

Le changement des circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Dans un article publié par la *Revue du Droit Public* en 1913, Gaston Jèze soutenait que « lorsqu'un juge a fait régulièrement une constatation avec force de vérité légale, il importe à la paix sociale que tout le monde s'incline devant cette constatation : non seulement les particuliers en cause, mais encore les tiers, autorités publiques, les tribunaux de tout ordre, les agents administratifs. Quelle atteinte au prestige des tribunaux, si un tribunal n'est pas tenu d'accepter pour la vérité légale la constatation faite par lui-même ou par un autre juge, s'il peut juger en sens contraire, s'il peut exister, avec force de vérité légale, des constatations en contradiction les unes avec les autres ! »¹. L'autorité de chose jugée attachée aux décisions de justice s'impose à l'évidence comme un « principe fondamental »², et « confère à l'acte de juger son utilité : arrêter le conflit »³.

Pour autant, ce principe ne s'applique précisément qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Si les décisions du Conseil constitutionnel sont revêtues, en vertu de l'article 62 alinéa 3 de la Constitution⁴, d'une telle qualité, ce dernier a reconnu plusieurs hypothèses dans lesquelles l'autorité de chose jugée ne peut pas être opposée. Tel est le cas lorsque la disposition législative contestée n'a pas été soumise à son examen⁵ ou n'a pas été promulguée⁶, lorsqu'une déclaration de conformité visait une autre loi⁷, ou bien lorsqu'un changement de circonstances de droit ou de fait est intervenu depuis une déclaration de conformité⁸.

¹ G. JEZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1913, pp. 437-502, spéc. pp. 439-440.

² G. JEZE, *ibid.*, p. 440.

³ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 135, Paris, 2010, p. 32.

⁴ T. RENOUX et M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, Litec, 4^e édition, 2011, pp. 676-685. Voir également deux études récentes: B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Les cahiers constitutionnels de Paris I, 2010 ; Conseil constitutionnel, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 30, 2011, pp. 13-86.

⁵ Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, rec. p. 78, cons. 84 et 85.

⁶ Décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984, *Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion*, rec. p. 48, cons. 6 à 8.

⁷ Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, rec. p. 119, cons. 16 à 18.

⁸ Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle Calédonie*, rec. p. 51, cons. 3 et 4; Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, rec. p. 84, cons. 6 ; Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, rec. p. 41, cons. 9 ; Décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*, rec. p. 36, cons. 23.

Qu'en est-il plus précisément de cette dernière réserve ?

Utilisée dans plusieurs branches du droit, la notion de changement des circonstances illustre tout d'abord la circulation entre le droit constitutionnel et les autres disciplines juridiques. En droit international, la clause « *rebus sic stantibus* » héritée du droit romain lie la force obligatoire d'un traité au maintien des conditions qui prévalaient à sa conclusion, de sorte que les parties peuvent remettre en cause son application par l'effet d'un changement fondamental de circonstances⁹. En droit administratif, le Conseil d'Etat reconnaît dès 1916 la théorie de l'imprévision en matière de contrat administratif¹⁰ avant de consacrer, en 1930¹¹, la faculté pour tout intéressé de demander l'abrogation ou la modification¹² d'un règlement, devenu illégal par un changement de circonstances de fait¹³ ou de droit¹⁴. Enfin, depuis 1999, le Conseil constitutionnel considère qu'un changement de circonstances, à l'instar d'une révision de la Constitution, peut le conduire à réexaminer des dispositions législatives, organiques ou ordinaires, « *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* »¹⁵.

Deux enseignements découlent alors de ces « *influences réciproques des contentieux* »¹⁶. D'une part, au-delà de la spécificité inhérente à chaque branche du droit, le mécanisme du changement des circonstances pourrait se définir comme une exception aux

⁹ Sur ce principe inscrit à l'article 62 de la Convention de Vienne : J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international Public*, Montchrestien, coll. « Domat Droit Public », Paris, 9^e édition, 2010, p. 147 ; D. ALLAND, *Droit International Public*, P.U.F., coll. « Droit public fondamental », Paris, 2000, p. 255 ; D. CARREAU, *Droit international*, Pedone, coll. « Etudes internationales », Paris, 10^e édition, 2009, p. 400 et s.

¹⁰ CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. 125, concl. Chardenet ; LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.), GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 15^e édition, 2007, n° 30, p. 177.

¹¹ CE, Sect., 10 janvier 1930, *Despujol*, Rec. 30 ; G.A.J.A., op.cit., n° 42, p. 254 ; J.-M. AUBY, « L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux », *R.D.P.* 1959, pp. 431-460.

¹² CE, 10 janvier 1964, *Syndicat national des cadres des bibliothèques*, Rec. 17, *R.D.P.* 1964 p. 459, concl. Questiaux.

¹³ CE, 25 janvier 1933, *Abbé coiffier*, Rec. 100, à propos d'arrêtés municipaux relatifs aux convois funèbres sur la voie publique ; CE, Ass., 10 janvier 1964, *Ministre de l'Agriculture c/ Simmonet*, Rec. 19, concl. G. Braibant, *R.D.P.* 1964, pp. 182-195, en matière économique ; CE, 26 avril 1985, *Entreprises maritimes Léon Vincent*, Rec. 126, *R.A.* 1986 p. 46, note B. Pacteau ; Et plus largement, « *dans les matières où l'administration dispose de pouvoirs étendus pour adapter son action à l'évolution des circonstances de fait* » (B. Pacteau, note précitée).

¹⁴ Par exemple, l'adoption d'une loi (CE, Sect., 10 janvier 1930, *Despujol*, Rec. 30 ; CE, 10 janvier 1964, *Syndicat national des cadres des bibliothèques*, Rec. 17 ; CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, Rec. 229) et la reconnaissance nouvelle de la portée d'un principe général du droit (CE, 22 janvier 1982, *Butin*, Rec. 27, *Ah won*, Rec. 33).

¹⁵ Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, précitée, cons. 4 ; Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, précitée, cons. 9. Voir également la décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, précitée, cons. 23. Pour une étude d'ensemble : A. ROBLOT-TROIZIER, « Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif », *R.F.D.A.*, juillet-août 2006, pp. 788-799.

¹⁶ A. ROBLOT-TROIZIER, *ibid*, p. 788.

situations juridiques légalement acquises, justifiée par des éléments suffisamment caractérisés de droit et de fait, et susceptible de mettre fin à la validité d'un acte. D'autre part, force est de constater le renforcement progressif de la valeur normative de cette notion. Reconnue de manière prétorienne puis consacrée comme principe général du droit par le Conseil d'Etat¹⁷ avant d'être insérée dans un décret¹⁸ et une loi¹⁹, la technique du changement des circonstances est dorénavant mobilisée en contentieux constitutionnel. Qui plus est, elle a été expressément institutionnalisée par le législateur organique, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. En vertu des articles 23-2 alinéa 2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009²⁰, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition législative qui « a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances »²¹. Partant, c'est désormais la circulation de cette notion au sein du droit constitutionnel qu'il convient d'analyser.

En effet, le mécanisme du changement des circonstances est revêtu de caractères propres en la matière. A la différence de celui consacré en droit administratif, il ne peut être invoqué directement auprès de l'auteur de la disposition contestée, à savoir le législateur, mais uniquement dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. En outre, ne peut être sollicitée la modification de la loi : la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel suite à un changement de circonstances aboutit soit à l'impossibilité de promulguer la loi dans le cadre du contrôle *a priori*, soit à son abrogation, dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Dans les deux cas, le changement des circonstances apparaît comme une exception au principe *non bis in idem* : il conduit le Conseil constitutionnel à réexaminer la constitutionnalité d'une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution. Pour autant, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, les modalités de ce

¹⁷ CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, Rec. 44, G.A.J.A., n° 92, pp. 646-655.

