

Le Conseil constitutionnel et le changement des circonstances de droit

La théorie du changement des circonstances, issue de la jurisprudence administrative, est-elle transposable au contentieux constitutionnel ? Le Conseil constitutionnel a utilisé à deux reprises l'expression de « changement des circonstances de droit » : d'une part, dans la décision n°99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie* et, d'autre part, dans la décision n°2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*. Le changement de circonstances en cause dans ces deux décisions correspond à une révision de la Constitution et implique que le Conseil procède « à l'examen de l'ensemble des dispositions de la loi organique, alors même que certaines d'entre elles ont une rédaction ou un contenu identique à ceux de dispositions antérieurement déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel ou figurant dans [une] loi (...) adoptée par le peuple français à la suite d'un référendum »¹. Le changement des circonstances de droit conduit donc le Conseil à se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions législatives qui reprennent des normes législatives existantes, c'est-à-dire des normes considérées comme étant définitives jusqu'à leur modification ou leur abrogation.

La référence aux « changements des circonstances de droit » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel donne une nouvelle illustration des influences réciproques des contentieux. En droit administratif, cette théorie est ancienne. Elle apparaît dès 1916 à propos des contrats administratifs avec la théorie de l'imprévision, mais elle est en quelque sorte transposée aux actes unilatéraux en 1930 par l'arrêt *Despujol*². Le changement des circonstances est susceptible de mettre fin à la validité d'un acte administratif³, ce qui implique que la légalité de l'acte peut être contestée au-delà du délai de recours contentieux lorsque les circonstances qui l'ont légalement motivé ont changé. L'autorité compétente doit donc procéder à son abrogation ou à sa modification, c'est dire qu'elle doit tirer les conséquences du changement pour l'avenir.

Les contours de la théorie jurisprudentielle du changement des circonstances ont été définis par le juge administratif. Ce dernier en a dégagé les conséquences non seulement quant à son propre office mais également pour l'administration. L'arrêt *Compagnie Alitalia* du 3 février 1989 indique clairement les conséquences d'un changement des circonstances pour l'administration : « l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date »⁴. Le juge administratif distingue le changement des circonstances de droit du changement des circonstances de fait. Alors que le second répond à l'exigence d'adaptabilité de la règle de droit, la prise en compte du premier tend à tirer les conséquences de la hiérarchie des normes.

Les « circonstances de droit » dont la modification peut influencer sur la légalité d'un acte administratif ont été définies par J.-M. Auby comme correspondant aux « différentes règles de droit, actes particuliers ou situations juridiques avec lesquels l'acte considéré comporte un lien »⁵. Cette définition très générale couvre des hypothèses nombreuses et il n'est pas certain que l'utilisation de cette théorie par le juge constitutionnel renvoie à des hypothèses aussi variées.

Utilisant la notion de « changement des circonstances de droit », le juge constitutionnel est conduit à en définir, à son tour, les conséquences contentieuses⁶. Il faut alors s'interroger sur la transposition en droit constitutionnel de cette théorie administrative et sur son adaptation aux spécificités du contentieux constitutionnel.

Parce que le contrôle de la constitutionnalité des lois est un contrôle *a priori*, les lois en vigueur ne peuvent être soumises au Conseil constitutionnel. Mais, invoquant un changement dans les circonstances de droit, le juge constitutionnel, comme le juge administratif, exerce son contrôle sur des normes définitives. En effet, dans l'hypothèse d'un changement, bien que le contrôle porte formellement sur une loi votée et non promulguée, l'examen de cette loi conduit le Conseil à examiner la constitutionnalité de dispositions en vigueur qui sont reprises par la loi contrôlée : si formellement il s'agit de deux textes distincts, c'est bien une norme unique que contrôle le juge constitutionnel. A cet égard, la jurisprudence relative aux changements des circonstances de droit doit être distinguée de celle issue de la décision *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, par laquelle le Conseil contrôle la constitutionnalité de dispositions législatives en vigueur mais à l'occasion de l'examen d'une loi nouvelle qui modifie, complète ou affecte le domaine des dispositions législatives existantes⁷. Bien que ces deux jurisprudences conduisent le juge constitutionnel à se prononcer sur la constitutionnalité de normes législatives existantes, l'une, la jurisprudence du changement des circonstances de droit, résulte d'une

modification des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, tandis que l'autre découle d'une modification des normes qui font l'objet de ce contrôle.

L'invocation par le juge constitutionnel d'un changement dans les circonstances de droit tend à justifier l'étendue de son contrôle de constitutionnalité. Les conditions de constitutionnalité des actes qui sont susceptibles de lui être soumis ayant changé, le Conseil constitutionnel se fonde sur les changements affectant les normes de référence de son contrôle (I) pour opérer un contrôle entier des normes, même définitives, qui relèvent de son contrôle (II).

I/ Les changements de circonstances de droit et les normes de référence du contrôle de constitutionnalité

Les changements de circonstances de droit peuvent concerner les normes de référence du contrôle de constitutionnalité dans la mesure où ils en modifient la teneur. Les événements qui sont à l'origine de tels changements doivent être identifiés (A) afin qu'en soit déterminées les conséquences quant au choix, par le juge constitutionnel, des normes de référence du contrôle de constitutionnalité (B).

A- Les faits générateurs de changements des circonstances de droit

L'expression « changement des circonstances de droit » n'apparaît dans la jurisprudence constitutionnelle qu'à propos des révisions de la Constitution. Pourtant d'autres hypothèses méritent d'être envisagées.

1) Les changements issus d'une révision de la Constitution

La révision de la Constitution constitue incontestablement un « changement des circonstances de droit ». Le Conseil constitutionnel se référant à cette notion range sous cette appellation des révisions constitutionnelles venues modifier le fondement constitutionnel de dispositions à caractère organique⁸.

Le juge administratif lui aussi voit dans les modifications constitutionnelles des changements dans les circonstances de droit. Dans les arrêts *Ah Won* et *Butin* du 22 janvier 1982, le Conseil d'Etat considère « qu'aucune nécessité propre au territoire de la Polynésie française n'autorisait, depuis l'institution, outre-mer, d'un nouveau régime juridique par la constitution du 27 octobre 1946, le maintien en vigueur, dans ce territoire, de dispositions réglementaires qui dérogent aux principes généraux d'égalité devant la loi et d'égal accès aux fonctions publiques »⁹. En l'espèce, le changement naît de l'adoption d'une nouvelle Constitution, mais la simple révision constitue un changement des circonstances de droit.

C'est bien à cette hypothèse que le Conseil constitutionnel se réfère dans les deux décisions qui évoquent un tel changement. Les lois constitutionnelles sont source de changements : les normes de référence du contrôle de constitutionnalité ayant changé, la jurisprudence constitutionnelle doit s'adapter aux nouvelles exigences du droit. Mais le mécanisme est parfois plus original.

