



HAL
open science

De l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle

Ariane Vidal-Naquet

► **To cite this version:**

Ariane Vidal-Naquet. De l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle . La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?, 2012, Aix-en-Provence, France. hal-01735368

HAL Id: hal-01735368

<https://hal.science/hal-01735368v1>

Submitted on 15 Mar 2018

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.

Propos introductifs : de l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle

Ariane VIDAL-NAQUET
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, GERJC-ILF

L'exception n'a pas bonne réputation en France et cela n'a rien d'étonnant. En effet, c'est d'abord contre les exceptions et les privilèges que la Nation s'est construite : entérinant les acquis de la nuit du 4 août, le préambule de la Constitution de 1791 énumère comme une litanie les distinctions qu'il abolit pour énoncer qu'il « n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français »¹. Aujourd'hui encore, les exceptions semblent, par définition, suspectes : il y a toujours un privilège à abolir, des passe-droits à dénoncer, des dérogations non justifiées, des exonérations douteuses. Cette défiance vis-à-vis des exceptions dénote la passion française pour l'égalité, relevée il y a longtemps par Tocqueville. Mise en relation avec le mythe de la perfection de la loi, elle est surtout une survivance tenace du légicentrisme.

L'idée est, en effet, communément admise que l'exception, sous toutes ses formes, met à mal les qualités essentielles de la loi et, au-delà, du droit tout entier. La règle de droit est caractérisée, si ce n'est définie, par un certain nombre de propriétés ou de qualités auxquelles les exceptions porteraient atteinte. Ainsi dit-on de la règle de droit qu'elle est générale, impersonnelle, abstraite et qu'elle a une certaine prétention à la permanence et à la stabilité. Or, l'existence et la multiplication des exceptions, exemptions, exonérations, dispenses, dérogations, passe-droits, privilèges semblent mettre à mal ces caractères. En visant un certain nombre de destinataires au détriment de la masse, les exceptions altèrent la généralité de la règle, gage de l'égalité entre les citoyens. En épousant chaque situation et chaque espèce, elles conduisent à une particularisation et à une individualisation des règles et, au-delà, à une segmentation du droit. Parce qu'elles s'adaptent aux contours sans cesse renouvelés des situations qu'elles visent, elles encouragent le foisonnement et l'instabilité de la norme. C'est en ce sens que les exceptions peuvent être perçues comme le signe d'un dysfonctionnement, plus encore d'une dénaturation de la règle de droit et du système juridique dans son ensemble. Nombreux d'ailleurs sont ceux qui opposent à un âge d'or du droit gouverné par des règles simples, générales et abstraites, la complexité du droit contemporain, plus touffu, moins accessible, truffé d'exceptions et de dérogations.

Mais cette défiance vis-à-vis du processus ou du « phénomène exceptif »² n'est-elle pas exagérée ? La phobie des exceptions ne conduit-elle pas à en voir partout ? La thèse de Jean-Marc De Moy, *L'exception en droit privé*, qui est le seul travail jusqu'à présent consacré à la question, est à cet égard révélatrice³. Alors même qu'elle a pour objet de réhabiliter la notion d'exception, en démontrant qu'il s'agit d'une méthode au service du droit, en particulier de sa cohérence et de sa souplesse, l'auteur soutient, dès les premières pages, que les exceptions sont innombrables et quasi insaisissables. Il en retient cependant une interprétation particulièrement extensive, qui accrédite l'idée selon laquelle l'exception est omniprésente, invisible et donc potentiellement dangereuse. Ainsi, l'article 17 de la Constitution, qui dispose que le Président de la République a le droit de faire grâce à titre individuel, illustrerait une catégorie d'exception qui serait la dispense. Certes, le rapprochement est séduisant dans la mesure où la grâce conduit à une dispense de peine mais peut-on y voir une véritable exception ? Quel serait le principe correspondant auquel il serait fait exception ? De même est-il tentant de recourir, pour tenter de cerner la notion, à un certain nombre de « marqueurs », indices de l'exception : « sauf », « hormis », « sous réserve de » etc. Toutefois, peut-on réellement voir dans la formule selon laquelle « sous réserve des articles 7, 16, 89.4 et 89.5, le pouvoir constituant est souverain » une manifestation de l'exception ? Cette défiance n'est-elle pas, également, biaisée ? L'opprobre qui pèse sur les exceptions est-elle justifiée ? N'est-elle pas la peur de ceux qui sont, non du côté des exceptions, des privilèges, des exonérations, mais de tout le reste, c'est-à-dire du droit commun, de l'habituel, de l'ordinaire ? Inévitablement, l'exception implique une sélection, une discrimination ou plutôt une différenciation - pour retenir un terme moins connoté - dont semble profiter celui qui en bénéficie et qui serait potentiellement attentatoire à l'égalité. Pour autant, l'exception n'implique pas nécessairement un traitement plus favorable, ce qui ne l'empêche pas d'entretenir des liens privilégiés avec le respect du principe d'égalité. Mais la généralisation et la banalisation du phénomène exceptif

1

Ce principe est réaffirmé tout particulièrement par l'article 6 de la Constitution relatif à la famille du roi, qui précise que la dénomination de principe n'emportera « aucun privilège, ni aucune exception au droit commun de tous les Français ».

² Pour reprendre la terminologie utilisée par J.-M. DE MOY, *L'exception en droit privé*, PUAM, 2011.

³ J.-M. DE MOY, *L'exception en droit privé*, op. cit.

ne fragilisent-elle pas la notion même de droit commun, voire de principe ? L'exception peut-elle rester exceptionnelle pour paraphraser la formule de Michel Troper⁴ ?

Il y a là, on le sent intuitivement, une ambivalence dans les termes utilisés. L'exception désigne d'abord une action, le fait d'excepter, que l'on retrouve dans un certain nombre de locutions et d'expressions : « faire exception », « à l'exception de », « sauf exception ». Par métonymie, l'exception désigne également le résultat de cette action : ce qui est excepté, ce qui est soustrait. Mais il faut se méfier ici d'expressions un peu trompeuses, notamment lorsque le terme est utilisé en guise de substantif : des lois, des régimes, des hommes « d'exception » visent ce qui est hors du droit commun, hors du droit ordinaire voire hors du droit tout court. De même faut-il se méfier du qualificatif qui en découle, « exceptionnel », qui a acquis le sens de « rare », « remarquable », ou encore de l'expression « à titre exceptionnel », qui évoque une fréquence en même temps qu'elle sonne comme une justification.

