

Jus Politicum

Revue de droit politique

Numéro 30 – 2023

Réforme des retraites : les enjeux constitutionnels



INSTITUT
VILLEY

Institut Villey

pour la culture juridique et la philosophie du droit

DIRECTEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

FONDATEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

CONSEIL DE RÉDACTION

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Denis Baranger (Université Panthéon-Assas), Renaud Baumert (CY Cergy Paris Université), Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas), Samy Benzina (Université de Poitiers), Eleonora Bottini (Université de Caen), Jean-Félix de Bujadoux (Université Panthéon-Assas), Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Quentin Epron (Université Panthéon-Assas), Cécile Guérin-Bargues (Université Panthéon-Assas), Thibault Guilluy (Université de Lorraine), Jacky Hummel (Université de Rennes I), Julien Jeanneney (Université de Strasbourg), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Mathilde Laporte (Université de Pau), Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas), Elina Lemaire (Université de Bourgogne), Emilien Quinart (Université Panthéon-Sorbonne), Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Christoph Schönberger (Universität Konstanz), Adam Tomkins (University of Glasgow), Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg)

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaude (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveleux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

ASSISTANTS D'ÉDITION

Romane Lerenard (Université de Rennes)

Une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité : les décisions sur la réforme des retraites

Il n'est pas exceptionnel qu'une décision du Conseil constitutionnel fasse l'objet d'une attention particulière des médias et de la doctrine. Un exemple est la décision de janvier 1981 portant sur la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes¹. Lors du délibéré, le rapporteur, Georges Vedel, déclarait :

La bataille autour du projet a été si âpre que, contrairement à ce qui advint en d'autres circonstances, les controverses au Parlement et dans la presse nous apportent finalement peu de lumière sur ce qui est notre sujet : la conformité ou la non-conformité à la Constitution de la loi qui nous est soumise. Sans doute a-t-on beaucoup parlé ou écrit sur l'inconstitutionnalité. Mais les analyses sont restées très partisans et très superficielles. Même les professeurs de droit se sont plutôt exprimés en termes de manifestes collectifs que de dissertations juridiques².

Il faut cependant admettre que l'intérêt dont ont fait l'objet les décisions du Conseil constitutionnel portant sur la loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023³ et les deux propositions de loi déposées dans le cadre de la procédure de référendum d'initiative partagée⁴ n'avait guère de précédent. Rarement depuis 1959 avait-on vu un tel projecteur médiatique placé sur le Conseil constitutionnel afin d'analyser sa composition, l'appartenance politique de ses membres ou son fonctionnement interne⁵.

Cela s'explique par un contexte singulier dans l'histoire de la V^e République : un gouvernement qui ne dispose que d'une majorité relative à l'Assemblée nationale ; une réforme des retraites visant à reporter l'âge légal de départ à la retraite

¹ Cons. const., n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

² G. VEDEL, *in* Cons. const., séance du 20 janvier 1981, p. 4.

³ Cons. const., n° 2023-849 DC du 14 avril 2023, Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023.

⁴ Cons. const., n° 2023-4 RIP du 14 avril 2023, Proposition de loi visant à affirmer que l'âge légal de départ à la retraite ne peut être fixé au-delà de 62 ans ; Cons. const., n° 2023-5 RIP du 3 mai 2023, Proposition de loi visant à interdire un âge légal de départ à la retraite supérieur à 62 ans.

⁵ Voir par ex. S. DE ROYER, « Réforme des retraites : le Conseil constitutionnel dans le rôle d'arbitre », *Le Monde*, 31 mars 2023.

de 62 à 64 ans rejetée par l'opinion publique ; le recours à la procédure très inhabituelle du projet de loi de financement rectificative pour introduire une réforme d'ampleur cumulé à l'utilisation de plusieurs instruments constitutionnels pour forcer son adoption face à une Assemblée nationale rétive ; le dépôt de deux propositions de loi de référendum d'initiative partagée ayant pour objet de faire échec à cette réforme. C'est donc avant tout la stratégie du Gouvernement visant à faire adopter une réforme des retraites impopulaire et sans majorité absolue à la chambre basse par des moyens contestés qui explique la controverse politico-constitutionnelle des premiers mois de 2023. Cela s'est traduit par de nombreuses interventions de constitutionnalistes dans les médias, et en particulier dans les colonnes du journal *Le Monde*, visant à anticiper ou à commenter les décisions du juge constitutionnel relatives à cette réforme⁶.

Mais ce qui a sans doute le plus marqué durant cette séquence est l'attente suscitée par la saisine du Conseil parmi les opposants à la réforme. Le juge constitutionnel fut invité à être un véritable contre-pouvoir en empêchant la promulgation par le président de la République d'une loi controversée ou encore en permettant aux Français de se prononcer directement sur le report de l'âge légal de départ à la retraite par le truchement d'un référendum d'initiative partagée. Au regard de la motivation et du sens des décisions du Conseil, on peut comprendre que ces espoirs aient été largement déçus.

Cependant, cette attente était largement fondée sur une forme « d'inculture constitutionnelle⁷ ». La déception engendrée par les décisions de la Haute instance est en partie la conséquence d'un décalage entre la représentation que se font les médias et la classe politique de l'institution et la réalité connue de la doctrine spécialisée. C'est sans doute d'ailleurs le principal apport de cet épisode : il a permis

⁶ Sans prétention à l'exhaustivité, voir notamment : S. BENZINA, « Une censure globale de la réforme des retraites par le Conseil constitutionnel est peu probable », *Le Monde*, 28 mars 2023 ; I. BOUCOZZA, A. CAMUS, V. CHAMPEIL-DESPLATS et *al.*, « Le Conseil constitutionnel va-t-il oser ne pas censurer la réforme des retraites ? », *Le Monde*, 28 mars 2023 ; M. CARPENTIER, « Réflexions hâtives sur la notion de "réforme" et le référendum d'initiative partagée », *Blog Droit objectif*, 15 avril 2023 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Le RIP est à tort perçu comme un moyen pour les citoyens de faire valoir une revendication forte », *Le Monde*, 15 avril 2023 ; A. LEVADE, « Réforme des retraites : deux décisions prévisibles », *Le Club des Juristes*, 15 avril 2023 ; D. BARANGER, « Le Conseil constitutionnel a perdu une chance de rétablir un degré d'équilibre entre les pouvoirs », *Le Monde*, 16 avril 2023 ; S. BENZINA, « Le Conseil constitutionnel et la réforme des retraites », *La Grande Conversation*, 16 avril 2023 ; D. ROUSSEAU, « Réforme des retraites : La décision du Conseil constitutionnel s'impose mais, parce qu'elle est mal fondée et mal motivée en droit, elle ne peut pas clore le contentieux », *Le Monde*, 16 avril 2023 ; A. VIALA, « Réforme des retraites : « La bienveillance du Conseil constitutionnel est le retour du refoulé autoritaire issu des origines de la V^e République », *Le Monde*, 18 avril 2023 ; D. MAUS, « La leçon de droit parlementaire appliqué du Conseil constitutionnel sur la réforme des retraites devrait servir de modèle », *Le Monde*, 19 avril 2023 ; D. CHAGNOLLAUD, « Réforme des retraites : "Sur le plan du contrôle *a priori* des lois, le Conseil constitutionnel n'existerait pas qu'on ne s'en rendrait pas vraiment compte" », *Le Monde*, 19 avril 2023 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « Réforme des retraites : Pourquoi le Conseil constitutionnel a-t-il rejeté la demande de Référendum d'Initiative Partagée ? (Et devrait rejeter celle qui est encore pendante devant lui) ? », *Le club des juristes*, 16 avril 2023 ; O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d'audace », *Le Monde*, 25 avril 2023 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « Le Conseil constitutionnel rejette la seconde demande de Référendum d'initiative partagée : quel avenir pour le RIP ? », *Le club des juristes*, 9 mai 2023.

⁷ Voir O. BEAUD, « Quelques réflexions sur l'inculture constitutionnelle française révélée par l'épisode de la réforme des retraites », *Jus Politicum*, n° 30, dans ce numéro.

de faire mieux comprendre ce qu'est la justice constitutionnelle à la française et ses limites. En particulier, les trois décisions rendues dans un espace de quelques semaines ont jeté une lumière crue sur la propension du Conseil à interpréter la Constitution de manière opportuniste (I). Elles ne peuvent en outre se comprendre qu'au regard du cadre spécifique du contrôle de constitutionnalité à la française (II).

I. UNE INTERPRÉTATION OPPORTUNISTE DE LA CONSTITUTION

Les trois décisions rendues dans le cadre de la réforme des retraites démontrent que le Conseil constitutionnel ne retient pas la même méthode interprétative selon les actes qu'il contrôle⁸. Ainsi, il a fait le choix d'une interprétation littérale de la Constitution le conduisant à refuser de censurer la loi de financement rectificative au regard de sa procédure d'adoption (A). Au contraire, il a mobilisé une interprétation exégétique afin de constater que les propositions de loi de référendum d'initiative partagée étaient irrecevables (B).

