



**HAL**  
open science

## Un juge activiste? Les choix du Conseil constitutionnel dans les décisions n° 2023-4 RIP et n° 2023-849 DC du 14 avril 2023

Eleonora Bottini, Margaux Bouaziz, Stéphanie Hennette-Vauchez

### ► To cite this version:

Eleonora Bottini, Margaux Bouaziz, Stéphanie 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, [Actualités Droits-Libertés], [14 p.]. 10.4000/revdh.17206 . hal-04087770

**HAL Id: hal-04087770**

**<https://hal.science/hal-04087770v1>**

Submitted on 12 May 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Un juge activiste ? Les choix du Conseil constitutionnel dans les décisions n° 2023-4 RIP et n° 2023-849 DC du 14 avril 2023

Eleonora Bottini, Margaux Bouaziz and Stéphanie Hennette-Vauchez

---



**Electronic version**

URL: <https://journals.openedition.org/revdh/17206>

ISSN: 2264-119X

**Publisher**

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Brought to you by Columbia University Libraries



**Electronic reference**

Eleonora Bottini, Margaux Bouaziz and Stéphanie 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* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 03 May 2023, connection on 03 May 2023. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/17206>

---

This text was automatically generated on 3 May 2023.

All rights reserved

---

# Un juge activiste ? Les choix du Conseil constitutionnel dans les décisions n° 2023-4 RIP et n° 2023-849 DC du 14 avril 2023

Eleonora Bottini, Margaux Bouaziz and Stéphanie Hennette-Vauchez

---

- 1 Le Conseil constitutionnel n'a pas surpris. Ses décisions étaient prévisibles. Tout au plus aura-t-il manqué d'audace. Voilà, ramassé en quelques mots, le ton du discours majoritaire qui émane des nombreux commentaires doctrinaux auxquels auront donné lieu les deux décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la réforme des retraites le 14 avril 2023<sup>1</sup>. S'il y a bien eu quelque chose d'inédit dans l'attention portée au Conseil, l'issue des recours faisait peu de doute. Rares étaient les spécialistes à croire que le Conseil censurerait la loi adoptée ; tout comme il n'était pas déraisonnable de prédire qu'il rejeterait la proposition de RIP. C'est qu'en effet, le Conseil constitutionnel français, qui aime à répéter qu'il ne dispose pas d'un « pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement », n'est généralement pas présenté comme un juge activiste, bien au contraire<sup>2</sup>. Son autolimitation, qu'elle soit louée<sup>3</sup> ou critiquée<sup>4</sup>, continue de jouer un rôle central dans la manière dont il construit sa légitimité<sup>5</sup>. Néanmoins, la réserve et la neutralité peuvent n'être qu'apparentes. Prenant appui sur une lecture croisée des deux décisions n° 2023-4 RIP et n° 2023-849 DC du 14 avril, nous suggérons qu'elles caractérisent en réalité une intervention décisive du Conseil, dont l'effet est d'aggraver le déséquilibre institutionnel dans un sens favorable à l'exécutif et défavorable au Parlement (et en particulier, à l'opposition). Le Conseil constitutionnel serait-il activiste ?
- 2 L'affirmation que le Conseil serait un juge « activiste » peut sembler provocatrice et doit être expliquée. Si ce label est souvent utilisé pour qualifier les cas dans lesquels la solution est réputée découler d'une large audace interprétative du juge et de sa volonté de trancher de grandes questions sociales et politiques, il peut aussi décrire un autre aspect du travail du juge constitutionnel : la distribution des pouvoirs. En exerçant le

contrôle de constitutionnalité de la loi, le Conseil constitutionnel contribue en effet à délimiter (et donc, répartir) les pouvoirs des institutions qui prennent part au travail législatif. Nous proposons de considérer que les deux décisions commentées dénotent un “activisme” en ce second sens : au regard des choix normatifs qu’elles opèrent sur la répartition des pouvoirs entre l’exécutif, le Parlement, l’opposition et les citoyens.

