts du Conseil d'Etat

CE. 19 février 1875, Prince Napoléon, rec., p. 155; concl. DAVID, Dalloz 1875, III, p. 18.

C.E., 21 juin 1895, Cames, rec., p. 509; concl. ROMIEU, Dalloz 1896, III, p. 65.

C.E., 19 février 1909, Abbé Olivier, rec., p. 181; concl. CHARDENET, Dalloz 1910, III, p. 121.

C.E., 4 avril 1914, Gomel, rec., p. 488; note HAURIOU, Sirey 1917, III, p. 25.

C.E., 14 janvier 1916, Camino, rec., p.15 ; concl. CORNEILLE, R.D.P. 1917, p. 463.

C.E., 25 novembre 1921, Savonnerie Henri Olive, rec., p. 977; concl. RIVET, R.D.P. 1922, p. 107.

C.E., 30 novembre 1923, Couitéas, rec., p. 789; concl. RIVET, R.D.P. 1924, p. 75 et 208.

C.E., Sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers, rec., p. 583 ; concl. JOSSE, R.D.P. 1930, p. 530.

C.E., 19 mai 1933, Benjamin, rec., p. 541; concl. MICHEL, Sirey 1934, III, p. 1, Dalloz 1933, III, p. 354.

C.E., 19 mai 1933, Benjamin, rec., p. 541 ; concl. MICHEL, Dalloz 1933, III, p. 354.

C.E., 11 janvier 1935, Bouzanquet, rec., p. 44.

C.E., Ass., 23 décembre 1936, Bucard, rec., p. 1151.

C.E., Ass., 14 janvier 1938, Société anonyme des produits laitiers « La fleurette », rec., p. 25; concl. ROUJOU ; R.D.P. 1938, p. 87; Dalloz 1938, III, p. 41.

C.E., Sect., 4 février 1944, Sieur Duplat, rec., p. 46.

C.E., Ass., 7 juillet 1950, Dehaene, rec., p. 426; concl. GAZIER, R.D.P. 1950, p. 691.

C.E., Ass., 13 mars 1953, Tessier, rec., p. 133.

C.E., 22 novembre 1963 Sieur Sichel, rec., p. 570.

C.E., Ass., 30 mars 1966, Compagnie générale d'énergie radio-électrique, rec., p. 257; concl. Michel Bernard ; R.D.P. 1966, p. 774 et p. 955.

C.E., 31 juillet 1912 Société des granits porphyroïdes des Vosges, rec., p. 909; concl. BLUM, Dalloz 1916.3, p. 35.

CE. Ass., 28 mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement contre fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est », rec., p. 409; concl. BRAIBANT, A.J.D.A. 1971, p. 463.

C.E., 20 juillet 1971, Ville de Sochaux, rec., p. 561

CE. Ass., 20 octobre 1972, Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, rec.,p 657 ; concl. MORISOT, R.D.P 1973, p. 843.

C.E., 28 juillet 1987, Vinolay, rec., p. 315

C.E., 22 janvier 1988, Association Les Cigognes, rec., p. 37 (req. n°80936).

C.E., Ass., 19 avril 1991, Monsieur Belgacem, rec.,p. 152; R.F.D.A, 1991, p. 509.

C.E., Ass., 13 décembre 1991, Préfet de l'Hérault c. Dakoury et Nkodia, rec., p. 439-440 ; concl. ABRAHAM, R.F.D.A. 1992, p. 90.

C.E., 21 juillet 1995, Capel, rec., p. 637.

C.E., Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, rec., p. 372; concl. FRYDMAN ; R.F.D.A. 1995, p. 1204.

C.E., 29 octobre 1997, Association départementale des amis et parents d'enfants inadaptés des Hautes-Pyrénées, req. n° 164667, inédit au Lebon.

C.E., 12 novembre 1997, Ministre de l'intérieur contre association communauté Tibétaine en France, rec., p. 417, R.F.D.A. 1998, p. 191.

