

## **Le Conseil constitutionnel face au changement de circonstances de fait : réflexions à la lumière de l'expérience américaine**

« Les lois et les institutions doivent aller de pair avec le progrès de l'esprit humain. Au fur et à mesure que celui-ci se développe, s'éclaircit, au fur et à mesure que de nouvelles découvertes sont faites, de nouvelles vérités dévoilées, et que les mœurs et les opinions changent en raison du changement des circonstances, les institutions doivent aussi avancer et se mettre à jour. »

Th. Jefferson, lettre du 12 juillet 1816 à Samuel Kercheval sur la « Réforme de la Constitution de la Virginie »<sup>1</sup>.

### **Introduction**

**L**es propos cités ci-dessus de Jefferson touchent au noyau de la problématique issue de la tension entre le droit et l'évolution des faits. Conformément donc à l'appel de ce grand penseur et homme politique, la doctrine juridique du changement de circonstances fait effectivement place à la nécessité ressentie de tenir compte de l'écoulement du temps et d'adapter la norme à la modification du contexte factuel qui l'entoure et l'érode. Selon l'expression heureuse du professeur Waline, cette doctrine n'est au fond qu'« *un aspect de la lutte véritablement dramatique qui se joue entre la volonté de l'homme et le temps* »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Merrill D. PETERSON (éd.), *Thomas Jefferson : Writings*, New York, Literary Classics of the U.S., coll. Library of America 17, 1984, p. 1401 [notre traduction].

<sup>2</sup> Cité par Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, t. I : *Introduction et sources*, Paris, Sirey, 1970, p. 225.

Dans son acception courante en France, la notion de changement de circonstances se compose de deux concepts distincts : d'un côté, celui de changement de circonstances de fait et de l'autre, celui de changement de circonstances de droit. Force est pourtant de dissocier ces deux concepts qui obéissent à une logique différente: l'un s'efforce de traduire en termes juridiques l'évolution du fait social; l'autre correspond plutôt à une préoccupation d'ordre dynamique, au sens kelsénien du terme: le respect de la hiérarchie des normes<sup>3</sup>. Illustratif en est le fait qu'en droit international public, la clause *rebus sic stantibus*, telle qu'elle est codifiée par l'article 62 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, ne se réfère qu'aux circonstances de fait<sup>4</sup>. Par ailleurs, la doctrine américaine équivalente de « *changed circumstances* » comprend certes les circonstances de droit<sup>5</sup>, mais vise en réalité, de manière prépondérante, la modification du champ factuel. En revanche, la jurisprudence du Conseil d'État en matière d'actes réglementaires<sup>6</sup> a créé une doctrine unifiée qui énonce une obligation générale de l'administration d'adapter la réglementation à l'évolution des faits ou du droit sous le contrôle du juge. C'est précisément cette jurisprudence qui a inspiré le législateur constitutionnel.

La notion de changement de circonstances fut introduite en droit constitutionnel français par la loi organique du 10 décembre 2009, établissant les conditions de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité [ci-après QPC] aux juridictions suprêmes et au Conseil constitutionnel. Les articles 23-2, alinéa 2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, tels qu'ils furent modifiés par la loi organique précitée, prévoient en particulier : La QPC est transmise si « [la disposition contestée] n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances »<sup>7</sup>. L'adoption de cette formulation donna lieu à un vif débat surtout au sein de l'Assemblée Nationale mais aussi du Sénat portant sur le sens précis de la notion de « changement de circonstances »<sup>8</sup>. Finalement, dans sa décision du 3 décembre 2009, le Conseil

<sup>3</sup> Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif », *RFDA*, juillet-août 2006, p. 789.

<sup>4</sup> Charles Rousseau, dans son ouvrage *Droit international public (op. cit., p. 225)* en donne la définition suivante : « On désigne sous le nom de doctrine *rebus sic stantibus* une théorie d'après laquelle un changement essentiel dans les circonstances de fait en vue ou en considération desquelles un traité a été conclu peut entraîner la caducité de ce traité ou tout au moins affecter sa force obligatoire. »

<sup>5</sup> Le juge Robert Bork, lors de son audition devant le Comité judiciaire du Sénat en vue de sa nomination à la Cour suprême a défendu l'idée selon laquelle un juge doit garantir l'efficacité des libertés consacrées par le constituant face aux « développements actuels du droit, de la société et de la technologie » (cité par Philip BOBBITT, *Constitutional Interpretation*, Oxford-Cambridge, Blackwell, 1991, p. 90-91). De même, le professeur Lawrence Lessig, dans sa version de la théorie du changement des circonstances, évoque à la fois le changement du contexte juridique et non juridique (Voir son article « Fidelity in Translation », *Texas Law Review*, n°71, 1992-1993, p. 1215 et s.).

<sup>6</sup> Voir M. LONG et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2011, p. 258 et s.

<sup>7</sup> *Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*.

<sup>8</sup> Tandis que le rapporteur de l'Assemblée Nationale, M. Warsman, avait proposé une définition large qui incluait explicitement le changement de circonstances de fait, certains députés et sénateurs exprimèrent des réserves quant au caractère « particulièrement flou » de cette notion jugée « trop vaste, insuffisamment précise et trop mouvante ». C'est dans ce contexte

constitutionnel confirma la position selon laquelle la notion ne pouvait pas exclure un changement de circonstances de fait<sup>9</sup>. Il est donc évident que, par cette interprétation, le Conseil fit non seulement écho à la doctrine du changement de circonstances élaborée par le Conseil d'État à partir de l'arrêt *Despujol*<sup>10</sup> mais respecta aussi la volonté du législateur organique. Dans ce cadre, l'acception jurisprudentielle de la notion de changement de circonstances de fait inclut, selon le professeur Roblot-Troizier, l'écoulement du temps, c'est-à-dire « l'évolution du contexte économique, social, politique, voire des mœurs »<sup>11</sup>. À ces éléments l'on pourrait aussi ajouter le progrès technologique-scientifique.

Au vu de cette définition, l'élaboration doctrinale et l'approfondissement de la notion semblent, sans aucun doute, nécessaires, car il s'agit incontestablement d'une notion complexe et délicate à définir<sup>12</sup> qui ouvre cependant des « perspectives particulièrement intéressantes »<sup>13</sup> pour le contentieux constitutionnel français<sup>14</sup>. Au fur et à mesure que l'on essaye de tracer ses limites et d'imaginer ses usages éventuels, on s'aperçoit pour autant de son caractère profondément problématique. Elle l'est d'abord parce qu'elle touche au cœur du questionnement portant sur l'interaction inévitable, par l'intermédiaire du juge, de la norme constitutionnelle avec l'évolution de la réalité sociale. Au regard de cette interaction, on ne peut que tomber d'accord avec le professeur Pfersman qui affirme que « si l'on peut comprendre la pression factuelle, il est plus difficile de l'expliquer en termes proprement juridiques »<sup>15</sup>. Elle pose un défi d'autant plus grand, dans la mesure où l'on comprend qu'il est impossible de s'en dispenser, en la bannissant tout

---

que le député Jean-Jacques Orvoas déposa un amendement prévoyant l'exclusion du changement de circonstances de fait. Face à cet amendement, finalement rejeté, le député Charles de la Verpillière défendit le double volet de la notion en s'inspirant de la définition offerte par la jurisprudence du Conseil d'État ; alors que le rapporteur Warsman rajouta un point encore plus substantiel en déclarant que : « L'expérience montre que les circonstances ne peuvent être réduites aux circonstances de droit ». [Rapport de M. J.-L. Warsman, député, 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 (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Assemblée Nationale, XIII<sup>e</sup> Législature, n°189, p. 51, 62 et 63 respectivement, et Rapport de M. H. Portelli, sénateur, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n°637, Sénat, 2008-2009, p. 63 et 69 respectivement].

<sup>9</sup> Décision n°2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (QPC)*, cons. 13. Voir aussi le commentaire de la décision in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28.

<sup>10</sup> Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 2010, p. 246-7.

<sup>11</sup> Agnès ROBLLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, janvier 2010, p. 85-86.

<sup>12</sup> Xavier MAGNON (dir.), *QPC : La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, Paris, Litec, coll. Litec professionnel. Procédures, 2010, p. 231.

<sup>13</sup> Bertrand DE LAMY, chronique « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée », *Revue de sciences criminelles*, janvier-mars 2010, p. 204.

<sup>14</sup> Bertrand MATHIEU-Michel VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Actes de la 5<sup>e</sup> journée d'études annuelle du Centre de recherche de droit constitutionnel de l'Université Paris I..., Dalloz, coll. Thèmes et commentaires : Les cahiers constitutionnels de Paris I, 2010, p. 112.

<sup>15</sup> Otto PFERSMAN, « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 359.

simplement du texte de la loi organique. Qualifiée par le professeur Rousseau de « soupape de sûreté »<sup>16</sup>, sa « force d'attraction » irrésistible repose sur le besoin omniprésent d'adapter la norme constitutionnelle aux exigences mouvantes de la vie sociale. En conséquence, le professeur Marie-Anne Cohendet partage sa crainte profonde qu'« *en ce qui concerne les changements de circonstances de fait, on peut effectivement avoir le sentiment que c'est là une boîte de Pandore* ». Appelé à délimiter une notion fondamentalement vague sans pour autant transgresser les limites de son office, le juge constitutionnel se met en face de la question ardue : Dans quelle mesure et à quelle fin doit-il résister ou inversement se soumettre à l'entropie du changement ?

Avant d'esquisser les contours de notre propre réponse à cette question, il est important d'écarter deux interprétations dominantes qui ont pour effet d'obscurcir la fonction de la doctrine du changement des circonstances de fait. En premier lieu, il est évident, à la lumière des travaux préparatoires de la loi organique, qu'il ne faut pas entendre celle-ci que comme une condition procédurale de transmission d'une QPC qui servirait uniquement d'exception au principe *non bis in idem*<sup>17</sup>, voire une exception d'une « portée limitée »<sup>18</sup>. Or, le Conseil constitutionnel, avant même l'introduction de la notion, notamment par le truchement de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*<sup>19</sup>, avait déjà façonné un moyen efficace pour pallier la rigidité de l'autorité de la chose jugée. Il en découle que la notion de changement de circonstances de fait ne vise pas, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, qu'à assouplir davantage le principe *non bis in idem*, mais, ce qui constitue sa nouveauté, renvoie aussi à une doctrine de fond qui a pour fonction de relier le monde du devoir être et le monde de l'être. Pour rendre cette idée plus claire, il s'agit d'un recours à un instrument qui ne conduit pas simplement au réexamen des textes législatifs, mais préfigure, de manière inexorable, la déclaration de leur contrariété à la Constitution, car ils seraient inadaptés au contexte nouveau. Comme le note avec perspicacité le professeur Puig, dans son commentaire de la décision Garde à vue, « *on voit d'ailleurs mal le*

---

<sup>16</sup> Dominique ROUSSEAU, « La prise en compte du changement de circonstances », in *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>17</sup> Pauline GERVIER, « Le changement des circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, vol. 1, 2012, p. 93.

<sup>18</sup> Agnès ROBLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *op. cit.*, p. 85.

<sup>19</sup> Décision n°85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*. Rappelons que, par cet arrêt, le Conseil constitutionnel a déclaré que « *la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine...* » (cons. 10).

*Conseil constitutionnel reconnaître un changement de circonstances [de fait] pour finalement décider de la conformité des dispositions réexaminées à la Constitution »<sup>20</sup>.*

En second lieu, il faut dissocier l'emploi de la notion de changement de circonstances de fait et le mécanisme de contrôle a posteriori des lois, instauré avec la révision de 2008, étant donné que la notion « existait dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel antérieurement à la QPC »<sup>21</sup>. Le professeur Rousseau mentionne en l'occurrence quatre exemples de recours à la notion dans le cadre du contrôle a priori: les décisions *IVG II*, *HADOPI*, *Bioéthique* et *Élection des députés*<sup>22</sup>. En l'espèce, il suffirait de donner la parole au député Warsman qui, dans son rapport précité, renvoie explicitement à la décision du 8 janvier 2009 relative à l'élection des députés pour expliquer quelle devrait être l'interprétation de la notion de « changement de circonstances » contenue dans le projet de loi organique<sup>23</sup>.