A. Une interprétation littérale permettant d'éviter les vices de procédure de la loi de financement rectificative

La loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023 a d'abord été déférée au Conseil constitutionnel par la Première ministre sans qu'elle ne formule de grief⁹. Ce sont donc dans les deux saisines de députés et la saisine de sénateurs que sont soulevés les moyens, principalement de procédure, formulés à l'encontre de la loi. La plupart de ces griefs présentaient un intérêt limité dans la mesure où ils avaient peu de chance de prospérer au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ainsi, les moyens assez classiques excipés de la méconnaissance des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire¹⁰ ou de sincérité de la loi ont été, comme à l'accoutumée, rejetés par le Conseil. Cela interroge d'ailleurs l'intérêt de soulever de tels griefs, tant les exigences constitutionnelles en cause semblent relever de simples objectifs non contrôlés voire de la pure rhétorique. De même, la contestation du choix de la Première ministre d'engager la responsabilité

⁸ Voir également en ce sens : E. BOTTINI, M. BOUAZIZ, S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Un juge activiste ? Les choix du Conseil constitutionnel dans les décisions n° 2023-4 RIP et n° 2023-849 DC du 14 avril 2023 », *La Revue des droits de l'homme*, 2023. Les trois auteurs notent aussi que : « En combinant, d'une part, une position de retrait et de déférence et, d'autre part, un contrôle très scrupuleux en fonction des acteurs contrôlés, le Conseil adopte deux attitudes difficilement réconciliables ; cela ne peut s'expliquer que par le choix d'une différence de traitement entre les pouvoirs publics qu'il est censé "réguler" ».

⁹ La saisine de la Première ministre était manifestement irrecevable, car elle s'est contentée de saisir le Conseil constitutionnel sans formuler aucun grief de constitutionnalité. Or, il faut rappeler que le Conseil a adopté un règlement intérieur de procédure le 11 mars 2022 dont l'article 2 prévoit spécifiquement que la saisine doit mentionner les dispositions législatives sur lesquelles le Conseil doit se prononcer ainsi que les exigences constitutionnelles susceptibles d'avoir été violées. Le juge constitutionnel n'a étonnamment pas saisi l'opportunité d'une telle saisine blanche pour rappeler les conditions de recevabilité qu'il venait d'introduire.

¹⁰ Les parlementaires estimaient que plusieurs étapes de la procédure avaient conduit à violer les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire et le droit d'amendement, notamment : la procédure suivie par la conférence des présidents de l'Assemblée pour choisir la motion visant à soumettre le projet de loi au référendum au vote, le recours au vote bloqué, le recours à la procédure de clôture des débats au Sénat ou encore la véracité de certains documents ou informations transmis par le Gouvernement durant les débats.

du Gouvernement sur le vote de l'ensemble du projet de loi lors de la lecture suivant la commission mixte paritaire, alors que les règles organiques d'adoption d'une loi de financement de la Sécurité sociale supposent en principe deux votes successifs sur les deux parties de la loi¹¹, n'avait aucune chance de prospérer. En effet, le Conseil considère, comme il l'avait déjà fait quelques semaines plus tôt dans une situation similaire¹², que la lecture suivant les conclusions de la commission mixte paritaire est une étape particulière de la procédure législative qui « prive de sens une méthode d'adoption de la loi qui consisterait à procéder par une succession de votes sur ses différentes parties¹³ ». La Première ministre peut donc, à ce stade, engager la responsabilité du Gouvernement sur l'ensemble du texte sans avoir à faire voter chacune des parties successivement. Sur le fond, et au regard de la jurisprudence antérieure¹⁴, les griefs portant sur le cœur de la réforme, le report de l'âge légal de départ à la retraite, n'avaient guère plus de chance d'aboutir. En effet, si la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités est une exigence constitutionnelle, le Conseil rappelle que c'est au législateur « de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées » pour satisfaire cette exigence¹⁵. En d'autres termes, le législateur dispose en la matière d'un pouvoir discrétionnaire dont la seule limite, théorique, est la privation de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel.

Il y avait cependant des griefs plus novateurs comme celui contestant l'application des délais prévus à l'article 47-1 de la Constitution pour les lois de financements de la Sécurité sociale aux lois de financement rectificatives. Il s'agissait d'une question inédite. Toutefois, le Conseil ayant transposé les délais prévus à l'article 47 de la Constitution pour les lois de finances aux lois de finances rectificatives¹⁶, il y avait peu de suspense quant au fait qu'il transposerait, par analogie, un tel raisonnement aux lois de financement rectificatives dès lors que ces dernières sont bien des lois de financements de la Sécurité sociale et obéissent donc au même régime constitutionnel¹⁷. D'ailleurs, l'application des délais des lois de financement aux lois de financement rectificatives avait été envisagée dès les travaux préparatoires à la révision constitutionnelle du 22 février 1996¹⁸.

¹¹ Article L.O. 111-7-1 du Code de la sécurité sociale.

¹² Voir en ce sens : Cons. const., n° 2022-845 DC du 20 décembre 2022, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2023, § 3-11.

¹³ Commentaire officiel de la décision n° 2022-845 DC du 20 décembre 2022, p. 13.

¹⁴ Voir Cons. const., n° 2010-617 DC du 9 novembre 2010, Loi portant réforme des retraites, § 8-9.

¹⁵ Cons. const., n° 2023-849 DC du 14 avril 2023, Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023, § 91.

¹⁶ Cons. const., n° 86-209 DC du 3 juillet 1986, Loi de finances rectificative pour 1986, § 3.

¹⁷ L'article LO 111-3 Code de la sécurité sociale dispose qu'« [o]nt le caractère de loi de financement de la sécurité sociale : 1. La loi de financement de la sécurité sociale de l'année ; 2. La loi de financement rectificative de la sécurité sociale ; 3. La loi d'approbation des comptes de la sécurité sociale ».

¹⁸ P. GELARD, *Rapport n° 188 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle instituant les lois de financement de la sécurité sociale*, Sénat, 1996, p. 46. À propos de la suspension des délais d'examen d'une loi de financement lorsque le Parlement n'est pas en session, le rapporteur observe que « l'Assemblée nationale a jugé cette disposition nécessaire à

Un autre moyen intéressant était celui invoquant la violation de la Constitution compte tenu de la mobilisation cumulative par le Gouvernement de la procédure et des délais dérogatoires de l'article 47-1, de l'article 49 alinéa 3, du vote bloqué de l'article 44 de la Constitution et de certaines dispositions du règlement du Sénat¹⁹. Cette accumulation aurait méconnu les exigences de bon déroulement du débat démocratique ainsi que de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Mais un tel grief avait là encore peu de chance d'aboutir compte tenu de la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel. S'il considère que « le bon déroulement du débat démocratique et, partant, le bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels, supposent que soit pleinement respecté le droit d'amendement conféré aux parlementaires par l'article 44 de la Constitution, et que, parlementaires comme Gouvernement puissent utiliser sans entrave les procédures mises à leur disposition à ces fins²⁰ », il n'en a jamais tiré de conséquences réelles lors de son contrôle. Le Conseil a ainsi toujours refusé de censurer l'utilisation cumulative de procédures constitutionnelles même dans les cas extrêmes, analogues à la séquence des retraites²¹. Ainsi, le Gouvernement de Michel Rocard, qui ne disposait que d'une majorité relative à l'Assemblée, a fait adopter en 1990 la loi de programmation relative à l'équipement militaire sans jamais obtenir un vote favorable des deux chambres du Parlement sur ce texte²². Plus récemment, le Gouvernement de Manuel Valls, qui faisait face à une fronde d'une partie de sa majorité, a mobilisé la procédure accélérée (art. 45 al. 2), l'engagement de sa responsabilité à trois reprises (art. 49 al. 3), et le dernier mot à l'Assemblée nationale (art. 45 al. 4) pour faire adopter la loi de réforme du Code du travail en 2016²³. En d'autres termes, cette réforme d'ampleur fut adoptée en dépit du rejet du Sénat et de l'absence de vote de l'Assemblée nationale sur le texte. Dans ces deux hypothèses, le Conseil constitutionnel a été saisi et a jugé que la loi avait été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution²⁴.

partir du moment où la possibilité d'examiner en cours d'année des lois de financement rectificatives a été explicitement inscrite dans le projet de révision, faute de quoi le délai total de cinquante jours aurait pu continuer à courir durant une intersession ou pendant des semaines où l'une ou l'autre des deux assemblées déciderait de ne pas tenir en séance ».

¹⁹ Les sénateurs requérants contestaient l'utilisation des articles 38 (clôture de la discussion), 44 (examen en priorité d'amendements à la demande de la commission saisie au fond) et 44 bis (irrecevabilité de sous-amendements) du règlement du Sénat.

²⁰ Cons. const., 95-370 DC du 30 décembre 1995, Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale, § 10.

²¹ *Ibid.*, § 13. Le Conseil juge en l'espèce que « la circonstance que plusieurs procédures aient été utilisées cumulativement, sans être contraires à la Constitution, pour accélérer l'examen de la loi dont s'agit, n'est pas à elle seule de nature à rendre inconstitutionnelle l'ensemble de la procédure législative ayant conduit à l'adoption de cette loi ».

²² Loi de programmation n° 90-32 du 10 janvier 1990 relative à l'équipement militaire pour les années 1990-1993.

²³ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

²⁴ Cons. const., n° 89-264 DC du 9 janvier 1990, Loi de programmation relative à l'équipement militaire pour les années 1990-1993, § 6 ; Cons. const., n° 2016-736 DC du 4 août 2016, Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, § 11.

En conséquence, même s'il admet le caractère « inhabituel » de cette accumulation de procédures dans le cadre de l'examen de la réforme des retraites, le Conseil va rejeter le grief en jugeant que

la circonstance que plusieurs procédures prévues par la Constitution et par les règlements des assemblées aient été utilisées cumulativement pour accélérer l'examen de la loi déferée, n'est pas à elle seule de nature à rendre inconstitutionnel l'ensemble de la procédure législative ayant conduit à l'adoption de cette loi²⁵.