C.E., 5 juillet 2000, Association nationale de défense des rapatriés, req. n° 120121, mentionné aux tables du recueil Lebon, p. 811 et 1116,

C.E., Ass., 4 juillet 2003, Madame Moya-Caville, rec., p. 323, concl. Chauvaux ; R.F.D.A. 2003, p. 991 note Bon.

C.E., Ass., 11 mai 2004, Association AC et autres, rec., p. 197; concl. DEVYS, R.F.D.A. 2004, p. 454

C.E., 30 novembre 2007, Monsieur Luneaut, req., n° 294768, mentionné aux tables du recueil Lebon ; concl. THIELLAY, A.J.D.A. 2008, p. 208-210.

C.E., 19 mai 2008, Syndicat SUD-RAPT, rec., p (?;)concl. LENICA, R.J.E.P., 2008, comm. n° 32.

C.E., 1 septembre 2009, Centre de gestion agréé habilité de France (GGA France), req. n° 330657 inédit au recueil Lebon.

C.E., 28 octobre 2009 Coopérative agricole l'Armorique maraîchère, req. n° 306708-309751.

C.E., 12 janvier 2011 Matelly, note Aubin, A.J.D.A., 2011, p. 623.

Arrêts de la Cour de cassation

Cour de cass. Chambre des requêtes, arrêt du 15 juin 1892 Bordier c/ Patureau, Dalloz 1892, p. 596.

Cour d'appel de Colmar, 2 mai 1855, Doerr c/ Keller, Sirey 1856, II, p. 9.

Cour de cass. Chambre des requêtes, 10 juin 1902, Dalloz 1902.

Cour de cass. Crim., 3 avril 1912, Sirey 1913, I, p. 337 note Roux.

Cour de cass. Chambre des requêtes, 3 août 1915, Clément-Bayard, Dalloz 1917, I, p. 79.

Cour de cass. Civ. 2ème, 1 avril 1963, Dalloz 1963, p. 401.

Cour de cass. Crim, 4 mars 1964, Gaz. Pal. 1964, II, p. 235.

Cour de cass. Crim 14 janvier 1971, Bull. 1971, n° 14 ; note Blin, J.C.P. 1971, II, n° 17022.

Cour de cass. Civ. 3ème, 19 février 1971, Bull. civ., III, n° 134.

Cour de cass. Civ. 3ème, 17 janvier 1973, Bull. civ. III, n° 5.

Cour de cass. Chambre mixte, 21 juin 1974, Perrier, Bull. civ. n° 236.

Cour de cass. Chambre mixte, 24 mai 1975, Société Café Jacques Vabre, concl. TOUFAIT, Dalloz, 1975, p. 497.

Cour de cass. Crim, 11 octobre 1978 ; note Vuitton, Dalloz 1979.

Cour de cass. Civ. 2ème, 5 mai 1993, bull. civ. II, n° 167 ; Dalloz 1994, somm., p. 193.

Cour de cass. Chambre sociale, 16 novembre 1993, pourvoi n° 91-41. 024 ; note B. Siau, J.C.P. E. 1995, II, n° 658.

Cour de cass. Chambre commerciale, 24 janvier 1995, Dalloz 1995, IR, p. 56.

Cour de cass. Chambre commerciale, 22 octobre 1996, Bull. civ., IV, n° 261.

Cour de cass. Ass. plénière, 2 juin 2000, Demoiselle Fraisse, Bull. 2004, n° 4.

Cour de cass. Assemblée plénière, 1 novembre 2000, Bull. civ., n° 8 et Bull. inf. n° 523, concl. M. Moinet, rapport M. Drieux, Dalloz 2000, somm., p. 463, obs. Patrick Jourdan ; Emmanuel Drieux, J.C.P général 2000, II, 10352.