Dans ce cadre, afin de saisir les implications de cette notion quant à la manière dont le juge doit penser le rapport entre la Constitution et l'évolution du fait social, il convient d'avoir recours au droit constitutionnel comparé. Plus précisément, cet article propose de s'inspirer de la théorie de « *changed circumstances* », telle qu'elle a été développée par la jurisprudence<sup>24</sup> et la doctrine<sup>25</sup> constitutionnelles américaines. La prise en compte des analyses outre-Atlantique nous semble judicieuse, puisque la théorie de changement des circonstances y a été élaborée d'une manière assez sophistiquée. Qui plus est, elle a souvent été poussée à ses limites et, inévitablement, révélé ses abus potentiels. L'expérience américaine nous enseigne en effet que, dans son effort louable d'adapter une Constitution ancienne et difficilement révisable à une réalité sociale en mutation constante, le juge constitutionnel peut s'octroyer un pouvoir exorbitant

---

<sup>20</sup> Pascal PUIG, chronique « QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité », *RTDC*, 2010, p. 514. Au contraire, l'invocation de seul un changement de circonstances de droit peut aboutir à une déclaration de conformité de la loi à la Constitution (voir la décision n°2011-125 QPC du 06 mai 2011, cons. 10-14 ou la décision n°2012-233 QPC du 21 février 2012).

<sup>21</sup> Commentaire de la décision n°2012-233 QPC du 21 février 2012 [*Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités ayant présenté un candidat à l'élection présidentielle*], disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

<sup>22</sup> Dominique ROUSSEAU, « La prise en compte du changement de circonstances », *op. cit.*, p. 99-100. Nous aurons l'occasion d'examiner, entre autres, les quatre décisions dans la suite de notre analyse.

<sup>23</sup> *Rapport n°1898 de l'Assemblée Nationale*, *op. cit.*, p. 51. Cette citation cyclique montre d'ailleurs que, en interprétant la notion de « changement des circonstances » contenue dans la loi organique, le Conseil constitutionnel ne fait en réalité que réaffirmer sa propre jurisprudence.

<sup>24</sup> Les premiers développements de cette idée selon laquelle la Constitution doit constamment s'adapter aux circonstances nouvelles se trouvent dans certaines opinions dissidentes du juge Louis D. Brandeis de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. La Cour suprême américaine a embrassé cette théorie dans l'arrêt *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania. c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

<sup>25</sup> Parmi les partisans de la doctrine du changement des circonstances, on retrouve des auteurs *originalistes* éminents tels que Robert H. Bork ou Michael W. McConnell (voir son article « Originalism and the Desegregation Decisions », *Virginia Law Review*, n°81, 1995, p. 947), tous les deux anciens juges d'appel fédéraux. Cependant, celui qui a su le mieux théoriser la notion est le professeur de Harvard Lawrence Lessig dans ses articles « Fidelity in Translation », *Texas Law Review*, n°71, 1992-1993, p. 1165-1268 et « Understanding Changed Readings : Fidelity and Theory », *Stanford Law Review*, n°47, 1994-1995, p. 395-472).

qui, quitte à saper les fondements de sa légitimité et/ou provoquer le désordre, doit être encadré et exercé avec prudence.

La considération des remarques précédentes nous amène à énoncer la thèse selon laquelle, par le biais de la référence au changement de circonstances de fait, le Conseil constitutionnel introduit dans sa jurisprudence une notion dotée d'un grand potentiel qui peut pour autant s'avérer « explosive ». Elle lui permet, d'un côté, de veiller à l'adaptation, de manière ordonnée, des normes constitutionnelles à la réalité sociale, alors que le recours irréfléchi à celle-ci pourrait mettre en péril sa légitimité institutionnelle, de l'autre. Il s'ensuit que la doctrine du changement de circonstances de fait doit être entendue non seulement comme garantie indispensable de l'effectivité durable de la Constitution (I), mais aussi comme une notion potentiellement déstabilisatrice (II).

## **I. Une notion garantissant l'effectivité durable de la Constitution**

### **A) Le changement de circonstances de fait, fondement théorique de l'interprétation évolutive de la Constitution**

Avant d'aborder notre analyse de la notion de changement de circonstances de fait, il faut, à titre préalable, prendre acte de la nature propre de la constitution : les normes de valeur constitutionnelle ne doivent-elles être interprétées de manière qui garantisse leur vocation à durer ainsi que leur efficacité au fil du temps ? À cette fin, il incombe au juge constitutionnel d'intégrer dans sa jurisprudence les leçons de l'expérience afin de renforcer l'*effectivité* de la Constitution et de préserver sa pertinence dans un monde en mutation. Dans ce cadre, Dieter Grimm, ancien juge à la Cour de Karlsruhe, plaide pour la prise en compte des éventuelles modifications intervenues dans le champ d'application des normes. Il explique que « *comme la réalité sociale à laquelle se réfèrent les normes constitutionnelles est en perpétuelle évolution, seule une interprétation capable de traiter ces transformations est susceptible de garantir la pertinence de la Constitution au regard du présent* »<sup>26</sup>. À son tour, le juge Bork, suivant un raisonnement très proche à son homologue allemand, résume bien cette idée en affirmant que la tâche judiciaire consiste à « *garantir que les pouvoirs et les libertés, tels qu'ils ont été consacrés par les constituants,*

---

<sup>26</sup> Dieter GRIMM, « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *Jus Politicum*, n°6, 2011, disponible sur <http://www.juspoliticum.com/L-interpretation-constitutionnelle.html?artpage=4-4>, p. 4 (PDF).

*demeurent efficaces dans les circonstances actuelles* »<sup>27</sup>. Le juge McKeena de la Cour suprême américaine, dans son opinion devenue classique, élabore sur cette vision déclarant que :

« Il est vrai que les normes écrites, aussi bien législatives que constitutionnelles, sont promulguées en vertu d'une expérience des maux, mais leur langage général ne devrait pas, par conséquent, être nécessairement borné à la forme que le mal avait prise jusque-là. Le temps apporte des changements, engendre de nouvelles conditions et de nouveaux buts. En conséquence, afin qu'un principe soit vital, son application doit potentiellement être plus large que le mal qui lui a donné naissance. Cela est particulièrement vrai concernant les constitutions. Elles ne sont pas des actes juridiques éphémères, conçues pour répondre à des besoins passagers. Elles sont, d'après les mots du Chief Justice Marshall, "*conçues pour approcher l'immortalité autant que les institutions humaines le peuvent*" »<sup>28</sup>.

À l'aune de ces idées, on reconnaît aisément que le Conseil constitutionnel ne saurait manquer de prendre en compte l'évolution du contexte social en vue d'actualiser les normes constitutionnelles. Selon le professeur Pardini, celles-ci ne sont pas « *à l'abri d'un certain "vieillessement", mais doivent, en revanche, être adaptées au passage du temps, remodelées, voire modernisées* »<sup>29</sup>. Le professeur Ribes commente à ce propos que, « *parce que son application dépasse l'instantanéité de sa création pour s'inscrire dans le temps, la Constitution a nécessairement vocation à régir des questions, des situations étrangères à ses auteurs, à l'époque où elle a été forgée* ». Il ajoute par ailleurs que « *cela est particulièrement vrai en France où certaines composantes du bloc de constitutionnalité ont plus de deux cents ans*<sup>30</sup> ». Le contraste entre une interprétation « datée » et une interprétation « actualisée », selon la distinction établie par le professeur Drago<sup>31</sup>, devient encore plus apparent vis-à-vis de la protection des droits et des libertés. En vertu de cette dernière, les droits « *sont replacés dans un contexte contemporain, et même plus largement dans une perspective de philosophie politique et sociale, et actualisés en fonction des techniques et des secteurs auxquels ces droits ont à s'appliquer* »<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> *Oilman c. Evans*, 750 F.2d 970 (D.C. Cir.), p. 996 (opinion concurrente). Cf. l'interprétation évolutive que donne, dans une série d'arrêts, la Cour suprême américaine au terme « perquisition déraisonnable » du IV<sup>e</sup> amendement pour tenir compte de la modification du contexte technologique [voir l'arrêt *Tennessee c. Garner*, 471 U.S. 1 (1985), p. 13].

<sup>28</sup> *Weems c. United States*, 217 U.S. 349 (1910), p. 373 [notre traduction].

<sup>29</sup> Jean-Jacques PARDINI, « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°22 (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel), 2007, p. 167.

<sup>30</sup> Didier RIBES, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°22 (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel), 2007, p. 137.

<sup>31</sup> Guillaume DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 3<sup>e</sup> édition refondue, Paris, PUF, coll. Thémis. Droit, 2011, p. 269-70.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 269.

Un exemple typique de cette méthode évolutive qui « invite l'interprète à adapter le texte aux nécessités sociales de son époque »<sup>33</sup> est l'interprétation par le Conseil constitutionnel du droit de propriété, tel qu'il est garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 [ci-après DDHC]. Par l'affirmation que « postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général »<sup>34</sup>, le Conseil a su adapter un droit fondamental à l'évolution sociale et au progrès technologique. Sur ce fondement, il a pu envelopper dans le droit de propriété « les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins »<sup>35</sup>. Dans une autre décision, il n'a pas omis de souligner la nécessité de pourvoir davantage à des garanties efficaces de ces droits dans l'ère contemporaine de l'internet<sup>36</sup>.

La technologie moderne, notamment le développement de l'internet, a fourni au Conseil l'occasion de procéder à l'interprétation évolutive d'une autre liberté, celle de communiquer ses pensées et ses opinions, telle qu'elle est garantie par l'article 11 de la DDHC de 1789. Il a, en particulier, considéré « qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services [d'accès à l'internet] pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services »<sup>37</sup>. Le commentaire de la décision nous informe que pour établir le lien entre une liberté consacrée à la fin du XVIIIe siècle et le contexte actuel, le Conseil « s'est fondé à la fois sur l'état des technologies, sur l'état du marché (la part respective des différents moyens de communication), sur la pratique sociale actuelle qui consacre une utilisation massive d'internet par le public et, enfin, sur le rôle occupé par ce nouveau moyen de communication dans la vie démocratique et le débat public »<sup>38</sup>. Cette prise en compte par le Conseil constitutionnel de l'évolution du contexte technologique, économique, social et politique respectivement a sans doute inspiré les remarques du député Warsman dans son rapport précité: Il y incite à l'utilisation du concept de changement des circonstances afin d'accommoder les effets des « évolutions

---

<sup>33</sup> Élisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> édition mise à jour, PUF, coll. Droit fondamental, 1999, p. 245.

<sup>34</sup> Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation (Nationalisations I)*, cons. 16.

<sup>35</sup> Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information*, cons. 15.

<sup>36</sup> Décision n°2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (HADOPI)*, cons. 13.

<sup>37</sup> *Ibidem*, cons. 12.

<sup>38</sup> Commentaire de la décision n°2009-580 DC du 10 juin 2009, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°27.



*considérables* » que la société connaît, tel que l'internet qui « *n'a plus aujourd'hui son visage d'il y a trois ans* »<sup>39</sup>.

Ces lectures évolutives de la Constitution ne doivent pas toutefois être comprises comme une adhésion à la thèse selon laquelle le sens des dispositions constitutionnelles serait fluide, voire insaisissable en soi. Entre cette idée et les cas mentionnés ci-dessus, il existe une différence subtile, mais déterminante. Par l'adaptation des droits et des libertés consacrés par la DDHC de 1789 au contexte actuel, le juge constitutionnel ne prétend pas abandonner leur sens originel. En revanche, il se contente simplement d'« *interpréter intelligemment* » le texte, dans le sens que le propose le professeur Lavroff<sup>40</sup>. Au demeurant, son interprétation est animée par le but de garantir leur pertinence dans un monde complètement différent de celui où ils ont vu le jour.

Pour le professeur Lessig, il s'agit en réalité d'une tentative de traduction des textes anciens qui vise à « *préserver le sens originel, non seulement au regard du contexte originel, mais aussi tel qu'il est appliqué dans le contexte actuel* »<sup>41</sup>. Dans l'affaire des *Nationalisations*, le Conseil a ainsi déclaré que « *les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique* »<sup>42</sup>. La notion-clé qui imprègne cette analyse est celle de fidélité : fidélité notamment aux normes de valeur constitutionnelle et aux objectifs qu'elles sont censées incorporer. La finalité du processus d'adaptation consiste à offrir, à chaque reprise et dans des circonstances diverses, des garanties de protection équivalentes. Autrement dit, elle vise à neutraliser ou à accommoder les effets que la modification du contexte peut avoir sur le sens<sup>43</sup>. C'est d'ailleurs la même logique qui pousse le Conseil à reconnaître actuellement le pluralisme des entreprises de presse comme objectif de valeur constitutionnelle et comme garantie effective<sup>44</sup> de la libre communication des pensées et des opinions<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup> Rapport n°1898 de l'Assemblée Nationale, *op. cit.*, p. 62-3.

<sup>40</sup> Dmitri Georges LAVROFF, « À propos de la Constitution », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 291-292.

<sup>41</sup> Lawrence LESSIG, « Fidelity in Translation », *op. cit.*, p. 1189.

<sup>42</sup> Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, cons. 16.

<sup>43</sup> Lawrence LESSIG, « Fidelity in Translation », *op. cit.*, p. 1177.

<sup>44</sup> Pierre DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, préface de Michel Verpeaux, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, p. 422.

<sup>45</sup> 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 (Entreprises de presse)*, cons. 37.