L'étymologie du terme est très instructive : « excipere » ou « exceptare », c'est à la fois excepter, exclure mais aussi recevoir, recueillir⁵. En ce sens, l'exception entretient des rapports tout à fait particuliers avec la règle de droit : elle est à la fois en dehors et en dedans, prévue par la règle de droit pour en être, dans le même temps, exclue. C'est autour de ce lien entre l'exception et la règle que s'articulent ces propos introductifs. « De l'exception à la règle ou quand l'exception devient la règle » : le renversement n'est qu'apparent car l'exception ne peut pas être pensée sans la règle. On pourrait même soutenir que l'exception est contre, tout contre la règle. C'est la raison pour laquelle je vous propose de jouer sur les mots et les formules pour dérouler un raisonnement en trois temps : de la règle à l'exception – l'exception confirme la règle – l'exception devient la règle.

I/ De la règle à l'exception

L'exception peut être appréhendée comme étant ce qui est à la fois dedans et dehors. Elle est prévue, saisie par la règle de droit pour en être extraite. Mais extraite de quoi ? Extraite du champ d'application de la règle de droit, entendu comme l'ensemble des situations, des faits, des personnes que la règle de droit, en tant que modèle, a vocation à appréhender et à régir.

A) L'exception est soustraite de la règle

1) Une soustraction

Comme en grammaire⁶, le phénomène exceptif vise à extraire une partie d'un tout ou, plus exactement, d'un groupe initial.

a) Le groupe initial

S'imposant parfois comme une évidence, ce groupe initial peut, dans certains cas, demander un véritable effort de reconstruction. Par exemple, la loi du 10 août 2009 réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires rappelle, dans son article 2, que « le repos hebdomadaire est donné le dimanche ». Pour comprendre les exceptions et les dérogations dont est assortie la loi, il faut interpréter cet article comme signifiant que toutes les entreprises donnent le repos hebdomadaire le dimanche.

Ce groupe initial doit, en outre, présenter certaines propriétés et doit, notamment, pouvoir être défini en soi, *ex ante*, indépendamment de la survenance de l'exception. Cela ne signifie pas l'universalité de la règle initiale : toutes les entreprises n'ont pas besoin d'être concernées par la règle posée par l'article 2. Mais le groupe initial (de situations, de faits, de personnes) visé par la réglementation doit pouvoir être délimité. L'exception s'accommode mal, en effet, de l'imprécision ou, plus exactement, de l'indétermination du groupe initial. Ainsi, la formule suivante, « des entreprises donnent le repos hebdomadaire le dimanche sauf les communes et zones touristiques et thermales », est creuse : l'ensemble doit pouvoir être déterminé indépendamment de l'exception, qui renseignera, à rebours, sur la consistance de ce qui sera, au final, visé par règle.

4

M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in *L'exception dans tous ses états*, Éditions Parenthèse, 2007, p. 175.

⁵ B. CASSIN, « Exclure ou inclure l'exception » in *L'exception dans tous ses états*, *op. cit.*, p. 13.

⁶ Sur ce point, l'article de G. Kleiber, « Comment se « règle » linguistiquement l'exception : petite sémantique des constructions exceptives », *Faits de langue*, n°25, 2005, s'est avéré tout à fait précieux.

b) Si l'exception est extraite d'un tout, elle en représente une partie.

L'exception ne peut être que la partie et non le tout, c'est-à-dire qu'elle doit être incluse dans l'incluant, dans le groupe initial. L'inverse n'est pas possible : la formule « les communes et zones touristiques et thermales, sauf toutes les entreprises, peuvent donner le repos hebdomadaire un autre jour que le dimanche » n'est pas valide. Le sens exceptif exige que l'élément ou les éléments exclus de la règle de droit en fassent normalement partie, en représentent un sous-ensemble.

En revanche, rien n'empêche que soient exceptés du champ d'application de la règle non pas un mais plusieurs sous-ensembles, définis séparément les uns des autres. Ainsi, et pour reprendre l'exemple du travail dominical, l'exception vaut non seulement pour certaines communes et zones touristiques et thermales mais aussi dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires. Par ailleurs, rien n'empêche que les exceptions soient elles-mêmes assorties d'exceptions, dans la mesure où la catégorie qu'elle vise peut faire l'objet de sous-ensembles : la règle de droit connaîtra ainsi des exceptions, des sous-exceptions voire des sous-sous-exceptions etc.

2) L'implication de la soustraction

a) L'action de soustraire une ou des situations, personnes, faits qui auraient eu vocation à être régis par la règle de droit peut avoir plusieurs implications.

La formule « les entreprises donnent le repos le dimanche sauf les communes et zones touristiques et thermales » doit être interprétée comme signifiant que ces dernières ne donnent pas (ou, selon l'interprétation retenue, ne sont pas obligées de donner) le repos le dimanche. L'action d'excepter a donc l'implication opposée⁷, la conséquence inverse de celle normalement prévue par la règle de droit, puisqu'elle a pour effet de soustraire ce sous-ensemble à l'obligation, à la permission ou à l'interdiction initialement posées. Mais la formule peut également signifier que ces communes et zones touristiques et thermales donnent le repos un autre jour que le dimanche : la règle de droit précise alors le contenu de la règle applicable aux cas exceptés, qui n'est pas seulement la non application de la règle initiale. On s'aperçoit ici que lorsqu'un sous-ensemble est extrait de la règle de droit, ce peut être soit pour être soumis à une implication opposée à celle prévue par la règle de droit, soit pour être soumis à une implication différente de celle prévue pour le groupe initial.