¹⁸ Article 3 du décret 28 novembre 1983 relatif aux relations entre l'Administration et les usagers (abrogé).

¹⁹ L'article 16-1 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, introduit par l'article 1^{er} de la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, dispose que « l'autorité administrative est tenue, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, d'abroger expressément tout règlement illégal ou sans objet, que cette situation existe depuis la publication du règlement ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ».

²⁰ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF du 11 décembre 2009.

²¹ Sur la notion de disposition déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel : M. DISANT, « L'identification d'une disposition n'ayant pas déjà été déclarée conforme à la Constitution », *Constitutions*, n° 4, octobre-décembre 2010, pp. 541-547 ; R. FRAISSE, « La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC », *Les nouveaux Cahiers du Constitutionnel*, n° 30, 2011, pp. 77-86.

mécanisme différent. Sur le plan procédural d'une part, ce sont à la fois les juges ordinaires et le Conseil constitutionnel qui en apprécient respectivement l'existence et le bien-fondé²². Sur le plan substantiel d'autre part, sont plus largement visés «*les changements intervenus, depuis la dernière décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée*»²³.

Absent des projets de révision de la Constitution de 1990 et 1993²⁴, le mécanisme du changement des circonstances dans le cadre du contrôle *a posteriori* des lois a suscité des réserves de la part des parlementaires²⁵ et de la doctrine²⁶ lors de son adoption, spécifiquement quant aux circonstances de fait²⁷. Il a notamment été soutenu que le recours à cette technique était susceptible de porter atteinte à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel mais aussi au pouvoir d'appréciation du législateur, au regard des pouvoirs conférés aux juges, ordinaires et constitutionnels. Il revenait dès lors à ces derniers de conjurer les risques d'instabilité juridique sans «*entraver, par avance, l'exercice du contrôle a posteriori*»²⁸, dont l'un des objectifs est précisément de purger l'ordre juridique des dispositions contraires à la Constitution²⁹. Ainsi que le souligne le Professeur Dominique Rousseau, «*le droit courrait un risque aussi grand pour son autorité, sa légitimité et sa*

²² X. MAGNON, *La question prioritaire de constitutionnalité, pratique et contentieux*, Litec, Paris, 2010, p. 232.

²³ Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, rec. p. 206, cons. 13. Dans le contrôle *a priori* des lois, seule l'hypothèse d'une révision de la Constitution (décisions n° 99-410 DC et n° 2004-490 DC, *précitées*), mêlée à une circonstance de fait (décision n° 2008-573 DC, *précitée*) a été reconnue par le Conseil constitutionnel comme constitutive d'un changement de circonstances.

²⁴ G. VEDEL, *Rapport remis au Président de la République par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution*, J.O.R.F., 16 février 1993, p. 2537.

²⁵ H. PORTELLI, *Rapport n° 637 du Sénat, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale, sur le projet de loi organique relatif à l'article 61-1 de la Constitution*, 29 septembre 2009, spéc. pp. 42-43.

²⁶ B. MATHIEU, audition du 23 juin 2009 devant la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, in *Rapport n° 1898 de P. Wachsmann fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, p. 104 et s. ; B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité. Les améliorations apportées par l'Assemblée nationale au projet de loi organique », *La semaine juridique, édition générale*, n° 40, 28 septembre 2009, p. 11, spéc. p. 13 ; N. MOLFESSIS, audition du 23 juin 2009 devant la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, in *Rapport n° 1898 de P. Wachsmann, précité*, p. 137, spéc. p. 138 ; J.-M. SAUVE, « L'appréciation des conditions de recevabilité », *La semaine juridique, édition générale*, supplément au n° 48, 29 novembre 2010, p. 13, spéc. p. 14.

²⁷ Amendement n° 13 relatif à l'article 1^{er} alinéa 12 du projet de Loi organique déposé par le député Jean-Jacques URVOAS le 10 septembre 2009, visant à ne retenir que l'hypothèse d'un changement de circonstances de droit (rejeté).

²⁸ B. GENEVOIS, « L'enrichissement des techniques de contrôle », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, hors série, 2009, pp. 36-45, spéc. p. 45 ; Voir aussi O. SCHRAMECK, « L'exception d'inconstitutionnalité », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Les lois organiques et la mise en œuvre de la révision constitutionnelle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2009, p. 92, spéc. p. 93.

²⁹ Rapport n° 1898 de P. Wachsmann, *précité*, p. 8.

crédibilité, s'il était interdit de demander l'abrogation d'une loi déjà contrôlée » et devenue inconstitutionnelle sous l'effet d'un changement de circonstances³⁰. En somme, il s'agit de concilier deux intérêts en présence: « *l'intérêt social de ne pas recommencer les procès et de maintenir la constatation faite par le juge ; l'intérêt social de ne pas maintenir une iniquité* »³¹.

Dès lors, de quelle manière le mécanisme du changement des circonstances a-t-il été invoqué par les justiciables et interprété par les différentes juridictions ? Dans quelle mesure a-t-il engendré des mutations dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois et dans l'office du Conseil constitutionnel ?

Si, à bien des égards, l'appréciation du changement des circonstances retenue par les juges ordinaires et le Conseil constitutionnel atteste de la continuité de la jurisprudence constitutionnelle (I), force est de constater que le recours à cette technique s'avère être un instrument précieux de renouvellement du contrôle de constitutionnalité et d'articulation des contrôles *a priori* et *a posteriori* (II).

³⁰ D. ROUSSEAU, « La prise en compte du changement de circonstances », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Les cahiers constitutionnels de Paris I, 2010, pp. 99-105, spéc. p. 103.

³¹ G. JEZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », op. cit., p. 441.

I – L’appréciation du changement des circonstances, figure de continuité de la jurisprudence constitutionnelle

Au terme de la première année d’application de la question prioritaire de constitutionnalité, la réserve du changement de circonstances a été expressément examinée à dix reprises par le Conseil constitutionnel³². Reconnue deux fois³³, dont l’une ayant conduit à l’inconstitutionnalité de la disposition législative contestée³⁴, celle-ci a été principalement invoquée en matière pénale et fiscale, et dans une moindre mesure, dans le domaine électoral et social³⁵. Son appréciation par les juges du fond et le Conseil constitutionnel témoigne de la continuité de la jurisprudence constitutionnelle, tant ils sont restés fidèles à la « chose interprétée » par le Conseil constitutionnel (A) et à sa stricte compétence d’attribution (B).

A. La prise en compte de la « chose interprétée » par le Conseil constitutionnel

Notion controversée³⁶, l’« autorité de la chose interprétée » a trait à « *la valeur juridique et la portée de l’interprétation énoncée par le Conseil constitutionnel dans ses décisions* »³⁷. Elle conduit à s’interroger sur le statut normatif de sa jurisprudence, « *en déterminant si l’interprétation de la Constitution et de la loi s’impose aux autorités publiques et aux autres juridictions* »³⁸. Sans trancher le débat sur les différentes conceptions de l’autorité de la chose

³² Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *Daniel W. et autres* ; Décision n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Epoux P.* ; Décision n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *Mr Bulent A et autres* ; Décision n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010, *Epoux M.* ; Décision n° 2010-104 QPC du 17 mars 2010, *Epoux B.* ; Décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, *M. Ismaël* ; Décision n° 2011-117 QPC du 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H.* ; Décision n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, *Mr Abderrahmane* ; Décision n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011, *Départements de la Seine St Denis et autres* ; Décision n° 2011-143 QPC du 30 juin 2011, *Départements de la Seine St Denis et de l’Hérault*.