Cour de cass. 1ère civ., 25 février 2003, Bull. 2003, n° 55, p. 42.

Cour de cass. Civ. 1ère chambre, 14 juin 2005, pourvoi n° 02-17196, Bull. 2005, I n° 263, p. 220.

Cour de cass. Civ, 1er 27 septembre 2005, Bull., civ., n° 348 ; notes, Emmanuel Dreyer, Dalloz 2006, p 1337 et s.

Cour de cass. Crim., 25 octobre 2005, Eric X, Bull. crim. 2005, n° 268, p. 933.

Cour de cass. Civ. 1ère, 7 février 2006, Dalloz 2006, IR, p. 532.

Cour de cass. Civ 1ère , 5 juillet 2006, pourvoi n° 5-16.614, Bull. civ., I, n° 386.

Cour de cass. Civ. 2ère 19 octobre 2006, Bull. civ., II, n° 282 ; note Frédérique Pollaud-Dulian, J.C.P. 2006, II, n° 10195.

Cour de cass. Crim, 28 novembre 2006, Monsieur X. Jean, pourvoi n° 06-80548, inédit au bulletin.

Cass. com., 20 mars 2007, pourvoi n° 05-20. 599, J.C.P. E., p. 1698 notes M. Hovasse.

Cour d'appel

Cour d'appel de Colmar, 2 mai 1855 Doerr, in Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette (dir.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t.1, Paris, Dalloz, 12ème éd., 2007.

Jugement du Tribunal correctionnel de Château-Thierry du 4 mars 1898, Dame Louis Ménard, confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 22 avril 1898, rec., Sirey 1899, p. 42 et s.

Cour d'appel de Paris, 12 février 1982, revue Droit des sociétés, 1982, p. 848 notes de J.G.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	1
LISTE DES ABREVIATIONS	3
SOMMAIRE	5
INTRODUCTION GENERALE	7
§1. L’histoire de l’exception	7
A. Le contexte d’apparition de l’exception en droit privé	8
1. L’exception comme le moyen de défense dans une procédure civile	8
2. De l’interprétation stricte de l’exception à son assimilation au <i>jus singulare</i>	10
B. L’absence de définition de l’exception dans les textes constitutionnels français	14
§2. La focalisation de la majeure partie de la doctrine sur les circonstances exceptionnelles	17
A. La focalisation de la doctrine sur les circonstances exceptionnelles	18
1. La pluralité des significations de l’exception dans le langage courant	18
2. Les circonstances exceptionnelles et l’état d’exception, objet de la majorité d’études et discours doctrinaux	20
B. L’inconsistance ou la difficulté de définir conceptuellement l’état d’exception et les circonstances exceptionnelles	24
§3. L’intérêt de l’étude : proposer la définition d’une notion d’exception en droit constitutionnel	27
A. La nécessité d’une définition de l’exception	28
B. Le droit constitutionnel comme objet d’étude	31
1. La définition du droit constitutionnel	32
2. Le droit constitutionnel, objet d’étude	34
C. Le choix du positivisme juridique comme méthode de l’étude	36
1. Les diverses conceptions de la science du droit : explicitation et illustration	36
2. Le positivisme juridique comme méthode de l’étude	41
3. Plan de démonstration de la thèse soutenue	44
PREMIERE PARTIE : LA DEFINITION DE LA NOTION D’EXCEPTION	47
Titre 1. L’identification de l’exception à partir de la règle de droit	48
Chapitre 1. La consubstantialité entre la règle et l’exception	50
Section 1. L’explicitation des règles constitutionnelles comportant l’exception	50