Le juge s'appuie alors sur une interprétation littérale de la Constitution : aucune disposition constitutionnelle n'interdit au Gouvernement de cumuler les procédures pour faire adopter un texte, un tel cumul n'est donc pas inconstitutionnel. Il s'agit d'un raisonnement qui « consiste à énoncer que ce qui n'est pas interdit par la Constitution est donc permis par elle²⁶ » qu'il avait par exemple employé pour justifier la constitutionnalité du régime d'état d'urgence malgré l'absence de base constitutionnelle²⁷. Cette interprétation littérale était déjà celle qu'il avait mobilisée en 1995 pour refuser de censurer une accumulation similaire de procédures²⁸. Lors de la délibération, un membre de l'institution résumait cette position : « nous sommes là pour juger du respect de la lettre de la Constitution et non de son esprit²⁹ ». Cette interprétation littérale et le raisonnement qu'elle induit sont un bon moyen pour le Conseil d'éluder la question centrale posée par cette accumulation : le cumul des procédures du parlementarisme rationalisé était-il de nature à compromettre le bon déroulement du débat démocratique et le bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels, en particulier du Parlement qui doit pouvoir exercer sa fonction législative sans contrainte excessive ? En se contentant d'indiquer que la Constitution n'interdit pas un tel cumul de procédures, le Conseil ne répond pas sur ce point central aux parlementaires requérants. Le juge constitutionnel a ici manqué l'occasion de transposer à l'examen de la procédure d'adoption de la loi le contrôle de proportionnalité réservé aux droits et libertés constitutionnels. Ainsi, des mesures législatives prises séparément peuvent être conformes à la Constitution, mais leur cumul peut entraîner une atteinte disproportionnée à un droit ou une liberté constitutionnels³⁰. Un raisonnement analogue aurait pu être tenu pour la procédure législative lorsque les droits du Parlement sont en cause : si chacune des procédures utilisées par le Gouvernement est conforme à la Constitution, leur accumulation pourrait avoir pour effet de limiter le bon déroulement du débat démocratique et les prérogatives législatives du Parlement au point que cela

²⁵ Cons. const., n° 2023-849 DC du 14 avril 2023, § 69.

²⁶ O. BEAUD, C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, 2018, p. 99.

²⁷ Cons. const., n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, § 4.

²⁸ Cons. const., 95-370 DC du 30 décembre 1995.

²⁹ E. DAILLY in Cons. const., séance du 30 décembre 1995, p. 14.

³⁰ C'est par exemple le cas en matière de sanctions qui, prises isolément, peuvent être constitutionnelles, mais deviennent inconstitutionnelles lorsqu'elles peuvent être cumulées pour réprimer les mêmes faits et protéger les mêmes intérêts sociaux. Voir par exemple : Cons. const., n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021, *Société Akka technologies et autres [Sanction de l'obstruction aux enquêtes de l'autorité de la concurrence]* ; Cons. const., 2021-965 QPC du 28 janvier 2022, *Société Novaxia développement et autres [Sanction des entraves aux contrôles et enquêtes de l'Autorité des marchés financiers]*.

constituerait une atteinte disproportionnée à ces exigences constitutionnelles. Il s'agirait alors d'une forme de contrôle de l'« abus de droit³¹ » du Gouvernement.

Un autre grief d'une particulière pertinence était celui fondé sur le détournement de procédure. Les parlementaires requérants s'appuyaient sur ce qu'ils considéraient être l'intention du constituant de 1996, qui a introduit l'article 47-1 dans la Constitution, pour arguer que les lois de financement rectificatives ne pouvaient être utilisées qu'en présence de certaines situations d'urgence, lors de circonstances exceptionnelles, ou afin de corriger des déséquilibres financiers majeurs. C'est encore par un tour de passe-passe interprétatif que le Conseil constitutionnel arrive, contre toute évidence, à la conclusion que le recours par le Gouvernement à une loi de financement rectificative de la Sécurité sociale ne constitue pas un détournement de procédure. Pour ce faire, le juge utilise deux techniques. D'une part, il retient de nouveau une interprétation littérale de la Constitution et des dispositions organiques en arguant qu'elles n'imposent aucune autre condition que celles qui sont spécifiquement prévues par elles. Autrement dit, pour le Conseil, les normes de référence applicables n'interdisent pas au Gouvernement de choisir opportunément une loi de financement rectificative de la Sécurité sociale dès lors que la réforme introduite relève soit du domaine obligatoire d'une telle loi, soit du domaine facultatif prévu à l'article L.O. 111-3-12 du Code de la Sécurité sociale. Le contrôle du juge constitutionnel se limite alors à vérifier que la réforme entre dans le champ matériel d'une loi de financement rectificative.

D'autre part, le Conseil emploie un raccourci argumentatif qui lui permet de fondre le mobile du Gouvernement dans celui du législateur. Cette technique l'autorise à affirmer qu'il « n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur » dans le choix de recourir à une loi de financement rectificative plutôt qu'à une loi ordinaire. Ce faisant, le choix du Gouvernement ne peut pas être contrôlé par le juge constitutionnel, car cela le conduirait à empiéter sur le pouvoir discrétionnaire du législateur. Mais un tel raisonnement laisse le lecteur dans une grande perplexité. En l'occurrence, il était reproché au Gouvernement d'avoir mobilisé la procédure de la loi de financement rectificative afin de bénéficier de la procédure d'examen accélérée prévue par l'article 47-1 de la Constitution et ainsi d'empêcher l'obstruction voire le blocage de la loi au Parlement. À partir du moment où la loi a été adoptée par le Parlement, le Conseil constitutionnel présume, de manière irréfutable semble-t-il, que ce choix a été approuvé par le législateur. Un tel raisonnement présente une difficulté de taille : en l'espèce, le choix du Gouvernement de recourir à la procédure de l'article 47-1 faisait l'objet d'une forte opposition parlementaire et la loi n'a été définitivement adoptée par le Parlement qu'à la faveur du recours à l'article 49 al. 3 de la Constitution. Au regard de la procédure et des conditions d'adoption de la loi, il ne pouvait être raisonnablement défendu que le Parlement, et au moins l'Assemblée nationale, soutenait le choix du Gouvernement de recourir à l'article 47-1. Pourtant, le juge constitutionnel transforme le mobile du Gouvernement en celui du législateur. On comprend alors pourquoi la Haute instance ne cite pas son considérant de principe habituel selon lequel elle ne dispose pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement³² ». Le recours à la

³¹ O. BEAUD, « Réforme des retraites : “Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d'audace” », *Le Monde*, 25 avril 2023.

³² Cons. const., n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, § 41.

notion plus floue de « législateur » lui permet d'éviter le sérieux décalage qu'aurait produit la mention du pouvoir général d'appréciation et de décision du Parlement dès lors qu'est avant tout en cause la décision du Gouvernement de recourir à une loi de financement rectificative. Surtout, le raisonnement du Conseil implique que le Gouvernement puisse détourner autant de procédures qu'il le souhaite dès lors qu'*in fine* le texte est adopté par le Parlement, même par la voie de l'article 49 al. 3, et devient donc celui du « législateur » qui dispose d'un certain degré d'immunité dans le choix des procédures mobilisées.

Ces artifices argumentatifs évitent au Conseil de questionner le choix du Gouvernement et donc d'exercer un contrôle du détournement de procédure auquel il semble d'ailleurs avoir renoncé depuis plusieurs années³³. Ce refus d'exercer un contrôle était d'autant plus impératif, qu'il existait un faisceau d'indices concordants d'un détournement de procédure que la Haute instance n'aurait pu écarter aisément.

D'abord, il ressort des travaux préparatoires à la révision constitutionnelle du 22 février 1996, que pour les députés, les lois de financement rectificatif de la Sécurité sociale « pourront venir modifier en cours d'année les objectifs de dépenses de la Sécurité sociale, au vu des évolutions constatées ou pour tirer les conséquences de l'adoption de nouvelles mesures affectant ces dépenses³⁴ ». De même, pour les sénateurs, si ces lois pouvaient « se révéler nécessaire[s] pour prendre en compte d'éventuels bouleversements des conditions générales de l'équilibre ou encore pour revoir à la baisse ou à la hausse certains objectifs de dépenses³⁵ », elles n'auraient vocation à être employées « qu'en cas d'absolue nécessité, faute de quoi la loi d'équilibre y perdrait une part de sa portée³⁶ ». Ces travaux, complétés par ceux relatifs à la loi organique³⁷, impliquent que les lois de financement rectificatives n'avaient vocation à être introduites que de manière exceptionnelle afin de corriger les éventuels déséquilibres qui affecteraient la loi de financement initiale du fait d'évènements ultérieurs affectant les comptes de la Sécurité sociale. Dans le cas d'espèce, le recours à une loi de financement rectificative pour une réforme des

³³ Voir en ce sens : V. GOESEL-LE BIHAN, « Les griefs d'inconstitutionnalité dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel : entre objectivation, rationalisation et européanisation », *RFDA*, 2016, n° 6, p. 1251-1261. L'auteure retrace l'abandon du contrôle du détournement de procédure à la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-5 LP du 27 février 2015, Loi du pays portant création de centimes additionnels sur la taxe sur les jeux, spectacles et divertissements au profit des provinces.

³⁴ P. MAZEAUD, *Rapport n° 2490 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle instituant la loi d'équilibre de la sécurité sociale*, A.N., 1996.

³⁵ P. GELARD, *Rapport n° 188 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle instituant les lois de financement de la sécurité sociale*, Sénat, 1996, p. 44.

³⁶ *Ibid.*, p. 45.