³³ Décision n° 2010-14/22 QPC, *précitée* ; Décision n° 2011-125 QPC, *précitée*.

³⁴ Décision n° 2010-14/22 QPC, *précitée*.

³⁵ B. MATHIEU, « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan », *Pouvoirs* n° 137, 2011, pp. 57-71.

³⁶ A. VIALA, « De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l’autorité de la chose interprétée », *R.D.P.* 2001, pp. 777-809 ; R. de GOUTTES, conclusions sous CASS., Ass. Plén., 10 octobre 2001, *R.F.D.C.* 2002, n° 49, p. 68 ; O. JOUANJAN et P. WACHSMANN, « La Cour de Cassation, le Conseil constitutionnel et le statut pénal du chef de l’Etat », *R.F.D.A.* 2001, p. 1169 ; B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de l’« autorité de la chose interprétée » par le Conseil constitutionnel. A propos de la question des quotas par sexe dans les jurys de concours de la fonction publique », *D.* 2003, n° 23, Chron. 1507 ; O. DESAULNAY, « L’autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de Cassation », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 30, 2011, pp. 31-48. Pour une étude complète sur le sujet : M. DISANT, *L’autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, op. cit., 2010 ; M. DISANT, « Quelle autorité pour la « chose interprétée » par le Conseil constitutionnel ? De la persuasion à la direction », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L’autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., 2010, pp. 58-81.

³⁷ M. DISANT, « L’autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel. Permanence et actualité(s) », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, 2010, pp. 197-201, spéc. p. 197.

³⁸ *Ibid.*

interprétée par le Conseil constitutionnel³⁹, cette notion peut se définir, selon Mathieu Disant, comme « *la qualité juridique attachée à l'interprétation normative du Conseil constitutionnel* »⁴⁰. Dès lors, dans quelle mesure la chose interprétée par les Sages a-t-elle été respectée par les juges ordinaires et le Conseil constitutionnel lui-même lors de l'appréciation d'un changement de circonstances ?

Si une appréciation divergente de la notion de *circonstances* de droit est apparue (1), une interprétation relativement convergente de la notion de *changement* des circonstances ressort de la jurisprudence (2). Surtout, le Conseil constitutionnel a conforté sa qualité d'« *interprète privilégié de la Constitution* »⁴¹ et de la loi lors de l'examen de ce mécanisme.

1. L'appréciation divergente de la notion de *circonstances* de droit

Difficilement saisissable, la notion de circonstances de droit a été définie en droit administratif par Jean-Marie Auby, comme englobant « *les différentes règles de droit, actes particuliers ou situations juridiques, avec lesquels l'acte considéré comporte un lien* »⁴².

S'est alors posée la question de savoir si des modifications de la norme elle-même, depuis la décision de conformité, étaient susceptibles de constituer un changement de circonstances. Le Conseil d'Etat l'a estimée à deux reprises⁴³, le Conseil constitutionnel, en revanche, l'a exclue. En effet, le Conseil constitutionnel considère que la norme -objet du contrôle- a changé de rédaction et peut donc faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sans qu'il ne soit nécessaire de constater un changement de circonstances⁴⁴. Il en est de même des modifications législatives de la norme, ultérieures à la décision de conformité, qui n'en affectent pas son principe. Celle-ci, même modifiée, conserve un objet analogue. Le Conseil

³⁹ Pour un recensement des positions doctrinales pour et contre la reconnaissance dans le système juridique français de l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, voir M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, op. cit., 2010 ; R. PONSARD, « Questions de principe sur l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel : normativité et pragmatisme », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., 2010, pp. 29-55, spéc. pp. 45-46.

⁴⁰ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, op. cit., 2010, p. 754.

⁴¹ M. DISANT, « L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel. Permanence et actualité(s) », op.cit., p. 200.

⁴² J.-M. AUBY, « L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux », *R.D.P.* 1959, pp. 431-460, spéc. p. 446.

⁴³ CE, décision de renvoi du 28 janvier 2011, n° 338199 ; CE, décision de renvoi du 9 juillet 2010, n° 339081. Toutefois, dans la décision de renvoi du 9 juin 2010 (n° 338028) relative à l'affaire *Epoux P.*, le Conseil d'Etat a estimé que la condition relative au changement de circonstances n'avait pas à être remplie puisque la disposition de loi avait été effectivement modifiée depuis la décision du Conseil constitutionnel.

⁴⁴ Décision n°2010-19/27 du 30 juillet 2010, *précitée*, cons. 4-10 ; Décision n°2011-117 QPC du 8 avril 2011, *précitée*, cons. 7 et 8.

constitutionnel considère de la sorte que ces modifications législatives « *ne constituent pas un changement des circonstances au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958* »⁴⁵.

En conséquence, le Conseil constitutionnel apprécie les circonstances de droit conformément à sa conception matérielle de l'autorité de chose jugée⁴⁶ et confirme par la même, son rôle *d'interprète privilégié de la loi*.

2. L'appréciation convergente de la notion de *changement* de circonstances

Dans la décision du 3 décembre 2009, cette notion est définie comme les « *changements intervenus, depuis la dernière décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée* »⁴⁷. Deux exigences semblent en découler : une exigence matérielle, relative à l'incidence des circonstances sur la disposition législative (a) et une exigence temporelle, inhérente au temps écoulé entre la déclaration de conformité d'une loi et son réexamen (b). Si le Conseil d'Etat a relativement pris en compte la « chose interprétée » par le Conseil constitutionnel, il apparaît que ce dernier demeure le seul à décider, *in fine*, si le changement de circonstances invoqué est suffisamment caractérisé au regard de ses décisions de conformité antérieures.

a) *Un critère matériel déterminant*

D'une part, le changement de circonstances doit affecter de manière substantielle la disposition législative contestée. Il semble correspondre à « *un changement radical de la législation que ne pouvait pas prévoir le Conseil constitutionnel lorsqu'il s'est prononcé pour la première fois* »⁴⁸. A défaut, le réexamen de la disposition législative ne se justifie pas. Ainsi, le Conseil d'Etat a décidé de ne pas renvoyer une question prioritaire de

⁴⁵ Décision n° 2010-44 QPC, *Epoux M.*, précitée, cons. 9 : « *Si la loi du 15 novembre 1999 a modifié l'article 885 A du même code pour soumettre les partenaires liés par un pacte civil de solidarité à une imposition commune de l'impôt de solidarité sur la fortune à l'instar de couples et des concubins notoires, cette modification ne constitue pas un changement de circonstances au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée ; qu'ainsi, en l'absence de changement des circonstances depuis cette décision, en matière d'imposition des concubins notoires à l'impôt de solidarité sur la fortune, il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de procéder à un nouvel examen du second alinéa de l'article 885 E* ».

⁴⁶ Décision n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, rec. 48, cons. 13 ; Décision n° 2005-202 L du 17 novembre 2005, *Nature juridique des dispositions du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, Rec. 151, cons. 2.

⁴⁷ Décision n° 2009-595 DC, précitée, cons. 13.