§1. L'exception prévue par la règle constitutionnelle	51
A. Les exceptions explicites	52
B. Les exceptions virtuelles	53
§2. L'exception d'origine législative	56
A. Les lois ajoutant l'exception à la règle qu'elles posent	57
B. Les lois se référant à la crise, à la circonstance et l'application exceptionnelles	60
Section 2. La généralité, comme critère de distinction entre la règle et l'exception	64
§1. La généralité comme la caractéristique fondamentale de la règle de droit	64
A. Les contours de la règle de droit générale	65
1. La généralité de la règle	66
2. L'abstraction	67
3. L'impersonnalité de la règle	69
B. Les significations de la généralité de la règle	71
1. La règle générale, un moyen de protection de l'égalité	71
2. La règle générale, expression de la souveraineté	74
§2. L'analyse du refus doctrinal de conférer la qualité de règle de droit aux textes législatifs exceptionnels	77
A. Des lois particulières et individuelles : textes exceptionnels	78
1. L'existence des lois individuelles	78
2. Les lois à objet précis ou restreint	80
B. Le refus doctrinal injustifié au regard du droit constitutionnel positif	82
1. Le refus d'accorder la qualité de règle au texte exceptionnel fondé sur le choix exclusif du concept matériel et général de la règle	83
2. Un refus injustifié au regard du droit constitutionnel positif	86
Conclusion du Chapitre 1	91
Chapitre 2. L'ambivalence des définitions de l'exception proposées par la doctrine	93
Section 1. L'exception assimilée au droit anormal, dérogoire au droit commun	93
§1. L'assimilation de l'exception au droit anormal et exorbitant	94
A. L'exception comme un droit exorbitant et dérogoire au droit commun	94
1. La règle exceptionnelle créatrice de privilège	95
2. L'exception, droit exorbitant dérogoire au droit commun	97
B. La polysémie de cette définition	100
1. L'ambiguïté de l'expression « droit commun »	101
2. L'incertitude quant à la supériorité et à la préférence accordées au droit commun	104

§2. L'exception définie comme un droit injuste et illégitime : le droit de Vichy	109
A. La signification de l'exception : droit illégitime et contraire à la morale	110
1. L'exception assimilée à des lois adoptées par le Gouvernement de Vichy	110
2. La signification de l'exception : droit illégitime, répressif et contraire à la morale	114
B. L'ambiguïté de cette définition	116
1. L'examen de la validité juridique des lois de Vichy	117
2. La dépendance du droit à la morale : facteur d'ambiguïté et de confusion	120
3. L'exception réduite au concept sociologique d'illégitimité	123
Section 2. L'exception assimilée à l'exercice de la souveraineté et à la suspension de l'Etat de droit	126
§1. La notion d'exception de Carl Schmitt : explicitation et illustration	127
A. L'explicitation de la notion d'exception de Carl Schmitt	127
1. L'article 48 de la Constitution de Weimar : prémisse de la définition de l'exception proposée par Carl Schmitt	128
2. La notion d'exception de Carl Schmitt : une notion de souveraineté	129
B. La notion d'exception de Carl Schmitt : une définition métajuridique	130
1. L'inscription de la notion d'exception dans la science politique	131
2. Le caractère ambigu et métajuridique de la notion d'exception proposée par Carl Schmitt	132
§2. L'exception assimilée à la suspension de l'ordre juridique : une notion d'exception idéologique	135
A. L'exception : le paradigme du gouvernement conduisant à la suspension des droits de l'homme	136
B. Le décalage entre les notions d'exception proposées et le droit positif	138
Conclusion du Chapitre 2	141
Conclusion du Titre 1	143
Titre 2. Proposition de définition de la notion d'exception en droit constitutionnel français	145
Chapitre 1. La signification de la notion d'exception : la règle de limitation	149
Section 1. L'exception comme la norme de limitation	151
§1. La norme d'exception comme la limitation de la généralité de la règle	151
A. Les inconvénients de la généralité	152
1. Les inconvénients d'une généralité absolue	153
2. La généralité distinguée de l'universalité et de l'uniformité	156
B. L'exception comme la limitation de l'étendue de la règle de droit générale	160