On peut se demander s'il ne faut pas voir, dans le premier cas de figure, non pas une exception, mais plutôt une exclusion, dont l'étymologie est d'ailleurs très proche⁸ : l'exclusion permet de sortir un sous-ensemble de l'ensemble des situations, faits, personnes auxquels la règle de droit aurait eu vocation à s'appliquer. Dans la seconde hypothèse en revanche, l'exception est bien à la fois dedans et dehors : en dehors du champ d'application logique de la règle de droit mais néanmoins dedans, car soumise à la règle de droit et régie par elle. On pourrait ajouter à cette distinction l'hypothèse de la restriction, qui concerne également le champ d'application de la règle de droit, excluant de ce dernier tout ce qui n'est pas exprimé par elle et qui pourrait être formulée de la manière suivante : « seuls les établissements situés dans les communes et zones touristiques et thermales ouvrent le dimanche ». La formule retenue implique que les autres établissements ne peuvent, quant à eux, ouvrir le dimanche, ce qui est également une forme d'exclusion.

b) Exception, dérogation, exonération

Ces premiers éléments pourraient-ils permettre de distinguer l'exception de la dérogation ou encore de l'exonération ? La dérogation n'entretient pas ce même lien de dépendance avec la règle initiale et on pourrait soutenir qu'elle est indépendante du principe posé pour un groupe. A la différence de l'exception, qui s'entend comme l'extraction d'une partie d'un groupe initial, extraction qui, même si elle est temporaire ou facultative, est pensée et conçue par rapport au groupe initial, la dérogation n'ôte pas, n'enlève pas un sous-ensemble du groupe initial. Elle résulte simplement d'un conflit de règles applicables à un sous ensemble donné, sous-ensemble qui est inclus dans le champ d'application d'une règle mais qui, pour des raisons de conflit de normes, est également régi par une autre règle. Ainsi la loi du 10 août 2009 réaffirmant le principe du repos dominical réserve, s'agissant des exceptions prévues pour les communes et zones touristiques et thermales, les hypothèses de dérogations temporaires accordées, de manière facultative, par le préfet⁹. Il y a bien l'idée que, pour un même sous-groupe, en l'espèce les communes et zones touristiques et thermales, deux règles concurrentes peuvent être

⁷ Pour reprendre la formule utilisée par G. KLEIBER, « Comment se « règle » linguistiquement l'exception : petite sémantique des constructions exceptives », *op. cit.*

⁸ En ce sens, voir J.-M. De MOY, *L'exception en droit privé*, *op. cit.*, p.20 : « en somme, l'exclusion semble être une forme minimale d'exception, lors que les faits écartés du principe ne reçoivent ensuite aucun traitement juridique particulier en substitution » ; pour l'auteur, l'exclusion est donc intégrée dans l'exception.

⁹ C'est ce que suggère d'ailleurs la rédaction de l'article L. 3132-25 du Code du travail : « Sans préjudice des dispositions de l'article L. 3132-20, les établissements de vente au détail situés dans les communes d'intérêt touristique ou thermales et dans les zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente peuvent, de droit, donner le repos hebdomadaire par roulement pour tout ou partie du personnel ».

appliquées, l'une qui permet aux établissements de donner, de droit, un jour de repos autre que le dimanche, l'autre qui permet au préfet d'accorder, sous certaines conditions, cette possibilité.

La notion d'exonération, souvent employée comme synonyme d'exception, n'a pas non plus pour effet de soustraire un sous-ensemble d'un groupe initial. On pourrait soutenir qu'au contraire, le groupe ou la personne visé par l'exonération est parfaitement inclus dans le champ d'application de la règle ; seulement cette dernière, pour diverses raisons conformes à la légalité, ne leur est pas appliquée. C'est sans doute ce qui justifie que les exonérations revêtent un caractère temporaire et qu'elles doivent être renouvelées : c'est bien parce que les bénéficiaires de ces exonérations relèvent du champ d'application de règle de droit mais que cette dernière ne leur est pas appliquée, alors même qu'elle leur est applicable.

B) L'exception est posée par la règle

Si l'exception est, en tant que sous-ensemble, extraite du champ d'application de la règle de droit, elle demeure étroitement subordonnée à cette dernière, qui conditionne tant son existence que ses contours.

1) La compétence d'excepter

L'exception apparaît, en effet, comme une manifestation du pouvoir normatif de celui qui dispose de la compétence de poser, d'établir la règle.

- a) Assez curieusement, les textes sont tout à fait silencieux à ce sujet, ce qui pourrait, *a contrario*, souligner l'évidence d'un tel principe.

La question a cependant été abordée par le Conseil constitutionnel, tant à l'égard du pouvoir législatif qu'à l'égard du pouvoir constituant. De manière très claire, il a posé, s'agissant de la loi relative à la démocratisation du secteur public, 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 »¹⁰. S'agissant du pouvoir constituant, « 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 », le Conseil constitutionnel précisant d'ailleurs « que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite »¹¹. A titre d'exemple, le pouvoir constituant a dérogé au principe posé par l'article 3 de la Constitution en ajoutant un article 88-3 selon lequel « le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France ». Si elle doit être lue en relation avec l'article 3, la dérogation posée par le constituant est autonome du principe posé par lui : elle ne constitue donc pas une exception au sens strict du terme. C'est d'ailleurs bien la raison pour laquelle la dérogation peut être, et est très souvent, implicite.

S'agissant plus particulièrement du champ d'application de la loi, le principe est régulièrement rappelé par le Conseil constitutionnel : la détermination du champ d'application d'une loi est librement opérée par le législateur lui-même, dans le respect des principes constitutionnels¹². En matière pénale, la détermination du champ d'application de la loi est même une obligation stricte pesant sur le législateur. A l'occasion de la QPC relative à la corrida, il est rappelé que législateur doit « fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »¹³. En l'espèce, le Conseil constitutionnel juge que le législateur a pu légalement poser une interdiction de sévices portant sur les animaux, à l'exception de ceux commis dans le cadre des courses de taureaux.

- b) Plus encore, l'exception ne peut être prévue et posée que par l'autorité normative qui dispose de la compétence pour établir la règle initiale.

De fait, le pouvoir réglementaire ne peut assortir une loi d'une exception qui n'aurait pas été prévue, tout au moins dans son principe, par le législateur. De son côté, le législateur ne peut renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de poser une exception ou d'en délimiter trop lâchement les contours sans entacher la loi d'incompétence négative. La jurisprudence est équivalente en matière de dérogations. Ainsi, lors de l'adoption de la loi relative aux établissements universitaires dérogatoires, le législateur avait autorisé le pouvoir réglementaire ou les établissements publics visés par la loi à déroger à un certain nombre de règles constitutives : ce mécanisme est sanctionné par le Conseil constitutionnel qui juge qu'en renvoyant ainsi à d'autres autorités normatives, « le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution en matière de création de

¹⁰ C.C., 19-20 juillet 1983, déc. n°83-162 DC, *Démocratisation du secteur public*, Rec. p. 49, cons. 11.

¹¹ C.C., 2 septembre 1992, déc. n°92-312 DC, *Maastricht II*, Rec. p. 76, cons. 19.

¹² C.C., déc. n°83-162 DC *préc.*, cons. 7 ; C.C., 29 juillet 1986, déc. n°86-210 DC, *Régime de la presse*, Rec. p. 110, cons. 5.