³⁷ Voir en ce sens : P. GELARD, *Rapport n° 375 fait au nom de la commission spéciale de l'Assemblée nationale sur le projet de loi organique relatif aux lois de financement de la sécurité sociale*, Sénat, 1996, p. 46. Le rapporteur souligne en ce sens que : « les lois de financement rectificatives devront demeurer exceptionnelles, ainsi que cela a été plusieurs fois souligné lors des débats sur la révision ». Il ajoute : « il semble que l'intervention d'une loi de financement rectificative ne se justifierait que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple un bouleversement très important en cours d'année des conditions de l'équilibre financier de la sécurité sociale ou, le cas échéant, un changement de majorité parlementaire suivi de la formation d'un nouveau Gouvernement ».

retraites n'apparaît pas conforme à l'intention du constituant et du législateur organique. En effet, la loi de financement rectificative pour 2023 n'a pas vocation à corriger les déséquilibres de la loi de financement initiale. En ce sens, le rapport de la commission des affaires sociales du Sénat note que la loi de financement rectificative présente « des comptes pour 2023 quasiment inchangés par rapport à la LFSS » et que « si ce projet de loi porte une réforme des retraites appelée à avoir un fort impact sur les comptes de la Sécurité sociale, cet effet n'interviendra qu'à terme³⁸ ». Le Conseil avait bien connaissance de ces travaux préparatoires qui sont largement cités dans le commentaire officiel de la décision³⁹. On peut donc être particulièrement surpris de la motivation de la décision qui explique qu'il ne ressort pas « des travaux préparatoires des dispositions organiques en vigueur » que le recours à une loi rectificative est soumis à d'autres conditions que celles expressément prévues par la loi organique. Il est d'ailleurs remarquable qu'à l'invocation des travaux préparatoires à la révision constitutionnelle de 1996 par les parlementaires, le Conseil réponde en s'appuyant sur les travaux préparatoires des dispositions organiques. Or, si les évolutions ultérieures de la législation organique ont effectivement conduit à étendre le champ du domaine facultatif des lois de financement rectificatives⁴⁰, il n'en reste pas moins que cette évolution ne peut s'appréhender qu'en lien avec la manière dont le constituant a pensé l'article 47-1 de la Constitution. À moins de considérer que l'intention du législateur organique prime sur celle du constituant.

Ensuite, la censure par le Conseil constitutionnel d'un certain nombre de cavaliers sociaux⁴¹, qui se trouvaient dans le projet de loi du Gouvernement, est un indice supplémentaire du détournement de procédure. Si la censure de cavaliers sociaux est relativement habituelle lors du contrôle des lois de financement de la Sécurité sociale, elle présente ici quelques singularités. D'abord, la plupart de ces cavaliers avaient été identifiés par le Conseil d'État dès l'avant-projet de loi et ont pourtant été maintenus par le Gouvernement⁴². La raison est sans doute que ces dispositions étaient perçues comme indispensables à l'équilibre général de la réforme des retraites. En outre, il faut relever que ces dispositions n'auraient pas été

³⁸ E. DOINEAU, *Rapport n° 375 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi de financement rectificative de la sécurité sociale*, Sénat, 2023, p. 5.

³⁹ Commentaire officiel de la décision n° 2023-849 DC du 14 avril 2023, p. 2-7 et p. 10-11.

⁴⁰ Loi organique n° 2005-881 du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la sécurité sociale. Cette loi remplace la règle selon laquelle « les lois de financement de la sécurité sociale ne peuvent comporter que des dispositions affectant directement l'équilibre financier des régimes obligatoires de base » par la règle selon laquelle : « peuvent figurer dans la partie de la loi de financement de la sécurité sociale de l'année comprenant les dispositions relatives à l'année en cours [...] les dispositions ayant un effet sur les recettes des régimes obligatoires de base ou des organismes concourant à leur financement » (nos italiques).

⁴¹ Le Conseil a censuré comme cavaliers sociaux : l'article 2 (index sénior), l'article 3 (contrat de travail sénior), l'article 6 (organisation du recouvrement des cotisations sociales), certaines dispositions de l'article 10 (départ anticipé pour certains fonctionnaires), certaines dispositions de l'article 17 (suivi des salariés exposés à des risques professionnels) et l'article 27 (information des assurés concernant le système de retraite).

⁴² CE, 19 janvier 2023, note sur le projet de loi de financements rectificative de la sécurité sociale pour 2023, §. 11-16. Le Conseil d'État souligne la nature de cavaliers sociaux des dispositions relatives à l'index sénior, à l'organisation du recouvrement des cotisations et au départ anticipé de certains fonctionnaires.

censurées par le Conseil si elles avaient été introduites dans un projet de loi ordinaire : elles ont bien un lien avec un projet de loi de réforme des retraites et n'auraient donc pas constitué des cavaliers législatifs. Elles ne sont censurées ici qu'en raison des règles spécifiques concernant le domaine matériel des lois de financement de la Sécurité sociale. Qu'une partie de la loi ait dû être censurée comme ne ressortissant pas au domaine d'une loi de financement rectificative est un indice significatif du caractère inapproprié d'un projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour porter une réforme des retraites. Les censures du Conseil constitutionnel ont ainsi pour effet de déséquilibrer le texte, et donc la réforme, en l'expurgeant de certaines contreparties au report de l'âge légal de départ à la retraite.

Enfin, le Conseil constitutionnel avait bien conscience que le recours à une loi de financement rectificative ne pouvait s'expliquer que par le souhait du Gouvernement de bénéficier d'une procédure dérogatoire qui lui était plus favorable. Le juge constitutionnel constate effectivement que

les dispositions relatives à la réforme des retraites, qui ne relèvent pas de ce domaine obligatoire [d'une loi de financement rectificative], auraient pu figurer dans une loi ordinaire.

Or, la possibilité pour le Gouvernement de choisir le support de sa réforme des retraites n'était pas absolument évidente. La Constitution prévoit plusieurs catégories de lois (lois constitutionnelles, organiques, ordinaires, de finances et de financement) avec leurs procédures et domaines propres. Le choix entre ces catégories n'est pas à la discrétion du Gouvernement ou du Parlement, mais s'impose au regard du domaine matériel respectif de chaque catégorie. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel censure les cavaliers financiers ou sociaux. Certes, les lois de financement sont constituées d'un domaine facultatif auquel pouvait raisonnablement se rattacher la réforme des retraites. Cependant, il appartient au seul juge constitutionnel de définir la portée de ce domaine facultatif lorsqu'il contrôle la constitutionnalité de la loi. En particulier, la règle selon laquelle une disposition doit avoir « un effet sur les recettes des régimes obligatoires de base ou des organismes concourant à leur financement » aurait pu être appréhendée de manière beaucoup plus restrictive en lien avec la manière dont l'article 47-1 de la Constitution et les lois de financement rectificatives ont été pensés par le constituant et le législateur organique. Cela aurait été d'autant plus aisé en l'espèce que la réforme des retraites n'avait que des effets minimes sur l'année 2023. Par ailleurs, même en admettant l'hypothèse d'un chevauchement entre les domaines matériels de deux catégories de lois, le Conseil constitutionnel aurait pu opposer, *mutatis mutandis*, une forme « d'exception de recours parallèle⁴³ ». Dit autrement, le Gouvernement n'aurait pas la liberté de la procédure par laquelle il fait adopter une réforme, mais devrait faire le choix du support le plus approprié à l'objet de son texte. Les précédentes réformes des retraites avaient toujours été introduites par des lois ordinaires, ce qui signale, avec la censure des cavaliers sociaux, que la procédure législative ordinaire était la voie la plus appropriée.

Ce choix d'une interprétation littérale des dispositions constitutionnelles et organiques apparaît d'autant plus surprenant lorsqu'il est mis en parallèle avec les

⁴³ B. SEILLER, M. GUYOMAR, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2021, p. 325. Les auteurs rappellent qu'en contentieux administratif, « [l']irrecevabilité d'un recours [...] se manifeste ensuite au travers de l'exception de recours parallèle. Cette dernière est opposée au demandeur qui exerce un recours autre que celui spécifiquement adapté à ses prétentions et qu'il pouvait intenter ».

décisions 2023-4 RIP et 2023-5 RIP. Dans ces deux décisions, le juge constitutionnel est beaucoup plus enclin à s'appuyer sur une interprétation exégétique de l'article 11 de la Constitution afin d'apprécier la recevabilité des propositions de loi qui lui sont soumises dans le cadre du référendum d'initiative partagée.

B. Une interprétation exégétique permettant de prévenir un détournement de la procédure référendaire

L'introduction d'un « référendum d'initiative populaire » avait été proposée, sans succès, dès le projet de révision constitutionnelle de 1993⁴⁴. Cette procédure ne sera finalement introduite dans la Constitution que par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et rebaptisée en « référendum d'initiative partagée » à la faveur d'initiatives parlementaires et d'aménagements conséquents. Le constituant de 2008 a pour l'essentiel repris les suggestions du comité Balladur⁴⁵ reprenant lui-même les propositions du comité Vedel⁴⁶. Ainsi, l'article 11 prévoit qu'

un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales.

Un tel référendum prend la forme d'une proposition de loi contrôlée par le Conseil constitutionnel. Dire que cette procédure n'a fait l'objet que de peu d'engouement pourrait relever de la litote. Aux conditions particulièrement restrictives de mise en œuvre⁴⁷, s'est ajoutée une inertie du législateur organique qui a attendu plus de cinq ans pour adopter les mesures d'application des dispositions constitutionnelles⁴⁸. Restait à savoir si le contrôle du Conseil constitutionnel serait de nature à faire vivre cette nouvelle procédure ou au contraire à la rendre inutilisable. La première proposition de loi de référendum d'initiative partagée dont a été saisi le Conseil constitutionnel, en 2019, visait à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris⁴⁹. Les parlementaires d'opposition entendaient ainsi faire échec au projet de loi pour la croissance et la transformation des entreprises, dont l'adoption définitive était imminente, et qui prévoyait

⁴⁴ Article 6 du projet de loi constitutionnelle n° 232 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et relatif à l'organisation des pouvoirs publics. Cet article prévoyait l'organisation d'un référendum à « l'initiative d'un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales dans chaque département et territoire ».