## **B) La notion de changement de circonstances de fait, source de légitimité de l'évolution de la jurisprudence**

Le respect de la règle du précédent est souvent considéré comme un des traits sur lesquels les pays du droit civil et les pays du *common law* divergent. En dépit de la véracité, contestable d'ailleurs, de cette proposition au regard des juridictions ordinaires, on oublie souvent qu'en matière constitutionnelle cette observation n'est pas valable, au moins en ce qui concerne le berceau du constitutionnalisme moderne, les États-Unis. La Cour suprême américaine a très tôt affirmé que la règle de *stare decisis* est une règle du droit dispositif et non pas du droit impératif<sup>46</sup>. Il ne s'agit donc nullement d'une obligation inexorable, mais d'une « politique jurisprudentielle »<sup>47</sup>. Étant donné que la Cour dispose du dernier mot sur le sens de la Constitution, « dans les affaires qui concernent la Constitution fédérale, là où la correction par la voie législative est pratiquement impossible, la Cour a souvent renversé ses précédentes décisions » ; car « la Cour s'incline devant les leçons de l'expérience et la force d'un raisonnement plus pertinent<sup>48</sup> ».

De cette remarque il est possible de discerner une double fonction du revirement jurisprudentiel. En premier lieu, il peut viser la correction d'une erreur. En second lieu, il peut contribuer à l'adaptation, tout en douceur, de la constitution aux évolutions de la société, des idées et des mœurs<sup>49</sup>. Conformément à cette dernière fonction, la Cour suprême se croit souvent obligée de prendre en compte les « leçons de l'expérience et les faits récemment établis »<sup>50</sup>. Car sinon, le juge Brennan prévient, la Constitution serait « prisonnière des points de vue anachroniques tenus par des générations longtemps disparues »<sup>51</sup>. C'est effectivement cette crainte qui a conduit la Cour suprême à procéder en 1937, en raison aussi des « conditions économiques qui sont survenues »<sup>52</sup>, notamment la Grande Dépression, au réexamen de l'arrêt *Adkins*<sup>53</sup> et au revirement de sa jurisprudence relative à la clause de *due process of law*. D'où le

---

<sup>46</sup> Élisabeth ZOLLER, « Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20 (Dossier : Revirements de jurisprudence du juge constitutionnel), juin 2006, p. 105.

<sup>47</sup> *Helvering c. Hallock*, 309 US 106 (1940), p. 119.

<sup>48</sup> *Burnet c. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932), p. 406-408 (opinion dissidente du juge Brandeis), traduit par Élisabeth Zoller, dans son article « Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps. Deux points de vue », *Droits*, n°30, 1999, p. 103.

<sup>49</sup> Thierry DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20 (Dossier : Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel), juin 2006, p. 102.

<sup>50</sup> *Burnet c. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932), p. 412 (opinion dissidente du juge Brandeis).

<sup>51</sup> William BRENNAN, « In Defence of Dissents », *Hastings Law Journal*, n°37, 1985-1986, p. 437.

<sup>52</sup> *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, (1937), p. 390.

<sup>53</sup> *Adkins c. Children's Hospital of D.C.*, 261 U.S. 525 (1923).

juge Douglas – ancien membre de l'école réaliste du droit — a su tirer la conclusion qu'il existe des « *questions d'interprétation constitutionnelle qui sont toujours ouvertes* »<sup>54</sup>. Il s'ensuit que parfois le réexamen des anciennes décisions n'est pas « *seulement justifié, mais indispensable* »<sup>55</sup>. Il semble donc tout à fait cohérent pour la Cour d'avoir adhéré en 1992, dans l'arrêt *Casey* qui fait jurisprudence, à la doctrine du changement des circonstances:

« Dans le contentieux constitutionnel, comme dans la vie, un changement de circonstances peut imposer de nouvelles obligations, et la partie éclairée de la nation peut admettre que chaque arrêt qui renverse un précédent est la réponse de la Cour à son devoir constitutionnel<sup>56</sup>. »

On voit bien que la position du Conseil constitutionnel à l'égard du respect de ses propres décisions n'est pas si éloignée. Cette position a été récemment éclairée par le commentaire de la décision du 30 juillet 2010, *Époux P.*, qui a confirmé que « *si le Conseil constitutionnel n'a jamais expressément formulé la règle selon laquelle il serait lié par les précédents de sa propre jurisprudence (règle étrangère à la culture jurisprudentielle française), il a, en revanche (déjà) tenu à motiver, en analysant le changement des circonstances, l'évolution de sa jurisprudence* »<sup>57</sup>. De telle manière, le Conseil assume le besoin de « *rester maître de sa jurisprudence* », en admettant que « *sa lecture de la Constitution doit pouvoir évoluer au fil du temps* »<sup>58</sup> pour s'ajuster au changement des circonstances. D'après le professeur Di Manno, pour éviter que la jurisprudence constitutionnelle se sclérose, elle doit évoluer. Or il est naturel de soutenir que « *le revirement de jurisprudence constitutionnelle est la manifestation la plus éclatante d'une Constitution vivante et la marque de son adaptation au fait* »<sup>59</sup>, c'est-à-dire un « *procédé qui permet d'adapter la jurisprudence constitutionnelle aux évolutions de la société* ». D'où il résulte que « *plus on s'éloignera de l'époque où [les textes constitutionnels] ont été rédigés, plus ce rôle du juge constitutionnel sera grand* »<sup>60</sup>.

En contentieux constitutionnel français, le revirement jurisprudentiel<sup>61</sup> à la suite d'un changement des circonstances peut se dérouler soit dans le cadre du contrôle *a priori*<sup>62</sup>, grâce à la

<sup>54</sup> *Glidden Co. c. Zdanok*, 370 U.S. 530 (1962), p. 592 (opinion dissidente du juge Douglas).

<sup>55</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania. c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), p. 863.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 863-4, traduit par Élisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, PUF, Paris, 2000, p. 1141.

<sup>57</sup> Commentaire de la décision n°2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Époux P. et autres*, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°30.

<sup>58</sup> Commentaire des décisions n°99-409 DC et n°99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi relative à la Nouvelle-Calédonie et Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°7.

<sup>59</sup> Thierry DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 102.

<sup>60</sup> Thierry DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20 (Dossier : Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel), juin 2006, p. 136.

<sup>61</sup> Le terme est ici utilisé dans son acception la plus élémentaire et moins controversée, c'est-à-dire celle du renversement explicite d'une décision antérieure.

jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*<sup>63</sup>, soit à travers la procédure de la QPC. Force est de constater que, dans ce dernier cas, le Conseil constitutionnel dispose d'une légitimité accrue concernant le choix de procéder au revirement de sa jurisprudence. Car c'est le législateur organique lui-même qui reconnaît cette possibilité afin de permettre « *la respiration de la jurisprudence constitutionnelle* »<sup>64</sup>. Par la consécration de l'exception du changement des circonstances lorsqu'il s'agit de transmettre une QPC, il incite implicitement le Conseil constitutionnel à prendre en compte le fait social, « évolutif par nature »<sup>65</sup>. À cette fin, le Conseil peut décider d'intervenir pour frapper d'obsolescence une solution jurisprudentielle forgée dans un contexte social différent. La décision *Élection des députés* du 8 janvier 2009, par laquelle le Conseil a expressément procédé à un revirement de l'application de sa jurisprudence de 1986<sup>66</sup>, en raison d'un changement de circonstances de droit et de fait<sup>67</sup>, semble réaliser ce vœu.

En outre, la spécificité de l'invocation du changement de circonstances de fait consiste en ce qu'il constitue une technique judiciaire permettant d'écarter une décision antérieure tout en établissant une certaine continuité institutionnelle. Bien que la nouvelle décision laisse supposer la justesse de l'ancien jugement au regard de son époque, le Conseil constitutionnel évite en réalité de se prononcer sur le bien-fondé de la jurisprudence modifiée par le revirement<sup>68</sup> et ainsi se désavouer. Il se peut donc qu'il se serve du « voile » du changement des circonstances pour « *dissimuler l'éventuelle maladresse d'analyse commise lors du premier examen* » et ainsi « *“rectifier le tir” face à une application imprévue — et peut-être imprévisible — du texte* »<sup>69</sup>. La décision qui semble correspondre à cette faculté n'est autre que celle du 30 juillet 2010 relative au régime de la garde à vue<sup>70</sup>. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a mis en valeur, afin de justifier le renversement de la décision antérieure<sup>71</sup>, les conditions concrètes d'application de la loi en question, qui n'auraient pas bien entendu pu être prévues, dans le cadre du contrôle *a priori*.

---

<sup>62</sup> Jean-Jacques PARDINI, « La jurisprudence constitutionnelle et les “faits” », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°8, 2000, p. 125.

<sup>63</sup> Décision n°85-187 DC, 25 janvier 1985, cons. 10.

<sup>64</sup> Thierry DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *op. cit.*, p. 149.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>66</sup> Décision n°86-208 DC du 2 juillet 1986, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*, cons. 22.

<sup>67</sup> 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*, spéc. cons. 23. Pour une analyse plus détaillée voir *infra*.

<sup>68</sup> Jerold ISRAEL, « *Gideon v. Wainwright* : the “Art” of Overruling », *Supreme Court Review*, 1963, p. 219-221.

<sup>69</sup> Pascal PUIG, « QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité », *op. cit.*, pp. 515-6.

<sup>70</sup> Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres (Garde à vue)*, spéc. cons. 15, 18 et 29. Pour une analyse plus détaillée de cette décision voir *infra*.

<sup>71</sup> Décision n°93-326 DC du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*.

### C) Le Conseil constitutionnel, juge de l'adéquation des lois aux conditions actuelles

L'invocation du changement de circonstances de fait implique par définition une évaluation de la constitutionnalité de la loi à la lumière de son contexte actuel. Il est demandé dans une certaine mesure au juge « *d'apprécier l'adéquation d'une loi à son époque* », selon l'expression du professeur Rousseau<sup>72</sup>. Pour mieux comprendre cette fonction, il ne suffit plus de suivre la distinction formelle entre le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori*, mais force est de se centrer sur le fond de l'activité du Conseil et de proposer la distinction entre les décisions qui maintiennent les mesures législatives, d'une part, et celles qui déclarent l'inconstitutionnalité des dispositions législatives, de l'autre.

La notion de changement des circonstances est le plus souvent entendue comme la possibilité « *qu'un même acte juridique soit soumis à deux reprises au contrôle de constitutionnalité* »<sup>73</sup>. Pourtant, cela n'est pas nécessairement le cas. Le changement des circonstances de fait peut davantage être utilisé comme un argument justifiant la constitutionnalité d'une loi qui n'a jamais été soumise au contrôle du Conseil constitutionnel. Le raisonnement serait en effet le suivant: une loi aurait pu, auparavant, être jugée contraire à la Constitution, mais ne l'est pas en tout cas aujourd'hui en raison du changement des circonstances de fait. Lorsque la Cour suprême fut confrontée à un cas concernant la constitutionnalité des ordonnances municipales réglementant les zones urbaines, elle trouva l'occasion d'énoncer sa théorie du changement des circonstances en de tels termes:

« Les règlements, dont la sagesse, la nécessité et la validité, tels qu'ils sont appliqués à des conditions existantes, sont si apparentes qu'ils sont uniformément maintenus, seraient probablement rejetés, il y a un siècle, ou même il y a un demi-siècle, comme arbitraires et oppressifs. De tels règlements sont maintenus, à la lumière des conditions contemporaines complexes, pour des raisons analogues à celles qui justifient les règlements du trafic, qui, avant l'avènement des automobiles et du tram électrique, auraient été condamnés comme fatalement arbitraires et déraisonnables<sup>74</sup>. »

---

<sup>72</sup> Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 248.

<sup>73</sup> Agnès 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. 794.

<sup>74</sup> *Village of Euclid c. Ambler Realty Co.*, 272 U.S. 365 (1926), p. 387 [notre traduction].

Sous cet angle, on arrive à mieux comprendre le rôle que joue le Conseil constitutionnel, en dehors de celui de législateur négatif, vis-à-vis la légitimation des lois qui sont en mesure de provoquer de grandes controverses, d'ailleurs pas uniquement juridiques. Le motif de l'argumentation du Conseil est récurrent à ce propos: Dans la décision *Bioéthique* du 27 juillet 1994, il invoque « *l'état des connaissances et des techniques* »<sup>75</sup>, expression qu'il reprend lors de la décision *IVG II* du 27 juin 2001<sup>76</sup> en la complétant avec celle d'« *état actuel des connaissances et des techniques médicales* »<sup>77</sup> pour montrer que les lois en question sont à présent conformes à la Constitution. De même, dans la décision du 10 juin 1998, il considère que la réduction proposée du temps du travail est conforme, « *dans le contexte actuel du marché du travail* »<sup>78</sup>, au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Dans la décision du 29 juillet 2004, le Conseil devient encore plus explicite lorsqu'il affirme que « *si la loi déferée refond la législation relative à la protection des données personnelles, c'est en vue d'adapter cette législation à l'évolution des données techniques et des pratiques ainsi que pour tirer les conséquences d'une directive communautaire* »<sup>79</sup>. En dernier lieu, dans la décision *Repos dominical* du 6 août 2009, le Conseil constitutionnel confirme que le législateur, en prévoyant certaines dérogations au repos dominical, prend en compte « *l'évolution des modes de vie et de loisirs* »<sup>80</sup> ainsi que l'« *évolution des usages de consommation dans les grandes agglomérations* »<sup>81</sup>.