¹³ C.C., 21 septembre 2012, déc. n°2012-271 QPC, *Association Comité radicalement anti-corrida Europe et autre [Immunité pénale en matière de courses de taureaux]*, JORF, 22 septembre 2012, p. 15023, cons. 4.

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 »¹⁴. Le renvoi au pouvoir réglementaire afin de fixer les contours de l'exception ou de la dérogation n'est possible que si la question ne relève pas du domaine de la loi¹⁵.

2) Essai de typologie

La façon dont l'auteur de la règle exerce sa compétence d'excepter dessine les contours de plusieurs types d'exception.

a) Les exceptions peuvent être générales ou individuelles.

En recourant aux exceptions, l'autorité normative cherche à extraire un certain nombre d'éléments d'un ensemble susceptible d'être déterminé. Si, le plus souvent, les exceptions sont générales, rien n'empêche qu'elles soient individuelles et qu'elles visent à soustraire de la règle des éléments nominativement désignés¹⁶, auxquels cas elles pourraient prendre le nom de « dispenses ». A titre d'exemple, la loi relative à la démocratisation du secteur public en 1983 avait d'abord vocation à déterminer, à l'aide de critères généraux, les entreprises auxquelles devaient s'appliquer ses prescriptions pour exclure ensuite de son champ d'application, au moins partiellement, certaines entreprises nominativement désignées dans des annexes¹⁷. De même, le législateur peut tout à fait poser une interdiction, en l'espèce l'interdiction pour des établissements autres que des établissements de crédit (restriction) d'effectuer, à titre habituel, des opérations de banque, pour extraire ensuite du champ d'application de cette interdiction une série d'institutions nominativement désignées¹⁸. De la même manière, il a été admis que la loi relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information institue un régime dérogatoire en faveur des prestations des artistes-interprètes conservées dans les archives de l'Institut national de l'audiovisuel (INA).

b) Les exceptions peuvent également être ouvertes ou fermées.

Elles seront dites fermées si les cas exceptés sont intégralement et limitativement énumérés et, à l'inverse, ouvertes s'ils sont susceptibles d'être complétés selon des critères plus ou moins précisément déterminés. A titre d'exemple, la loi organique du 19 mars 1999 pose le principe selon lequel, dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, sont applicables en Nouvelle-Calédonie les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin. Néanmoins, elle énumère les dispositions législatives et réglementaires qui, par exception à ce principe, sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie et elle précise qu'« est également applicable de plein droit en Nouvelle-Calédonie toute autre disposition législative ou réglementaire qui, en raison de son objet, est nécessairement destinée à régir l'ensemble du territoire de la République ». La première série d'exception est limitative, la seconde ouverte¹⁹.

c) Les exceptions peuvent encore être facultatives ou obligatoires.

Elles sont facultatives lorsque l'autorité normative ouvre à l'autorité d'application de la loi une simple possibilité de faire exception à une règle générale et obligatoires lorsque le simple positionnement dans le champ de l'exception suffit à écarter l'application de la règle de droit. Ainsi, la loi de 2008 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs modifie plusieurs articles du Code pénal tout en maintenant le principe selon lequel les mineurs de plus de seize ans bénéficient d'une atténuation de peine ; elle prévoit néanmoins une exception en cas de récidive légale, auquel cas l'atténuation de peine ne s'applique pas, bien que la juridiction puisse en décider autrement. Cet exemple est intéressant à plusieurs égards. D'une part, il s'agit d'une simple faculté offerte au juge que de faire exception à la disparition de l'atténuation de peine en cas de récidive légale. Cette faculté est néanmoins fondée sur un autre principe, maintenu par l'ordonnance du 2 février 1945, selon lequel la juridiction compétente à l'égard d'un mineur doit prononcer une mesure de protection et d'assistance. De fait, l'exception ouverte à la juridiction est, en réalité, justifiée par la coexistence d'une autre règle, celle posée par l'ordonnance du 2 février 1945. D'autre part, l'exemple pourrait illustrer le principe selon lequel

¹⁴ C.C., 28 juillet 1993, déc. n°93-322 DC, *Établissements universitaires dérogatoires*, Rec. p. 204, cons. 12.

¹⁵ Voir par exemple l'article L. 552-1 du CESADA renvoyant à une possibilité d'exception prévue par voie réglementaire ; de même, la loi du 26 janvier 2005 relative aux juridictions de proximité a pu prévoir que les contraventions de la cinquième classe relèveront exclusivement du tribunal de police et que les contraventions des quatre premières classes seraient confiées à la juridiction de proximité « sauf exception prévue par décret en Conseil d'Etat ».

¹⁶ On relèvera cependant que les exceptions individuelles présentent un certain nombre de particularités puisque, n'étant pas définies en termes généraux, elles ne peuvent plus donner lieu à des sous-exceptions.

¹⁷ C.C., déc. n°83-162 DC, *préc.*

¹⁸ C.C., 19 janvier 1984, déc. n°83-167 DC, *Établissements de crédit*, Rec. p. 23, cons. 4 à 7.

¹⁹ C.C., 30 juillet 2009, déc. n°2009-587 DC, *Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*, Rec. p. 152, cons. 12 et 13.

exception sur exception ne vaut : à la première exception au principe de l'atténuation de peine succède une deuxième exception à implication inverse : l'exception à l'exception peut ainsi, dans certains cas de figure, conduire au retour de la règle.

Encore différente est la question de savoir pour quels motifs on peut excepter, l'idée étant que plus ces motifs sont précisément définis et délimités par la règle de droit, moins l'autorité d'application aura de marge de manœuvre dans la mise en œuvre de ces exceptions. A titre d'exemple, l'une des dispositions de la loi du 13 janvier 2009 relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés prévoyait que, « sauf exception justifiée par des raisons géographiques ou démographiques, les circonscriptions sont constituées par un territoire continu ». Les motifs du recours à l'exception sont ici particulièrement évasifs, conduisant d'ailleurs le Conseil constitutionnel à émettre une réserve d'interprétation : les exceptions « doivent être réservées à des cas exceptionnels et dûment justifiés » ; « il ne pourra y être recouru que dans une mesure limitée et en s'appuyant, au cas par cas, sur des impératifs précis d'intérêt général » ; « leur mise en œuvre devra être strictement proportionnée au but poursuivi »²⁰. C'est subordonner l'exception à un certain nombre de motifs, de conditions, qui sont autant de contraintes et de limites pour l'autorité d'application.