1. L'exception comme bornes à la généralité	160
2. La diversité législative, expression latente de l'exception	165
§2. Le fondement constitutionnel de la norme d'exception	168
A. L'admission constitutionnelle des exceptions au principe d'égalité	169
1. L'habilitation constitutionnelle d'édicter les normes d'exception	169
2. L'admission constitutionnelle des traitements juridiques différents	174
B. La constitutionnalité des statuts juridiques particuliers	180
1. Les collectivités territoriales à statut juridique particulier	180
2. Les adaptations et expérimentations législatives : expression tangible de l'exception	184
Section 2. L'exception caractérisée par le rapport du général au spécial	188
§1. L'exception résulte de la superposition des champs d'application de deux règles	188
A. La distinction de l'indépendance de la superposition partielle des champs d'application des règles	190
B. L'exception résulte de la superposition partielle des champs d'application de deux règles	192
§2. L'exception résulte de la contradiction entre deux règles	196
A. Le rapport contradictoire entre deux normes : source d'exception	197
B. L'exception : la limitation de l'étendue de la validité ou de l'application stricte de la règle	201
Conclusion du Chapitre 1	210
Chapitre 2. L'interprétation stricte de la norme d'exception et sa distinction des notions voisines	212
Section 1. L'interprétation stricte du texte exceptionnel : explication et illustration	213
§1. Les significations de la méthode d'interprétation stricte du texte exceptionnel	214
A. Interdire l'extension du texte exceptionnel par l'analogie	215
1. Interdiction d'étendre le champ d'application du texte exceptionnel par le raisonnement analogique	215
2. L'interprétation stricte comme moyen d'encadrer le pouvoir d'interprétation du juge	217
B. Afin de sauvegarder la prééminence des règles et principes de droit généraux	219
§2. L'ambivalence de la règle d'interprétation stricte de la norme d'exception	221
A. La divergence doctrinale relative à la méthode d'interprétation stricte du texte exceptionnel	222
B. Une méthode d'interprétation stricte neutralisée par la liberté de l'interprète authentique	226
1. La fluctuation de la méthode de l'interprétation stricte	226

2. La liberté de l'interprète authentique	228
Section 2. L'exception distinguée des notions de dérogation et d'abrogation	233
§1. L'exception différenciée de la notion de dérogation	234
A. Les organes d'édition : premier critère de distinction entre l'exception et la dérogation	235
1. L'exception comme la règle générale ne peut être édictée que par l'autorité investie du pouvoir normatif général	236
2. La dérogation comme une décomposition du pouvoir normatif	238
B. La généralité et la permanence, second critère de distinction	240
1. La dérogation, une limitation du droit à portée individuelle et concrète	241
2. Le caractère général et permanent, second critère de distinction	243
§2. La notion d'exception distinguée de la notion d'abrogation	247
A. L'abrogation comme la suppression de la validité totale de la règle	247
1. La définition de l'abrogation : la suppression de la validité de la règle	248
2. L'abrogation comme la substitution totale et définitive d'une règle nouvelle à une règle ancienne	250
B. L'exception comme une limitation partielle de la règle de droit générale	252
1. L'exception comme une abrogation partielle de la validité de la règle	253
2. L'exception comme l'application alternative de la règle exceptionnelle et de la règle générale	257
Conclusion du Chapitre 2	260
Conclusion du Titre 2	262
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	263
DEUXIEME PARTIE : UTILISATION DE LA NOTION D'EXCEPTION EN DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS	265
Titre 1. L'utilisation de la notion d'exception dans la résolution des conflits de normes en droit constitutionnel français	269
Chapitre 1. L'apport de la notion d'exception à la résolution des normes antinomiques	272
Section 1. La contribution de la notion d'exception à la résolution des conflits de normes	273
§1. La notion de conflit de normes : explication et illustration	275
A. Pluralité d'organes normatifs et généralité de normes appartenant à un ordre juridique, facteurs de conflits	275