⁴⁸ G.DRAGO, « La condition de non-déclaration de constitutionnalité », *La semaine juridique, édition générale*, supplément au n° 48, 29 novembre 2010, pp. 18-21, spéc. p. 20.

constitutionnalité au Conseil constitutionnel lorsque la révision constitutionnelle invoquée n'avait aucune incidence sur la loi contestée⁴⁹. De même, dans la décision QPC *Epoux B.*, le Conseil constitutionnel a considéré que le principe d'individualisation des peines, expressément consacré en 2005⁵⁰, était déjà pris en compte dans les normes constitutionnelles de référence lors de sa décision de conformité antérieure⁵¹. Autrement dit, la seule précision selon laquelle ce principe découle de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ne constitue pas, contrairement à ce qu'avait préalablement estimé le Conseil d'Etat⁵², un changement de circonstances⁵³. Ce faisant, le Conseil constitutionnel confirme ici sa qualité *d'interprète privilégié de la Constitution*.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat considèrent que ne constitue pas un changement de circonstances l'interprétation d'une disposition législative retenue par un juge lorsque cette jurisprudence n'est pas suffisamment caractérisée⁵⁴. Le Conseil constitutionnel considère en effet que la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle confère à une disposition « *doit avoir satisfait à l'épuisement des voies de recours pour être suffisamment constante* »⁵⁵ et être qualifiée de changement de circonstances, de nature à « déroger » à l'interprétation de la loi retenue par celui-ci. Dans une décision du 8 avril 2011, le Conseil constitutionnel a de la sorte estimé que la jurisprudence de la Cour Nationale du Droit d'Asile relative aux articles L. 551-1 et suivants du Code de l'Entrée et du Séjour des Etrangers et du Droit d'Asile ne constituait pas un changement de circonstances, dans la mesure où elle n'avait pas été soumise au Conseil d'Etat et ainsi

⁴⁹ CE, décisions du 20 avril 2011, pourvois n° 346460 et n° 346205. Les requérants invoquaient l'article 72-2 de la Constitution issu de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, pour justifier le réexamen de l'article L. 232-21 du Code de l'action sociale et des familles issu de la loi n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001 relatif à l'allocation personnalisée d'autonomie, déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001. Le Conseil d'Etat a considéré que « *ces nouvelles dispositions constitutionnelles, eu égard à leur objet, ne sont applicables qu'aux lois postérieures à leur date d'entrée en vigueur* ». Le pourvoi n° 346205 a été transmis au Conseil constitutionnel sur un autre fondement et ce dernier a confirmé la position du Conseil d'Etat quant à l'absence de changement de circonstances de droit en l'espèce: Décision n° 2011-143 QPC du 30 juin 2011, *précitée*, cons. 8.

⁵⁰ Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. Rec. p. 118.

⁵¹ Dans le commentaire aux Cahiers, le Conseil constitutionnel précise que le principe d'individualisation des peines, « *qui découle implicitement mais nécessairement du principe de nécessité des peines* », a été utilisé dans plusieurs décisions : décision n° 78-97 DC du 27 juillet 1978, *Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises*, cons. 4; décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 15 et 16; décision n° 99-410 DC, *précitée*, cons. 41.

⁵² CE, décision de renvoi du 17 décembre 2010, n° 331113.

⁵³ Décision n° 2010-104 QPC, *Epoux B.*, *précitée*, cons. 4.

⁵⁴ Décision n° 2011-120 QPC, *précitée* ; CE, décision du 16 juin 2010, n° 340250.

⁵⁵ Commentaire aux cahiers du Conseil constitutionnel, sous la décision n° 2011-120 QPC, *précitée*.

confirmée par « sa Cour Suprême »⁵⁶, contrairement à ce qu'avait estimé préalablement la Cour de Cassation⁵⁷. Cette position se distingue ainsi de celle retenue par la Cour constitutionnelle italienne qui, dans le cadre de son contrôle, prend en compte le droit vivant issu de l'interprétation d'une loi par un tribunal, sans que cette dernière n'ait nécessairement reçue confirmation par sa Cour suprême⁵⁸.

Enfin, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont fait une appréciation stricte du changement des circonstances de fait, qui doit revêtir une certaine importance pour être recevable. Dans la décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel recense minutieusement quatre évolutions, inhérentes à la pratique judiciaire et pénale française et basées sur des données objectives, pour constater un changement de circonstances de fait depuis la décision de conformité antérieure⁵⁹. Quant au Conseil d'Etat, il s'attache également à examiner si un tel changement est suffisamment caractérisé, avant de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel⁶⁰. L'appréciation de cette notion par les juges est d'autant plus stricte et restreinte que c'est précisément dans ce cas de figure que résidait la principale critique à l'encontre de ce mécanisme. A ce jour, il semble cependant que la crainte de déclarations de recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la simple base d'une « *évolution de l'opinion* »⁶¹ ait été dissipée, le changement de circonstances de fait n'ayant été reconnu qu'une seule fois⁶².

D'autre part, un lien matériel entre le changement invoqué et la disposition législative contestée semble exigé au regard de la décision du 3 décembre 2009⁶³. Le Conseil constitutionnel considère à cet égard qu'« en l'absence de changement de circonstances,

⁵⁶ Décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, *précitée*, cons. 9.

⁵⁷ Cour de Cassation, 1^{er} chambre civile, 9 février 2011, arrêt de renvoi n° 188.

⁵⁸ Pour la Cour, c'est le « *degré de consensus autour d'une interprétation jurisprudentielle de la loi* » qui est déterminant: T. DI MANNO, « Réserves d'interprétation et « droit vivant » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, PUAM, coll. « Droit public positif », 1998, pp. 27-54, spéc. p. 32.

⁵⁹ Décision n° 2010-14/22 QPC, *précitée*, cons. 15 à 18.

⁶⁰ CE, 20 avril 2011, pourvoi n° 346204 relatif à l'article 4 de la loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, déclaré conforme à la Constitution dans la décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, et à l'article 59 de la loi n° 2003-1311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004, déclaré conforme à la Constitution dans la décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003. Le changement de circonstances de fait relevé par le Conseil d'Etat en l'espèce, relatif à « *l'évolution défavorable des charges exposées depuis la date de ce transfert par les départements au titre de l'allocation de revenu minimum d'insertion, amplifiée par une dynamique moindre de ressources disponibles pour en assurer le financement* », n'a toutefois pas été retenu par le Conseil constitutionnel : Décision n° 2011-142/145 QPC, *précitée*, cons. 17 et 18.

⁶¹ A.-M. Le POURHIET, in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., spéc. p. 110.

⁶² Décision n° 2010-14/22 QPC, *précitée*.

⁶³ Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, rec. p. 206, cons. 13, *précitée*.

depuis la décision du 2 mars 2004 susvisée, *en matière de lutte contre la délinquance et la criminalité organisées*⁶⁴, ou bien depuis la décision de conformité antérieure, « *en matière d'imposition des concubins notoires à l'impôt de solidarité sur la fortune* »⁶⁵, il n'y a pas lieu de réexaminer la disposition contestée. De même, dans la décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a examiné l'évolution des dispositions législatives de droit pénal et de procédure pénale inhérentes à la garde à vue, pour constater le changement de circonstances⁶⁶.

b) Un critère temporel discutable

Si, dans la décision du 3 décembre 2009, le Conseil constitutionnel exige des « *changements intervenus, depuis la dernière décision* », la commission des lois du Sénat a précisé que « *le changement de circonstances ne semble admissible que plusieurs décennies après l'adoption de la disposition législative litigieuse* »⁶⁷. Dans la décision n°2010-14/22 QPC, le Conseil constitutionnel a retenu l'existence d'un changement de circonstances de droit et de fait dans le cadre des gardes à vue de droit commun alors qu'il en a rejeté le bien-fondé dans le cadre des gardes à vue dérogatoires⁶⁸. Or, seul un des changements de circonstances sur les trois retenus par le Conseil, ne se vérifiait pas dans le second cas⁶⁹. Partant, c'est bien la date de la déclaration de conformité qui rentre en ligne de compte dans l'appréciation du changement de circonstances. Dans le cadre de la garde à vue de droit commun, la décision de conformité antérieure était intervenue en 1993 alors que pour le régime dérogatoire de garde à vue, elle datait de 2004⁷⁰.