Quelle soit la forme sous laquelle elle se présente, l'exception s'avère tout à fait indissociable de la règle à laquelle elle se soustrait. C'est d'ailleurs ce qui permet de la distinguer par exemple de la tolérance, c'est-à-dire d'une pratique illégale mais tolérée qui se situe, par hypothèse, en dehors de la règle de droit. Ce lien indissociable entre la règle et l'exception trouve une autre forme d'expression dans l'adage selon lequel l'exception confirme la règle.

II/ L'exception confirme la règle

L'expression semble *a priori* sottise car l'exception vise précisément à s'extraire, à s'échapper du champ d'application de la règle initiale. Plus encore, et pour reprendre la formule de B. Cassin, l'expression est, en réalité, assez terrifiante car elle signifie que la « règle gagne à tous les coups »²¹ : l'exception ne peut jamais se débarrasser de la règle et sera toujours rattrapée par elle. Cette expression, « l'exception confirme la règle », peut être abordée sous deux angles complémentaires : d'une part, l'exception présuppose la règle ; d'autre part, elle renforce la règle.

A) L'exception présuppose la règle

1) Pas d'exception sans règle

Telle qu'appréhendée jusqu'à présent, l'exception est consubstantiellement liée à l'existence de la règle. Il n'y a pas d'exception sans règle ; en revanche, et contrairement à ce que suggère une expression très répandue, il peut exister des règles sans exceptions.

a) Il n'y a pas d'exception sans règle.

L'exception ne peut pas être pensée en dehors de la règle. Elle n'acquiert son sens et sa portée que lue en relation avec une règle de droit dont elle va modifier le champ d'application, que l'exception soit introduite dans la règle au moment même de son adoption (exception simultanée) ou qu'elle y soit introduite ultérieurement par l'auteur de la règle (exception que l'on pourrait dire décalée). Dans cette perspective, la possibilité d'une exception précédant la règle est difficilement envisageable : s'il n'y a pas encore de principe, il ne peut pas y avoir d'exception, sauf à reconstruire *a posteriori* la fiction d'une règle préexistante.

On se souvient par exemple de la décision du Conseil constitutionnel relative aux contrats de partenariat et de sa motivation surprenante par laquelle le juge commence par dire qu'il n'y a ni principe, ni règle de valeur constitutionnelle qui impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics mais que, pourtant, la « généralisation » des dérogations à ce droit commun de la commande publique priverait de garanties légales des exigences constitutionnelles²². Si cette motivation a été moquée, c'est bien parce qu'elle soutenait tout à la fois l'absence de principe et la présence d'exceptions y portant atteinte.

²⁰ C.C., 13 janvier 2009, déc. n°2008-573 DC, *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*, JORF, 14 janvier 2009, p. 724, cons. 25.

²¹ B. CASSIN, « Exclure ou inclure l'exception » in *L'exception dans tous ses états*, op. cit., p. 13.

²² C.C., 26 juin 2003, déc. n°2003-473 DC, *Simplification du droit*, Rec. 382, cons. 18.

b) Des règles sans exception

Si l'exception ne peut pas être pensée en dehors du principe, en revanche, la règle peut tout à fait exister sans exception. On trouve ainsi des règles qui ne tolèrent aucune exception, par exemple la prohibition de l'inceste qui ne connaît aucune hypothèse dans laquelle il ne serait pas interdit, ou encore l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe. Dans cette dernière hypothèse d'ailleurs, l'ouverture du mariage aux couples homosexuels ne peut pas emprunter la forme d'une exception mais suppose la modification, la redéfinition de la règle : le mariage n'est plus défini comme étant l'union entre un homme et une femme mais recouvre l'union de personnes de même sexe. Il semble que l'on passe ici de la question du champ d'application de la règle à celui du contenu, de la définition de la règle, les deux étant cependant nécessairement liés.

On pense également ici aux droits dont on dit qu'ils sont intangibles ou absolus, comme le droit inscrit à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui pose le droit de toute personne à la vie tout en admettant que la peine de mort puisse être infligée en exécution d'une sentence capitale. On relèvera que ce principe du droit à la vie ne connaît pas d'exception : toute personne a droit à la vie. En revanche, ce principe est assorti d'une dérogation évidente, la condamnation à la peine capitale. Un même individu peut donc être concurremment soumis à ces deux règles : il dispose, comme tout le monde, du droit à la vie mais entre dans le champ d'application d'une autre règle qui permet de le condamner à la peine capitale. Encore différente est la question de leur intangibilité : les droits intangibles dont on dit qu'ils constituent le noyau dur des droits de l'homme ne peuvent connaître ni suspension ni restriction en cas de circonstances exceptionnelles.

2) Plus de règle, plus d'exception

Conséquence de cette étroite dépendance entre la règle et l'exception, l'abrogation ou la modification de la règle de droit vont avoir des conséquences sur les exceptions.

a) L'abrogation de la règle

Ainsi, l'abrogation d'un principe va nécessairement entraîner la disparition des exceptions correspondantes, ce qui n'est pas forcément vrai pour les dérogations dans la mesure où la disposition dérogatoire peut, au contraire, être pensée de manière autonome. Ainsi, lorsque le législateur abroge des dispositions qui soumettaient le transport de fruits et légumes à l'obligation d'un « bon de remis » à l'administration fiscale, il abroge dans le même temps les exceptions à ce principe²³. Cela étant, la règle posée par l'exception ne disparaît pas pour autant. En effet, le contenu de l'exception peut survivre à la disparition de la règle : simplement, il ne sera plus pensé et présenté comme une exception à une règle initiale, mais comme une règle autonome.

b) La modification de la règle

La modification de la règle de droit a également des conséquences sur les exceptions.

Admettons que le Code du travail dispose que, dorénavant, les entreprises accordent le repos hebdomadaire le jour de leur choix : dans cette hypothèse, l'exception posée pour les communes et zones touristiques et thermales leur accordant précisément cette possibilité n'a plus lieu d'être. Ici, la modification de la règle initiale rend sans objet l'exception dont elle était jusqu'à présent assortie. Autre exemple, la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations réaffirme le principe selon lequel, sauf exception, le silence gardé pendant un délai déterminé par l'autorité administrative saisie d'une demande vaut décision de rejet mais elle réduit ce délai de quatre mois à deux mois. La modification de la règle va se répercuter sur les exceptions c'est-à-dire les cas dans lesquels le silence gardé par l'administration vaut, au contraire, acceptation, qui sera également ramené à deux mois.