⁴⁵ E. BALLADUR (dir.), *Une V^e République plus démocratique*, Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, Paris, Fayard, La Documentation française, 2008, p. 74-75.

⁴⁶ G. VEDEL (dir.), *Propositions pour une révision de la Constitution*, Comité consultatif pour une révision de la Constitution, Rapport au président de la République, 15 février 1993, § 38. Le comité avait d'ailleurs proposé que cette nouvelle procédure s'intitule « référendum d'initiative minoritaire ».

⁴⁷ Voir notamment : F. HAMON, « Le référendum d'initiative partagée sera bientôt opérationnel mais l'on s'interroge encore sur son utilité », *RFDC*, 2014, n° 98, p. 253-268 ; M. VERPEAUX, « Le nouveau référendum : mythe et réalités », *JCP G.*, 2014, n° 5, p. 219-225.

⁴⁸ Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution.

⁴⁹ Cons. const., n° 2019-1 RIP du 9 mai 2019, *Proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris*.

la privatisation de ces aérodromes⁵⁰. Le Conseil devait alors déterminer si une telle proposition était recevable compte tenu de la condition prévue à l'article 11 de la Constitution selon laquelle un référendum d'initiative partagée ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an. Le Gouvernement estimait, en s'appuyant sur les travaux préparatoires à la révision constitutionnelle de 2008, que l'intention du constituant était bien d'empêcher « que ce référendum ne devienne une arme de contestation d'une nouvelle législation et pour ainsi dire d'obstruction du travail du législateur⁵¹ ». Une telle proposition de loi était, selon le Gouvernement, nécessairement irrecevable car constitutive d'un détournement de procédure. Il invitait donc le Conseil à retenir une interprétation de l'article 11 et des dispositions organiques applicables⁵² fidèle à l'intention du constituant. Toutefois, la Haute instance va faire le choix de s'appuyer sur une interprétation littérale des textes conduisant à considérer que la loi n'étant pas encore promulguée à la date d'enregistrement de la saisine, la proposition n'avait donc pas pour objet l'abrogation d'une disposition promulguée depuis moins d'un an.

Cette interprétation a eu le mérite d'ouvrir des potentialités inattendues au référendum d'initiative partagée : il devenait un moyen, théorique, pour l'opposition de s'opposer à l'adoption d'une réforme voulue par la majorité⁵³. Toutefois, le Conseil constitutionnel va rapidement retenir une interprétation de l'article 11 de nature à prévenir le détournement de procédure que sa décision de 2019 avait permis. Ainsi, dès sa décision 2022-3 RIP du 25 octobre 2022⁵⁴, il va s'appuyer sur un nouveau critère, non évoqué dans sa décision de 2019, qui conditionne la recevabilité de la proposition au fait qu'elle constitue une véritable réforme de la politique économique, sociale ou environnementale de la nation. En l'espèce, il va juger que la création d'une contribution additionnelle sur les bénéfices exceptionnels des grandes entreprises ne porte pas sur une réforme relative à la politique économique de la nation. Si la motivation de la décision est cryptique, les commentaires officiels indiquent que, selon les travaux parlementaires relatifs à la révision constitutionnelle de 1995,

La notion de « réforme » a ainsi été conçue comme renvoyant à des projets législatifs d'une certaine ampleur, porteurs de changements importants pour les citoyens appelés à participer à la consultation référendaire, quel que soit le domaine – économique ou social – couvert⁵⁵.

⁵⁰ Articles 130 à 136 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

⁵¹ J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1009 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République*, AN, 2009, p. 67. v.

⁵² L'article 45-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 dispose que : « Le Conseil constitutionnel vérifie, dans le délai d'un mois à compter de la transmission de la proposition de loi : [...] Que son objet respecte les conditions posées aux troisième et sixième alinéas de l'article 11 de la Constitution, les délais qui y sont mentionnés étant calculés à la date d'enregistrement de la saisine par le Conseil constitutionnel ».

⁵³ Voir M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La décision n° 1-2019 RIP ou quand un mécanisme voué à l'échec devient un véritable atout pour l'opposition », *RFDC*, 2019, n° 120, p. 999-1010.

⁵⁴ Cons. const., n° 2022-3 RIP du 25 octobre 2022, *Proposition de loi portant création d'une contribution additionnelle sur les bénéfices exceptionnels des grandes entreprises*.

⁵⁵ Commentaire officiel de la décision n° 2022-3 RIP du 25 octobre 2022, p. 6.

Le juge constitutionnel a donc abandonné une interprétation littérale pour lui préférer cette fois-ci une interprétation exégétique de l'article 11 de la Constitution. Cela le conduit à estimer que la simple augmentation d'une imposition visant à abonder le budget de l'État ne constitue pas une modification d'ampleur du droit et donc une « réforme » au sens de l'article 11 de la Constitution.

C'est par un raisonnement analogue que la Haute instance va juger irrecevables les deux propositions de loi de référendum d'initiative partagé visant à faire échec au projet de loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023. La première proposition de loi était constituée d'un article unique prévoyant que l'âge d'ouverture du droit à pension ne peut être fixé au-delà de 62 ans⁵⁶. Le juge constitutionnel va estimer qu'une telle proposition est irrecevable en ce qu'elle ne modifie pas l'état du droit à la date à laquelle le Conseil a été saisi dans la mesure où la législation prévoyait déjà un âge de départ à la retraite à 62 ans. Le Conseil a alors choisi de se placer à la date d'enregistrement de la saisine et non à la date de sa décision pour apprécier l'existence ou non d'une réforme. Ce choix ne s'imposait cependant pas en ce que l'article 45-2 dispose seulement que la Haute instance vérifie que la proposition de loi

respecte les conditions posées aux troisième et sixième alinéas de l'article 11 de la Constitution, les délais qui y sont mentionnés étant calculés à la date d'enregistrement de la saisine par le Conseil constitutionnel.

Une interprétation littérale de ces dispositions pouvait conduire le juge constitutionnel à estimer qu'il n'a à se placer à la date de l'enregistrement de la saisine que pour la détermination du respect des délais prévus par l'article 11, non pour le respect des autres conditions de recevabilité. Ainsi, rien dans les dispositions de la Constitution ou de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 ne faisaient obstacle à ce que le Conseil décide d'apprécier les conditions de recevabilité, autre que les délais, à la date de sa décision⁵⁷.

Cet aspect de la date à laquelle se place le Conseil pour apprécier l'existence d'une « réforme » pourrait apparaître technique, mais il a des conséquences importantes sur la recevabilité des propositions de loi visant à faire obstacle à un texte en cours d'examen au Parlement. En effet, ces propositions ne peuvent plus se contenter de prévoir un retour à l'état du droit antérieur à la réforme contestée, qui n'a par définition pas encore été promulguée à la date d'enregistrement de la saisine, car elle ne sera pas considérée comme une réforme au sens de l'article 11. Cela est parfaitement illustré par la seconde proposition de loi de référendum d'initiative partagée qui n'a été examinée par le Conseil constitutionnel que postérieurement à la promulgation de la loi de réforme des retraites⁵⁸. En l'espèce, les parlementaires avaient repris, avec quelques modifications mineures⁵⁹, l'article 1^{er} de la

⁵⁶ Proposition de loi n° 503 présentée en application de l'article 11 de la Constitution visant à affirmer que l'âge légal de départ à la retraite ne peut être fixé au-delà de 62 ans, A.N., 20 mars 2023.

⁵⁷ Pour un point de vue similaire, voir M. CARPENTIER, « Réflexions hâtives sur la notion de "réforme" et le référendum d'initiative partagée », *Blog Droit objectif*, 15 avril 2023.

⁵⁸ Si la proposition de loi a été déposée devant le Conseil le 13 avril 2023, il n'a rendu sa décision que le 3 mai alors que la loi de financement rectificative avait été promulguée le 14 avril.

⁵⁹ La première proposition de loi prévoyait que l'âge de départ à la retraite « ne peut être fixé au-delà de soixante-deux ans » alors que la seconde prévoyait que cet âge « ne peut être supérieur à soixante-deux ans ».

précédente proposition de loi tout en y ajoutant un second article visant à augmenter le taux d'imposition à la contribution sociale généralisée des revenus du patrimoine afin d'augmenter la contribution des revenus du capital au financement des retraites. Ce second article avait clairement pour objet de répondre à l'argumentaire du Gouvernement selon lequel la première proposition ne modifiait pas véritablement l'état du droit⁶⁰. Il n'en reste pas moins qu'en se plaçant toujours à la date d'enregistrement de la saisine, qui était antérieure à la promulgation de la loi, le Conseil a jugé que l'article 1^{er} ne changeait pas l'état du droit et que l'article 2 modifiait certes la législation, mais pas dans une ampleur insuffisante pour constituer une réforme relative à la politique sociale au sens de l'article 11.