Dès lors, un angle mort apparaît. Lors d'une déclaration de conformité rendue dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel prend-il en compte le corpus juridique et factuel de la disposition législative contestée, comme il le fait dans le cadre du contrôle *a posteriori*, pour en apprécier la constitutionnalité ? Au regard de la décision du 2 mars 2004,

⁶⁴ Décision n° 2010-31 QPC, *précitée*, cons. 4 (souligné par nous).

⁶⁵ Décision n° 2010-44 QPC, *précitée*, cons. 9 (souligné par nous).

⁶⁶ Décision n° 2010-14/22 QPC, *précitée*, cons. 17-18.

⁶⁷ H. PORTELLI, *Rapport n° 637 du Sénat, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale, sur le projet de loi organique relatif à l'article 61-1 de la Constitution*, 29 septembre 2009, spéc. pp. 42-43.

⁶⁸ Décision n° 14/22 QPC, *précitée*, cons. 13. Sur ce point : N. CATELAN, « La constitutionnalité à géométrie variable des régimes de garde à vue », *R.F.D.C.*, n° 85, 2011, pp. 99-110.

⁶⁹ En matière criminelle et de terrorisme, l'ouverture d'une information judiciaire est systématique, de sorte que le changement de circonstances relatif à l'augmentation de la proportion d'enquêtes préliminaires par rapport aux informations judiciaires ne pouvait être retenu. Sur ce point, E. DAOUD, « Garde à vue : faites entrer l'avocat ! », *Constitutions. Revue du droit constitutionnel appliqué*, n° 4, octobre-décembre 2010, pp. 571-585, spéc. p. 582; P. CASSIA, « Les gardes à vue « particulières » ne sont plus conformes à la Constitution », *Recueil Dalloz*, 9 septembre 2010, n°30, pp. 1949-1950.

⁷⁰ Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, rec. p. 66.

il est permis d'en douter. Il en résulterait une carence dans le contrôle de constitutionnalité, dans la mesure où les gardes à vue « particulières » ne semblent pas avoir été contrôlées au regard de telles évolutions dans le cadre du contrôle *a priori*. Elles ne peuvent donc pas, sauf nouveau changement de circonstances non visé dans la décision du 30 juillet 2010, être à nouveau contrôlées dans le cadre *a posteriori*. Cependant, même dans cette hypothèse, le doute est encore de mise. En effet, dans la décision du 22 septembre 2010⁷¹, le Conseil devait se prononcer sur l'hypothèse d'un changement de circonstances intervenu depuis la décision du 2 mars 2004, en matière de gardes à vue dérogatoires au droit commun. Ce dernier conclut, dans la même veine que la décision du 30 juillet 2010, à un non-lieu à statuer, alors même qu'un nouveau principe constitutionnel a été découvert dans cette décision, relatif à l'assistance effective de l'avocat⁷². Ce changement de circonstances de droit aurait pu permettre de réexaminer la constitutionnalité du régime dérogatoire de garde à vue. Les normes de référence du contrôle ayant changé, la décision du 2 mars 2004 était privée d'identité de cause. Il n'en a pourtant pas été ainsi et seul un critère temporel peut justifier cette position, au regard de la proximité de la décision n° 2010-14/22 QPC avec celle du 22 septembre 2010.

L'étude des décisions relatives au mécanisme du changement des circonstances démontre que le Conseil constitutionnel conserve la mainmise sur la deuxième condition de recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité, afin d'assurer la cohérence de sa jurisprudence. Celle-ci est d'autant plus assurée que, tant les juges ordinaires que le Conseil constitutionnel ont respecté l'office de ce dernier.

B. Le respect de l'office du Conseil constitutionnel

L'appréciation du changement des circonstances par les juges pouvait engendrer une transformation de l'office du Conseil constitutionnel, de juge de la loi vers celui de « *juge de l'application de la loi* »⁷³. Le risque était tangible. En effet, même si sur le plan théorique, la distinction entre l'examen de l'application de la loi (exclu) et l'examen de la loi à l'occasion de son application (retenu), « *est très claire, elle l'est moins sur le plan pratique* »⁷⁴. Il semble pour autant qu'un tel risque ait été conjuré. Tant les juges ordinaires que le Conseil

⁷¹ Décision n° 2010-31 QPC, *précitée*.

⁷² Décision n° 14/22 QPC, *précitée*, cons. 28.

⁷³ B. MATHIEU, audition du 23 juin 2009, in *rapport n° 1898 de P. Wachsmann, précité*, p. 104 et s. ; B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *op.cit.*, spéc. p. 60.

⁷⁴ B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *op.cit.*, spéc. p. 60.

constitutionnel ont respecté la stricte compétence d'attribution de ce dernier (1). Il en est de même au regard de ses rapports avec le Parlement, dont le pouvoir d'appréciation n'a pas été mis en cause (2).

1. Le Conseil constitutionnel, juge de la loi

Dans le cadre *a priori*, le Conseil constitutionnel considère de manière constante que son contrôle de la loi demeure objectif et qu'une éventuelle application inconstitutionnelle de la loi ne l'entache pas d'inconstitutionnalité⁷⁵. Le même raisonnement a été retenu dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Dans la décision du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue, il a rappelé, à propos du grief tiré de l'atteinte à la dignité de la personne, que « *la méconnaissance éventuelle de cette exigence dans l'application des dispositions législatives précitées n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité* »⁷⁶. Par ailleurs, si les circonstances liées à l'application de la loi sont exclues, il en est de même des circonstances propres au cas d'espèce. Seuls « *les changements de portée générale* »⁷⁷ qui affectent les dispositions législatives contestées sont par conséquent retenus. Autrement dit, ce n'est pas « *la manière dont ces textes sont aujourd'hui appliqués* »⁷⁸, mais bien l'incidence objective des circonstances de droit et de fait inhérentes à la disposition législative qui est examinée et qui révèle sa conformité à la Constitution.

Qui plus est, l'office du Conseil constitutionnel comme juge de la loi a été respecté par le Conseil d'Etat. Ce dernier a en effet précisé la délimitation de leurs compétences respectives. Dans un arrêt du 21 mars 2011 relatif au droit d'asile, il considère que « *la circonstance qu'il existe actuellement un risque que certaines demandes ne soient pas traitées dans l'un des pays de l'Union européenne dans des conditions propres à garantir le droit d'asile et le droit de toute personne à ne pas subir des traitements inhumains et dégradants ne constitue pas, à elle seule, tant au regard de l'évolution de cette situation à la date de la présente que des*

⁷⁵ Décision n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, *Loi relative à la modernisation du secteur public*, Rec. p. 49, cons. 85.

⁷⁶ Décision n° 2010-14/22 QPC *précitée*, cons. 20. Sur ce point : E. DAOUD, « Garde à vue : faites entrer l'avocat ! », op. cit., spéc. p. 580 : « *Si la pratique de la garde à vue peut, in concreto, se révéler attentatoire à la dignité humaine, cela procède alors d'agissements ne résultant pas de la loi et échappant par définition au contrôle de constitutionnalité* ».

⁷⁷ Commentaires aux Cahiers sous la décision n° 2009-595 DC, *précitée*, p. 7.

⁷⁸ P. PUIG, « Le changement de circonstances, source d'inconstitutionnalité », *R.T.D.C.* juillet/septembre 2010, pp. 513-517, spéc. p. 514.

recours juridictionnels dont disposent les demandeurs d'asile pour faire valoir ce risque »⁷⁹, un changement de circonstances.