1. La pluralité d'organes créateurs de normes relevant d'un ordre juridique, premier facteur de conflit	277
2. La généralité des normes, second facteur de conflits des règles juridiques	280
B. L'exposé de la typologie de conflits de normes et des critères de résolution proposés	283
1. Typologie de conflits de normes et les critères de résolution proposés	284
2. L'analyse des critères de résolution de conflits de normes antinomiques	287
§2. La notion d'exception, comme l'expression de la relativité de la règle de droit	290
A. L'analyse critique des critères de résolution des normes antinomiques exposés	290
1. Les limites des critères hiérarchique et chronologique de résolution des normes antinomiques	291
2. L'absence de structure hiérarchique dans les normes constitutionnelles	293
B. L'acceptation d'un concept relatif du droit nécessaire à la pondération des normes antinomiques non-hiérarchisées	296
1. La notion d'exception comme la manifestation de la relativité des normes	296
2. La règle spéciale déroge à la règle générale : l'application de la notion d'exception au conflit de normes	300
Section 2. L'utilisation de la notion d'exception dans la conciliation des antinomies réelles en droit constitutionnel	302
§1. L'utilisation de l'exception dans la dissolution des conflits matériels de normes	304
A. La notion d'exception comme outil de dissolution du caractère conflictuel des règles de droit	305
1. La dissolution de conflit au moyen de la norme d'exception	305
2. L'unité des normes générales et normes d'exception : le dépassement de l'antonyme règle/exception	309
B. La notion d'exception, un outil de conciliation des principes et normes réellement antinomiques	312
1. L'identification et l'explicitation des antinomies réelles	313
2. Le lien consubstantiel entre la notion d'exception et la conciliation des normes réellement antinomiques	316
§2. L'apport de la notion d'exception à l'adaptabilité de l'ordre juridique	320
A. La notion d'exception, un outil d'adaptation du droit « en douceur »	321
1. L'adaptation du droit par les lois d'exception	322
2. L'apport de la notion d'exception à l'enrichissement de l'ordre juridique	328
B. La notion d'exception comme l'intervention de l'équité dans l'élaboration et la concrétisation du droit	332
1. Les lois exceptionnelles comme la réception de l'équité dans le droit positif	333
2. L'exception à la règle comme la prise en compte de l'équité dans la concrétisation du droit	337
Conclusion du Chapitre 1	343

Chapitre 2. L'utilisation implicite de la notion d'exception à travers l'interdiction de l'abus de droit et les notions de devoir et de responsabilité	345
Section 1. La théorie de l'abus de droit : une application implicite de la notion d'exception aux droits subjectifs	348
§1. L'objet de la théorie de l'abus du droit : l'exercice abusif et dommageable d'un droit subjectif	350
A. La détermination des notions de droit subjectif et d'exercice abusif	350
1. Les contours de la notion de droit subjectif	351
2. La distinction entre l'exercice abusif d'un droit subjectif et le dépassement de droit	355
B. L'hétérogénéité des critères constitutifs de l'abus de droit : une exception tributaire de l'appréciation empirique du juge	358
1. Le détournement du droit de sa fonction sociale : critère fondamental de l'abus de droit selon Louis Josserand	359
2. L'abus de droit comme la sanction de l'intention de nuire (faute) fondée sur le concept moral des droits subjectifs d'après Georges Ripert	362
§2. L'identité fonctionnelle de la théorie de l'abus de droit et de la notion d'exception : résolution de conflits des droits	367
A. La théorie de l'abus de droit : l'utilisation de la notion d'exception dans la résolution du conflit des droits subjectifs	368
1. L'abus de droit comme la limitation nécessaire des droits subjectifs en conflit	368
2. L'abus de droit comme la sanction de la violation des limites internes du droit	376
B. L'application de la théorie de l'abus de droit aux droits et libertés : expression matérielle de la notion d'exception	378
1. L'application extensive de la théorie de l'abus à l'ensemble des droits et libertés : la manifestation saisissante de la notion d'exception	379
2. La théorie de l'abus de droit, une exception judiciaire en complément de l'exception législative	383
Section 2. L'exception et les notions équivalentes de devoir et de responsabilité	391
§1. Les notions de devoir et de responsabilité : expressions discrètes de la notion d'exception	392
A. La notion de devoir, une reformulation discrète de la notion d'exception	392
1. Le diptyque droit/devoir : l'évocation saisissante de la consubstantialité entre l'exception et la règle de droit	394
2. La notion de devoir juridique : une reformulation discrète de la notion d'exception	399
B. Le principe de responsabilité comme la mise en œuvre de la notion d'exception	404
1. Le rejet du Conseil constitutionnel d'une conception de droit absolue caractérisée par l'irresponsabilité : décision du 22 octobre 1982	406
2. Le maintien du droit de la responsabilité comme la mise en œuvre de l'exigence constitutionnelle de limiter l'exercice des droits et libertés	410