B) L'exception renforce la règle

Selon l'adage latin, « Exceptio probat regulam in casibus non exceptis » : « l'exception confirme la règle quant aux cas non exceptés », ce qui peut, en réalité, être interprété de plusieurs manières.

1) L'exception réaffirme la règle

²³ Voir par exemple la loi n°86-824 du 11 juillet 1986 de finances rectificative pour 1986, *JORF*, 12 juillet 1986.

- a) L'exception réaffirme, expressément ou implicitement, la règle c'est-à-dire la validité de la règle pour tous les autres cas auxquels il n'est pas excepté.

En effet, l'autorité normative qui souhaite introduire des exceptions à une règle choisit précisément de maintenir la règle, tout en en délimitant plus précisément le champ d'application. Ainsi, on relèvera que la loi de 2009 qui multiplie les dérogations et les exceptions au principe du repos dominical s'intitule loi « réaffirmant le principe » de ce repos pour tous les cas dans lesquels il n'y a ni exceptions, ni dérogations. Même sans le dire explicitement, l'autorité normative qui instaure de nouvelles exceptions confirme, *a contrario*, la force et la validité du principe auquel il apporte des exceptions.

Dans le même temps, l'exception précise le champ d'application de la règle : les exceptions à la règle vont permettre, en creux, de préciser, de délimiter le champ d'application du principe. De fait, on pourrait soutenir que l'exception renforce finalement la force du principe quant aux cas non exceptés. Ce faisant, elle réduit inévitablement son champ d'application.

- b) C'est ce qui justifie que l'interprétation de l'exception doit être stricte.

C'est bien parce que l'exception confirme la règle que prévaut le principe d'une interprétation restrictive des exceptions. « *Exceptio est strictissimae interpretationis* » : l'exception doit être interprétée de la façon la plus stricte. Ainsi, le Conseil constitutionnel s'est-il prononcé sur une modification de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, étendant la préférence pour l'emploi local, initialement prévue au seul profit des citoyens de Nouvelle-Calédonie, à leur conjoint, pacsé ou concubin : si ce droit de préférence local « trouve son fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa, la mise en œuvre d'un tel principe, qui déroge aux principes constitutionnels d'égalité devant la loi et d'égal accès aux emplois publics, garantis par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne saurait fonder d'autres restrictions que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de cet accord »²⁴. Tous les citoyens sont également admissibles aux places et emplois publics, sauf ceux de Nouvelle-Calédonie qui bénéficient d'un régime spécial : le champ d'application de l'exception doit être entendu strictement et ne saurait être étendu, en l'espèce y compris par le législateur, dès lors qu'il méconnaît des exigences constitutionnelles.

Cet adage doit être rapproché d'un autre principe d'interprétation selon lequel les normes spéciales dérogent aux normes générales : « *specialia generalibus derogant* ». Les normes les plus précises quant aux situations qu'elles visent sont plus adaptées et donc l'emportent sur les normes générales. Ce n'est plus une question d'exclusion ou de soustraction du champ d'application. Au contraire, pour un même ensemble de situations, deux normes concurrentes sont susceptibles de s'appliquer et, dans l'hypothèse où on ne peut pas les appliquer cumulativement, il va falloir choisir celle qui aura vocation à régir le plus précisément possible les situations concernées.

2) L'exception permet la règle

L'exception permet de préserver des qualités essentielles de la règle de droit, notamment sa généralité et son adaptabilité

- a) L'exception permet la généralité de la règle

On pourrait ici soutenir, en jouant sur le terme de *probare* au sens de « reconnaître comme bon » ou encore de « faire accepter », que l'exception permet la règle, qu'elle est un gage, une condition d'existence de la règle dans sa prétention à la généralité.

Sachant qu'elle dispose de la faculté d'excepter, consubstantielle à sa compétence, l'autorité normative sera plus encline à ériger des règles, des principes auxquels il lui sera toujours loisible d'apporter ensuite des exceptions ou des dérogations. L'exception est ici un gage de malléabilité et de souplesse qui encourage, *in fine*, la production des règles et des principes. A cet égard, on soulignera que l'exception suppose la généralité de la règle. En effet, une norme individuelle ne peut pas connaître d'exception : une proposition ainsi rédigée « Monsieur X, Mesdames Y et Z sont titularisés professeurs certifiés, sauf Madame Y » n'est pas valide.

Il faut également ajouter que les exceptions ne remettent pas directement en cause la généralité de la règle initiale. Quand bien même le champ d'application de la règle de droit serait réduit, du fait de la multiplication des exceptions, à une seule hypothèse, on pourrait encore soutenir que la règle de droit continue d'être générale dans la mesure où elle a été posée indépendamment de ses destinataires potentiels. Ce n'est que par le jeu des exceptions qu'elle devient individualisée dans son application.

- b) L'exception permet également l'adaptabilité de la règle.

²⁴ C.C., 30 juillet 2009, déc. n°2009-587 DC, *Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*, Rec. p. 152, cons. 18.

Elle apparaît en effet comme une soupape de sécurité, qui contribue en réalité à préserver la règle et son application concrète. Dans cette optique, l'exception permet l'adaptation de la règle : le recours aux exceptions va permettre aux autorités normatives de tirer les conséquences de la complexité du réel, tout en maintenant la formulation de principes généraux. Cette idée apparaît par exemple dans un certain nombre de décisions du Conseil constitutionnel. S'agissant de la loi relative à la démocratisation du secteur public, le juge souligne que, « de façon générale [qu']avant même le vote de la présente loi, le secteur public constituait un ensemble divers et complexe, de telle sorte que l'emploi de critères généraux définissant ce secteur et de règles générales s'y appliquant devait nécessairement s'accompagner de dérogations et d'exceptions qui, loin d'être contraires au principe d'égalité, permettaient de traiter de façon spécifique des situations différentes ne pouvant entrer dans un cadre uniforme »²⁵. De même, les très nombreuses exceptions et dérogations dont est assortie la loi réaffirmant le principe du repos dominical sont justifiées, de manière assez sommaire d'ailleurs, par l'évolution des mentalités et des usages de consommation²⁶. Elles permettent de réaffirmer et de maintenir, en l'assouplissant, une règle qui n'est apparemment plus tout à fait adaptée à la situation.

Ce lien si étroit entre la règle et l'exception peut-il tolérer, justifier, que l'exception devienne la règle ?