Ce faisant, la compétence d'attribution du Conseil constitutionnel n'a pas été outrepassée, d'autant plus que ce dernier n'a pas porté atteinte au pouvoir d'appréciation du législateur.

2. Le Conseil constitutionnel, cantonné à un rôle d' « aiguilleur »

En appréciant un changement de circonstances, notamment de fait, susceptible de justifier le réexamen d'une disposition législative, les juges ordinaires et le Conseil constitutionnel semblent disposer « *d'un pouvoir considérable, puisqu'il leur est demandé d'apprécier l'adéquation d'une loi à son époque et de la juger contraire à la Constitution si elle ne trouve plus de justification dans les données de fait qui l'avaient initialement fondée* »⁸⁰. La théorie du changement de circonstances peut alors être considérée comme contraire « *au principe de la démocratie électorale* »⁸¹, selon lequel il revient au législateur d'adapter le droit à la réalité⁸².

Toutefois, force est là aussi de constater la continuité de la jurisprudence constitutionnelle. Les Sages considèrent en effet de manière constante qu'en vertu de l'article 61 de la Constitution, le Conseil « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement* »⁸³. Certes, dans la décision du 30 juillet 2010, l'étau de constitutionnalité semble se resserrer, puisque le Conseil constitutionnel attire l'attention du législateur sur le fait que la garde à vue n'est plus conforme à la Constitution, compte tenu d'un certain nombre de circonstances de fait et de droit. Pour autant, il ne substitue pas son appréciation à celle du législateur. Il considère « *qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédures pénales qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée* »⁸⁴.

Dès lors, conformément à la signification de la justice constitutionnelle précisée par Charles Eisenmann et le doyen Vedel, le juge constitutionnel demeure cantonné à un rôle d' « *aiguilleur* » : il se borne à diriger le législateur « *sur la bonne voie* » pour réaliser une

⁷⁹ CE, décision du 21 mars 2011, pourvoi n° 346164.

⁸⁰ D. ROUSSEAU, G. VEDEL, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », Paris, 9 édition, 2010, p.248.

⁸¹ Ibid, pp. 248-249.

⁸² B. MATHIEU, in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., spéc. pp. 107-108.

⁸³ Décision n° 2010-14/22 QPC, précitée, cons. 30.

⁸⁴ Décision n° 2010-14/22 QPC, précitée, cons. 30.

réforme⁸⁵. En ce sens, le Conseil constitutionnel ne « glisse » pas dans l'ingérence dont la Cour Suprême du Canada a pu parfois être accusée, lorsqu'elle sanctionne toute mesure qui ne porterait pas le moins possible atteinte à un droit fondamental et exige du législateur de prendre la mesure la moins attentatoire pour atteindre l'objectif recherché⁸⁶.

A l'issue de la première année d'application de la question prioritaire de constitutionnalité, les risques évoqués quant à l'appréciation du changement des circonstances semblent avoir été évités. D'une part, ce mécanisme a donné lieu à une utilisation relativement modérée et n'a pas abouti à un réexamen permanent de la constitutionnalité des lois. D'autre part, les juges ont pris en compte la « chose interprétée » par le Conseil constitutionnel, tout en respectant son office : il n'y a donc pas eu de rupture nette dans la jurisprudence constitutionnelle.

Pour autant, la prise en compte d'un nombre croissant d'hypothèses de changement de circonstances, qui n'avaient jusqu'à présent pas été reconnues dans le cadre du contrôle *a priori*, ne conduit-elle pas à un renouvellement du contrôle de constitutionnalité des lois ? Une réponse positive semble s'imposer.

⁸⁵ G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n°13, 3^e édition, 1991, p. 211. Sur le rôle d'aiguilleur du juge constitutionnel, voir : L. FAVOREU, « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle », in P. Amselek (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, 1986, pp. 85-101, spéc. p. 99.

⁸⁶ Sur ce point : L. B. TREMBLAY et G. C. N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. OAKES*, Les éditions Thémis, 2009.

II – Le recours au changement des circonstances, instrument de renouvellement du contrôle de constitutionnalité

Dans le cadre du contrôle *a priori* des normes, le Conseil constitutionnel peut réexaminer une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution dans deux hypothèses⁸⁷ : d'une part, lorsque *les normes de référence du contrôle* sont modifiées, ce qui prive de *l'identité de cause* la décision de conformité antérieure⁸⁸ et d'autre part, lorsqu'une loi nouvelle *modifie, complète ou affecte la disposition législative elle-même*, ce qui prive de *l'identité d'objet* la décision antérieure⁸⁹. La réserve du changement de circonstances dans le cadre du contrôle *a posteriori* semble alors introduire une troisième hypothèse, qui s'intercale entre les deux précédentes et permet de compléter utilement le contrôle exercé dans le cadre *a priori*.

En effet, conformément à la décision du 3 décembre 2009, ce mécanisme inclut non seulement les modifications relatives aux normes constitutionnelles de référence, mais aussi celles inhérentes au corpus juridique et factuel dans lequel s'insère la disposition législative⁹⁰, qui n'est pas, en elle-même, modifiée⁹¹. Il y a donc une extension des moyens d'ouverture du contrôle de constitutionnalité des lois (A), qui conduit à s'interroger sur le renouvellement de ses modalités d'exercice (B).

A. L'extension des moyens d'ouverture du contrôle de constitutionnalité

Dans le cadre du contrôle *a priori*, seule l'hypothèse d'une révision de la Constitution a été retenue par le Conseil constitutionnel pour justifier le réexamen de dispositions législatives dont la constitutionnalité avait déjà été constatée⁹². Dans le cadre du contrôle *a*

⁸⁷ Sur la distinction de ces deux jurisprudences: A. ROBLOT-TROIZIER, « Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif », op. cit., p. 789.

⁸⁸ Décision n° 99-410 DC, *précitée* ; Décision n° 2004-490 DC, *précitée* ; Décision n° 2008-573 DC, *précitée*.

⁸⁹ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie et dépendances*, rec. p. 43, cons. 10.

⁹⁰ Décision n° 2009-595 DC, *précitée*, cons. 13. Sur ce point, J. ROUX, « La question prioritaire de constitutionnalité à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 », *R.D.P.*, 2010, n°1, pp. 233-259, spéc. pp. 249-250.

⁹¹ Cf I, A, 1 : Les modifications de la norme elle-même ne sont pas considérées par le Conseil constitutionnel comme un changement de circonstances au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

⁹² D'autres hypothèses sont envisageables, telles que l'entrée en vigueur d'un engagement international visé par la Constitution. A. ROBLOT-TROIZIER, « Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif », op. cit., p. 789.

posteriori, il convient de relever à la fois une extension des hypothèses de modification des normes constitutionnelles de référence (1) et l'admission de changements relatifs au corpus juridique et factuel inhérent à la norme contrôlée (2).

1. Les modifications des normes constitutionnelles de référence du contrôle

D'une part, le changement de circonstances issu d'une révision de la Constitution constitue une hypothèse commune au contrôle *a priori* et *a posteriori*, permettant le réexamen d'une disposition législative. Reconnue à quatre reprises dans le cadre du contrôle *a priori*⁹³, une révision de la Constitution a justifié le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel dans un arrêt du Conseil d'Etat du 8 octobre 2010. Ce dernier a en effet considéré que la loi constitutionnelle du 23 février 2007 relative à l'interdiction de la peine de mort constituait un changement de circonstances de droit, justifiant le réexamen de l'article L. 712-2 du Code de l'Entrée et du Séjour des Etrangers et du Droit d'Asile inhérent à la protection subsidiaire, déclaré conforme à la Constitution en 2003⁹⁴.