Le but de cette démarche n'est autre que de renforcer la légitimité des mesures législatives en les prouvant adaptées aux conditions actuelles. Cela dit, la force de ce raisonnement se trouve simultanément doublement affaiblie: d'un côté, le Conseil constitutionnel contraste virtuellement le contexte actuel avec un contexte daté, ce qui sous-tend pourtant que, auparavant, il aurait pu se prononcer différemment; de l'autre, le plus important, il laisse la porte ouverte à une appréciation différente à la suite d'une modification future du contexte actuel. Dans un autre registre, l'étude des décisions ci-mentionnées, dans la mesure où référence est faite au progrès scientifique-technologique, montre que le Conseil ne fonde pas ses arguments sur des

<sup>75</sup> 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 (Bioéthique)*, cons. 10.

<sup>76</sup> Décision n°2001-446 DC du 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception (IVG II)*, cons. 5.

<sup>77</sup> *Ibidem*, cons. 7.

<sup>78</sup> Décision n°98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, cons. 26.

<sup>79</sup> Décision n°2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, cons. 30.

<sup>80</sup> 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 zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires (Repos dominical)*, cons. 8.

<sup>81</sup> *Ibidem*, cons. 13.

preuves concrètes, mais se contente, en revanche, des observations vagues à l'égard des données législatives fournies. Le même constat vaut également vis-à-vis de la considération de l'évolution des mœurs, soit les pratiques de consommation, ou des données économiques, soit le contexte actuel du marché du travail. Cela peut sans doute être traduit comme une attitude de déférence envers le législateur. Au demeurant, il convient de retenir, en premier lieu, que l'invocation du changement de circonstances de fait suffit en elle-même, sans le renfort d'un changement de circonstances de droit, pour justifier la constitutionnalité des mesures législatives. En second lieu, on peut s'apercevoir, en dépit du caractère elliptique et laconique du raisonnement offert, que le Conseil constitutionnel ne prend en compte que des faits objectifs qui prétendent être des évidences dans l'époque actuelle.

Pour ce qui concerne par la suite la faculté de déclarer l'inconstitutionnalité des dispositions législatives en raison d'un changement dans les circonstances de fait, elle peut se résumer à la phrase suivante, énoncée par le juge Brandeis: « *Une loi conforme à la Constitution au moment de sa promulgation peut être invalidée au gré du changement des circonstances auxquelles elle s'applique*<sup>82</sup> ». Afin d'établir une typologie des modalités d'un tel type de contrôle, il sera nécessaire de distinguer entre la correction des anachronismes législatifs qui portent atteinte à la Constitution, d'une part, et la prise en compte du « droit en action », de l'autre.

En premier lieu, la question des « anachronismes législatifs », à savoir la possibilité d'invalidation des « lois dont les dispositions sont devenues inadaptées à la réalité »<sup>83</sup>, s'est posée avec intensité devant la Cour constitutionnelle italienne. Face à ce défi, la Cour n'a pas hésité à invalider des lois jugées « anachroniques ». Dans son arrêt n°108 de 1986, elle a constaté l'« existence d'une irrationalité manifeste de la loi en raison de l'éventualité frappante où le loyer convenu initialement par elle ne correspond plus [...] à la nouvelle réalité économique et sociale »<sup>84</sup>. Encore plus illustratif est l'exemple issu de la jurisprudence de la Cour suprême américaine. En vertu de la consécration du principe « une personne, un vote », la Cour suprême a posé, par l'arrêt *Reynolds c. Sims*, les bases de la plus grande révolution démocratique que l'histoire américaine ait connue après l'adoption des amendements de la guerre civile. Plus particulièrement, la Cour a jugé que le système électoral de l'État de l'Alabama, divisé en cantons dont tous étaient représentés par un député et un sénateur nonobstant leur population, violait la clause d'égalité de protection des lois, contenue dans la première section du XIV<sup>e</sup> amendement à la

---

<sup>82</sup> *Nashville, Chattanooga & St. Louis Railway c. Waters*, 294 U.S. 405 (1935), p. 415.

<sup>83</sup> Jean-Jacques PARDINI, « La jurisprudence constitutionnelle et les "faits" », *op. cit.*, p. 125.

<sup>84</sup> Cité par Jean-Jacques PARDINI, « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *op. cit.*, p. 164.

Constitution fédérale. Selon les propos du *Chief Justice Warren*, le système alors existant n'était autre chose qu'un « anachronisme irrationnel » :

« Nous affirmons que la clause d'égalité de protection, entendue comme un standard constitutionnel fondamental, requiert que les sièges de toutes les deux chambres d'une législature fédérée bicamérale soient distribués sur la base de la population. [...] L'inaction législative, ajoutée à l'indisponibilité d'un autre remède politique ou judiciaire [...] avait abouti, avec le passage des années, à ce que le système ainsi perpétué soit devenu un peu plus qu'un anachronisme irrationnel »<sup>85</sup>.

À son tour, le Conseil constitutionnel français a suivi un raisonnement analogue, lorsqu'il a procédé, dans sa décision *Élection des députés* du 8 janvier 2009, à l'invalidation du deuxième alinéa du 1° du II de l'article 2 de la loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés, en raison de « l'importante modification [de] circonstances de droit et de fait »<sup>86</sup>. À plusieurs reprises, le Conseil avait auparavant prévenu qu'« il incombait au législateur... de modifier le tableau des circonscriptions législatives... afin de tenir compte des évolutions démographiques intervenues depuis leur dernière délimitation »<sup>87</sup>, mais avait aussi signalé qu'il ne lui appartenait pas de pallier la « carence »<sup>88</sup> de ce dernier. Le commentaire de la décision *Élection des députés*<sup>89</sup> explique que le législateur a répondu à cette incitation du Conseil et autorisé le Gouvernement à procéder par ordonnances à la mise à jour de la délimitation des circonscriptions législatives. Or, ce faisant, il a repris la règle selon laquelle le nombre de députés ne peut être inférieur à deux pour chaque département, condition figurant dans l'annexe de la loi du 11 juillet 1986 que le Conseil avait déjà déclarée conforme à la Constitution<sup>90</sup>. Dans ce cadre, « en 2009, le Conseil a cependant estimé que l'évolution des circonstances de droit et de fait ne permettait plus de considérer que cette atteinte au principe d'égalité devant le suffrage constituait un "impératif d'intérêt général" permettant de déroger à la règle fondamentale selon laquelle les députés sont élus sur des bases essentiellement démographiques<sup>91</sup> ». Les obligations apportées par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008

---

<sup>85</sup> *Reynolds c. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), p. 568 et 570.

<sup>86</sup> Décision n°2008-573 DC du 8 janvier 2009, *Élection des députés*, cons. 23.

<sup>87</sup> Décision n°2002/2704/2740/2747 du 25 juillet 2002, AN, Bouches-du-Rhône, cons. 10.

<sup>88</sup> Décision Hauchemaille-Marini du 20 septembre 2001, cons. 8.

<sup>89</sup> Commentaire des décisions n°2008-572 DC et n°2008-573 DC du 8 janvier 2009, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°26.

<sup>90</sup> Décision n°86-208 DC du 2 juillet 1986, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*.

<sup>91</sup> Commentaire des décisions n°2008-572 DC et n°2008-573 DC du 8 janvier 2009, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°26.



ainsi que l'« *augmentation non homogène de la population sur le territoire* »<sup>92</sup> rendaient en effet cette règle incompatible avec les nouvelles données de la réalité juridique et sociale ; elle portait, dorénavant, atteinte au principe d'égalité et justifiait, par conséquent, l'intervention du juge constitutionnel.

En second lieu, lors de son audition devant l'Assemblée générale avant l'adoption de la loi organique du 10 décembre 2009, le professeur Mathieu avait exprimé des réserves à l'égard de l'exception du « *changement des circonstances* », parce qu'il serait, d'ores et déjà, difficile de savoir « *si le Conseil constitutionnel sera le juge de la loi ou de l'application de la loi* »<sup>93</sup>. Moins d'un an plus tard, la décision du Conseil du 30 juillet 2010 relative au régime de la garde à vue<sup>94</sup> a confirmé cette hypothèse. Comme le professeur Puig le commente, le Conseil se transforme, par cette décision, de juge de la loi en juge de l'application de la loi, puisque ce sont les pratiques, les comportements et non pas les dispositions législatives elles-mêmes que le Conseil stigmatise pour l'atteinte qu'ils portent contre les libertés<sup>95</sup>. Cela dit, il faut d'abord préciser qu'une distinction cristalline entre le « *juge de la loi* » et le « *juge de l'application de la loi* » n'existait pas, même avant l'introduction de la QPC et de la notion de changement de circonstances. Le recours à la technique des réserves d'interprétation prouve bien ce point. À notre avis, il est plus correct de mettre en relief, comme le fait le juge Zagrebelsky, la différence entre un « *jugement abstrait sur les potentialités futures de la loi* » et un « *jugement concret sur l'effectivité actuelle de la loi* »<sup>96</sup>. Or, les réserves exprimées par le professeur Mathieu mettent effectivement en lumière un aspect fondamental de la problématique du contrôle des normes législatives. C'est encore au juge Zagrebelsky de poser la question en des termes éclairants : « *L'inconstitutionnalité [...], est-elle un caractère des actes juridiques, ou des contextes sociaux dans lesquels les actes juridiques acquièrent aussi leur signification réelle ?* »<sup>97</sup>

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision *Garde à vue*, affirme en réalité que l'inconstitutionnalité n'est pas nécessairement une qualité inhérente à la loi, mais que celle-ci peut dépendre aussi du contexte dans lequel la loi est appliquée. En l'espèce, elle reconnaît que « *depuis 1993, certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de*

<sup>92</sup> Commentaire de la décision n°2012-233 QPC du 21 février 2012, disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

<sup>93</sup> Audition de M. Bertrand MATHIEU, in Rapport n°1898 de l'Assemblée Nationale, *op. cit.*, p. 106.

<sup>94</sup> Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres (*Régime de la garde à vue*).

<sup>95</sup> Pascal PUIG, « QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 516.

<sup>96</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant », *AIJC*, t. II, 1986, p. 58.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 70.

*procédure pénale* »<sup>98</sup>. Significatif est le constat que, pour ce qui concerne le changement de circonstances de fait, le Conseil se réfère à des « faits durs ». Notamment, il prend en compte des données statistiques officielles montrant l'« *évolution profonde de la structure de la procédure pénale* » qui rend la conception tripartite traditionnelle une conception « datée » ainsi que les « *très nombreuses réformes de l'article 16 du code de procédure pénale* »<sup>99</sup> et leurs conséquences pratiques ayant contribué à « *banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures* »<sup>100</sup>. Il en découle que non seulement « *ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées* »<sup>101</sup>, mais que « *les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1er à 6, et 77 du code de procédure pénale n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue compte tenu des évolutions précédemment rappelées* »<sup>102</sup>.

Par ce raisonnement, le Conseil adhère, dans un premier temps, à la position du juge Zagrebelsky, selon lequel il existe « *des exemples d'inconstitutionnalité qui, en eux-mêmes, ne découlent pas de la loi seule, mais de la distorsion qu'elle subit (au regard de ses intentions) du fait de l'environnement social* »<sup>103</sup>. L'invocation du changement des circonstances en vue de contrôler la mise en œuvre de la loi, dans ce contexte modifié, ne constitue, sous cet angle, qu'une correction des « *effets pervers* »<sup>104</sup> de la loi par rapport à sa conception abstraite ; des perversions notamment « *qui sont le fruit de la conjonction entre elle et la réalité sociale dans laquelle elle s'insère* »<sup>105</sup>. Dans un second temps, le Conseil pousse encore plus loin cette logique et adopte une approche conséquentialiste qui conduit au contrôle de la pure effectivité de la loi. Lorsqu'il se centre sur la banalisation du recours à la garde à vue, ce sont les modalités propres d'application des dispositions législatives qui sont contrôlées, sans référence à des « *changements exogènes à la disposition de loi* »<sup>106</sup>. Cela dit, les conditions matérielles dans lesquelles les gardes à vue sont mises en œuvre sont toujours hors du champ de contrôle exercé par le juge constitutionnel<sup>107</sup>. Pourtant, cela n'empêche que de telle manière, comme le remarque le professeur Puig, la pratique acquiert une force normative<sup>108</sup> et le contrôle de constitutionnalité

<sup>98</sup> Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, cons. 15.