Ainsi la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 ayant pour objet de permettre la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe a instauré un mécanisme singulier de changement : outre le fait que son adoption constitue un changement, cette loi a elle-même institué un changement « automatique » des circonstances de droit. En effet, la loi constitutionnelle prévoit la révision automatique de la Constitution à compter de l'entrée en vigueur du Traité en question. Dans ces conditions, la révision de la Constitution française qui, le cas échéant, aura lieu à compter de cette entrée en vigueur, est provoquée non par la mise en œuvre de la procédure de l'article 89 de la Constitution, mais par la réalisation d'un événement qui, bien que prévu par la Constitution, n'en est pas moins extérieur à l'ordre juridique interne. Si le Traité établissant une Constitution pour l'Europe entre en vigueur, l'article 88-1 de la Constitution se trouvera automatiquement modifié, les deux premiers alinéas de l'article 88-2 disparaîtront du texte constitutionnel et de nouvelles dispositions apparaîtront¹⁰.

C'est donc une révision différée qu'opère la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005. La réalisation d'une condition indépendante de la seule volonté des autorités publiques françaises et résultant d'un engagement

international constitue un changement des circonstances de droit en dehors d'une nouvelle révision formelle. De manière générale, les engagements internationaux visés par la Constitution sont source de changements dans les circonstances de droit.

2) *Les changements résultant des engagements internationaux visés par la Constitution*

(a-) Les traités internationaux qui sont visés par la Constitution sont susceptibles de devenir des normes de référence du contrôle de constitutionnalité ; ainsi en a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n°98-400 DC du 20 mai 1998¹¹.

Mais une telle affirmation n'est valable qu'à la condition que le traité visé par la Constitution soit entré en vigueur, car on imagine mal le juge constitutionnel subordonner la constitutionnalité de la loi au respect d'une convention internationale qui n'est pas entrée en vigueur et qui est susceptible d'ailleurs de ne jamais l'être. En conséquence, l'entrée en vigueur d'une convention internationale visée par la Constitution française constitue un changement des circonstances de droit, changement qui implique la possibilité pour le juge constitutionnel de se référer à cette convention dans l'exercice de son contrôle de la constitutionnalité de la loi. C'est donc, là encore, la réalisation d'un événement extérieur à l'ordre juridique interne qui constitue le changement des circonstances.

Le juge administratif est, lui aussi, affecté par un tel changement dans la mesure où il va pouvoir, à compter de cette entrée en vigueur, imposer le respect, par les autorités administratives, des engagements internationaux de la France en considérant, le cas échéant, que certains actes administratifs sont devenus illégaux en raison de changement des circonstances de droit. Ainsi, l'entrée en vigueur dans l'ordre interne d'une convention internationale constitue un changement de circonstances susceptible de rendre inconvictionnelles des dispositions législatives : les actes administratifs pris sur le fondement de ces dispositions devenues incompatibles avec une convention internationale peuvent alors être déclarés illégaux à la suite du changement des circonstances de droit¹².

(b-) De même, aux termes de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, l'expiration du délai de transposition d'une directive communautaire constitue pour le juge administratif un changement des circonstances de droit de nature à rendre illégales les dispositions réglementaires contraires aux objectifs définis par la directive¹³.

La jurisprudence constitutionnelle devrait pouvoir retenir une qualification identique de l'expiration du délai de transposition d'une directive communautaire adressée à la France. Une telle prise en compte n'est toutefois possible qu'à la condition que les directives soient utilisées par le Conseil constitutionnel dans l'exercice de son contrôle de la constitutionnalité des lois. Or la jurisprudence constitutionnelle de l'été 2004 donne des signes d'une évolution en ce sens.

Dans sa décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, le Conseil affirme en effet que la transposition des directives communautaires résulte d'une exigence constitutionnelle tirée de l'article 88-1 de la Constitution. S'il est encore trop tôt pour déduire de cette décision que le juge constitutionnel est en mesure de sanctionner l'insuffisance du législateur dans la transposition des directives, il n'empêche que la solution ne peut être totalement exclue puisque le principe de primauté du droit issu de l'Union européenne constitue aujourd'hui une exigence constitutionnelle. L'adoption d'une directive et l'expiration du délai de transposition constituent à cet égard un changement des circonstances de droit qui affecte les l'exigence constitutionnelle de respect du droit de l'Union.

Cette jurisprudence avait en quelque sorte été annoncée par la décision n°97-393 DC du 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*¹⁴. En l'espèce, les députés faisaient grief à la loi soumise à l'examen du Conseil de méconnaître le principe d'égalité en introduisant une différence de traitement entre laboratoires pharmaceutiques et grossistes répartiteurs de médicaments, différence qui ne se justifiait, selon les auteurs de la saisine, ni par une différence de situation ni par un motif d'intérêt général. A l'appui du premier de ces deux arguments, ils invoquaient une directive communautaire, non transposée en droit interne, mais dont le délai de transposition était expiré. Selon eux, cette directive avait pour conséquence de soumettre les laboratoires pharmaceutiques aux mêmes obligations de service public que les grossistes répartiteurs¹⁵. Ils invitaient donc le Conseil constitutionnel à se prononcer pour la première fois sur les effets d'une directive communautaire non transposée¹⁶. Ayant constaté dans un premier temps que la réglementation nationale ne crée pas de différence de situation appréciable, le Conseil constitutionnel juge « qu'il ne résulte pas clairement de la

directive (...), non transposée, que les laboratoires pharmaceutiques seront soumis par un Etat membre aux mêmes obligations de service public que celles édictées à l'égard des grossistes répartiteurs ». Il en a conclu « qu'ainsi, et en tout état de cause, l'argumentation développée de ce chef ne peut qu'être écartée »¹⁷. La norme de référence applicable en l'espèce est le principe d'égalité, mais cette décision est la manifestation de ce que l'appréciation d'une situation juridique donnée peut conduire le Conseil constitutionnel à tenir compte des prescriptions communautaires s'imposant en droit interne. A cet égard, l'expiration du délai de transposition de la directive joue un rôle déterminant : appréciant les effets de la directive sur la situation juridique des laboratoires pharmaceutiques, le Conseil en fait en quelque sorte une application directe. Il rejoint sur ce point la jurisprudence issue de l'arrêt *Compagnie Alitalia* du Conseil d'Etat¹⁸.

En tout état de cause, mais dans de rares hypothèses, le Conseil constitutionnel peut être conduit à inclure parmi les normes de référence de son contrôle les dispositions d'une directive. Tel est le cas dans la décision n°98-400 DC du 20 mai 1998 précitée : dans la mesure où l'article 88-3 de la Constitution vise « les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne » et étant donné que ces modalités sont définies par une directive, le Conseil a subordonné la constitutionnalité de la loi organique mettant en œuvre l'article 88-3 à son respect des prescriptions contenues dans une directive communautaire fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les citoyens de l'Union résidant dans un Etat membre dont ils n'ont pas la nationalité¹⁹.

Dans ces conditions, la modification des directives communautaires indirectement visées par la Constitution, via le renvoi « aux modalités prévues » par le Traité, constitue un changement des circonstances de droit dont l'effet implique la prise en compte d'une norme de référence nouvelle dans le contrôle de constitutionnalité. Là encore, en dehors de toute révision de la Constitution, les normes de référence du contrôle de constitutionnalité subissent l'influence des changements des circonstances de droit.