D'autre part, la découverte d'un nouveau principe constitutionnel par les Sages peut être qualifié, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, de changement dans les normes de référence du contrôle. Dans la décision n° 2011-125 QPC⁹⁵, le Conseil constitutionnel considère que le droit à une assistance effective d'un avocat, dégagé dans la décision *garde à vue*, constitue un changement de circonstances de droit permettant le réexamen de la disposition législative, à savoir l'article 393 du Code de Procédure pénale relative au déferrement d'une personne auprès du Parquet⁹⁶.

⁹³ Décision n° 99-410 DC, *précitée* ; décision n°2000-429 DC, *précitée* ; décision n° 2004-490 DC, *précitée* ; décision n° 2008-573 DC, *précitée*.

⁹⁴ CE, 8 octobre 2010, pourvoi n° 338505, *Daoudi*. La question soulevée était la suivante : « L'article L. 712-2, qui exclut les personnes visées du bénéfice de la protection subsidiaire, les expose à des risques de condamnation à la peine de mort à l'étranger et de ce fait, méconnaissent le principe selon lequel nul ne peut être condamné à la peine mort énoncé par l'article 66-1 de la Constitution, dont le Conseil constitutionnel n'a pas fait application à ce jour ». Le Conseil constitutionnel a examiné cette disposition mais a décidé d'un non-lieu à statuer sur un autre fondement : Décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *Daoudi*. Sur cette décision, G. EVEILLARD, « Abrogation implicite ou inconstitutionnalité de la loi ? les vicissitudes de l'abrogation implicite de la loi par une disposition constitutionnelle postérieure, entre postériorité et supériorité », *R.F.D.A.*, mars-avril 2011, pp. 353-366.

⁹⁵ Décision n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, *précitée*, cons. 11.

⁹⁶ Le Conseil ne conclut pourtant pas, en l'espèce, à l'inconstitutionnalité de la disposition législative. La reconnaissance d'un changement de circonstances n'engendrerait donc pas, *ipso facto*, une déclaration d'inconstitutionnalité. Contra : P. PUIG, « Le changement de circonstances, source d'inconstitutionnalité », *R.T.D.C.* juillet/septembre 2010, pp. 513-517, spéc. 514.

A ces modifications des normes de référence du contrôle, s'ajoutent des changements de circonstances de droit ou de fait qui affectent la portée de la disposition législative contestée.

2. Les modifications du corpus juridique et factuel inhérent à la norme contrôlée

La spécificité du mécanisme du changement de circonstances dans le cadre du contrôle *a posteriori* des lois réside précisément dans ce second cas. Alors que dans le cadre du contrôle *a priori*, seules des hypothèses ayant trait à *l'identité de cause* de la décision de conformité antérieure ont été retenues, des changements liés au corpus juridique et factuel dans lequel s'insère la norme, privant *d'identité d'objet* la décision antérieure, sont également admis dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Trois hypothèses ont été envisagées.

D'une part, la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative⁹⁷, intervenue après la décision de conformité du Conseil constitutionnel, peut constituer un changement de circonstances de droit de nature à justifier son réexamen⁹⁸. Ce faisant, le Conseil constitutionnel prend en compte « *le droit vivant contextuel* » dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité, à la manière de la Cour constitutionnelle italienne⁹⁹.

D'autre part, un changement des circonstances de droit inhérentes à la disposition législative critiquée peut remettre en cause la déclaration de conformité antérieure du Conseil constitutionnel. Dans la décision n° 2010-14/22 QPC, ce dernier a considéré que les modifications des règles de procédure pénale ont « *conduit à une réduction des exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire* », -seul habilité à placer une personne en garde à vue-, et justifient le réexamen de cette mesure de contrainte¹⁰⁰.

Enfin, un changement de circonstances de fait dans lesquelles évolue la disposition législative peut conduire le Conseil constitutionnel à contrôler de nouveau sa conformité à la Constitution¹⁰¹ même si, comme le souligne le doyen Vedel, celle-ci « *impose rarement au*

⁹⁷ Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, cons. 2 ; Décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, cons. 4 ; Décision n° 2010-96 QPC du 4 février 2011, *M. Jean-Louis L.*, cons. 4.

⁹⁸ Décision n° 2011-120 QPC, *précitée*, cons. 9.

⁹⁹ G. ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant », A.I.J.C., vol II, 1986, pp. 55-77 ; T. DI MANNO, « Réserves d'interprétation et « droit vivant » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁰ Décision n°2010-14/22 QPC, *précitée*, cons. 17-18.

¹⁰¹ La circulaire du Ministre de la Justice du 24 février 2010 a précisé qu'« *au titre des changements dans les circonstances de fait pouvant appeler à réexaminer une question tranchée de longue date, dans un autre état de*

législateur de statuer dans un sens déterminé au vu de telle ou telle situation »¹⁰². Dans la décision du 30 juillet 2010, des circonstances relatives à la pratique judiciaire et pénale ont été retenues par le Conseil constitutionnel, à l'instar de la diminution constante des procédures soumises à l'instruction préparatoire, de la généralisation de la pratique en temps réel des procédures pénales, de la banalisation du recours à la garde à vue ou encore de l'importance croissante de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée¹⁰³. Par ailleurs, dans le domaine social, le Conseil d'Etat retient que « *l'évolution défavorable des charges exposées par les départements au titre de l'allocation de revenu minimum d'insertion amplifiée par une dynamique moindre de ressources disponibles pour en assurer le financement revêt le caractère d'un changement de circonstances de fait* » et transmet la question prioritaire au Conseil constitutionnel¹⁰⁴.

Pour autant, au regard de la frontière perméable entre le fait et le droit¹⁰⁵, il semble difficile de savoir si ces évolutions résultent de simples faits ou de modifications de l'ordre juridique¹⁰⁶. Le Professeur Otto Pfersmann envisage à cet égard trois possibilités. Il peut s'agir de « *faits juridiquement qualifiés* » -et non de faits au sens pur- d'une part, de « *faits qualifiés d'une certaine façon* » inhérents aux sondages, d'autre part ou enfin, de « *ceux qui sont considérés comme pertinents par le juge* »¹⁰⁷. Selon cette grille de lecture, les changements de circonstances de fait jusqu'à présent retenus par le Conseil constitutionnel relèveraient de la première et de la troisième catégorie, mais cette qualification mérite d'être approfondie par la jurisprudence à venir.

la société, il est possible de mentionner les changements intervenus dans les domaines marqués par une évolution rapide des techniques, comme la bioéthique ou les technologies de l'information et de la communication, ou encore les évolutions démographiques ».

¹⁰² G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1997, pp. 77-91, spéc. p. 87.

¹⁰³ Décision n° 2010-14/22 QPC, *précitée*, cons 16-18.

¹⁰⁴ CE, 20 avril 2011, pourvoi n° 346204, *précité*. Ce changement de circonstances de fait n'a toutefois pas été retenu par le Conseil constitutionnel : Décision n° 2011-142/145 QPC, *précitée*, cons. 17 et 18.

¹⁰⁵ J. RIVERO, « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *Le fait et le droit, Etudes de logique juridique*, Bruylant, Bruxelles, 1961, pp. 130-148, spéc. p. 131.

¹⁰⁶ Par exemple, dans la décision n°2010-14/22 QPC, il convient de se demander si l'augmentation du nombre de garde à vue ne découle pas également de la modification des articles 63, 77 et 154 du code de procédure pénale effectuée par la loi n°2002-307 du 4 mars 2002 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, qui autorise le placement d'une personne en garde à vue, non plus à l'encontre de laquelle il existe « *un indice laissant présumer* », mais pour laquelle il y a désormais « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner* » qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction.