<sup>99</sup> Commentaire de la décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°30, 2010.

<sup>100</sup> Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, cons. 18.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> *Ibid.*, cons. 29.

<sup>103</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant », *op. cit.*, p. 70.

<sup>104</sup> Pascal PUIG, « QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 516.

<sup>105</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant », *op. cit.*, p. 70.

<sup>106</sup> Xavier MAGNON (dir.), *QPC : La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>107</sup> Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, cons. 20.

<sup>108</sup> Pascal PUIG, « QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 517.

porte sur « le droit vivant »<sup>109</sup>. Sous cet angle, le contrôle *a posteriori* de la loi ne constitue que le second acte de la même pièce, dont l'acte d'ouverture n'est autre que le contrôle *a priori*. Or, l'invocation du changement des circonstances contribue à atténuer cette approche conséquentialiste et à nuancer le constat qu'il s'agit d'un contrôle de la pure effectivité de la loi. Par le truchement de ce raisonnement synthétique, le Conseil donne l'impression à la fois de corriger un anachronisme législatif « irrationnel » et de revenir sur son ancien jugement<sup>110</sup> pour prendre cette fois-ci en compte les effets imprévisibles de la mise en œuvre de la disposition de loi, c'est-à-dire le « droit en action ».

En conclusion, l'examen des décisions *Élection des députés* et *Garde à vue* permet de tirer deux conclusions générales. Premièrement, lorsque le Conseil décide d'invalider une disposition législative, il évoque à la fois le changement de circonstances de droit et de fait pour mettre en relief l'évolution des éléments factuels et juridiques. Deuxièmement, les faits qui sont fournis sont des « faits durs », à savoir objectifs et quantifiables, donc incontestables. À l'opposé de son attitude vis-à-vis la justification des mesures législatives, il paraît que le Conseil, fidèle à la fois à son rôle de gardien de la Constitution et au principe démocratique, considère que les enjeux accroissent lorsqu'il s'agit de censurer ou d'abroger une loi votée par le Parlement. Il éprouve, par conséquent, le besoin d'offrir une motivation plus rigoureuse pour se prémunir contre des critiques éventuelles.

## II. Une notion potentiellement déstabilisatrice

---

<sup>109</sup> Pascal PUIG, chronique « La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première... », *RTDC*, 2010, p. 69-70. -Il serait plus correct, à notre avis, de substituer le terme « droit en action » au terme « droit vivant ». Il est certes vrai que plusieurs auteurs utilisent ces deux termes de manière interchangeable (voir Jean-Jacques PARDINI, « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *op. cit.*, p. 161 ; Gustavo ZAGREBELSKY, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°22, juin 2007, p. 159), mais il nous semble nécessaire de procéder à la clarification suivante. Lorsque Roscoe Pound, le grand juriste américain, a inventé le terme *law in action*, pour l'opposer à celui de *law in books*, il entendait distinguer entre une approche doctrinale et abstraite du droit, d'un côté, et sa mise en œuvre concrète soit par les tribunaux soit, plus globalement, par les autorités chargées de son application, de l'autre (voir son article « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, n°44, 1910, spéc. p. 16-19, où il analyse comme manifestation du droit en action les tactiques interrogatoires de la police de son époque). De la même manière, une partie de la doctrine italienne accepte que « la norme "vivante" en tant qu'interprétation consolidée de la loi est essentiellement mais non exclusivement d'origine jurisprudentielle » (Thierry DI MANNO, « Réserves d'interprétation et "droit vivant" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in Bertrand MATHIEU-Michel VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Actes de l'atelier du III<sup>e</sup> Congrès de l'Association française des constitutionnalistes..., Paris – Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 1998, p. 34). Toutefois, de nombreux autres auteurs soutiennent que la pratique administrative est une source problématique ou incertaine du droit vivant (Thierry DI MANNO, *ibidem* ; Gustavo ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant », *op. cit.* p. 64 ; Catarina SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris - Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 2003, p. 86-91). De plus, si l'on entend largement le terme « droit vivant », il acquiert un sens moins technique, perd donc sa propre spécificité et finit par s'identifier au terme générique « droit en action ». On voit donc mal pourquoi ne pas se référer directement au terme originel et devoir « subir » la médiation de la doctrine italienne, surtout à partir du moment où les auteurs italiens eux-mêmes renvoient assez souvent à leurs homologues américains.

<sup>110</sup> Décision n°93-326 DC du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*.

## **A) Une remise en cause de la légitimité institutionnelle du Conseil constitutionnel**

De l'analyse précédente, il résulte que le Conseil constitutionnel est appelé à jouer le rôle de l'« *acteur majeur de l'évolution du droit* »<sup>111</sup>. Il devient en effet l'« *élément déclencheur des réformes* » : s'il ne dicte pas toujours le contenu, il en fixe au moins le calendrier<sup>112</sup>. Que cela relève de l'adaptation de la norme constitutionnelle au temps ou d'une sorte de « *suppléance des juges* » face à l'inertie du Parlement<sup>113</sup>, le risque de voir le Conseil se substituer soit au constituant soit au législateur demeure.

Dans un premier temps, l'invocation du changement de circonstances de fait peut ériger le Conseil en véritable pouvoir co-constituant. Il existe effectivement plusieurs optiques pour approcher de cette éventualité. Tout d'abord, le processus d'adaptation permanente, coûte que coûte, du texte constitutionnel à l'évolution des faits pourrait conduire à une mise en question de sa rigidité : La Constitution serait malléable à un tel point que le Conseil pourrait y inscrire toute idée à condition qu'elle soit conforme « au temps ». Une telle conclusion serait pourtant inacceptable dans un système constitutionnel démocratique, parce qu'il n'y aurait point de Constitution proprement dite, si par cette notion l'on entend toujours la « *loi fondamentale et suprême que se donne un peuple libre* »<sup>114</sup>.

L'expérience américaine est à cet égard assez éclairante. La Cour suprême a su certes déclarer en 1926 que « *bien qu'un certain degré d'élasticité soit ainsi attribué non pas au sens, mais à l'application des principes constitutionnels, les lois et les arrêtés qui [...] sont clairement jugés comme non conformes à la Constitution, doivent être annulés* »<sup>115</sup>. Néanmoins, l'avènement de nouvelles réalités socio-économiques l'a poussée à maintenir des lois qui, quoiqu'adaptées aux conditions alors actuelles, rendaient presque caduques certaines interdictions constitutionnelles<sup>116</sup>. La « *synergie illicite* » qui a eu lieu, à diverses reprises, entre

---

<sup>111</sup> Pascal PUIG, « QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 514.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 515.

<sup>113</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *op. cit.*, p. 159.

<sup>114</sup> Elisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>115</sup> *Village of Euclid c. Ambler Realty Co.*, 272 U.S. 365 (1926), p. 387 [notre traduction].

<sup>116</sup> À titre d'exemple, peuvent être cités les arrêts *Home Building and Loan Association c. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934) et *Wickard c. Filiburn*, 317 U.S. 111 (1942). Le premier arrêt a établi une exception, impensable selon les constituants de 1787, à la clause de contrats consacrée par l'article I, section 10, al. 1 de la Constitution fédérale. Par le second arrêt, la Cour a pratiquement renoncé à contrôler la conformité des lois fédérales à la clause du commerce interétatique, contenue dans l'article I, section 8, al. 3 de la Constitution, et a permis, par conséquent, le bouleversement de la structure fédérale.

le Congrès et la Cour suprême a abouti finalement à la transformation radicale, par voie informelle, de la Constitution. De la même manière, la tentative de la part de la Cour suprême de faire évoluer, au moyen d'une interprétation large, le sens des dispositions constitutionnelles en vue de l'adapter au contexte actuel, a été souvent stigmatisée comme un empiètement sur le pouvoir constituant. Il suffit de mentionner la polémique qui a suivi l'arrêt *Brown c. Board of Education*<sup>117</sup> pour comprendre qu'une telle « constitution vivante » peut très facilement dégénérer en une « constitution faite par le juge »<sup>118</sup>. Sur ce point, l'on ne saurait donc pas s'empêcher de se poser la question suivante : dans quelle mesure une interprétation « élastique » prétendrait toujours être l'application d'une constitution rigide ayant un sens objectif et relativement fixe ?

Dans un second temps, le professeur Di Manno ajoute une dimension complémentaire à cette analyse, lorsqu'il observe qu'un revirement de jurisprudence fondé sur le changement des circonstances paraît avoir « *tous les attraits d'une révision constitutionnelle à peu de frais et semble ainsi faire du juge constitutionnel un législateur constitutionnel de substitution* »<sup>119</sup>. Il approuve ainsi la prudence du Conseil constitutionnel de ne pas céder à cette tentation et de ne pas modifier sa jurisprudence en matière d'égalité des sexes<sup>120</sup>, à l'instar de la Cour constitutionnelle italienne. Toutefois, le danger subsiste toujours. Encore aux États-Unis, la leçon du New Deal montre qu'il est possible de s'en passer de la procédure de révision de la Constitution et de poursuivre des objectifs identiques par la voie de l'interprétation judiciaire, à savoir par la voie des revirements jurisprudentiels<sup>121</sup>. Ces « réinterprétations radicales »<sup>122</sup>, selon l'expression du professeur Rubinfeld, ont permis des réformes constitutionnelles majeures qui ne figurent point dans le texte constitutionnel. Effectivement, tout l'édifice jurisprudentiel qui a été construit lors du New Deal a su être interprété comme un ajustement au changement des circonstances : notamment l'avènement de la Grande Dépression et l'émergence d'une nouvelle réalité socio-économique. Les juges de l'époque auraient ainsi instrumentalisé la notion de

---

<sup>117</sup> 347 U.S. 483 (1954). À propos de cette polémique, nous renvoyons à l'article de Gwénaële CALVÈS, « Le juge constitutionnel entre droit et politique : une brève présentation de la querelle des "principes neutres" », *Jus Politicum*, n°5, 2011, p. 167-199.

<sup>118</sup> Pour un bref aperçu des réactions à cette idée, qu'il nous soit permis de renvoyer à notre thèse *Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la notion de constitution vivante*, Paris II, 2011, p. 538 et suiv.

<sup>119</sup> Thierry DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 102.

<sup>120</sup> Décision n°98-407 DC du 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*.

<sup>121</sup> Elisabeth ZOLLER, « Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *op. cit.*, p. 106.

<sup>122</sup> Jed RUBENFELD, *Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law*, Cambridge-London, The Harvard University Press, 2005, p. 3.

changement des circonstances afin d'affirmer la flexibilité de la Constitution et de présenter celle-ci comme naturellement apte à faire face aux défis posés par l'époque moderne<sup>123</sup>.

Pour conclure, l'exemple américain laisse entrevoir les dangers découlant d'un recours inconditionnel au changement de circonstances de fait. À l'objection consistant à soutenir que l'expérience outre-Atlantique ne présente pas d'analogies avec le cas français, nous nous bornerons à noter que même aux États-Unis, il a fallu la Grande Dépression de 1929 pour apprécier entièrement les implications de la notion. Sans doute, un New Deal à la française n'est pas imminent. Cela n'exclut pas cependant la possibilité que des réformes constitutionnelles importantes soient entreprises par le Conseil constitutionnel pourvu que la pression du changement des circonstances ne puisse être absorbée par le législateur constitutionnel ou organique<sup>124</sup>.

De plus, au-delà du risque de voir le Conseil constitutionnel se transformer en co-constituant, il existe la possibilité de l'avènement d'une situation dite « pan-constitutionnalisme » ou « hyper constitutionnalisme »<sup>125</sup> : Le Conseil agirait certes à un niveau infra-constitutionnel, mais imposerait des devoirs si asphyxiants au législateur qu'il parviendrait à déterminer la mise en œuvre des politiques législatives. Dans cette perspective, on pourrait reprocher à la notion de changement de circonstances de fait d'avoir pour vocation, en paraphrasant le professeur Di Manno, d'être « *l'outil sophistiqué que le juge constitutionnel aurait forgé spécialement pour phagocyter le droit et étouffer la politique* »<sup>126</sup>.

Le professeur Mathieu avait tôt pointé ce danger, lors de son audition devant l'Assemblée Nationale, en indiquant que « *c'est au législateur d'adapter la loi aux circonstances et non pas au juge* »<sup>127</sup>. Cela dit, l'« essoufflement » du législateur face à l'évolution rapide des rapports sociaux<sup>128</sup>, justifierait incontestablement l'intervention du juge constitutionnel. Pourtant, cela pourrait aussi conduire à ce que le juge assume décisivement la tâche de l'adaptation du droit à la réalité, sous prétexte de récompenser l'inertie du législateur. La solution avancée par le

---

<sup>123</sup> Pour mieux comprendre le lien historique profond entre la notion de changement de circonstances et l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle, au cours du New Deal, nous renvoyons de nouveau à notre thèse *Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la notion de constitution vivante*, *op. cit.*, p. 92-119 et 406-425.