B- Les effets juridiques des changements des circonstances de droit sur la détermination des normes de référence par le juge constitutionnel

Le changement des circonstances de droit affecte les normes de référence du contrôle de la constitutionnalité. Pourtant l'impact produit sur ces normes n'est pas nécessairement immédiat. Ainsi en est-il lorsque les effets juridiques de dispositions constitutionnelles sont conditionnés par l'intervention d'un changement de circonstances. La prise en compte par le juge constitutionnel de changements intervenus dans les circonstances de droit est alors différée. Mais, puisque les normes de référence utilisées par le juge constitutionnel sont sujettes aux changements, l'apparition de circonstances de droit nouvelles peut conduire le Conseil constitutionnel à se prononcer deux fois sur le même acte : d'abord avant puis après le changement.

1) Un contrôle parfois différé

Les dispositions constitutionnelles ne produisent pas toujours leurs effets contentieux dès leur entrée en vigueur : le juge constitutionnel tarde parfois à les utiliser comme normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Deux situations doivent être envisagées.

(a-) La première situation se rencontre lorsque la disposition de la loi constitutionnelle, source de changement, tend à permettre l'entrée en vigueur d'une norme qu'elle vise. Tel est le cas des révisions constitutionnelles qui ont introduit dans la Constitution des références explicites à des conventions internationales pour permettre la ratification de celles-ci.

La Constitution révisée renvoie alors à un texte dont l'entrée en vigueur est incertaine. C'est très clairement ce qui résulte de la décision du 3 août 1993 relative au statut de la Banque de France dans laquelle le Conseil constate que, malgré le renvoi, figurant à l'article 88-2 de la Constitution, au Traité sur l'Union européenne, ce dernier « n'étant pas entré en vigueur, il n'y a pas lieu de contrôler la constitutionnalité de la loi déferée au regard des dispositions de l'article 88-2 de la Constitution »²⁰. Aussi, le renvoi à un texte qui n'est pas entré en vigueur est-il de nature à différer la prise en compte, dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, non seulement du texte visé, mais aussi de la norme constitutionnelle de renvoi²¹. Ainsi, l'article 88-2 doit rester lettre morte tant que le Traité qu'il vise n'est pas entré en vigueur dans l'ordre international²². L'exercice du contrôle de constitutionnalité est donc différé : antérieurement au changement des circonstances, la disposition constitutionnelle renvoyant à une norme extérieure ne produit pas d'effet opératoire en tant que norme de référence du contrôle de constitutionnalité.

L'article 88-2 de la Constitution étant écarté, pour un temps, des normes de référence du contrôle de la constitutionnalité de la loi relative au statut de la Banque de France, le Conseil précise que la constitutionnalité de celle-ci doit dès lors « être appréciée au seul regard des autres dispositions de la Constitution ». Il déclare alors l'inconstitutionnalité des dispositions de la loi consacrant l'indépendance de la Banque de France dans la détermination de la politique monétaire sur le fondement des articles 20 et 21 de la Constitution²³. Mais, avec l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, le législateur n'a pas tardé à adopter une loi contenant des dispositions identiques à celles qui avaient été déclarées inconstitutionnelles par le Conseil dans la décision du 3 août 1993²⁴. Celle-ci n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel, mais en tant qu'elle met en œuvre l'article 88-2 de la Constitution qui consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne, sa constitutionnalité était couverte par cet article. Ainsi, le changement des circonstances de droit constitué par l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, au niveau international et par voie de conséquence dans l'ordre interne, couvre l'inconstitutionnalité initiale de dispositions législatives, sans pour autant remettre en cause l'autorité de la chose jugée par le juge constitutionnel.

(b-) La seconde situation à envisager correspond à celle dans laquelle le changement des circonstances affecte la procédure spécifique d'élaboration de certaines lois et intervient au cours de l'élaboration de l'une d'entre elles. La décision du 17 juillet 2003, *Loi de programme pour l'outre-mer*, donne une bonne illustration de cette hypothèse²⁵.

L'article 74 de la Constitution, tel qu'il est issu de la loi constitutionnelle du 29 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, prévoit qu'une loi organique définit le statut de chacune des collectivités d'outre-mer, ce dernier fixant les conditions dans lesquelles les institutions de la collectivité sont consultées sur les projets et propositions de lois particulières à celle-ci. Or un projet de loi spécifiquement relatif à la Polynésie française a été déposé au Parlement sans que soient consultées les institutions polynésiennes. Le Conseil juge que « la Constitution, dans le texte en vigueur lors du dépôt au Parlement du projet d'où est issue la loi déferée, ne renvoyait pas à la loi organique le soin de fixer les conditions de consultation des institutions de la Polynésie française » et « qu'ainsi, le grief tiré du défaut de consultation du conseil des ministres de la Polynésie française ne saurait être utilement invoqué »²⁶. Aussi, dans la mesure où le changement des circonstances de droit affectant la procédure d'élaboration de la loi est intervenu postérieurement au dépôt du projet de loi, le Conseil ne tient pas compte de ce changement : les conditions constitutionnelles de dépôt d'un projet de loi sont celles applicables au jour de ce dépôt.

L'appréciation de la constitutionnalité au jour du dépôt du projet de loi ne paraît pas valoir pour les règles de fond : « on comprendrait mal en effet que soit promulguée quelques jours après une réforme constitutionnelle une loi contraire à cette réforme »²⁷.

En outre les changements dans les circonstances de droit peuvent conduire le Conseil à opérer le contrôle de la constitutionnalité d'un seul et même acte sur le fondement de normes changeantes.

2) Un contrôle exercé sur le fondement de normes changeantes

Les changements de circonstances sont de nature à impliquer qu'un même acte juridique soit soumis à deux reprises au contrôle de constitutionnalité. L'hypothèse la plus connue résulte du contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux sur le fondement de l'article 54 de la Constitution. A deux reprises s'il est saisi, le Conseil se prononce sur la constitutionnalité d'un même engagement lorsque l'inconstitutionnalité de celui-ci, constatée dans une première décision, a conduit à une révision constitutionnelle.

Les événements précédant la ratification du Traité de Maastricht en sont un bon exemple ; par les décisions dites *Maastricht I* et *Maastricht II*, le Conseil a constaté dans un premier temps que le Traité comporte des clauses contraires à la Constitution et, dans un second temps, que la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 avait levé les obstacles à la ratification du Traité²⁸.