Le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel dans la décision relative à la loi réformant les retraites apparaît en miroir inversé à celui tenu dans ses deux décisions relatives au référendum d'initiative partagée. Ainsi, dans la première décision, il se refuse à interpréter autrement que littéralement la Constitution afin de ne pas avoir à sanctionner un détournement de procédure du Gouvernement. Il se réfugie par ailleurs derrière le pouvoir d'appréciation du législateur dans le choix de la procédure pour ne pas avoir à apprécier le mobile du Gouvernement. *A contrario*, dans sa seconde décision, il choisit une interprétation exégétique lui permettant de prévenir le détournement de procédure que constituerait l'utilisation du référendum d'initiative partagée afin de s'opposer à un texte en cours d'examen au Parlement. Il refuse en outre de considérer qu'en matière de contrôle d'une proposition de loi de référendum d'initiative partagée, le principe selon lequel il ne dispose pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement » est applicable. En effet, le Conseil se réserve le droit de contrôler l'« ampleur » de la modification proposée. Il s'agit d'un contrôle particulièrement intrusif dans les choix politiques des parlementaires puisque le juge constitutionnel se fait maître de ce qu'est une réforme au sens de l'article 11. Cela est en clair contraste avec les référendums à l'initiative de l'exécutif qui ne sont quant à eux soumis qu'à un contrôle limité⁶¹. De plus, il n'est guère aisé d'identifier quels sont les critères d'appréciation de la Haute instance, d'autant plus que le critère même de l'« ampleur » de la réforme n'est pas évoqué par les décisions, mais seulement par les commentaires officiels. En l'occurrence, si les parlementaires avaient déposé une proposition de loi réduisant l'âge légal de départ à la retraite à 61 ans et onze mois, le Conseil l'aurait-il jugé recevable car constituant une véritable « réforme » ?

Ces différences de contrôle pourraient être attribuées au fait que le Conseil n'a pas exactement le même office lorsqu'il contrôle la loi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution et lorsqu'il contrôle une proposition de loi en application de l'article 11. On sous-estimerait alors grandement le pouvoir du juge constitutionnel dans la détermination de ses propres offices. Il nous semble plutôt que la différence de contrôle entre la décision sur la loi de réforme des retraites et les décisions relatives aux propositions de référendum d'initiative partagée doit être recherchée dans les méthodes du Conseil constitutionnel qui sont fondées sur une forme d'op-

⁶⁰ Observations du Gouvernement sur la proposition de loi visant à affirmer que l'âge légal de départ à la retraite ne peut être fixé au-delà de 62 ans, 24 mars 2023.

⁶¹ Voir notamment : M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La décision du Conseil constitutionnel du 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet : un nouveau pas en matière de contrôle des référendums », *RFDA*, 2005, n° 5, p. 1040-1048.

portunisme interprétatif. Ces trois décisions montrent que la méthode d'interprétation de la Constitution retenue par la Haute instance ainsi que l'intensité de son contrôle sont avant tout conditionnées par le sens de la décision qu'il entend prendre et qui doit être de nature à préserver ce qu'il considère être l'efficacité du système de gouvernement de la V^e République.

II. UN CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE CAPTIF DE SON CADRE D'EXERCICE

Les solutions retenues dans le cadre de l'examen des textes relatifs à la réforme des retraites s'expliquent en grande partie par le fait que, d'une part, le juge constitutionnel a une approche essentiellement finaliste de son contrôle de constitutionnalité (A). D'autre part, il est contraint par un contrôle de constitutionnalité *a priori* qui favorise peu les décisions ambitieuses et une réflexion constitutionnelle approfondie (B).

A. Une conception finaliste du contrôle de constitutionnalité

La motivation des trois décisions du Conseil constitutionnel relatives à la réforme des retraites présente les difficultés habituelles. Le juge constitutionnel retient une approche « hyperformaliste⁶² » : il apparaît déduire logiquement des méthodes de son contrôle et/ou de certaines normes de référence la solution aux griefs de constitutionnalité invoqués par les requérants. Ainsi, si le Gouvernement n'a pas commis de détournement de procédure, c'est que, selon le Conseil, il ne se déduit pas de la Constitution et des dispositions organiques qu'il ne pouvait mobiliser une loi de financement rectificative pour réformer les retraites. En outre, il se déduit des méthodes de son contrôle que le législateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix du support le plus approprié à sa réforme des retraites, le Conseil ne peut donc pas contrôler une telle décision. Les fragilités de cette motivation, et du raisonnement dont elle est le support, sont particulièrement visibles. Les déductions du Conseil pour arriver à la solution choisie n'ont rien de logique ou d'évident. Il n'est pas évident qu'il ressorte des normes de référence que le Gouvernement pouvait recourir à une loi de financement rectificative ou que le Conseil ne peut contrôler ce choix au regard du pouvoir discrétionnaire du législateur. Il n'est pas non plus évident ou logique que le Conseil se place à la date de l'enregistrement de la saisine d'une proposition de loi de référendum d'initiative partagée pour déterminer si ses dispositions prévoient ou non une réforme au sens de l'article 11. Les déductions de la Haute instance s'apparentent à des affirmations péremptoires déguisées. Si certains commentateurs ont pu défendre la position du Conseil et la juger « juridiquement incontestable⁶³ », les limites de sa motivation sont au contraire le symptôme des difficultés pour le juge à justifier juridiquement les solutions retenues.

⁶² D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, p. 5.

⁶³ J.-P. CAMBY, « La réforme des retraites promulguée, le RIP écarté, les institutions malmenées ! », *LPA*, 2023, n° 4, p. 11-15.

En tout état de cause, ces trois décisions s'inscrivent dans une tendance structurelle du Conseil constitutionnel, qui peut être qualifiée de doctrine de l'institution, qui consiste à faire prévaloir l'efficacité de l'action publique, donc sa finalité, sur la protection des règles constitutionnelles, en particulier lorsqu'il s'agit de règles procédurales. La censure régulière par le Conseil de cavaliers législatif peut donner l'impression d'une institution particulièrement attentive au respect des règles de procédure. Cependant, historiquement, le juge constitutionnel français est particulièrement réticent à censurer une loi dans son intégralité pour une violation d'une règle de procédure. Ainsi, depuis 1959, dix-sept lois seulement ont été entièrement censurées, sur plus de 746 contrôlées, et parmi celles-ci, huit l'ont été pour violation d'une règle de procédure⁶⁴. Ce faible taux de censure s'explique notamment par le fait que le juge constitutionnel français appréhende les violations des règles de procédure par le truchement d'un raisonnement conséquentialiste⁶⁵. Il apprécie donc la violation de la règle procédurale en lien avec les conséquences d'une censure totale de la loi. Cela apparaît clairement dans sa décision du 26 mars 2020 à propos de la suspension des délais d'examen des QPC⁶⁶. Si la violation des délais minimaux d'examen d'une loi organique prévus à l'article 46 de la Constitution était manifeste, le Conseil ne censurerait pas « compte tenu des circonstances particulières de l'espèce ». Ainsi, au regard de l'urgence et de la situation sanitaire, les conséquences de la censure seraient excessives compte tenu du but poursuivi par le législateur, c'est-à-dire la bonne administration de la justice. Dans une décision du 6 juillet 1976⁶⁷, il avait déjà recouru à un raisonnement analogue. En l'occurrence, le rapporteur, Georges-Léon Dubois, concluait à la censure de la loi organique au regard de la violation, là aussi, du délai minimal prévu par l'article 46 de la Constitution, avant lequel une assemblée est autorisée à délibérer sur un projet ou une proposition de loi organique. Le rapporteur fait alors cette proposition de censure « avec d'autant plus d'aisance que la loi qui lui en offre l'occasion est une loi mineure, sans implication politique⁶⁸ ». Mais une majorité va se dégager contre la proposition du rapporteur au regard d'arguments qui sont, de l'aveu même d'un membre, plus « de moralité, d'opportunité, que d'un juridisme

⁶⁴ Cons. const., n° 77-91 DC du 18 janvier 1978, Loi complémentaire à la loi du 2 août 1960 et relative aux rapports entre l'État et l'enseignement agricole privé ; 79-110 DC du 24 décembre 1979, Loi de finances pour 1980 ; 80-122 DC du 22 juillet 1980, Loi rendant applicable le code de procédure pénale et certaines dispositions législatives dans les territoires d'outre-mer ; 85-190 DC du 24 juillet 1985, Loi portant règlement définitif du budget de 1983 ; 89-263 DC du 11 janvier 1990, Loi organique relative au financement de la campagne en vue de l'élection du président de la République et de celle des députés ; 99-420 DC du 16 décembre 1999, Loi organique relative à l'inéligibilité du Médiateur des enfants ; 2011-632 DC du 23 juin 2011, Loi fixant le nombre des conseillers territoriaux de chaque département et de chaque région ; 2012-655 DC du 24 octobre 2012, Loi fixant le nombre des conseillers territoriaux de chaque département et de chaque région.

⁶⁵ Voir sur ce sujet : S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2016, T. 147.

⁶⁶ Cons. const., n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

⁶⁷ Cons. const., n° 76-66 DC du 6 juillet 1976, Loi organique modifiant l'article 67 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature et introduisant dans ladite ordonnance un article 17-1.

⁶⁸ G.-L. DUBOIS in Cons. const., séance du 6 juillet 1976, p. 10.

inattaquable⁶⁹ ». Il est ainsi soutenu par certains conseillers « qu'il serait ridicule de s'opposer à la promulgation de ce texte pour une raison de pure forme⁷⁰ » ou qu'« une décision de non-conformité donnerait certainement l'impression que le Conseil constitutionnel veut jouer au maître d'école tatillon⁷¹ ». La Haute instance déclarera la loi conforme à la Constitution en se contentant d'affirmer, sans autre précision, que la loi a été adoptée « dans le respect de la procédure prévue à l'article 46 ». Un autre exemple est la décision du 30 décembre 1995 au cours de laquelle une majorité de membres du Conseil se dégage contre une censure fondée sur l'accumulation de procédure constitutionnelle pour forcer l'adoption de la loi⁷². Lors des débats, il ressort très clairement que les procédures mobilisées par le Gouvernement sont perçues comme impératives au regard de l'abus du droit d'amendement par les parlementaires qui en avaient déposé plusieurs milliers. Or, cette obstruction aurait « pour effet d'empêcher le fonctionnement des pouvoirs publics⁷³ », d'où la nécessité de donner au Gouvernement les moyens d'agir, même via un cumul de procédures.