¹⁰⁷O. PFERSMANN, in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., spéc. pp. 112-113.

Partant, cette multiplication des hypothèses de changement de circonstances susceptibles de justifier le réexamen d'une disposition législative tend à renouveler les modalités du contrôle de constitutionnalité.

B. L'approfondissement du contrôle de constitutionnalité

Si le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel conserve sa nature objective, l'introduction d'éléments de valeur infra-constitutionnelle dans le champ du contrôle permet de l'enrichir et de faire « respirer » sa jurisprudence. En ce sens, le mécanisme du changement des circonstances participe au « *droit constitutionnel vivant* »¹⁰⁸. Il apparaît à la fois comme un facteur d'enrichissement des modalités du contrôle de constitutionnalité (1) et de renouvellement des normes constitutionnelles (2).

1. Le changement des circonstances, facteur d'enrichissement des modalités du contrôle de constitutionnalité

L'examen du changement des circonstances invoqué par les requérants conduit le Conseil constitutionnel à analyser si les évolutions invoquées sont, en elles-mêmes, contraires à la Constitution et à défaut, à contrôler si celles-ci affectent la disposition législative. D'une part, dans la décision du 30 juillet 2010, le Conseil examine expressément si les évolutions des circonstances sont, en elles-mêmes, contraires à la Constitution¹⁰⁹. Si tel avait été le cas, il y aurait en quelque sorte une présomption d'inconstitutionnalité de la disposition législative contestée puisque insérée et utilisée dans un corpus juridique contraire à la Constitution.

D'autre part, le Conseil constitutionnel se pose la question de savoir si les évolutions retenues affectent la norme et plus précisément si son *utilisation* est conforme à la Constitution. Dans la décision *garde à vue*, il conclut de manière négative, considérant que les dispositions du Code de procédure pénale « *n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue, compte tenu des évolutions précédemment rappelées* »¹¹⁰.

¹⁰⁸ B. MATHIEU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « De la création de la revue *Constitutions* », in *Constitutions. Revue du droit constitutionnel appliqué*, n° 1, 2010, p. 3.

¹⁰⁹ Décision n°2010-14/22 QPC, *précitée*, cons. 25.

¹¹⁰ Décision n°2010-14/22 QPC, *précitée*, cons. 29.

L'office du Conseil constitutionnel semble alors s'élargir vers un contrôle de « l'utilisation de la loi ». Le Conseil constitutionnel n'examinerait plus seulement l'atteinte *en elle-même* à un droit fondamental, mais aussi *au regard de l'utilisation* de la norme litigieuse, compte tenu du corpus juridique dans lequel elle s'insère. Cet enrichissement des modalités du contrôle de constitutionnalité semble aboutir à un examen plus effectif, et potentiellement facteur de revirement de jurisprudence. Par exemple, les contrôles de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict composant le contrôle de proportionnalité peuvent s'avérer plus effectifs à l'aune de cette mutation, y compris dans le cadre du contrôle *a priori*. Et ce, d'autant plus que le Conseil constitutionnel prend déjà en compte certaines circonstances de fait dans le cadre de ce contrôle¹¹¹, pour justifier ses décisions ou opérer des revirements de jurisprudence¹¹².

2. Le changement des circonstances, facteur de renouvellement des normes constitutionnelles

Si la décision du 30 juillet 2010 est emblématique en ce qu'elle a censuré une partie du régime législatif de la garde à vue, elle l'est également au regard du changement de circonstances de droit qu'elle a elle-même véhiculé. En effet, les évolutions de fait et de droit inhérentes à cette mesure de contrainte ont conduit le Conseil constitutionnel à « rénover » la norme constitutionnelle de référence¹¹³, à savoir les droits de la défense tels qu'ils découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹¹⁴. De la sorte, a été consacré le droit « *pour toute personne interrogée, lorsqu'elle est retenue contre sa volonté,*

¹¹¹ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, rec. p. 100, cons. 10 ; Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, rec. p. 80, cons 5 ; décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec. p. 313, cons. 21 ; décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, *précitée*, cons 23 ; décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, rec. p. 179, cons. 11 ; décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009, *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et les zones touristiques et thermales ainsi que dans les grandes agglomérations pour les salariés volontaires*, rec. p. 163 ; décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, cons. 4, rec. p. 18345.

¹¹² Sur les revirements de jurisprudence : T. DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006, pp. 135-149 ; P. MOUZET, « Sur les revirements du Conseil constitutionnel », *R.D.P.* n° 6, 2002, pp. 1639-1703.

¹¹³ J.-J. PARDINI, « La jurisprudence constitutionnelle et les « faits » », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, 2000, pp. 122-130, spéc. 130.

¹¹⁴ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 11 ; Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 24.

de bénéficiaire de l'assistance effective d'un avocat »¹¹⁵. Le mécanisme du changement de circonstances a donc permis au Conseil constitutionnel d'enrichir la signification de ce principe, à l'occasion du réexamen d'une disposition législative déclarée conforme à la Constitution en 1993. Le renouvellement des normes constitutionnelles s'impose en effet aux Sages. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne démontre à cet égard que « *la signification des principes constitutionnels ne peut être déterminée in abstracto et varie nécessairement au gré de leur connexion à la réalité des faits* »¹¹⁶.

En ce sens, le mécanisme du changement des circonstances dans le cadre du contrôle *a posteriori* vient utilement compléter le contrôle de constitutionnalité exercé dans le cadre *a priori*, où le Conseil constitutionnel prend en compte « *l'évolution du contexte politique, économique et social des normes qui lui sont soumises* »¹¹⁷ pour faire évoluer sa jurisprudence. Sa légitimité mise en exergue par le doyen Louis Favoreu s'en trouve ainsi renforcée, tant « *par son action progressive, le contrôle juridictionnel des lois peut faciliter l'adaptation et l'évolution de la Constitution* »¹¹⁸.

Faire respirer sa jurisprudence sans l'essouffler, renouveler le contrôle de constitutionnalité sans rompre la continuité de la jurisprudence constitutionnelle, tel est l'équilibre délicat que le Conseil constitutionnel et les juges ordinaires ont cherché à atteindre à travers le mécanisme du changement des circonstances. Ainsi, Jean Rivero soulignait qu'« *à ne penser le droit que dans la sphère des essences et des concepts abstraits, on le rend inefficace ; à refuser d'incliner le fait devant la norme, on retombe au chaos des rapports de force ; entre ces deux positions, le secret d'un ordre humain réside peut-être dans l'incessant échange, dans le passage perpétuel, qui adapte la norme aux exigences de la vie sociale pour lui permettre de la régir au mieux des besoins de l'homme* »¹¹⁹.

Pauline GERVIER, doctorante à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV
Membre du C.E.R.C.C.L.E.-G.R.E.C.C.A.P.

¹¹⁵ Décision n°2010-14/22 QPC, précitée, cons. 28.

¹¹⁶ J.-J. PARDINI, « La jurisprudence constitutionnelle et les « faits » », op. cit., spéc. 127.

¹¹⁷ F. MODERNE, in Université Panthéon-Assas (dir.), *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, actes du colloque des 21 et 22 juin 1988 au Sénat*, LGDJ, Montchrestien, Paris, 1988, p. 318.

¹¹⁸ L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *R.I.D.C.*, 1994, pp. 557-581, spéc. p. 570.

¹¹⁹ J. RIVERO, « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français », op. cit., spéc. p. 148.