La compétence du Conseil constitutionnel en matière électorale donne une autre illustration du contrôle de constitutionnalité opéré à deux reprises sur un même acte. En effet, chargé de veiller à la régularité des opérations référendaires en vertu de l'article 60 de la Constitution, le Conseil peut être saisi d'un recours contre le décret décidant de soumettre un projet de loi à référendum, le décret d'organisation du référendum et le décret relatif à la campagne en vue du référendum²⁹ ; tel est l'objet du recours de M. Hauchemaille et de M. Meyet

attaquant les décrets préparatoires au référendum tendant à l'adoption du projet de loi autorisant la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe³⁰. Parmi les moyens soulevés par les requérants figure celui de l'inconstitutionnalité dudit Traité au regard de la Charte de l'environnement ; cette inconstitutionnalité impliquerait donc l'illégalité du décret décidant que sa ratification fait l'objet d'une autorisation référendaire. Alors que le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé sur la constitutionnalité du Traité dans sa décision du 19 octobre 2004, le Conseil, en tant que juge électoral, considère en l'espèce « qu'en tout état de cause, [ce] traité (...) n'est pas contraire à la Charte de l'environnement de 2004 »³¹. Ainsi, le changement des circonstances de droit résultant de l'introduction de la Charte de l'environnement parmi les normes constitutionnelles conduit le Conseil constitutionnel à se prononcer à deux reprises sur la constitutionnalité d'un même engagement international qui n'est pas encore entré en vigueur³² : la première fois en tant que juge de la constitutionnalité sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, la seconde fois en tant que juge électoral en application de l'article 60 de la Constitution ; il trouve, dans l'article 11 de celle-ci, le fondement de l'examen de la constitutionnalité puisque ledit article prévoit la possibilité d'un référendum autorisant la ratification « d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions »³³. La régularité de l'opération référendaire dépend donc de la constitutionnalité du traité soumis au référendum. Mais, à la suite du changement des circonstances de droit intervenu depuis que le Conseil a examiné la constitutionnalité du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, le juge électoral est conduit à en réexaminer la constitutionnalité au regard des nouvelles normes constitutionnelles.

Cet examen à deux reprises d'un seul et même acte se conçoit bien s'agissant de la constitutionnalité des engagements internationaux. Le contrôle de la constitutionnalité des lois est peu propice à l'exercice d'un tel contrôle³⁴. Les conséquences contentieuses de la théorie du changement des circonstances de droit dépendent donc de la nature de la norme qui fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

II/ Le changement de circonstances de droit et les normes contrôlées par le juge constitutionnel

En droit constitutionnel, comme en droit administratif, le changement dans les circonstances de droit permet aux juges d'apprécier la validité de normes qui sont définitives et ne peuvent plus être attaquées directement devant le juge compétent. Lorsque ce dernier mentionne un changement des circonstances, c'est précisément dans le but d'opérer un contrôle sur des normes en vigueur échappant à tout recours direct. De même qu'un règlement administratif est un acte définitif à l'expiration du délai de recours contentieux, de même les lois en vigueur sont définitives : elles sont incontestables dans la mesure où le contrôle de la constitutionnalité des lois qui est prévu par la Constitution française n'est possible que s'il est exercé antérieurement à leur promulgation. Toutefois, en droit administratif comme en droit constitutionnel, la validité de normes définitives peut être contestée, en raison d'un changement des circonstances de droit, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte susceptible d'être soumis au juge. En droit administratif, le changement des circonstances peut être invoqué soit, par voie d'exception, à l'occasion d'un recours dirigé contre un acte pris en application d'un règlement devenu illégal, soit, par voie d'action, en attaquant la décision par laquelle l'autorité compétente refuse d'abroger ou de modifier ledit règlement³⁵. En droit constitutionnel, le changement des circonstances permet au Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de normes issues de dispositions législatives définitives (A) selon des modalités qui, bien qu'adaptées aux spécificités du contentieux constitutionnel, pourraient être inspirées des solutions retenues par la jurisprudence administrative (B).

A- Un contrôle d'une norme législative existante

La notion de « changement des circonstances de droit » permet au juge constitutionnel d'examiner la constitutionnalité de dispositions qui ont une rédaction ou un contenu analogue à des dispositions antérieurement déclarées conformes à la Constitution ou figurant dans une loi adoptée par voie de référendum. De ce point de vue, la théorie du changement des circonstances de droit donne au juge constitutionnel l'occasion d'apporter des entorses, d'une part, à l'autorité de la chose jugée et, d'autre part, à son refus de juger les lois qui constituent l'expression directe de la souveraineté nationale³⁶.

1) Le contrôle de normes antérieurement déclarées conformes à la Constitution : une remise en cause du caractère absolu et définitif du contrôle de constitutionnalité

Les décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité des lois ont un caractère absolu et définitif. Le Conseil lui-même a utilisé ces adjectifs dans sa décision *Loi relative à*

l'interruption volontaire de grossesse de 1975³⁷. La jurisprudence constitutionnelle de la fin des années 80 précise que l'autorité des décisions de non-conformité implique l'inconstitutionnalité de dispositions législatives qui « bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions déclarées contraires à la Constitution »³⁸. Les décisions constatant la conformité à la Constitution de dispositions législatives présentent le même caractère. Aussi, le Conseil ne peut-il être saisi à nouveau d'un texte de loi ordinaire dont il a déjà constaté la constitutionnalité. C'est ainsi que, ayant constaté l'inconstitutionnalité partielle d'une loi, le Conseil se prononce sur la constitutionnalité des dispositions modifiées à l'issue d'une nouvelle délibération, mais ne revient pas sur la constitutionnalité des dispositions de la loi préalablement jugées conformes³⁹. De même, bien qu'elle intervienne avant la promulgation de la loi, est irrecevable la saisine du Conseil qui intervient postérieurement à sa décision constatant la conformité de cette loi à la Constitution⁴⁰.

Enfin, et en tout état de cause, la loi promulguée ne peut plus être soumise au Conseil constitutionnel dont le contrôle est effectué *a priori*. Du point de vue contentieux, la loi promulguée est un acte juridique définitif⁴¹.

Pourtant, dans la décision n°2004-490 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, le juge constitutionnel accepte de contrôler la constitutionnalité de normes existantes qui avaient été auparavant déclarées conformes à la Constitution. Aux termes du 9^{ème} considérant de cette décision, « en raison d'un changement des circonstances de droit résultant de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 (...) il y a lieu pour le Conseil constitutionnel, de procéder à l'examen de l'ensemble des dispositions de la loi organique, alors même que certaines d'entre elles ont une rédaction ou un contenu analogue aux dispositions antérieurement déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel » dans deux décisions précédentes⁴².

Ainsi, le Conseil peut apprécier la constitutionnalité de normes législatives qui non seulement sont en vigueur, mais encore ont déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, à condition que ces normes soient reprises par des dispositions législatives analogues soumises au Conseil sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. L'affirmation de l'autorité des décisions de conformité trouve donc une limite dans la théorie du changement des circonstances de droit.

Qu'en est-il de l'autorité des décisions constatant l'inconstitutionnalité de certaines dispositions d'une loi ? Bien que le juge constitutionnel ait affirmé le caractère absolu et définitif de ces décisions, la théorie du changement des circonstances de droit donne l'occasion d'un nouvel examen des dispositions analogues à celles jugées contraires à la Constitution. Ainsi, dans sa décision n°2000-429 DC du 30 mai 2000, le Conseil a estimé que l'autorité de la chose jugée par lui n'est pas méconnue par l'adoption d'une loi ayant un objet analogue à celui de dispositions antérieurement jugées contraires à la Constitution dans la mesure où une loi constitutionnelle nouvelle a eu pour « pour objet et pour effet de lever les obstacles d'ordre constitutionnel » relevés par le Conseil dans ses décisions antérieures⁴³. Le caractère absolu et définitif des décisions de non-conformité trouve, dans les changements affectant les circonstances de droit, une limite naturelle.