<sup>124</sup> La décision n°2012-233 QPC du 21 février 2012, *Mme Marine Le Pen*, relative au mode de désignation des candidats présidentiels présage sans doute la possibilité d'un tel développement.

<sup>125</sup> Thierry DI MANNO, « Réserves d'interprétation et "droit vivant" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 53

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> Audition de M. Bertrand MATHIEU, in *Rapport n°1898 de l'Assemblée Nationale*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>128</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *op. cit.*, p. 159.

Conseil d'État au regard de ce problème contribue à mettre en lumière les enjeux. Dans ses conclusions lors de l'arrêt *Simmonet*, le commissaire du gouvernement M. Braibant explique que l'arrêt *Despujol* reconnaît ouvertement le devoir de l'administration d'adapter la réglementation à l'évolution des faits sous le contrôle du juge<sup>129</sup>, devoir assumé désormais par le législateur lui-même<sup>130</sup>. Néanmoins, est-on prêt à transposer cette jurisprudence en matière constitutionnelle ? Le professeur Rousseau se demande alors, à juste titre, si « *le Conseil constitutionnel imposera-t-il un jour au législateur d'abroger une loi qui ne correspondra plus aux situations de droit ou de fait* »<sup>131</sup>. Pourvu que la réponse à cette question soit affirmative, nous nous retrouverons effectivement dans la situation étrange que le professeur Mathieu décrit : « *Si le changement de circonstances de fait était admis et si le législateur décidait de ne pas intervenir... le juge constitutionnel reprocherait au législateur de ne pas avoir décidé d'adapter la loi à l'évolution des mœurs*<sup>132</sup> ! »

Conformément à cette analyse, il serait judicieux de craindre donc que l'invalidation, à la lumière des données actuelles, d'une disposition législative ne puisse voiler en réalité la volonté de procéder à un contrôle généralisé des « anachronismes législatifs », surtout ceux qui réglementent la moralité publique. Par ailleurs, ce type de contrôle pourrait être effectué très discrètement et passer pour inaperçu; il ne suffirait bien entendu que de « découvrir » un changement dans l'état des mentalités et la tâche serait quasiment accomplie. L'exemple américain permet de nouveau de voir ce glissement subtil et d'en apprécier les conséquences.

Dans un article remarquable, le professeur de Chicago David Strauss, défenseur du courant de *common law constitutionalism*, exprime ses réserves sur le fort penchant de la Cour suprême pour les commandements de l'opinion publique, au nom d'une sensibilité et adaptabilité au consensus moral du moment. Il explique précisément qu'une nouvelle conception du pouvoir de *judicial review* semble avoir surgi récemment, une conception que l'on pourrait appeler *modernisatrice*. Selon celle-ci, le regard des juges n'est pas tourné vers le passé, comme l'imposerait la conception dominante, mais vers le futur. Le but ne serait plus de se conformer à la tradition, mais d'actualiser les lois et d'accommoder, au lieu de limiter, les développements de l'opinion publique<sup>133</sup>. La fonction modernisatrice prescrit à la Cour suprême d'examiner si la loi en question, quoique formellement en vigueur, est le produit d'une ère passée et ne reflète plus un

---

<sup>129</sup> Conclusions de M. Braibant sous l'arrêt *Ministre de l'Agriculture c. sieur Simmonet*, RDP, 1964, p. 187.

<sup>130</sup> Voir l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, inséré après l'article 16 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

<sup>131</sup> Bertrand MATHIEU–Michel VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 109-10.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 107-8.

<sup>133</sup> David STRAUSS, « The Modernizing Mission of Judicial Review », *University of Chicago Law Review*, n°76, 2009, p. 860.

consensus politique. Afin de répondre à cette question, la Cour peut recourir à une série de considérations : notamment, depuis la promulgation de la loi, les attitudes ont-elles changé de sorte que l'on puisse affirmer que la mesure ne jouit plus d'un soutien politique solide ? La législation en d'autres matières pertinentes suggère-t-elle que les idées animant la loi en question ne soient plus largement tenues ? La loi est-elle toujours appliquée et dans le cas où l'application est sporadique, cela signifie-t-il qu'elle manque de soutien populaire<sup>134</sup> ? En définitive, cette approche est particulièrement visible dans le domaine d'application de la doctrine de *substantive due process of law*<sup>135</sup> et de la clause de « châtiments cruels et inhabituels » du VIII<sup>e</sup> Amendement<sup>136</sup>, domaines où la Cour suprême semble s'arroger le monopole d'exprimer la « voix authentique » du peuple américain.

## **B) Une remise en cause de la continuité de la jurisprudence constitutionnelle**

Quoique le Conseil constitutionnel utilise la notion de changement de circonstances de fait avec prudence et un certain sens d'autolimitation afin de ne pas porter atteinte au principe de la souveraineté populaire et au principe démocratique, celle-ci peut toujours être un élément de désordre juridique. L'élément d'insécurité juridique<sup>137</sup> lui est inhérent tant qu'elle demeure une notion vague et essentiellement indéterminée qui peut, pour cette raison, être facilement manipulée en vue de la banalisation du revirement jurisprudentiel.

Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, le changement de circonstances de fait n'a été invoqué qu'une seule fois : l'exemple en est la décision *Garde à vue*. Le plus souvent, le Conseil constitutionnel se contente de refuser un changement des circonstances ayant recours, sans autre précision, à la formule suivante : « *en l'absence de changement des circonstances* »<sup>138</sup>. Parfois, il élabore un peu plus cette idée affirmant qu'« *il n'en résulte aucun changement des circonstances de nature à permettre au Conseil constitutionnel de procéder à un nouvel examen de cette disposition* »<sup>139</sup> ou que « *cette modification ne constitue pas un changement des circonstances au*

---

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 863.

<sup>135</sup> Voir en particulier l'arrêt *Lawrence and Garner c. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) qui a dépénalisé les rapports homosexuels.

<sup>136</sup> Pour les arrêts relatifs à la peine capitale voir *infra*.

<sup>137</sup> Audition de M. Bertrand MATHIEU, in *Rapport n°1898 de l'Assemblée Nationale*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>138</sup> À titre d'exemple, peuvent être citées les décisions n°2010-9 QPC du 2 juillet 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons* [Article 706-53-21 du code de procédure pénale], cons. 5 et n°2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Époux P. et autres* [Perquisitions fiscales], cons. 10.

<sup>139</sup> Décision n°2011-142/145 QPC du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et autres* [Concours de l'État au financement par les départements du RMI, du RMA et du RSA], cons. 17.



sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée »<sup>140</sup>. Lorsque cependant l'on se demande quel est le sens de l'article susvisé, la seule réponse disponible est celle que l'on trouve dans la décision du 3 décembre 2009, et surtout dans son commentaire.

D'après cette définition, le changement de circonstances de fait comprend les faits législatifs (*legislative facts*), c'est-à-dire les faits se référant à l'ensemble de la société, et non pas les faits judiciaires (*adjudicative facts*) qui ne concernent que les parties au procès et qui disposent d'un caractère concret et individuel<sup>141</sup>. Il s'ensuit, selon le professeur de Lamy, que « ces circonstances correspondent aux données techniques, économiques ou sociales dans lesquelles la loi est adoptée à un moment donné et dont le changement peut affecter la perception de la constitutionnalité du texte »<sup>142</sup>. Or, le problème gît exactement dans cette définition par trop large. Dans un monde en mutation permanente, où l'on est de plus en plus disposé à admettre que tout est fluide, « tout coule », il y a aura toujours une modification des données initiales. On peut donc raisonnablement se demander, à l'instar du professeur Klarman de Harvard, lesquelles des circonstances en question sont constantes et lesquelles variables. De surcroît, comment calcule-t-on la direction et la mesure dans laquelle le juge constitutionnel doit agir<sup>143</sup> ? Est-il possible de poser en amont certaines limites et de fournir certaines directives au juge ou faut-il se contenter d'une évaluation en aval de ses initiatives ? Si cela est le cas, n'introduit-on un élément de subjectivité irrémédiable dans l'appréciation du changement des circonstances ? C'est pour cette raison que, dans sa critique de la théorie de traduction développée par le professeur Lessig, le professeur Klarman suggère que, en réalité, lorsqu'on y a recours, on essaie de faire triompher sa propre vision des choses. Étant donné que l'on ne peut jamais fonder sa décision sur toutes les circonstances qui ont été entre-temps modifiées, le choix devient, dans une large mesure, arbitraire et manque de rigueur<sup>144</sup>. Il se résout donc à constater le caractère « fatalement indéterminé » du concept de changement de circonstances de fait<sup>145</sup>. Au demeurant, si une décision se justifie sur le fondement des conditions nouvelles, elle ne relève selon lui que de l'arbitraire du juge.

En outre, le professeur Carreau remarque que, dans presque tous les systèmes juridiques, on peut trouver l'idée selon laquelle « la survivance de certains avènements est de nature à modifier la portée des engagements juridiques », bien que ce principe soit

<sup>140</sup> Décision n°2010-44 QPC du 29 septembre 2010, *Époux M. [Impôt de solidarité sur la fortune]*, cons. 9.

<sup>141</sup> Jean-Jacques PARDINI, « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *op. cit.*, p. 161.

<sup>142</sup> Bertrand DE LAMY, chronique « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée », *op. cit.*, p. 204.

<sup>143</sup> Michael KLARMAN, « Antifidelity », *Southern California Law Review*, n°70, 1996-1997, p. 402.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 407.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 403.

inévitablement « *très dangereux pour la stabilité des relations juridiques* »<sup>146</sup>. Cet élément d'insécurité juridique se trouve accentué en droit constitutionnel à la suite de l'introduction du contrôle *a posteriori*. On peut très bien imaginer, à l'instar du sénateur Portelli, une situation d'« *instabilité* »<sup>147</sup> généralisée où « *les décisions du Conseil constitutionnel pourront être remises en cause systématiquement puisque les circonstances de fait ne seront jamais les mêmes* »<sup>148</sup>. Cette « *ouverture nécessaire* » à l'évolution des faits, prévue par le législateur organique, pourrait effectivement, selon le professeur Rousseau, « *par sa logique propre, priver d'effet pratique le principe non bis in idem* »<sup>149</sup>.

Pour mieux apprécier cette éventualité, le professeur américain Israël explique, dans son analyse devenue classique des modes de revirement jurisprudentiel, que la force de séduction de la notion de changement de circonstances réside dans la garantie de continuité institutionnelle qu'elle offre. Il s'agit en particulier d'une technique qui produit le résultat souhaité, sans pour autant remettre en cause le bien-fondé de la décision antérieure. Par conséquent, son avantage majeur consiste en ce qu'une rupture explicite avec le passé est évitée. On esquivé ainsi la question de savoir si une décision était erronée ou non au moment où elle fut rendue et l'évolution de la jurisprudence se réalise ainsi de manière plus anodine et fluide, voire plus fréquente<sup>150</sup>. En conclusion, un revirement jurisprudentiel « *justifié* » par l'évolution des faits a pour effet de ne pas remettre directement en cause les décisions antérieures. Cela atténue pourtant la gravité du revirement et le rend, par conséquent, plus facilement réalisable.

### **C) Une tentative de limitation du pouvoir discrétionnaire du juge constitutionnel**

Il résulte des analyses précédentes que la notion de changement de circonstances de fait peut s'avérer une notion déstabilisatrice au regard de la légitimité institutionnelle du Conseil constitutionnel et de la continuité de sa jurisprudence. Il est donc impératif de tenter de limiter le pouvoir discrétionnaire du juge constitutionnel. La problématique du changement des circonstances restera effectivement inachevée tant que l'on ne fournit pas de réponses aux questions suivantes: d'abord, sous quelles conditions un changement de circonstances de fait peut-il survenir et, ensuite, quels sont les faits juridiquement pertinents.

---

<sup>146</sup> Dominique CARREAU, *Droit international*, 10<sup>e</sup> édition, Paris, A. Pedone, 2009, p. 400.

<sup>147</sup> *Rapport n°637 du Sénat, op. cit.*, p. 43.

<sup>148</sup> Audition de M. Bertrand MATHIEU, in *Rapport n°1898 de l'Assemblée Nationale, op. cit.*, p. 106.

<sup>149</sup> Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, p. 246.

<sup>150</sup> Jerold ISRAEL, « *Gideon v. Wainwright : the "Art" of Overruling* », *op. cit.*, p. 219-223.