- 3 Que la Constitution de la V<sup>e</sup> République penche en faveur de l’exécutif, personne ne le conteste. À cet égard, le Conseil constitutionnel a, dans son interprétation de la Constitution, trois possibilités. La première est celle de laisser le (des)équilibre institutionnel tel quel. Selon plusieurs commentateurs de ces décisions, d’ailleurs, il n’a fait que cela : Didier Maus estime par exemple que le Conseil s’est contenté de faire respecter l’équilibre institutionnel qui résulte de la Constitution<sup>6</sup>. La seconde possibilité serait de contribuer à rééquilibrer les institutions. Denis Baranger déplore ainsi qu’il ait « perdu une chance de rétablir un degré d’équilibre entre les pouvoirs »<sup>7</sup>. Ces deux premières options interprétatives ont bien été couvertes par la doctrine. Néanmoins, il en existe une troisième qu’il convient d’explorer : que le Conseil, par son interprétation, ait *aggravé* le déséquilibre institutionnel que la Constitution met en place. Nous estimons que, par les deux décisions sur le « dossier des retraites », le Conseil accroît le déséquilibre, et c’est en ce sens qu’on propose ici de lire son intervention comme « activiste ». Loin d’être « le gardien scrupuleux des prérogatives très larges que donne à l’exécutif une constitution de parlementarisme dit ‘rationalisé’ »<sup>8</sup>, le Conseil constitutionnel contribue activement à libérer l’exécutif des contraintes qui pourraient peser sur lui, tout en multipliant, en revanche, la liste des exigences qu’il impose au Parlement, et en particulier aux groupes minoritaires ou d’opposition.
- 4 Classiquement, les institutions politiques sont chargées d’interpréter la Constitution - ne serait-ce que pour ce qui les concerne. Elles disposent, ce faisant, d’une marge de manœuvre. L’étendue de celle-ci est toutefois tributaire du Conseil constitutionnel, dont un des effets du travail interprétatif est précisément d’allouer et de répartir les pouvoirs. Cette question peut être présentée dans les termes du débat états-unien sur l’interprétation constitutionnelle<sup>9</sup>. La question de savoir qui a le pouvoir d’interpréter la Constitution (ou qui doit avoir le dernier mot en matière d’interprétation) fait l’objet d’un vif débat qui distingue schématiquement deux camps : d’une part, les départementalistes qui considèrent que chaque organe (exécutif, législatif et juridictionnel) doit interpréter les dispositions constitutionnelles qui le concernent<sup>10</sup> ; de l’autre, les tenants de la suprématie juridictionnelle, qui considèrent qu’il appartient au pouvoir judiciaire (ou juridictionnel) de statuer en dernier ressort sur le sens de la Constitution<sup>11</sup>. Dans le premier cas, les juridictions sont censées faire preuve de déférence à l’égard de l’interprétation retenue par l’exécutif et le législatif. Dans le second, elles ne sont aucunement liées par leur interprétation. Au regard de ces distinctions, le Conseil constitutionnel semble embrasser alternativement ces deux conceptions. D’un côté, il est très déférent à l’égard de l’interprétation constitutionnelle que l’exécutif donne de ses propres compétences et des dispositions relatives à la procédure parlementaire. De l’autre, il ne laisse quasiment aucune marge de manœuvre aux parlementaires à l’initiative du RIP dans l’interprétation de l’article 11 de la Constitution. Quand il s’agit de *l’exécutif*, le Conseil retient une *approche départementaliste*. Tous les griefs procéduraux soulevés par les auteurs de la saisine sont balayés et l’ensemble des choix interprétatifs de l’exécutif est validé : la décision de ne pas utiliser la procédure législative ordinaire, le recours à une loi rectificative de

financement de la sécurité sociale pour une réforme ayant des conséquences bien au-delà de l'année en cours, l'assimilation de la LRFSS à la LFSS, l'activation de la procédure législative accélérée (dégradée?) de l'article 47-1, le recours au vote bloqué de l'article 44.3 et à l'engagement de la responsabilité de l'article 49 al. 3, etc. En revanche, quand il s'agit des *droits des parlementaires*, comme en matière de RIP, le Conseil retient la *suprématie juridictionnelle*. Dans la décision RIP, il s'estime compétent pour décider ce qu'est et ce que n'est pas une « réforme » au sens de l'article 11 de la Constitution - soustrayant dès lors cette compétence aux parlementaires. Cela démontre un « activisme » du Conseil dans les décisions du 14 avril 2023. 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 ».

- 5 Les deux décisions commentées illustrent donc un double mouvement : d'un côté, l'exécutif est soumis à très peu de contraintes et a les coudées franches pour mener des réformes, quelle que soit leur importance, par des voies parlementaires peu orthodoxes (I), de l'autre, l'opposition parlementaire est soumise à des contraintes très fortes pour mener à bien tout projet de RIP (II).

## I/- Un exécutif aux mains libres

- 6 La réforme des retraites a été notamment critiquée pour avoir cumulé le recours à plusieurs mécanismes procéduraux destinés à accélérer, voire contourner le débat législatif. Saisi de la question, le Conseil se borne à un contrôle minimal. Il ne trouve rien à redire, ni à l'insertion de la réforme dans une loi rectificative de financement de la sécurité sociale (LRFSS) (A), ni sur la mise en œuvre de la procédure constitutionnelle spéciale pour l'adoption des lois budgétaires de l'article 47-1, permise par l'assimilation de la LRFSS à la LFSS (B). Au passage, le Conseil s'autorise d'ailleurs une sortie de route pour intégrer dans son raisonnement des éléments extra-juridiques tenant au déroulement des débats parlementaires (C).