III/ L'exception devient la règle

« Quand l'exception devient la règle » : cette formule, très fréquemment utilisée, revêt, en réalité, deux significations possibles, dès lors que l'on joue sur le terme de « règle » :

- d'une part, l'exception peut-elle devenir la mesure, c'est-à-dire ce qui est courant, répandu ? Dans cette hypothèse, on peut soutenir que la généralisation des exceptions, dérogations, exemptions etc. conduit à ce que l'exception devienne la norme, c'est-à-dire le standard ;
- d'autre part, l'exception peut-elle devenir la règle, cette fois-ci entendue au sens de principe, ce qui supposerait, en sens inverse, que le principe puisse éventuellement devenir l'exception ?

A) La généralisation de l'exception

Dans la mesure où elle concerne le champ d'application de la norme, dont il revient à l'autorité normative de dresser les contours, l'exception n'a, en théorie, pas d'incidence sur l'existence même de la règle. Pourtant, la banalisation des exceptions est susceptible de remettre en cause aussi bien la pertinence que la cohérence de cette dernière.

1) La pertinence de la règle

a) La juxtaposition des exceptions est susceptible de mettre la solidité de la règle à rude épreuve.

C'est la formule célèbre de Beaumarchais dans le *Mariage de Figaro* : « Pourvu que je ne parle ni de l'autorité, ni de la politique, ni de la morale, ni des gens en place, ni de l'opéra, ni des autres spectacles, je puis tout imprimer librement, sous la direction, néanmoins, de deux ou trois censeurs ». La formule est cocasse dans la mesure où la multiplication des exceptions dément l'intérêt de la règle : la liberté d'expression est réduite à une coquille vide tant les exceptions sont nombreuses. De même, il a été soutenu que la loi prétendant réaffirmer le principe du repos dominical était assortie d'un tel nombre d'exceptions et de dérogations qu'elle « viderait de sa substance le droit au repos dominical »²⁷.

b) Il est possible d'aller plus loin encore, en soutenant que la multiplication des exceptions réduit tellement le champ d'application de la règle de droit qu'elle fait douter non seulement de la pertinence de la règle, mais encore de l'objectif et du but poursuivi par la règle de droit.

C'est l'exemple de la censure de la taxe carbone. Le dispositif voulu par le législateur a été censuré en raison du trop grand nombre de dérogations et d'exonérations dont était assortie la nouvelle taxe. Il n'y a pas seulement là

²⁵ C.C., déc. n°83-162 DC préc., cons. 15.

²⁶ C.C., déc. n°2009-588 DC préc., cons. 13.

²⁷ C'est l'argumentation des saisissants dans la déc. n°2009-588 DC, préc., cons. 10 ; dans le même sens, voir la déc. n°86-213 DC, préc., cons. 9 : « Considérant que les auteurs de la saisine font valoir tout d'abord que le nombre et la diversité des infractions visées à l'article 706-16 nouveau sont tels que le jugement de ces infractions par une cour d'assises ne comportant pas de jurés ne peut être regardé comme une simple exception au principe de l'intervention du jury en matière de crimes ». Dans cette décision, on relèvera que le Conseil constitutionnel a examiné le grief pour juger qu'il manquait en fait, estimant qu'à « s'en tenir au seul texte de l'article 706-16 nouveau, l'exception apportée au principe de l'intervention du jury a un caractère limité » (cons.10). Il y a là l'idée d'un possible contrôle de l'ampleur de l'exception par rapport à la règle à laquelle elle est censée se soustraire (voir *infra*).

méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques. Une lecture attentive de la décision révèle que, avant même la censure pour méconnaissance du principe d'égalité, c'est bien l'inefficacité de la nouvelle loi qui est dénoncée : « par leur importance, les régimes d'exemption totale institués par l'article 7 de la loi déférée sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique »²⁸. Il faut en déduire que les modalités retenues par le législateur sont inaptes à atteindre les objectifs visés, à savoir la lutte contre le réchauffement climatique, pire encore qu'elles démentent l'objectif poursuivi. La règle n'est, de fait, plus nécessaire puisqu'elle rate, voire infirme l'objectif qu'elle prétendait atteindre, faisant ainsi douter du but réellement poursuivi par le législateur.

2) La cohérence de la règle

a) La complexité de l'exception

La prolifération des exceptions au sens le plus large du terme peut conduire à une complexité excessive de la règle de droit, surtout lorsque les exceptions sont elles-mêmes assorties de nombreuses sous-exceptions. On se souvient par exemple que le plafonnement des niches fiscales prévu par la loi de finances pour 2006 a été censuré pour complexité excessive, en raison de l'enchevêtrement de ses dispositions et des renvois opérés par le législateur, méconnaissant ainsi les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁹. A titre d'exemple, la loi relative à la commission du découpage électoral avait prévu de nombreuses possibilités de dérogations et d'exceptions relatives à la continuité territoriale des circonscriptions électorales, à leur limites ou encore aux écarts de population entre circonscriptions : comme le souligne le Conseil constitutionnel, si ces dernières ne sont pas, en elles-mêmes, contraires à la Constitution, elles pourraient « toutefois, par leur cumul ou par les conditions de leur application, donner lieu à des délimitations arbitraires de circonscription ou aboutir à créer des situations où le principe d'égalité serait méconnu »³⁰. C'est bien la juxtaposition des exceptions qui crée la confusion et peut générer l'arbitraire.

b) La contradiction entre le principe et l'exception

Surtout, la multiplication des exceptions peut conduire à des difficultés de conciliation avec la règle, voire à des contradictions entre l'exception et la règle, pourtant maintenue dans son principe. Or l'exception doit être compatible avec le principe qu'elle pose et c'est bien le prolongement de l'idée selon laquelle l'exception est consubstantielle à la règle de droit. Il en va par exemple ainsi de la législation relative aux droits d'auteurs, le législateur ayant, d'un côté, affirmé la possibilité pour les titulaires des droits d'auteur de restreindre la copie privée et ayant, de l'autre, prévu un certain nombre d'exceptions, notamment pour les activités d'enseignement et de recherche, les bibliothèques ou encore les personnes souffrant d'un handicap. Il y a là une tension manifeste et apparemment irréductible entre l'exception et le principe, susceptible de rendre la loi inintelligible³¹.