La multiplication des révisions constitutionnelles ces dernières années fournit au Conseil constitutionnel des occasions de plus en plus nombreuses d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives analogues à celles sur lesquelles il a déjà statué, et ce d'autant plus que les révisions ont parfois précisément pour objet de surmonter une interprétation jurisprudentielle de la Constitution⁴⁴.

La décision par laquelle le juge statue sur la constitutionnalité d'une loi en France ne présente donc pas toujours et nécessairement un caractère absolu et définitif. C'est pourtant ce caractère qui est mis en avant par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1975, *IVG*, pour justifier son refus d'utiliser les conventions internationales comme normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois. La prise en compte des changements de circonstances de droit affaiblit un peu plus la justification du refus de contrôler la conventionnalité des lois. Dans l'hypothèse où le Conseil accepterait de revenir sur cette jurisprudence, deux situations pourraient se présenter. Ou bien, ayant conclu, dans un premier temps, à l'inconstitutionnalité d'une loi au seul motif qu'elle viole une convention internationale, le Conseil constitutionnel est appelé ensuite à se prononcer sur des dispositions ayant un contenu ou une rédaction analogue aux dispositions antérieurement déclarées inconstitutionnelles et constate que cette convention ne fait plus l'objet d'une application réciproque, ce qui peut le conduire à revenir sur la décision d'inconstitutionnalité précédemment rendue en raison d'un changement dans les circonstances de droit. Ou bien après que la loi a été déclarée conforme à la Constitution, en considération du fait que la convention internationale à laquelle elle déroge ne fait pas l'objet d'une application réciproque des Etats parties, la modification de l'attitude de ces Etats serait de nature à faire naître l'inconstitutionnalité des normes législatives en cause : il pourrait alors être tenu compte de ce changement dans les circonstances de droit soit par le Conseil constitutionnel si d'aventure une loi reprenait les termes de la loi

antérieurement déclarée conforme à la Constitution, soit par le juge ordinaire qui, en raison de ce changement des circonstances, ne risquerait pas de méconnaître l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel⁴⁵.

L'utilisation par le juge constitutionnel de la théorie du changement des circonstances de droit n'implique pas l'abandon de la jurisprudence issue de la décision *Interruption volontaire de grossesse*, mais on ne peut nier que cette jurisprudence, déjà contestable en 1975, l'est d'autant plus que le caractère absolu et définitif des décisions par lesquelles le Conseil se prononce sur la constitutionnalité des lois connaît des exceptions.

De manière identique, la théorie du changement des circonstances de droit permet au Conseil constitutionnel d'apporter une limite au principe de son incompétence s'agissant du contrôle de la constitutionnalité des normes issues de lois référendaires.

2) Le contrôle d'une norme issue d'une loi référendaire : une remise en cause du refus de contrôler l'expression directe de la souveraineté nationale

La décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, ainsi que la décision n°92-313 DC du 23 septembre 1992, dite *Maastricht III*, manifestent le refus du Conseil constitutionnel de contrôler les lois référendaires quel que soit leur objet : lois révisant la Constitution ou lois ordinaires, les lois issues de « l'expression directe de la souveraineté nationale » ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

La théorie du changement des circonstances de droit est toutefois propre à atténuer cette incompétence de principe du juge constitutionnel. A l'occasion de l'examen d'une loi reprenant la rédaction ou le contenu de dispositions référendaires, le Conseil constitutionnel peut être conduit à se prononcer sur la constitutionnalité desdites dispositions ; le contrôle de la loi votée par le Parlement permet alors au Conseil d'apprécier la norme référendaire. L'immunité juridictionnelle dont bénéficient en principe les lois référendaires résulte d'une distinction implicitement établie par le juge constitutionnel entre l'expression directe de la souveraineté nationale et son expression indirecte. Or, lorsqu'une disposition législative votée par le Parlement reprend, par sa rédaction ou son contenu, une norme issue d'une loi référendaire, l'examen de la constitutionnalité de l'expression indirecte de la souveraineté suppose l'examen de la constitutionnalité de son expression directe. La norme référendaire reprise dans un texte ultérieur exprime toujours la volonté du souverain : formellement distincte de la norme référendaire, la loi votée par le Parlement ne fait que confirmer la norme référendaire en vigueur.

Un changement des circonstances de droit, telle qu'une révision de la Constitution, ne modifie en rien la nature de la norme référendaire : elle demeure l'expression directe de la souveraineté nationale. Or les lois constitutionnelles, en général adoptées par le Congrès, ne constituent qu'une expression indirecte de cette souveraineté. Pouvoir souverain, le pouvoir constituant modifie les circonstances ayant conduit à l'expression directe de la souveraineté par le peuple exerçant le pouvoir législatif. Telle est la raison de la remise en cause de l'immunité juridictionnelle des normes référendaires en cas de changement dans les circonstances de droit. C'est donc une logique hiérarchique qui sous-tend le contrôle de la constitutionnalité d'une norme référendaire opéré *a posteriori*. Dans la mesure où le changement des circonstances résulte de l'adoption d'une loi constitutionnelle, le respect de la hiérarchie des normes implique la compétence du Conseil pour se prononcer sur la norme référendaire reprise dans une loi parlementaire. S'émancipant de l'immunité juridictionnelle de principe qu'il reconnaît à l'expression directe de la souveraineté nationale, le Conseil se soumet à la volonté du pouvoir constituant, pouvoir souverain, pour en assurer le respect. N'y a-t-il pas là un certain paradoxe à voir le Conseil constitutionnel faire prévaloir une expression de la souveraineté sur une autre ? Ce paradoxe ne peut être surmonté qu'en considération de l'objet de la norme référendaire : toujours expression directe de la souveraineté nationale, la loi référendaire n'a qu'une valeur législative lorsqu'elle porte sur une matière relevant de la compétence du législateur ; elle a un caractère organique si elle relève de la compétence du législateur organique et elle est une loi ordinaire dans le cas contraire. En revanche, si la loi référendaire a pour objet de réviser la Constitution, comme ce fut le cas de la loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, elle a une valeur constitutionnelle⁴⁶.

Le contrôle de la constitutionnalité de normes législatives en vigueur est conditionné d'une part, dans son déclenchement, par l'existence d'une loi votée par le Parlement et non promulguée et, d'autre part, dans sa réalisation, par un changement dans les circonstances de droit. Mais ce contrôle pourrait se développer si le juge constitutionnel admettait d'utiliser la théorie du changement des circonstances de droit sans la limiter au contrôle des lois organiques confirmant des normes législatives existantes.

B- Un contrôle indifférent à la disposition législative contrôlée

Utilisée par le juge constitutionnel uniquement à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de lois organiques dont certaines dispositions reprenaient la rédaction ou le contenu de lois en vigueur, la théorie du changement des circonstances de droit pourrait voir son champ d'application élargi. Non seulement elle pourrait intervenir à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité de dispositions législatives ordinaires confirmatives, mais elle pourrait trouver sa place dans l'examen de la constitutionnalité de dispositions législatives modifiant des lois en vigueur. Ainsi seraient transposées, en les adaptant au contentieux constitutionnel, les modalités du recours au changement des circonstances de droit, telles qu'elles existent en droit administratif.