Cette tendance du juge constitutionnel à appréhender les méthodes et les normes de référence de son contrôle à travers une perspective finaliste est largement favorisée par le contexte de ces dernières décennies. Dans un cadre économique mondialisé où l'État n'est plus qu'un pourvoyeur de règles encadrant des marchés, l'efficacité de l'action publique devient l'une des principales préoccupations des élites politiques et administratives⁷⁴, qui constituent le vivier principal de membres du Conseil constitutionnel. D'autant que la place du droit dans la formation à l'École nationale d'administration (ENA) a significativement décliné à partir des années 1970 pour faire place à des savoirs économiques et de gestion⁷⁵. Le droit n'est plus enseigné comme étant le cadre structurant de l'action publique, mais présenté comme une des données qui doit être conciliée avec les « savoirs managériaux⁷⁶ ». L'ENA ayant été la principale pourvoyeuse de membres du Conseil d'État, il n'est donc guère surprenant que le principe de légalité soit progressivement passé de la raison d'être du contrôle du juge administratif à un paramètre qui doit être accordé avec d'autres considérations liées à l'environnement, en particulier économique, dans lequel intervient le juge. Ainsi, la doctrine administrativiste se fait depuis plusieurs années l'écho de l'évolution de la jurisprudence administrative qui tend à privilégier la sécurité juridique sur le principe de légalité⁷⁷. Cette

⁶⁹ P. CHATENET in Cons. const., séance du 6 juillet 1976, p. 14.

⁷⁰ F. GOGUEL in Cons. const., séance du 6 juillet 1976, p. 15.

⁷¹ R. FREY in Cons. const., séance du 6 juillet 1976, p. 15.

⁷² Cons. const., n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, précit.

⁷³ M. AMELLER in Cons. const., séance du 30 décembre 1995, p. 16.

⁷⁴ Voir par exemple P. MULLER, *La société de l'efficacité globale*, Paris, PUF, 2015, p. 94-95. L'auteur relève qu'à partir des années 1970-80 va apparaître un régime d'action publique qu'il qualifie d'« État managérial ». Il ajoute que « [l]e management public doit s'aligner sur les modes de gestion de l'entreprise, car la norme est désormais celle de l'efficacité et surtout de l'efficience (le rapport coûts-résultats) des politiques publiques ».

⁷⁵ L. ISRAËL, R. VANNEUVILLE, « Enquêter sur la formation au droit en France. L'exemple des formations extra-universitaires », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014, vol. 72, p. 141-162, spé. p. 143.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Voir notamment en ce sens le dossier : « Légalité et sécurité juridique, un équilibre rompu ? », *AJDA*, 2019, n° 19, p. 1086-1115.

tendance est illustrée, dans le rapport 2021 du Conseil d'État sur l'état d'urgence, par une formule topique : « le droit est au service de l'action publique et non l'inverse⁷⁸ ». Il en ressort que le droit, fût-il constitutionnel, ne peut constituer un obstacle absolu à l'action publique, en particulier lorsqu'elle émane d'autorités politiques élues.

Au regard de la composition du la Haute instance et de l'influence qu'exerce historiquement sur elle les membres du Conseil d'État, notamment par le biais du secrétaire général, il n'est pas surprenant que la jurisprudence constitutionnelle soit emprunte de cette même conception finaliste. On peut ainsi raisonnablement penser que confrontés à la question de la conformité de la procédure d'adoption de la loi de financement rectificative, les membres du Conseil constitutionnel ont considéré qu'une interprétation littérale s'imposait d'autant plus facilement qu'elle permettait d'éviter la censure. En effet, une déclaration d'inconstitutionnalité aurait eu des conséquences significatives en ce qu'elle aurait probablement définitivement empêché l'adoption de la réforme des retraites, tant il aurait été difficile pour le Gouvernement, au regard du contexte politique, de revenir devant le Parlement avec le même projet. Or, la réforme des retraites était jugée « indispensable » par l'exécutif compte tenu de l'évolution démographique et des déséquilibres des régimes obligatoires⁷⁹. *A contrario*, une interprétation exégétique des dispositions de l'article 11 de la Constitution devait apparaître d'autant plus opportune aux membres du Conseil qu'elle permettait de fermer la porte à un détournement de procédure qui aurait permis d'entraver l'action du législateur en autorisant les oppositions à déclencher des référendums sur des projets de loi contestés. La préoccupation du juge constitutionnel français pour l'efficacité de l'action du législateur semble donc bien être une clé de compréhension de ses choix interprétatifs.

À cela s'ajoute le fait que derrière la protection de l'action du législateur, le Conseil constitutionnel protège surtout les prérogatives du Gouvernement qui est, sous la V^e République, à l'initiative de l'essentiel de la législation. Il faut rappeler que la Haute instance a été pensée comme un instrument de rationalisation du parlementarisme, elle se refuse toujours à jouer un rôle à contreemploi de modérateur de cette rationalisation. Parce que son ADN est celui d'un « chien de garde de l'exécutif », le Conseil est enfermé dans une forme de déterminisme constitutionnel et ne semble pas concevoir une interprétation de la Constitution de nature à limiter les prérogatives ou les marges de manœuvre de l'exécutif. La doctrine du Conseil constitutionnel selon laquelle l'action politique ne doit pas être entravée de manière trop significative par les règles de droit, combinée à un tropisme pour la protection des prérogatives du Gouvernement, le mène donc naturellement à retenir une interprétation de la Constitution favorable à l'action de l'exécutif, quitte à lui créer des « franchises constitutionnelles ». Cela explique par exemple la manière

⁷⁸ Conseil d'État, *Les états d'urgence : la démocratie sous contrainte*, Paris, La documentation française, 2021, p. 13

⁷⁹ Dans sa présentation du projet de loi, le ministre du Travail, Olivier Dussopt, déclare : « Nous n'avons plus le luxe de pouvoir nous voiler la face ; l'immobilisme n'est plus permis. [...] L'hypothèse centrale retient dès 2023 un déficit de 1,8 milliard, qui se creuse rapidement : 12,4 milliards en 2027, autant dire demain, 13,5 milliards en 2030, 25 milliards en 2040. Autrement dit, rester passif, c'est se préparer à accumuler en dix ans 150 milliards de déficit, que devront gérer les générations futures ! » (Compte-rendu des séances du 6 février 2023, A.N., p. 857).

dont le juge constitutionnel interprète la séparation des pouvoirs dans un sens protecteur de l'exécutif⁸⁰. Les trois décisions relatives à la réforme des retraites s'insèrent dans cette tendance et illustrent le fait que le Conseil constitutionnel n'entend pas être une entrave à la pratique présidentielle de la V^e République⁸¹. Cela est d'autant plus facile que le Conseil intervient dans le cadre du contrôle *a priori* qui n'est guère propice à une réflexion approfondie et donc à une remise en cause des tendances de fond qui déterminent son contrôle.

B. L'impasse du contrôle *a priori*

Le contrôle de constitutionnalité *a priori* est « très primitif⁸² » en ce qu'il impose au juge constitutionnel français de trancher les griefs de constitutionnalité portés contre la loi dans un délai très court. Ces éléments sont bien connus⁸³, mais sont souvent sous-estimés ou éludés lorsqu'il s'agit de comprendre les décisions de la Haute instance. Les trois décisions rendues par le Conseil constitutionnel à l'occasion de la réforme des retraites confirment, s'il y en avait besoin, toutes les limites du contrôle de constitutionnalité *a priori*, et ce à deux égards.

En premier lieu, le contrôle *a priori*, que ce soit dans le cadre de l'article 11 ou 61 de la Constitution, contraint le Conseil constitutionnel à statuer rapidement après l'adoption définitive de la loi par le Parlement. Ce laps de temps très court implique que la décision du juge constitutionnel intervient dans un contexte où les controverses politiques et médiatiques entourant l'adoption de la loi sont encore très vives. Cela encourage l'attention particulière portée par le Conseil sur les effets politiques de ses décisions et peut le rendre particulièrement conservateur. Lorsqu'il contrôle la constitutionnalité de la loi sur le fondement de l'article 61, le juge constitutionnel peut être réticent à censurer la loi alors qu'il dispose d'un

⁸⁰ Voir notamment en ce sens : M. ALTWEG-BOUSSAC, « “Un mal qui répand la terreur” : l'information du parlement », *Blog Jus Politicum*, 18 mai 2020. L'auteure note en ce sens qu'« [i]l a fallu quelque temps pour que la jurisprudence du Conseil constitutionnel, suivie par le Conseil d'État, façonne sur mesure un principe juridique, à teinte gaullienne, de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire orienté tout naturellement vers la protection de l'exécutif ». Voir aussi : O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 9, 2013.