D'où l'apparition, à cet égard, d'exceptions que l'on pourrait qualifier de « conditionnées », qui ont bien vocation à réduire le champ d'application de la règle mais qui doivent respecter l'objectif poursuivi par cette même règle, c'est-à-dire la logique du principe posé par la règle de droit. C'est ce que fait d'ailleurs la directive relative aux droits d'auteurs. Tout en énumérant les exceptions au droit d'auteur, la directive précise que ces exceptions doivent satisfaire aux conditions dites du « test en trois étapes », c'est-à-dire, outre figurer dans l'énumération, ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou des objets concernés et ne pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de ces droits³². Il y a bien là l'idée que l'exception ne doit pas démentir l'objectif poursuivi par l'autorité normative.

Peut-on aller plus loin et soutenir que, dans certains cas, la généralisation des exceptions conduit à ce que l'exception devienne la règle, non plus seulement en tant que droit commun mais en tant que principe ?

B) La possibilité d'une inversion entre la règle et l'exception

1) L'inversion radicale

²⁸ C.C., 29 décembre 2009, déc. n°2009-599 DC, *Taxe carbone*, Rec. p. 218, cons. 82.

²⁹ C.C., 29 décembre 2005, déc. n°2005-530 DC, *Loi de finances initiale*, Rec. p. 168, cons. 77 à 80.

³⁰ C.C., 13 janvier 2009, déc. n°2008-573 DC, *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*, Rec. p. 36, cons. 25 et 26.

³¹ Voir l'argumentation des requérants dans C.C., 27 juillet 2006, déc. n°2006-540 DC, *Droit d'auteur dans la société de l'information*, Rec. 88, cons. 49.

³² Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

a) On commencera par souligner que l'abrogation d'une exception a logiquement pour conséquence de réintégrer les situations, les faits, les personnes qu'elle vise dans le champ de la règle commune. Dans cette hypothèse, l'exception réintègre la règle. Ainsi, la proposition de loi visant à supprimer toute exception à la punition des sévices graves envers les animaux domestiques, apprivoisés ou tenus en captivité et, donc, à supprimer le septième alinéa de l'article 521-1 du Code pénal rétablit le principe d'interdiction et de punition³³. De la même manière, lorsque le Conseil constitutionnel abroge les septèmes alinéas des articles 64-1 et 116-1 du code de procédure pénale qui prévoyaient la possibilité de ne pas enregistrer la personne gardée à vue ou mise en examen en matière criminelle, le principe posé par la règle initiale reprend ses droits. L'exception est abrogée, les situations qu'elle visait retournent dans le giron de la règle³⁴.

b) Mais, de manière plus radicale, rien n'empêche que l'autorité normative inverse les rôles, pour faire de la règle l'exception et de l'exception le principe. L'hypothèse pourrait notamment se présenter lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences de la multiplication des exceptions et de l'affaiblissement corrélatif de la règle. Les exceptions ont dévoré le principe, pour reprendre l'expression du Doyen Vedel, et il faut se résoudre à inverser les termes de la relation. Ce type d'inversion, que l'on pourrait qualifier de spontanée, est pourtant rare, alors que les inversions subies sont bien plus fréquentes. En témoigne notamment un arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 octobre 2012³⁵, inversant totalement la règle et le principe en matière d'assignation à résidence des étrangers frappés d'une mesure d'éloignement. Alors que, selon le CESEDA, le placement en rétention est la règle et l'assignation à résidence l'exception, la Cour juge que **l'assignation à résidence est un principe qui résulte de la combinaison des paragraphes 1, 4 et 5 article 15 de la directive 008/115/CE du Parlement européen et du Conseil. En l'espèce, l'inversion de la règle et du principe résulte des exigences du droit de l'Union européenne.**

2) L'inversion graduelle

L'inversion de la règle et du principe peut être plus progressive, parce que préparée. Tel est bien l'objet des expérimentations législatives ou réglementaires prévues par l'article 37-1 et, au niveau des collectivités territoriales, par l'article 72, alinéa 4. A titre d'exemple, le projet de loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale modifiait, à titre expérimental, la composition de la cour d'assise dans certains cas, en prévoyant que les neuf jurés du jury pourraient être remplacés, en première instance, par deux citoyens assesseurs, sauf si l'accusé ou le procureur demandait leur maintien, ce qui permettait donc de revenir au principe. Il était prévu que cette participation des citoyens assesseurs serait expérimentée pendant une durée limitée dans les ressorts de deux cours d'appel. Le législateur avait donc bien prévu l'inversion temporaire de la règle et du principe, inversion géographiquement limitée à une portion du territoire. Toutefois, cette inversion est, à terme et en fonction des résultats de l'expérimentation, susceptible de généralisation à l'ensemble des citoyens puisque telle est bien l'ambition de ces lois expérimentales : l'exception sera, à terme, régularisée, normalisée, c'est-à-dire récupérée par la règle, par la norme.

Ce dernier exemple souligne à nouveau les liens intimes et indissolubles qu'entretiennent la règle et l'exception. C'est bien la raison pour laquelle il semble si difficile d'encadrer, de limiter le recours aux exceptions : celles-ci ne trouvent que rarement dans la règle elle-même une limite ; il n'existe pas véritablement, pour l'heure, de contrôle de l'exception par rapport à la règle principale, si ce n'est, mais de manière encore timide, à travers les principes de cohérence, de non contradiction ou d'efficacité de la règle de droit. C'est bien davantage en-dehors d'elle-même, et donc en dehors de la règle à laquelle elle excepte, que l'exception peut trouver des limites, en particulier dans le respect du principe d'égalité³⁶.

³³ Proposition enregistrée à l'Assemblée nationale le 13 juillet 2011.

³⁴ C.C., 6 avril 2012, déc. n°2012-228/229 QPC, *M. Kiril Z. [Enregistrement audiovisuel des interrogatoires et des confrontations des personnes mises en cause en matière criminelle]*, JORF, 7 avril 2012, p. 6414.

³⁵ Cass., 1re Civ., 24 octobre 2012, n°11-27.956.

³⁶ Pour un exemple, voir C.C., 24 juillet 2003, déc. n°2003-475 DC, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*, cons. 7 « Considérant, en second lieu, qu'en conservant aux départements de la Creuse et de Paris leur représentation antérieure, le législateur a apporté une dérogation au mode de calcul qu'il avait lui-même retenu ; que, toutefois, pour regrettable qu'elle soit, cette dérogation, qui intéresse quatre sièges, ne porte pas au principe d'égalité devant le suffrage une atteinte telle qu'elle entacherait d'inconstitutionnalité la loi déférée ».