1) Le changement des circonstances de droit invoqué à l'occasion du contrôle d'une disposition confirmative

Si l'on peut mettre en doute le caractère normatif des dispositions qui ont une rédaction ou un contenu identique à des dispositions législatives existantes, ce sont plutôt des considérations contentieuses qui justifient l'incompétence du Conseil à leur égard en dehors des changements des circonstances de droit. L'autorité de la chose jugée s'oppose, on l'a vu, à ce que le juge constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité de dispositions ayant une rédaction ou un contenu analogue à des dispositions préalablement contrôlées, que celles-ci aient été jugées inconstitutionnelles⁴⁷ ou conformes à la Constitution⁴⁸.

Reste l'hypothèse de dispositions législatives qui confirment une disposition en vigueur, mais qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité⁴⁹. Les caractéristiques propres au contrôle de la constitutionnalité des lois sont de nature à faire obstacle – si ce n'est formellement, au moins matériellement – à leur examen par le juge constitutionnel en dehors de tout changement dans les circonstances de droit. Puisque ce contrôle est un contrôle *a priori*, le Conseil ne saurait en principe se prononcer sur la constitutionnalité de normes existantes ; en revanche la constitutionnalité externe de telles dispositions peut être examinée sans difficulté. Mais, admettre de contrôler leur constitutionnalité interne est un moyen utile pour le Conseil d'exercer son contrôle dans les cas où l'exercice de celui-ci est limité par son caractère facultatif.

L'utilisation par le juge constitutionnel, comme par le juge administratif, de la notion de changement dans les circonstances de droit est donc un moyen d'étendre le contrôle juridictionnel à l'ensemble des dispositions de l'acte examiné, alors même que certaines d'entre elles ne font que confirmer des normes existantes. A cet égard, si le Conseil constitutionnel n'a invoqué le changement de circonstances qu'à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité de lois organiques, on ne saurait en déduire que cette théorie ne peut être utilisée qu'à cette occasion.

Dans ses décisions relatives à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française, le juge constitutionnel établit un lien étroit entre le changement de circonstances de droit et le contrôle de l'ensemble des dispositions d'une loi organique. Mais les effets du changement des circonstances de droit ne sauraient être limités au contrôle obligatoire de la constitutionnalité des lois organiques car on ne voit pas bien comment le Conseil pourrait justifier son refus de tenir compte d'un tel changement dans son contrôle de la constitutionnalité d'une loi ordinaire reprenant les termes d'une loi de même nature antérieurement déclarée conforme à la Constitution. En revanche, il est évident que le contrôle obligatoire, et nécessairement intégral, des lois organiques favorise les occasions d'en appeler aux changements dans les circonstances de droit.

Invoquée lors du contrôle de la constitutionnalité d'une disposition législative confirmative, la théorie du changement des circonstances de droit trouverait un intérêt certain à être appliquée à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité d'une disposition législative modifiant une loi en vigueur.

2) L'éventualité de l'invocation du changement des circonstances de droit à l'occasion du contrôle d'une disposition modificatrice

Le contrôle de la constitutionnalité de dispositions contenues dans des lois organiques analogues à des dispositions antérieures est, à l'heure actuelle, la seule hypothèse où le Conseil constitutionnel tient compte des changements dans les circonstances de droit. Faut-il en déduire que de tels changements ne produisent leurs

effets contentieux qu'à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité de dispositions confirmatives ? Rien n'est moins certain.

Les effets du changement dans les circonstances de droit peuvent se combiner avec ceux de la jurisprudence issue de la décision n°85-187 DC, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, par laquelle le juge opère, par voie d'exception, un contrôle de la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée⁵⁰. Il résulte de la combinaison de ces deux jurisprudences que, saisi d'une loi modifiant, complétant ou affectant le domaine d'une loi antérieurement promulguée, le Conseil constitutionnel est susceptible d'examiner, par voie d'exception, la constitutionnalité de la loi ancienne, mais sur le fondement de normes de référence nouvelles en raison d'un changement de circonstances de droit. L'intérêt du changement des circonstances de droit pour le contentieux constitutionnel est alors considérablement élargi : un tel changement n'autorise pas seulement le juge à contrôler la constitutionnalité d'une loi qui reprend le contenu ou la rédaction de la loi ancienne sur le fondement de normes de référence nouvelles, il permet au juge plus largement de contrôler, par voie d'exception, la constitutionnalité d'une loi en vigueur qui est modifiée, complétée ou dont le domaine est affecté, sur le fondement de normes de référence nouvelles. Il ne s'agit plus alors pour le Conseil de déclarer l'inconstitutionnalité d'une loi en vigueur qu'il a laissé, par erreur, être promulguée ou bien qu'il n'a pas pu sanctionner faute d'avoir été saisi ; il s'agit pour lui de sanctionner *a posteriori* une inconstitutionnalité nouvelle, c'est-à-dire de tenir compte des évolutions du droit.

L'efficacité du contrôle de constitutionnalité serait renforcée par l'association de la théorie du changement des circonstances de droit et de la jurisprudence issue de la décision *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*. En effet, les changements affectant les normes de référence du contrôle donneraient au Conseil constitutionnel les moyens de tirer toutes les conséquences « inhérentes à la hiérarchie des normes », même à l'égard de lois en vigueur⁵¹. S'il ne s'agit pas d'un contrôle *a posteriori* par voie d'action, la voie de l'exception utilisée en lien avec la théorie du changement des circonstances de droit mettrait le juge constitutionnel en mesure de signaler les inconstitutionnalités existantes dans l'ordre interne à la suite d'une révision constitutionnelle.

En outre, le contrôle *a posteriori* des lois référendaires peut être envisagé. Modifiant, complétant ou affectant le domaine d'une loi référendaire, la loi parlementaire contrôlée serait l'occasion pour le juge constitutionnel de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi référendaire en vigueur en prenant argument d'un changement des circonstances de droit⁵². Là encore, l'invocation d'un changement des circonstances de droit renforcerait l'efficacité du contrôle de constitutionnalité sans remettre en cause l'incompétence de principe du Conseil constitutionnel pour juger de l'expression directe de la souveraineté nationale. Insusceptible de saisine par voie d'action, la norme référendaire n'échapperait pas à tout contrôle : en présence d'un changement affectant les normes de référence du contrôle de constitutionnalité, les lois modifiant la loi référendaire donneraient au juge constitutionnel l'occasion de s'assurer que la seconde n'est pas devenue contraire à la norme constitutionnelle.

Reste à savoir quel est le sort réservé aux normes législatives en vigueur dont le Conseil constitutionnel a constaté l'inconstitutionnalité par voie d'exception. Qu'il y ait eu ou non un changement des circonstances de droit, les caractéristiques du contrôle de la constitutionnalité des lois en France s'oppose à l'annulation des normes en cause. C'est alors vers le juge ordinaire qu'il convient de se tourner. De même que l'entrée en vigueur d'un engagement international constitue un changement des circonstances de droit susceptible de rendre inapplicables des dispositions législatives, les changements de circonstances résultant de la Constitution peuvent inciter le juge ordinaire à ne pas faire application d'une loi devenue incompatible avec les normes constitutionnelles. Certes, les juridictions ordinaires ne contrôlent pas la constitutionnalité des lois, mais tant les règles d'application de la loi dans le temps que la suprématie des normes constitutionnelles sont de nature à justifier qu'elles écartent, pour l'espèce, les lois devenues inconstitutionnelles du fait d'un changement des circonstances. Invité par le Conseil constitutionnel à ne pas faire application de dispositions législatives, même référendaires, devenues incompatibles avec la Constitution, le juge ordinaire pourrait alors tirer de nouvelles conséquences contentieuses de la théorie du changement des circonstances de droit. Si le Conseil constitutionnel s'est inspiré de la jurisprudence administrative en se référant à la notion de « changement des circonstances de droit », le juge administratif pourrait s'appuyer sur la jurisprudence constitutionnelle pour refuser l'application d'une loi devenue inconstitutionnelle.