En premier lieu, l'article 62 de la convention de Vienne sur le droit des traités prévoit les conditions suivantes pour que le changement des circonstances soit admissible : Il doit s'agir d'une modification *fondamentale* et *imprévisible* des circonstances constituant la *base essentielle* du consentement des parties à être liés par le traité qui a pour effet la transformation radicale de la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu de celui-ci<sup>151</sup>. Par ailleurs, en droit administratif, le Conseil d'État, à la suite de l'arrêt *Despujol*, a également confirmé que le « *changement des circonstances dans la situation de fait qui avait motivé la réglementation critiquée* » doit être « *important* »<sup>152</sup>. L'arrêt *Simmonet*<sup>153</sup> a étendu au domaine économique l'obligation d'adapter les règlements à l'évolution des circonstances, posant toutefois des « *conditions draconiennes* »<sup>154</sup>. Plus précisément, le commissaire du gouvernement Braibant avait indiqué, dans ses conclusions, les conditions suivantes pour éviter que le contrôle exercé se transforme en contrôle d'opportunité : le changement doit être *important*, avoir des *conséquences juridiques* et le juge doit laisser au gouvernement *le libre choix des moyens* en cas où il est tenu d'adopter la réglementation à la situation nouvelle<sup>155</sup>. Cette solution contribuerait effectivement à « *censurer les manifestations les plus graves de sclérose administrative ou d'anachronisme juridique sans porter atteinte aux prérogatives du gouvernement* »<sup>156</sup>. Le Conseil d'État a préféré, à son tour, imposer des conditions encore plus restrictives : le changement des circonstances dans lesquelles la disposition litigieuse trouve sa base légale doit revêtir, « *pour des causes indépendantes de la volonté des intéressés, le caractère d'un bouleversement tel qu'il ne pouvait entrer dans les prévisions de l'auteur de la mesure et qu'il a eu pour effet de retirer à celle-ci son fondement juridique* »<sup>157</sup>.

Au vu de cet arrêt, les professeurs Drago<sup>158</sup> et Rousseau<sup>159</sup> proposent de transposer la jurisprudence administrative relative au changement de circonstances en droit constitutionnel. En l'occurrence, le dernier, s'inspirant des conclusions de M. Braibant, esquisse de la manière suivante le test à introduire: en premier lieu, il faut une « *transformation importante des données de fait – économiques, sociologiques, technologiques, morales...— existant au moment où la loi aujourd'hui contestée a été votée* », en deuxième lieu une « *transformation indépendante de la*

---

<sup>151</sup> Jean SALMON (dir.), « Changement de circonstances », *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 165.

<sup>152</sup> CE, 24 juin 1938, *Chambre de Commerce de Dakar*, Rec. p. 578.

<sup>153</sup> CE, 10 janvier 1964, *Ministre de l'Agriculture c. sieur Simmonet*, Rec. 19.

<sup>154</sup> Note M. Waline sous l'arrêt *Ministre de l'Agriculture c. sieur Simmonet*, RDP, 1964, p. 457.

<sup>155</sup> Conclusions de M. Braibant sous l'arrêt *Ministre de l'Agriculture c. sieur Simmonet*, *op. cit.*, p. 189-90.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>157</sup> CE, 10 janvier 1964, *Ministre de l'Agriculture c. sieur Simmonet*, Rec. 19.

<sup>158</sup> Guillaume DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 449.

<sup>159</sup> Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 248.

*volonté du législateur* » et, en dernier lieu, une « *transformation que le législateur ne pouvait pas prévoir* »<sup>160</sup>.

Au regard de ces trois conditions, c'est évidemment la première qui soulève les questions interprétatives les plus délicates, mais en tout cas compatibles avec l'office du juge<sup>161</sup>. Cela dit, que le changement soit « important », « fondamental », « vital »<sup>162</sup>, « d'une importance essentielle »<sup>163</sup> ou ayant le « caractère d'un bouleversement », le critère reste quantitatif<sup>164</sup>. Or, si l'on se concentre sur l'ampleur du changement, on risque de perdre de vue un élément primordial: il ne suffit pas de n'importe quel changement, mais d'un changement ayant une « *influence manifeste sur la mise en œuvre du principe constitutionnel lui-même* »<sup>165</sup>. En d'autres termes, ce n'est pas tant l'*importance* qui compte, mais la *nature*<sup>166</sup> du changement. Le professeur Lessig remarque à ce propos que toutes les modifications du contexte, qu'elles soient importantes ou non, ne constituent pas forcément *un changement des circonstances*, au sens juridique du terme. La modification du contexte n'est déterminée en effet que par le but de la disposition législative ou constitutionnelle elle-même<sup>167</sup>. Il faut par conséquent pouvoir constater davantage une modification de la « base essentielle » du contexte sur lequel le législateur ou le constituant s'est fondé afin d'adopter la norme en question.

De la même manière, la condition d'imprévisibilité doit être entendue strictement. Il se peut que l'on qualifie, dans le langage courant, l'avènement d'une crise économique majeure ou même l'augmentation du taux de criminalité de « changement important et imprévisible » des données existant au moment de l'adoption de la loi. Cependant, s'il n'aboutit à une modification des attentes fondamentales quant à l'application de celle-ci, il n'existe point de changement de circonstances, au sens juridique du terme. Pour invalider une loi, il faut pouvoir prouver davantage que si les circonstances avaient été autres, le législateur ne l'aurait pas adoptée ou l'aurait sans doute modifiée. Cela implique que la constitutionnalité des lois qui ont été adoptées en connaissance, même imparfaite, de la possibilité d'un tel développement dans le futur, ne peut être remise en cause. Pour revenir à notre exemple, le fait qu'une certaine crise économique n'ait

---

<sup>160</sup> *Ibidem*.

<sup>161</sup> Conclusions de M. Braibant sous l'arrêt *Ministre de l'Agriculture c. sieur Simmonet*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>162</sup> CIJ, arrêt du 2 février 1973, *Compétence en matière des pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Islande)*, Rec. 1973, p. 19 et 20, par. 38.

<sup>163</sup> Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 225.

<sup>164</sup> Cela étant dit, nous croyons, à l'instar de M. Braibant et du professeur Rousseau qu'il suffit un changement « important » dans les circonstances de fait et non pas un « bouleversement ».

<sup>165</sup> Pierre-Yves GAHDOUN, in Dominique ROUSSEAU (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Gazette du Palais-Lextenso, coll. guide pratique, 2010, p. 90.

<sup>166</sup> Conclusions de M. Braibant sous l'arrêt *Ministre de l'Agriculture c. sieur Simmonet*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>167</sup> Lawrence LESSIG, « Fidelity in Translation », *op. cit.*, p. 1179.

pas pu être prévue par les économistes ne la rend pas nécessairement « imprévisible », d'un point de vue juridique<sup>168</sup>.

En deçà du respect de ces conditions, il est aussi nécessaire d'avoir recours à la vertu de la prudence. Il est vrai que tant le Conseil d'État que le Conseil constitutionnel s'adonnent à une appréciation stricte du changement de circonstances de fait<sup>169</sup> et cela pour de bonnes raisons. À son tour, la CJI reconnaît également que le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne doit s'appliquer qu'à des « cas exceptionnels »<sup>170</sup>. De même, le sénateur Portelli exprime à cet égard le vœu qu'un changement des circonstances ne saurait intervenir que de manière tout à fait « *exceptionnelle* », soit « *plusieurs décennies après l'adoption de la disposition législative litigieuse* »<sup>171</sup>. Néanmoins, l'exigence d'une telle distance temporelle nous semble fonctionner à contresens. La tentative entreprise par la Cour suprême américaine de « traduire » à l'époque actuelle un texte dont la plupart des dispositions datent de plus de deux siècles, prouve en réalité le contraire. Plus on s'éloigne de l'adoption d'un texte juridique, plus on recourt à la notion de changement de circonstances et plus on se sent libre de l'utiliser de manière créatrice. Pour notre part, il serait donc plus judicieux de pointer les ressources limitées du Conseil constitutionnel, d'un côté, et la force de son affirmation que « *l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* »<sup>172</sup>, de l'autre, comme contrepoids à une intervention par trop fréquente du juge.

En second lieu, quant à la délimitation possible de la notion, on a pu définir le changement des circonstances de fait comme un changement qui correspond à l'évolution du contexte économique, social, politique et technologique. Cependant, cette définition vaste recouvre des éléments factuels assez hétérogènes qui ne présentent pas les mêmes qualités et ne sont pas tous, par conséquent, de nature à offrir un degré satisfaisant de sécurité juridique lors de leur qualification par le juge. Pour cette raison, il sera soutenu que non seulement le Conseil constitutionnel doit accorder une priorité aux données objectives et avérées, mais que l'opinion publique doit être exclue en tant que source du changement des circonstances.

---

<sup>168</sup> Inversement, cela n'exclut pas, par exemple, la possibilité que des mesures fiscales fondées sur l'hypothèse d'une croissance économique soient susceptibles d'être réévaluées à la lumière des nouvelles données de la crise.

<sup>169</sup> Pauline GERVIER, « Le changement des circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 100.

<sup>170</sup> CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, Rec. 1997, p. 64, par. 104. Il est à noter que la seule instance où la clause *rebus sic stantibus* fut appliquée est l'arrêt C-162/96, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH*, Rec. I-3655 de la CJCE. Dans cet arrêt, la Cour admit que la dissolution de la Yougoslavie et la situation de guerre prévalant dans la région constituaient un changement fondamental de circonstances justifiant la suspension d'un accord de coopération avec la CE.

<sup>171</sup> *Rapport n°637 du Sénat, op. cit.*, p. 43.

<sup>172</sup> Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *IVG*, cons. 1.

D'après le professeur Lessig, la notion de contexte comprend *a priori* tout l'éventail de « purs » faits, de valeurs, d'hypothèses, de structures ou de modes de pensée qui déterminent la signification des mots utilisés par l'auteur d'un texte juridique<sup>173</sup>. La modification de ces éléments pourrait éventuellement être qualifiée de changement dans les circonstances de fait. Le Conseil constitutionnel semble cependant adopter une position différente. Dans les décisions qui ont été examinées ci-dessus, il a eu recours aux catégories de faits suivantes: les connaissances et les techniques médicales<sup>174</sup>, le progrès technologique et son importance actuelle<sup>175</sup>, les pratiques sociales et professionnelles<sup>176</sup>, le contexte économique<sup>177</sup> et les données statistiques telles que les évolutions démographiques<sup>178</sup> ou les données relatives aux conditions de mise en œuvre de la garde à vue<sup>179</sup>. Schématiquement, ces faits disposent de la qualité d'être facilement vérifiables et avant tout objectifs. Il est en effet assez naturel que le progrès scientifique et technologique prenne une place prépondérante dans les considérations du Conseil constitutionnel. En outre, on observe que le Conseil préfère, dans la majorité écrasante de cas<sup>180</sup>, procéder à une « traduction factuelle » proprement dite, selon la terminologie inventée par le professeur Lessig, et non pas à une « traduction structurelle » qui prendrait en compte les conceptions sous-tendant les faits en question<sup>181</sup>.

Toutefois, il faut souligner que le caractère prétendument scientifique des données ne suffit pas pour leur attribuer l'objectivité voulue. En effet, le juge Brandeis mettait souvent l'accent sur la difficulté de distinguer entre les « purs faits » et l'« interprétation des faits ». Il n'est pas difficile d'imaginer, à l'instar du professeur Cohendet, des exemples, tels que l'évaluation des effets du réchauffement climatique ou de la nocivité d'un produit<sup>182</sup>, sur lesquels il n'y aurait pas un consensus scientifique. Par conséquent, si l'on considérait la certitude et le déterminisme comme la vertu primaire de l'interprétation juridique, la notion de changement de circonstances devrait être totalement abandonnée, puisque le processus de traduction qu'elle implique relève plutôt de l'art du jugement que de la mécanique<sup>183</sup>. Néanmoins, ce constat inexorable n'entend pas dire que tout soit permis à tout prix. Étant donné les ressources limitées du Conseil constitutionnel et le caractère (essentiellement) objectif du contrôle exercé, les faits

<sup>173</sup> Lawrence LESSIG, « Fidelity in Translation », *op. cit.*, p. 1178 (note de bas de page 51).

<sup>174</sup> Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, cons. 10 et Décision n°2001-446 DC du 27 juin 2001, cons. 5

<sup>175</sup> Décision n°2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 30 et décision n°2009-580 DC du 10 juin 2009, cons. 12

<sup>176</sup> Décision n°2009-588 DC du 6 août 2009, cons. 8 et 13 et décision n°2004-499 DC du 29 juillet 2004, *op. cit.*, cons. 30.

<sup>177</sup> Décision n°98-401 DC du 10 juin 1998, cons. 26.

<sup>178</sup> Décision n°2008-573 DC du 8 janvier 2009, cons. 23.

<sup>179</sup> Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, cons. 15-18.