## A/- Un contrôle minimal sur le recours à une loi de financement de la sécurité sociale

- 7 La déférence du Conseil à l'égard de l'exécutif s'illustre d'abord dans le refus de contrôler le choix d'abandonner la procédure législative ordinaire pour mener à bien la réforme des retraites. Les précédentes réformes des retraites étaient toutes passées par la loi ordinaire<sup>12</sup>. Mais, cette fois-ci, le Gouvernement a choisi de recourir à une loi rectificative de financement de la sécurité sociale (LRFSS) ; de sorte que le Conseil a d'abord dû déterminer si le recours à une LRFSS était conforme à la Constitution. Sur ce point, il a exercé un contrôle de basse intensité, essentiellement formel (pour ne pas dire formaliste). Il commence en effet par rappeler les dispositions de la loi organique sur la sécurité sociale, qui précisent qu'elles doivent concerner l'année en cours<sup>13</sup>, ... pour n'en tirer aucune conséquence. Pourtant, la LRFSS en cause ne porte pas sur l'année 2023 : par hypothèse, ses effets ont vocation à s'inscrire dans une temporalité bien plus longue - et c'est même tout l'objet de la réforme. Au mieux, à supposer qu'elle entre effectivement en vigueur en septembre, l'année en cours ne serait concernée que

pour quelques mois. Le Conseil constitutionnel ne prend même pas appui sur cet élément pour expliquer ou justifier que les conditions du recours à une LRFSS étaient remplies. Dans le même ordre d'idées, le Conseil estime que le fait que la LRFSS contient des dispositions qui n'ont pas légalement à y figurer ne remet pas en question sa qualification de LRFSS : tout comme le fait que la réforme adoptée porte - ne fut-ce que pour quelques mois - sur 2023 suffit à lui permettre de se loger dans le cadre d'une LRFSS, le fait qu'au moins certaines des dispositions entrent matériellement dans le champ d'une LRFSS suffit pour que la totalité soit validée.

- 8 Sur ces deux premiers points, le Conseil élargit donc considérablement la marge d'appréciation du législateur (lire : l'exécutif auteur du projet de loi). Le Conseil conclut d'ailleurs que « si les dispositions relatives à la réforme des retraites, qui ne relèvent pas de ce domaine obligatoire, auraient pu figurer dans une loi ordinaire, le *choix* qui a été fait à l'origine par le Gouvernement de les faire figurer au sein d'une loi de financement rectificative ne méconnaît, en lui-même, aucune exigence constitutionnelle » (§11). Il reconnaît donc à la fois que le Gouvernement a opéré un choix dans l'interprétation de la Constitution et qu'il n'entre pas dans son office de le contrôler - ni *a fortiori* de le remettre en cause. L'exécutif peut donc recourir à un véhicule législatif normalement défini par un critère d'immédiateté pour entreprendre une réforme au long cours, y compris lorsque toute une part des dispositions qu'il entend faire adopter « (auraient) pu figurer dans une loi ordinaire »<sup>14</sup>.

## B/- La voie ouverte à la procédure de l'article 47-1

- 9 Ayant ainsi accepté le principe du recours à une LRFSS pour servir de véhicule à une réforme législative au long cours (bien au-delà de la seule année en cours), il restait au Conseil à déterminer si la loi rectificative de financement de la sécurité sociale (LRFSS) pouvait être apparentée à une loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) et ouvrir ainsi la voie au recours à la procédure législative spéciale de l'article 47-1 de la Constitution. Là encore, la question méritait d'être posée. Certes, la législation organique relative à la sécurité sociale dispose que les LRFSS sont des LFSS<sup>15</sup>, mais l'article visé se trouve au cœur d'une section qui définit le contenu des LFSS<sup>16</sup>. C'est donc surtout au plan matériel que les LRFSS y sont assimilées aux LFSS ; cette équivalence substantielle n'emportait pas nécessairement que les deux types de textes étaient assimilables sur le plan de la procédure constitutionnelle applicable. D'autant plus que l'article 47-1 de la Constitution se comprend par rapport à un objectif bien précis : celui d'éviter une situation de blocage ou paralysie institutionnelle qui résulterait de la durée de la délibération parlementaire. L'absence d'adoption d'une LFSS avant la fin de l'année civile (le 31 décembre) fait obstacle à l'encaissement des recettes à compter du 1er janvier. Là est la *ratio constitutionalis* de l'article 47-1. Or, on se situait bien, dans le cas d'espèce, dans une configuration tout à fait différente. La LRFSS ayant été introduite en début d'année civile, le risque qu'elle ne soit pas adoptée avant le 31 décembre était pour ainsi dire nul ; et en tout état de cause, un prolongement des débats n'aurait pas mis en danger les finances de la Nation. Répondant à un argument des parlementaires auteurs de la saisine, le Conseil constitutionnel souligne l'absence de l'urgence parmi les critères d'utilisation de l'article 47-1 ; mais ce faisant, il borne son contrôle à une vérification formelle de ceux-ci, sans faire droit à la question sous-jacente : celle des finalités de cette procédure législative dérogatoire - et donc, d'un hypothétique détournement de procédure.