¹ Décision n°99-410 DC, *Rec.* p. 51, considérant n°4. De manière similaire, cf. décision n°2004-490 DC, *J.O.R.F.* du 2 mars 2004, p. 4220, considérant n°9.

² Conseil d'Etat, Sect., 10 janvier 1930, *Despujol, Leb.* p. 30 ; *Dalloz*, 1930, p. 16 note P. L. J. ; *Sirey*, 1930, p. 40, note R. Alibert ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (G.A.J.A.)*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2003, n°44, p. 267 : « Considérant qu'il appartient à tout intéressé, dans le cas où les circonstances qui ont pu motiver légalement un règlement municipal ont disparu, de saisir à toute époque le maire d'une demande tendant à la modification ou à la suppression de ce règlement et de se pourvoir, le cas échéant, devant le Conseil d'Etat contre le refus ou le silence du maire ».

³ Y. Petit, « Les circonstances nouvelles dans le contentieux de la légalité des actes administratifs unilatéraux », *R.D.P.*, 1993, p. 1291, spéc. p. 1299.

⁴ Conseil d'Etat, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia, Leb.* p. 44 ; *G.A.J.A.*, n°97, p. 685.

⁵ J.-M. Auby, « L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux », *R.D.P.*, 1959, p. 431, spéc. p. 446.

⁶ La théorie du changement des circonstances de fait n'est pas reprise par le Conseil constitutionnel ; ceci s'explique par les caractéristiques propres au contrôle de constitutionnalité qui est un contrôle abstrait et *a priori*. Sur la place grandissante des éléments de fait dans la jurisprudence constitutionnelle, cf. J.-J. Pardini, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, 2001, 442 p.

⁷ Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, Rec.* p. 43.

⁸ Décisions n°99-410 DC et n°2004-490 DC précitées.

⁹ Conseil d'Etat, Ass., 22 janvier 1982, *Butin, Leb.* p. 27 et *Ah Won, Leb.* p. 33 ; *R.D.P.*, 1982, p. 816, note R. Drago et p. 822, conclusions Bacquet ; *A.J.D.A.*, 1982, p. 440, chr. Tiberghien et Lasserre ; *Dalloz*, 1983, IR, obs. P. D. ; *J.C.P.*, 1983, II, 19968, note Barthélémy.

¹⁰ Il faut noter que, dans ces conditions, le second alinéa de l'article 88-1 de la Constitution dans sa rédaction actuelle ne se comprend que comme une autorisation de ratifier le Traité que le Conseil constitutionnel a jugé contraire à la Constitution dans sa décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004.

¹¹ Décision *Loi organique relative à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, Rec.* p. 251.

¹² C'est là une interprétation *a contrario* de l'arrêt du Conseil d'Etat, Sect., 2 juin 1999, *Meyet, Leb.* p. 161.

¹³ *Leb.* p. 44 ; « si (...) les autorités nationales qui sont tenues d'adapter leur législation et leur réglementation aux directives qui leur sont destinées, restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution de ces directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire leurs effets en droit interne, ces autorités ne peuvent légalement, après l'expiration des délais impartis, ni laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives dont s'agit, ni édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires à ces objectifs ».

¹⁴ *Rec.* p. 320.

¹⁵ Directive n°92-25 du 31 mars 1992 du Conseil des Communautés européennes concernant la distribution en gros des médicaments à usage humain, *J.O.C.E.*, n° L. 113 du 30 avril 1992, p. 1.

¹⁶ J.-E. Schoettl, *A.J.D.A.*, 1998, p. 128.

¹⁷ *Rec.* p. 325.

¹⁸ Le secrétaire général du Conseil constitutionnel lui-même, Jean-Eric Schoettl, fait se rapprochement de jurisprudence dans son commentaire de la décision paru à l'*A.J.D.A.*, 1998, p. 129.

¹⁹ *J.O.C.E.*, n°L. 368 du 31 décembre 1994, p. 38. La révision constitutionnelle de 1992 procède donc à un renvoi à double niveau normatif : la Constitution vise explicitement le Traité sur l'Union européenne, mais, par ce biais, elle vise également, de manière indirecte, la décision ultérieure à laquelle le Traité renvoie pour la fixation des modalités d'attribution du droit de vote et d'éligibilité reconnu aux citoyens européens. Cette décision n'étant intervenue qu'en 1994, les modalités propres à l'attribution de ce droit n'étaient pas précisément déterminées, au niveau communautaire, lors de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, insérant notamment l'article 88-3 dans la Constitution. En d'autres termes, la loi constitutionnelle pose des exigences qui sont partiellement indéterminées ; « ainsi, le pouvoir constituant a soumis la loi à certaines conditions de constitutionnalité qu'il n'était pas entièrement à même d'apprécier » (B. Mathieu et M. Verpeaux, « Note sous décision n°98-400 DC du 20 mai 1998, *Loi organique relative à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales* », *L.P.A.*, 30 novembre 1998, n°143, p. 20, spéc. p. 21).

²⁰ Décision n°93-324 DC, *Loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédits*, *Rec.* p. 208.

²¹ Certes, l'article 88-2 comporte une exigence de réciprocité qui est de nature à justifier que ce contrôle de constitutionnalité soit différé, mais elle ne semble pas jouer ce rôle dans la motivation de la décision du Conseil. En effet, les sénateurs, auteurs de la saisine, invoquaient la méconnaissance de la condition de réciprocité en raison des positions prises par certains signataires du Traité, mais le juge n'a pas tenu compte de cette circonstance ; il a préféré s'appuyer sur les stipulations du Traité relatives à son entrée en vigueur.

²² En ce sens, C. Leroy, « Les incidences constitutionnelles de la réforme accordant son indépendance à la Banque de France. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n°93-324 DC du 3 août 1993 et de la loi n°93-1444 du 31 décembre 1993 », *L.P.A.*, 18 juillet 1994, n°85, p. 6.

²³ En vertu de ces articles, « le gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation » et « le Premier ministre dirige l'action du gouvernement ». La définition de la politique monétaire faisant, pour le Conseil, partie intégrante de la politique économique dont la détermination est confiée au gouvernement sous la direction du Premier ministre, le législateur ne pouvait, sans violer la Constitution, charger la Banque de France de définir la politique monétaire, *cf.* décision n°93-324 DC, considérants 5 à 15, *Rec.* p. 210 et s.