<sup>180</sup> L'exception en est la décision *HADOPI* où le Conseil constitutionnel considère la place qu'occupe l'internet aujourd'hui.

<sup>181</sup> Lawrence LESSIG, « Understanding Changed Readings : Fidelity and Theory », *op. cit.*, p. 406.

<sup>182</sup> Remarques in *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>183</sup> Lawrence LESSIG, « Fidelity in Translation », *op. cit.*, p. 1181-1182.

invoqués doivent, autant que possible, ne pas être sujets à des controverses. D'ailleurs, force est de noter que dans les deux cas où le Conseil constitutionnel a employé le changement des circonstances de fait pour invalider une disposition législative, il s'est fondé sur des données tout à fait objectives, en l'espèce des données statistiques, ce qui s'avère sans aucun doute un choix tout à fait justifié. Il s'agit bien entendu d'une lecture limitée avec laquelle le Conseil constitutionnel prend cependant les précautions nécessaires.

Enfin, la question de l'exclusion de l'opinion publique en tant que source du changement est une question assez débattue. Selon la définition classique de la notion de changement de circonstances, celle-ci inclut « l'évolution du contexte économique, social, politique, voire des mœurs »<sup>184</sup>. De même, le professeur Rousseau précise à ce propos qu'il entend par ce terme quatre sous-catégories possibles : l'évolution de l'état de l'opinion, de l'état des mentalités, des connaissances et des techniques<sup>185</sup>. Si l'on adopte cependant cette définition, on ne peut que tomber d'accord avec le professeur Cohendet qui craint que la notion de changement de circonstances de fait ne devienne « une boîte de Pandore »<sup>186</sup>. Il est vrai que la norme elle-même peut, à certaines reprises, exiger de prendre en compte l'évolution de l'opinion publique<sup>187</sup>, mais dans ce cas-là il ne s'agit plus d'un « fait » au sens juridique du terme<sup>188</sup>. Par conséquent, on ne peut pas, en toute rigueur, en tirer une conclusion générale selon laquelle l'évolution de l'opinion publique constituerait une source *autonome* du changement des circonstances.

Cela dit, certains auteurs américains du début du XXe siècle, dont Christopher Tiedeman<sup>189</sup> et le futur président Woodrow Wilson<sup>190</sup>, ont en effet songé à une interprétation conforme à la volonté présente du peuple. En tout état de cause, il faut noter que ce courant présuppose l'existence d'une conscience historique collective qui saurait se manifester concrètement. En outre, il se fonde sur une conception de la Constitution comme « canal de vie », à savoir en voie de transformation (informelle) permanente et donc malléable au gré de

---

<sup>184</sup> Agnès ROBLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *op. cit.*, p. 85-6.

<sup>185</sup> Dominique ROUSSEAU, « La prise en compte du changement de circonstances », *op. cit.*, p. 102.

<sup>186</sup> Remarques in *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>187</sup> CE, 1<sup>er</sup> avril 1936, *Syndicat des épiciers détaillants de Toulon*, Rec. p. 435. -Tel est aussi le cas de la clause de « châtiment cruel et inhabituel » du VIII<sup>e</sup> amendement de la Constitution américaine qui renvoie, selon l'interprétation dominante, aux standards moraux actuels du peuple américain.

<sup>188</sup> Remarques du professeur Pfersman in *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 113.

<sup>189</sup> Christopher TIEDEMAN, *The Unwritten Constitution of the United States : A Philosophical Inquiry into the Fundamentals of American Constitutional Law*, New York-London, G. P. Putnam Sons, 1890, p. 154.

<sup>190</sup> Woodrow WILSON, *Constitutional Government in the United States*, Transaction Publishers, 2002, New Brunswick (1<sup>re</sup> éd. : Columbia University Press, New York, 1908), spéc. p. 168-171.

l'interprétation du juge constitutionnel<sup>191</sup>. Sans doute, il serait possible de transposer cette idée à l'époque moderne s'appuyant sur les techniques modernes d'enregistrement de l'opinion publique. Cela aurait pourtant pour résultat inéluctable que le Conseil constitutionnel soit « *envahi par les sondages* »<sup>192</sup>. Il est donc évident que ce « droit sondagier », selon l'expression du professeur Pfersman<sup>193</sup>, s'avérerait peu compatible avec la nature et les objectifs actuels du système français de contrôle de constitutionnalité des lois.

Or, que l'on accepte le bien-fondé de cette critique, on pourrait toujours plaider pour la prise en compte d'une catégorie de « faits » distincte : l'évolution de l'état des mentalités. Pourquoi effectivement le Conseil ne pourrait-il se fonder sur « *le consensus évident de l'opinion aujourd'hui, en France comme dans la plupart des États de civilisation analogue à la nôtre* » ou utiliser un raisonnement du type : « *dans la société française d'aujourd'hui...* »<sup>194</sup> ? En ce sens pourquoi le juge devrait-il être borné à considérer la modification de « faits » purs, mais pas de « valeurs » ? Une première réponse à cette question pourrait relever le problème de l'objectivité : n'est-il plus sage de réduire le changement des circonstances de faits aux changements dont la vérification est beaucoup plus facile, quoique pas toujours parfaitement réalisable, que celle du « consensus de l'opinion aujourd'hui » ? Y a-t-il par ailleurs un critère fixe pour établir le consensus actuel sur des questions morales ou faut-il nécessairement s'en remettre au sage jugement du Conseil constitutionnel ? De surcroît, il ne doit pas nous échapper que cette conception présuppose un bouleversement total du rôle du Conseil constitutionnel. Non plus juge de la loi ou de son application ou encore de son adéquation au contexte actuel, il finirait par revendiquer le rôle du « *gardien de la conscience du peuple* », selon l'expression du juge Douglas<sup>195</sup>. En dernier lieu, on ne devrait pas sous-estimer l'influence que pourrait exercer le juge lui-même sur la formation du consensus de l'opinion publique. Au lieu d'attribuer à celle-ci une essence figée et statique, il faut comprendre que le juge, par des décisions, contribue à la forger, s'il ne préfigure pas son développement.

---

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 192. Dans ce contexte, il ne faut pas sous-estimer les particularités du système constitutionnel américain - notamment la structure fédérale, l'ancienneté du texte constitutionnel et la lourdeur de la procédure de révision - qui justifient, selon les défenseurs de la *living constitution*, le recours au changement constitutionnel informel par voie d'interprétation judiciaire. Sur ce point, voir notre thèse *Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la notion de constitution vivante*, *op. cit.*, p. 371 et s.

<sup>192</sup> Remarques du professeur Le Pourhiet in *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>194</sup> Rapporteur Goguel, Séances des 14 et 15 janvier 1975 (à propos de la décision n°74-54 DC, *Interruption volontaire de grossesse*), in Bertrand MATHIEU et al. (éd.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel : 1958-1983*, préface de Jean-Louis Debré, Paris, Dalloz, coll. *Grandes délibérations*, 2009, p. 274.

<sup>195</sup> William O. DOUGLAS, *We the Judges ; Studies in American and Indian Constitutional Law from Marshall to Mukherjea*, Garden City, Doubleday & Company Inc., 1956, p. 445.



La jurisprudence récente de la Cour suprême relative à la constitutionnalité de la peine capitale confirme cette hypothèse. Dans l'arrêt *Atkins c. Virginia*<sup>196</sup>, la Cour a déclaré contraire à la Constitution l'exécution des handicapés mentaux et ensuite dans l'arrêt *Roper c. Simmons*<sup>197</sup> elle a fait pareil pour l'exécution des personnes accusées d'un crime ayant été commis avant l'âge de dix-huit ans. Ces deux arrêts constituent une application du test de « standards évolutifs de décence »<sup>198</sup> : les peines en question seraient un « châtiment cruel et inhabituel » au sens du VIII<sup>e</sup> amendement, car elles ne se conformeraient plus au consensus moral formé dans le monde entier et en particulier aux États-Unis à partir des années 1990.

À propos de cette jurisprudence, il a été commenté que le juge vise non seulement à refléter, mais davantage à anticiper le développement de l'opinion publique. Critiquant cette approche, plusieurs constitutionnalistes américains remarquent qu'il faudrait mettre en garde la Cour contre de telles décisions prématurées, promues notamment par le désir d'éliminer la peine capitale en tant que telle. Cette interprétation du VIII<sup>e</sup> Amendement, qui aurait pour objectif plutôt de précipiter le changement social que de le confirmer, ne serait en vérité qu'une extrapolation qui présuppose, incorrectement d'ailleurs, l'inévitabilité du changement<sup>199</sup>. En réalité, on a l'impression que, par ces arrêts fortement critiqués, la Cour a prétendu mettre fin à une pratique qu'elle-même jugeait déjà « vouée à l'extinction ». De ce point de vue, elle a contribué à la réalisation de sa propre prophétie. N'est-ce cela un indice de la participation, inexorable selon nous, du juge à la « formation » de l'opinion publique? Bien sûr, un tel activisme de la part de la Cour peut être justifié et même souhaité pour des raisons qui paraissent tout à fait séduisantes ainsi que bien fondées. Mais alors, il ne s'agirait plus de se plier à l'évolution de l'état des mentalités, mais, dans une large mesure, de la surdéterminer, de la diriger ou encore de l'anticiper. Or, on ne voit pas pourquoi en France, contrairement à ce que l'on pourrait affirmer à propos des États-Unis, une évolution avérée de l'opinion publique ne saurait pas être traduite par la loi, ce qui rend évidemment l'intervention du juge superflue, voire indésirable.

## Conclusion

---

<sup>196</sup> 536 U.S. 304 (2002).

<sup>197</sup> 543 U.S. 551 (2005).

<sup>198</sup> *Trop c. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), p. 100-101.

<sup>199</sup> William HEFFERNAN, « Constitutional Historicism : An Examination of the Eighth Amendment Evolving Standards of Decency Test », *American University Law Review*, n°54, 2004-2005, p. 1407.

Si l'on considère que le Conseil constitutionnel a commis, par sa décision *Liberté d'association*<sup>200</sup>, un acte de rébellion en tant qu'institution « adolescente », l'instauration, à partir du 1er mars 2010, du mécanisme de contrôle *a posteriori*, signale son passage à l'âge d'adulte. Les responsabilités, les difficultés et les potentialités que la procédure de la QPC crée, ont été vite indiquées et largement discutées. Il convient d'ajouter que, à notre avis, la manière dont le Conseil constitutionnel va se servir de la dynamique innée de la notion de changement de circonstances de fait constituera l'étalon de sa maturité. Par l'abandon progressif de la « motivation frugale »<sup>201</sup> de ses décisions en la matière et sa prudence, le Conseil constitutionnel se montre prêt à assumer le fardeau que porte une notion vouée à fonctionner comme un pont entre la Constitution et la réalité sociale. Pourtant, les questions qui vont émerger seront sans doute encore plus ardues, délicates et compliquées que celles auxquelles le Conseil a été confronté jusqu'au présent<sup>202</sup>. Au demeurant, il s'agit d'une notion dont on peut être certain qu'elle préoccupera intensément le juge constitutionnel dans les années à venir et qui mérite pour cette raison une élaboration doctrinale qui guiderait celui-ci lors de la réalisation de sa tâche.

### **Apostolos Vlachogiannis**

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas Paris II. Sa thèse de doctorat, intitulée *Les juges de la Cour suprême américaine et la notion de constitution vivante*, va bientôt paraître aux éditions Classiques Garnier (coll. Bibliothèque de la pensée juridique).

---

<sup>200</sup> Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971.

<sup>201</sup> Didier RIBES, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 136.

<sup>202</sup> Il suffit de mentionner à cet égard la QPC transmise au Conseil constitutionnel par le Conseil d'État concernant la loi organique du 18 janvier 1976 relative aux élections présidentielles portant notamment sur la question de la publicité des noms des « parrains ». Plus précisément, le Conseil d'État a considéré que « si le Conseil constitutionnel, dans les motifs et le dispositif de sa décision n°76-65 DC du 14 juin 1976, a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution, les changements ayant affecté la vie politique et l'organisation institutionnelle du pays depuis cette date justifient que la conformité à la Constitution du dernier alinéa du I de l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962 puisse être à nouveau examinée par le Conseil constitutionnel » (CE, n°355137, lecture du jeudi 2 février 2012). Le Conseil constitutionnel, par sa décision n°2012-233 QPC du 21 février 2012, n'a pas admis un changement dans les circonstances de fait, mais un changement dans les circonstances de droit dû à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (cons. 4). À en croire au commentaire de la décision, le Conseil constitutionnel « n'a pas retenu l'existence d'un changement dans les circonstances de fait », parce que « le nombre de candidats à l'élection présidentielle n'est pas en baisse, ce qui aurait pu être un indice d'un tel changement » (Commentaire de la décision n°2012-233 QPC du 21 février 2012, disponible sur le site du Conseil constitutionnel).