§2. Les régimes de responsabilité civile et pénale : manifestations de la notion d'exception dans l'ordre juridique libéral	415
A. Le droit de la responsabilité civile et pénale comme conception libérale de l'exception	416
1. Le droit de la responsabilité : une manifestation matérielle de la notion d'exception dans l'ordre juridique libéral	417
2. L'exigence de la faute comme condition de limitation des droits et libertés	420
B - Les régimes législatifs de responsabilité comme exception aux droits et libertés fondamentaux : l'exemple de la liberté d'expression	425
1. La loi du 29 juillet 1881 déterminant les délits de presse : illustration des limitations spéciales apportées à la liberté d'expression	426
2. Le maintien d'une application de la responsabilité civile à la liberté d'expression, fondée sur la notion d'abus de droit, complémentaire à la loi de 1881	429
Conclusion du Chapitre 2	433
Conclusion du Titre 1	435
Titre 2. Le principe constitutionnel de nécessité et de proportionnalité, régime juridique de l'exception	437
Chapitre 1. La subordination de l'exception au principe de nécessité et de proportionnalité : limite de la norme de limitation	442
Section 1. Le cadre général du principe constitutionnel de proportionnalité	443
§1. Les significations et contours du principe de proportionnalité	444
A. La proportionnalité comme moyen de préservation des droits et libertés fondamentaux de la limitation excessive	445
1. La proportionnalité comme la limite du pouvoir public de réglementation afin de garantir les droits fondamentaux	446
a. Des droits fondamentaux comme fondement de l'Etat	446
b. Un principe de limitation de la norme d'exception, indispensable à la garantie des droits fondamentaux	449
2. La proportionnalité comme principe inhérent au concept de l'Etat de droit	451
B. Les contours du principe de proportionnalité en droit public français	454
1. Des diverses manifestations implicites du principe de proportionnalité en droit administratif	455
2. De l'erreur manifeste d'appréciation au triple test : la précision des contours du principe de proportionnalité par le Conseil constitutionnel	459
§2. Fondements et domaines d'application du principe de proportionnalité en droit public	464
A. Les sources du principe de nécessité et de proportionnalité	465
1. L'ancrage constitutionnel du principe de proportionnalité	465