²⁴ Loi n°93-1444 du 31 décembre 1993, *Loi portant diverses dispositions relatives à la Banque de France, à l'assurance, au crédit et aux marchés financiers*, *J.O.R.F.* du 5 janvier 1994, p. 231.

²⁵ Décision n°2003-474 DC, *Rec.* p. 389.

²⁶ Considérant 11 de la décision n°2003-474 DC.

²⁷ F. Luchaire, « L'outre-mer devant le Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 2003, p. 1789, spéc. p. 1795.

²⁸ Décisions n°92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, *Rec.* p.55 et n°92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, *Rec.* p. 76. Loi constitutionnelle n°92-554 du 25 juin 1992, *J.O.R.F.* du 26 juin 1992, p. 8406.

²⁹ *Cf.* Conseil constitutionnel, 25 juillet 2000, *M. Hauchemaille*, *Rec.* p. 117, considérant 5 : « Considérant qu'en vertu de la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires qui lui est conférée par l'article 60 de la Constitution, il appartient au Conseil constitutionnel de statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics ».

³⁰ *Cf.* Conseil constitutionnel, 24 mars 2005, *M. Hauchemaille et M. Meyet*, *J.O.R.F.* du 31 mars 2005, p. 5834.

³¹ Considérant 7 de la décision du 24 mars 2005.

³² Sur ce point, les auteurs du commentaire de la décision aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* (n°19) laissent entendre que le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la recevabilité du moyen tendant à ce que, à l'occasion du contrôle de la légalité du décret décidant de soumettre à référendum un projet de loi autorisant la ratification d'un traité, soit examinée la constitutionnalité du traité. Tel serait, semble-t-il le sens de l'expression « en tout état de cause » figurant au septième considérant précité de la décision. La première question que posait le moyen tiré de l'inconstitutionnalité du traité étant celle de savoir si le Conseil devait se reconnaître valablement saisi, le juge aurait « fait l'économie de cette première et très délicate question en jugeant que, en tout état de cause, le traité ne méconnaît nullement l'article 5 de la Charte de l'environnement de 2004 » ; les commentateurs concluent que « sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la recevabilité du grief, c'était à tort que le requérant invoquait la méconnaissance, par le traité et le projet de loi autorisant sa ratification du principe énoncé par l'article 5 de la Charte » (commentaire disponible sur le site du Conseil constitutionnel).

³³ Souligné par nous.

³⁴ Si l'expression « contrôle à double détente » est parfois utilisée s'agissant du contrôle de la constitutionnalité des lois, c'est dans une hypothèse bien différente de celle évoquée à propos des conventions internationales puisque ce contrôle à double détente naît alors de la modification de la loi jugée inconstitutionnelle et non de la modification de la Constitution.

³⁵ Quant à la possibilité d'invoquer l'illégalité d'un décret en raison d'un changement des circonstances de droit, *cf.* Conseil d'Etat, Ass., 22 janvier 1982, *Butin et Ah Won*, arrêts précités.

³⁶ Sur ce point les professeurs Mathieu et Verpeaux mettent en parallèle la dérogation à l'autorité de la chose jugée et la dérogation à « la chose refusée de juger », *in* « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°21, janvier-juin 1999 », *L.P.A.*, 21 septembre 1999, n°188, p. 8, spéc. p. 9.

³⁷ Considérant n°4 de la décision, *Rec.* p. 19.

³⁸ Décision n°89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, *Rec.* p. 48, considérant 13. L'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel concerne tant le dispositif que les « motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même », *cf.* décision n°89-258 DC du 8 juillet 1989 précitée, considérant 12. *Cf.* antérieurement la décision n°88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, (*Rec.* p. 119), considérant 18 : « l'autorité de la chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi qui lui était

alors soumise ; qu'elle ne peut être invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue, d'ailleurs, en termes différents ».

³⁹ Décision n°85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 70.

⁴⁰ Sur ce point, cf. la décision n°2001-449 DC du 4 juillet 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Rec. p. 80.

⁴¹ De même que l'acte administratif réglementaire est un acte définitif à l'expiration du délai de recours contentieux, la loi promulguée est insusceptible de recours.

⁴² *J.O.R.F.* du 2 mars 2004, p. 4220. Les deux décisions antérieures constatant la constitutionnalité des dispositions en cause sont, d'une part, la décision n°84-177 DC du 30 août 1984, *Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française* (Rec. p. 66) et, d'autre part, la décision n°96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (Rec. p. 43).

⁴³ Décision *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, Rec. p. 84.

⁴⁴ Tel est le cas des révisions constitutionnelles tendant à permettre la ratification d'un engagement international jugé contraire à la Constitution, mais tel est le cas également de la révision du 25 novembre 1995 introduisant un article 53-1 dans la Constitution et de la révision du 8 juillet 1999 modifiant les articles 3 et 4 de la Constitution.

⁴⁵ Sur l'autorité des décisions du Conseil à l'égard des décisions constatant la conformité d'une loi à la Constitution, cf. article 62 de la Constitution : les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Cf. notamment L. Favoreu, « L'application des décisions du Conseil constitutionnel par le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits (bilan provisoire) », *R.F.D.A.*, 1987, p. 264 et « L'application des normes constitutionnelles et des décisions du Conseil constitutionnel par le juge administratif (nouveaux développements) », *R.F.D.A.*, 1989, p. 142 ; Th. Renoux, « Autorité de la chose jugée ou autorité de la Constitution ? A propos de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 835.

⁴⁶ Loi n°62-1292, *J.O.R.F.* du 7 novembre 1962, p. 10762.

⁴⁷ Cf. décision n°89-258 DC du 8 juillet 1989 précitée, considérant 13.

⁴⁸ C'est ainsi que doivent être interprétées *a contrario* les décisions n°99-410 DC et n°2004-490 DC invoquant le changement des circonstances de droit.

⁴⁹ Soit parce qu'elles sont issues d'une loi référendaire, soit parce que, contenues dans une loi ordinaire, le Conseil n'a pas été saisi.

⁵⁰ Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Rec. p. 43.

⁵¹ L'expression « inhérentes à la hiérarchie des normes » figure dans l'arrêt précité du Conseil d'Etat, *Meyet*.

⁵² Décision n°89-265 DC du 9 janvier 1990, *Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 12 : « Considérant que le principe de la souveraineté nationale ne fait nullement obstacle à ce que le législateur, statuant dans le domaine de compétence qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, modifie, complète ou abroge des dispositions législatives antérieures ; qu'il importe peu à cet égard, que les dispositions modifiées, complétées ou abrogées résultent d'une loi votée par le Parlement ou d'une loi adoptée par voie de référendum ; qu'il incombe simplement au législateur, lorsqu'il exerce son pouvoir d'abrogation de la loi, de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels ». Il faut noter d'ailleurs que les dispositions à caractère organique contenues dans la loi référendaire n°62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct ont pu être modifiées par une loi organique adoptée par le Parlement que le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution, cf. décision n°76-65 DC du 14 juin 1976, *Loi organique modifiant la loi n°62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel*, Rec. p. 28 : « considérant que ce texte, pris dans la forme exigée par l'article 6, deuxième alinéa, de la Constitution et dans le respect de la procédure prévue à l'article 46 n'est contraire à aucune disposition de la Constitution ».