⁸¹ Voir en ce sens : D. BARANGER, « Le Conseil constitutionnel a perdu une chance de rétablir un degré d'équilibre entre les pouvoirs », *Le Monde*, 16 avril 2023. L'auteur estime en ce sens que le Conseil « a persisté sur la voie qui est la sienne depuis 1958 : être le gardien scrupuleux des prérogatives très larges que donne à l'exécutif une constitution de parlementarisme dit “rationnalisé” ». Voir aussi : E. BOTTINI, M. BOUAZIZ et S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Un juge activiste ? Les choix du Conseil constitutionnel dans les décisions n° 2023-4 RIP et n° 2023-849 DC du 14 avril 2023 », *La Revue des droits de l'homme*, 2023. Les trois auteurs considèrent quant à elles que « le Conseil constitutionnel contribue activement à libérer l'exécutif des contraintes qui pourraient peser sur lui ».

⁸² M. FROMONT in « Contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori* : débat à propos de la suppression du contrôle *a priori* en Espagne », *AJJC*, 1987, n° 1-1985, p. 88.

⁸³ Voir notamment en ce sens C.-E. SENAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Paris, LGDJ, 2015, p. 265 et s. ; M. KAMAL-GIRARD, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Paris, Mare & Martin, 2020, p. 363 et s. ; C.-E. SENAC, « La contrainte du temps et la protection des libertés par le Conseil constitutionnel », in S. BENZINA (dir.), *Le Conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ?*, Poitiers, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2021, p. 41-64.

temps réduit pour examiner de manière approfondie le texte soumis. Cette procédure est donc peu propice à un « changement de logiciel⁸⁴ » ou à ce qu'il fasse « preuve d'audace⁸⁵ » : elle conduit à un contrôle superficiel et rarement ambitieux. Cette forme d'aversion au risque du juge constitutionnel est particulièrement marquée lorsque sa décision pourrait avoir des conséquences non maîtrisées ou mal anticipées par lui. La censure de la loi sur le fondement du détournement de procédure ou de l'accumulation des recours aux procédures constitutionnelles aurait pu avoir pour effet de limiter significativement les facultés du Gouvernement à faire adopter des réformes alors qu'il ne dispose que d'une majorité relative à l'Assemblée nationale. De même, en jugeant les propositions de loi de référendum d'initiative partagée recevables, le juge constitutionnel aurait ouvert la voie à une évolution du régime permettant aux oppositions de contourner la majorité présidentielle en donnant potentiellement aux citoyens le dernier mot. Cela aurait été de nature à réduire le poids du système représentatif et donc la puissance du président de la République. Or, les trois décisions rendues dans le cadre de la réforme des retraites sont le signe très net que le Conseil n'entend pas être l'institution qui remettra en cause le déséquilibre institutionnel de la V^e République, il n'est pas à cet égard « un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics⁸⁶ ». Les décisions relatives aux retraites confirment que le Conseil constitutionnel ne souhaite pas jouer un rôle de véritable contre-pouvoir institutionnel, notamment en protégeant les droits du Parlement et des oppositions parlementaires de l'hégémonie de la majorité présidentielle.

En second lieu, le contrôle *a priori* est une procédure dont la nature favorise le consensus au détriment d'une véritable logique délibérative imposant une réflexion complexe sur la Constitution. La précipitation dans laquelle le Conseil doit se prononcer structure l'organisation et le fonctionnement de l'institution. Elle est peu favorable au développement d'une véritable pensée constitutionnelle par les membres. Les contraintes du contrôle *a priori* sont en outre aggravées par la composition de l'institution et le refus des présidents successifs d'accorder des assistants aux membres qui les aideraient à former une pensée ou même à se faire une opinion propre sur l'affaire indépendamment du rapporteur et du service juridique⁸⁷. Dominique Schnapper relevait d'ailleurs de son passage au Conseil constitutionnel le fait que :

les réflexions générales ou quelque peu philosophiques que je peux avancer sur les décisions ne sont guère appréciées lors des plénières : « C'est l'affaire de la doctrine », me dit poliment mais fermement un « politique⁸⁸ ».

Cette carence de la réflexion constitutionnelle est apparue clairement lors de l'examen de la loi de financement rectificative. Des indiscretions à la presse ont ainsi révélé que la décision de ne pas censurer la loi de réforme des retraites aurait

⁸⁴ O. BEAUD, « Réforme des retraites : "Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d'audace" », *Le Monde*, 25 avril 2023.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Cons. const., n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, § 2.

⁸⁷ Les demandes des membres du Conseil de recruter des assistants personnels se voient systématiquement opposées une fin de non-recevoir par les présidents successifs du Conseil. Voir par exemple Cons. const., séance du 23 juin 1995, p. 13.

⁸⁸ D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, p. 167-168.

fait très largement consensus, seul le président du Conseil n'était pas favorable à une déclaration de conformité⁸⁹. L'absence d'un dissensus sur un sujet aussi controversé pourrait surprendre tant la décision rendue par le Conseil ne s'imposait pas de manière évidente. Mais un dissensus supposerait que les membres soient en désaccord sur l'interprétation de la Constitution et plus généralement sur la manière de penser le droit constitutionnel français. Le consensus n'est alors pas la marque de l'évidence de la solution choisie, mais au contraire l'absence d'un véritable « savoir de la Constitution⁹⁰ » permettant aux membres de confronter des points de vue contraire. En d'autres termes, faute d'une pensée constitutionnelle, les membres du Conseil n'ont guère de raisons, autres que politiques, de s'opposer à la solution proposée par le rapporteur avec l'aide du service juridique. Certes, il existe tout de même une doctrine au Conseil constitutionnel comme évoqué ci-dessus. Il ne faut cependant pas confondre une doctrine du contrôle de constitutionnalité et une doctrine de la Constitution. S'il ne fait guère de doute qu'il existe des principes directeurs du contrôle de constitutionnalité qui forment une doctrine de l'institution, que ce soit l'importance de ne pas entraver l'efficacité de l'action du législateur ou la protection des prérogatives de l'exécutif, cela n'équivaut pas à une pensée générale sur la Constitution. À bien des égards, dans la jurisprudence constitutionnelle, la Constitution s'apparente plus à une liste de principes, exigences et règles constitutionnels hétérogènes et disparates, c'est-à-dire à « un catalogue de “normes”⁹¹ », qu'à un ensemble pensé de manière cohérente et faisant système.

Les décisions d'avril et mai 2023 font la démonstration que le Conseil n'appréhende la Constitution que de manière utilitariste et en silo plutôt qu'en tant que système dont chaque pièce ne peut être bougée sans affecter l'ensemble⁹². Ainsi, il conclut à l'absence de détournement de procédure par le Gouvernement en s'appuyant sur une interprétation littérale des dispositions de l'article 47-1 de la Constitution car cela lui permet d'éviter, dans le cas d'espèce, la censure. Mais ce choix est fait sans penser à la manière dont une telle interprétation s'insère dans l'édifice constitutionnel et les conséquences sur le fonctionnement du régime institué par la Constitution. En l'occurrence, le fait que le Gouvernement puisse désormais recourir librement à des lois de financement rectificatives pour introduire des réformes sociales d'ampleur n'est pas de nature à maintenir le *statu quo* institutionnel, mais pourrait renforcer encore davantage le déséquilibre institutionnel au profit de l'exécutif et constituer une limitation forte des prérogatives législatives du

⁸⁹ N. SCHUCK, « Comment Fabius a voulu censurer Macron sur les retraites », *Le Point*, 2 juin 2023.

⁹⁰ D. BARANGER, « Le contentieux constitutionnel : critique d'une jurisprudence, critique d'une discipline », in S. BENZINA, J. JEANNENEY (dir.), *La doctrine et le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2024, à paraître.

⁹¹ D. BARANGER, *La Constitution. Sources. Interprétations. Raisonnements*, Paris, Dalloz, 2022, p. 31. L'auteur observe également que « [l]a lecture jurisprudentielle de la loi constitutionnelle éloigne progressivement celle-ci de son statut de texte pour lui conférer le statut d'un catalogue, un ensemble de dispositions distinctes, appréhendées séparément en vue d'exploiter leurs possibilités de signification, leur productivité jurisprudentielle » (p. 267).

⁹² A. VIALA, « Réforme des retraites : “La bienveillance du Conseil constitutionnel est le retour du refoulé autoritaire issu des origines de la V^e République” », *Le Monde*, 18 avril 2023. L'auteur rappelle en ce sens que : « La Constitution n'est pas qu'une addition de dispositions prises isolément, mais un système cohérent de normes dont l'application concrète peut avoir sur l'équilibre des institutions des effets qui ne sauraient passer inaperçus ».

Parlement. Un raisonnement similaire est transposable au référendum d'initiative partagé. Alors même que la France a connu ces dernières années des mouvements sociaux réclamant moins de verticalité et davantage de démocratie directe, notamment par la création d'un référendum d'initiative citoyenne, le choix du Conseil constitutionnel de durcir les conditions de recevabilité d'une telle procédure apparaît à contrecourant. Mais là encore, c'est bien une conception utilitariste et en silo de la Constitution qui a prévalu : l'interprétation exégétique de la notion de « réforme » dans l'article 11 de la Constitution avait le mérite d'empêcher qu'il soit fait échec à la réforme des retraites par un détournement de procédure. Le fait que cette interprétation soit de nature à aggraver la crise démocratique en France ne semble pas avoir été une préoccupation du Conseil, car cela supposerait qu'il pense l'article 11 et son environnement constitutionnel en dehors du cas d'espèce dont il était saisi.

L'attention médiatique particulière dont a fait l'objet le Conseil constitutionnel et ses décisions dans le cadre de la séquence des retraites a eu un mérite non négligeable : elle a permis au grand public de comprendre qu'il y a encore beaucoup de chemin à faire avant que la justice constitutionnelle à la française ne soit au niveau des autres juridictions constitutionnelles européennes.

Samy Benzina

Professeur de droit public à l'université de Poitiers.

|

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 (*en ligne*)