2. Les sources conventionnelles du principe de proportionnalité	468
B. Les domaines d'application du principe de proportionnalité	470
1. Le conflit vertical des droits et libertés fondamentaux : identification et explication	471
2. Le conflit horizontal des droits et libertés fondamentaux	474
Section 2. Du principe au contrôle juridictionnel de la proportionnalité de l'exception	476
§1. La confrontation de l'exception au contrôle juridictionnel de proportionnalité	478
A. Le contrôle de l'objectif visé par l'exception, étape nécessaire du contrôle de proportionnalité	478
1. Le contrôle de la constitutionnalité de l'objectif	479
2. Les contours de la notion d'objectif de valeur constitutionnelle	483
B. Le contrôle de l'adéquation entre l'exception (moyen) et le but poursuivi	485
§2. L'adaptation du contrôle de la proportionnalité à l'intensité de la norme d'exception	489
A. L'intensité de l'exception, motif du contrôle de proportionnalité strict	489
B. L'intensification du contrôle de proportionnalité	494
1. Le contenu de la composante tripartite de la proportionnalité	495
2. La décision constitutionnelle du 21 février 2008, illustration de l'intensification du contrôle de proportionnalité	497
Conclusion du Chapitre 1	502
Chapitre 2. La notion d'exception comme la réalisation de l'équilibre dans la conciliation des droits en conflit	503
Section 1. La notion d'exception comme la conciliation équilibrée des droits et libertés contradictoires	504
§1. L'incidence du contrôle de proportionnalité sur la notion d'exception	505
A. Le contrôle de proportionnalité, limite du pouvoir discrétionnaire du législateur	505
1. Les contours du pouvoir discrétionnaire du législateur	506
2. Le contrôle de proportionnalité, limite du pouvoir discrétionnaire du législateur	510
B. Le contrôle de proportionnalité comme la formulation d'un seuil d'équilibre	512
1. La pondération raisonnable des droits en conflit : explication et illustration	513
2. La place centrale de l'équilibre dans la détermination de la proportionnalité	518
§2. L'apport de l'exception à la réalisation de l'équilibre dans la conciliation des droits antagonistes	521
A. La validité de la norme d'exception tient à sa conformité à la règle constitutionnelle d'équilibre	522
B. L'apport de la notion d'exception à l'équilibre des droits et libertés conflictuels	525

1. La censure de l'atteinte excessive : la conciliation déséquilibrée invalidée et abrogée	526
2. La conformité de l'exception à la norme de proportionnalité : l'équilibre réalisé	530
Section 2. La compatibilité de la notion d'exception avec les droits intangibles	534
§1. La confrontation de la notion d'exception à la notion de droits intangibles	535
A. L'explicitation des droits intangibles	535
1. Les droits intangibles conventionnels	536
2. Le principe constitutionnel de dignité de la personne humaine	539
a. Les textes internationaux et européens énonçant la dignité humaine	540
b. La dignité de la personne humaine consacrée par le Conseil constitutionnel	541
B. La notion d'exception confrontée à des droits intangibles	542
1. Les contours incertains de la notion de droits et principes intangibles	543
a. La dignité de la personne humaine, un principe à contenu variable	544
b. Les contours incertains des droits intangibles, subséquents de la dignité humaine	546
2. La présence de la notion d'exception dans les droits intangibles à travers « le conflit, le seuil de gravité et le degré d'intensité »	549
§2. L'harmonisation de la notion d'exception avec le droit intangible	554
A. Les significations intrinsèques de la notion de droits intangibles	555
1. La clarification des définitions et explications doctrinales des droits intangibles	555
2. Les droits intangibles comme les droits naturels, imprescriptibles et inaliénables de l'homme	560
B. La compatibilité de la notion d'exception avec celle des droits intangibles	564
1. La précision des significations de la locution « essence » du droit	564
2. La distinction entre l'essence intangible et l'exercice relatif du droit	567
Conclusion du Chapitre 2	572
Conclusion du Titre 2	574
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	575
CONCLUSION GENERALE	579
BIBLIOGRAPHIE	585
Dictionnaires	585
Codes	586
Ouvrages, manuels et thèses	586
Articles et contributions	600

JURISPRUDENCE CITEE	621
Décisions du Conseil constitutionnel	621
Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme	628
Tribunal des conflits	629
Arrêts du Conseil d'Etat	629
Arrêts de la Cour de cassation	631
Cour d'appel	632
TABLE DES MATIERES	633