- 10 Ce faisant, non seulement le Conseil fait le choix d'un contrôle minimal, mais encore il crée une aggravation notable des (des)équilibres institutionnels prévus par la Constitution. C'est d'ailleurs là, dans les conséquences de cette validation du recours à l'article 47-1 de la Constitution pour une réforme introduite en janvier, que réside l'un des aspects les plus importants de la décision. Dès lors que toute LRFSS est assimilable à une LFSS (même si elle ne porte pas sur l'année en cours) et ouvre la voie à l'article 47-1, il en résulte une incitation inédite et majeure pour tout Gouvernement futur de cadrer tout projet de réforme relatif aux questions sociales comme un LRFSS afin de pouvoir contourner la délibération parlementaire<sup>17</sup> en bornant le débat à 50 jours maximum, en permettant une éventuelle dispense de vote voire en offrant les conditions permettant le recours aux ordonnances. Sans compter que la mise en œuvre de l'article 47-1 permet au Gouvernement (on l'a vu) de recourir à l'article 49 al. 3 de la Constitution sans entamer son droit de tirage sur cet usage de l'engagement de la responsabilité gouvernementale pour ce qui est de la législation ordinaire, limitant ainsi les effets de la révision constitutionnelle de 2008 qui a entendu réduire l'utilisation de cet outil du parlementarisme rationalisé à une seule loi par session en dehors des textes budgétaires.

### **C/- Une incursion dans des considérations politiques sur le débat parlementaire**

- 11 Lorsque le Conseil prend en compte des considérations politiques pour apprécier les choix de l'exécutif en matière de procédure parlementaire, il n'est plus simplement déférent, mais se présente presque comme l'allié de l'exécutif. En effet, les apparences mécaniques (« neutres ») du raisonnement proposé (la loi adoptée a valablement pris la forme d'une LRFSS ; les LRFSS sont des LFSS ; donc l'article 47-1 était applicable) se fissurent à deux reprises dans la décision du Conseil, lorsqu'il fait référence aux circonstances politiques du débat parlementaire (et plus précisément au rôle de l'opposition). Au §18 de sa décision, il intègre à son raisonnement une prédiction : selon lui, quand bien même les débats à l'Assemblée nationale auraient été plus longs, le texte n'aurait pas été adopté (« eu égard à l'état d'avancement de l'examen du projet de loi par l'Assemblée nationale à l'issue de ce délai »). Plus loin, au §70, tout en admettant que « l'utilisation combinée des procédures mises en œuvre a revêtu un caractère inhabituel », il considère que ce cumul se justifie « en réponse aux conditions des débats ».
- 12 Ces deux incises sont très surprenantes. Elles s'apparentent à d'authentiques sorties de route du raisonnement constitutionnel, et intègrent des éléments d'appréciation politique. Outre le fait qu'on voit mal sur quoi ils reposent, on peut s'interroger : en quoi le fait que l'Assemblée nationale n'allait (ou n'aurait) pas adopter le texte (et comment le (pré)dire ?) peut-il influencer sur l'appréciation de la constitutionnalité de la transmission du texte au Sénat dès l'expiration du délai de 20 jours mentionné à l'article 47-1 de la Constitution ? En quoi les « conditions du débat » (dont on peut imaginer qu'elles se réfèrent au grand nombre d'amendements déposés par une partie de l'opposition et à des manœuvres dénoncées comme relevant de l'« obstruction parlementaire »), justifient-elles le cumul de mécanismes d'accélération voire d'interruption du débat ?

- 13 Tous ces éléments mènent à considérer que, loin de se limiter au rôle de « gardien scrupuleux »<sup>18</sup> des pouvoirs que la Constitution attribue à l'exécutif, le Conseil lui confère de nouvelles prérogatives. *A minima*, il les étend dans les limites maximales qu'offre la Constitution. Ces dernières sont certes très larges, mais le pouvoir d'adopter des réformes de grande ampleur par une procédure dérogatoire n'en fait pas partie de manière évidente. C'est la facilité avec laquelle cette interprétation hétérodoxe de la Constitution est acceptée qui attire l'attention. Le Conseil ne se contente pas de ne pas rééquilibrer les institutions « par une lecture très étroite et formaliste des conditions d'adoption de la loi »<sup>19</sup> ; il aggrave ce déséquilibre par son interprétation à deux vitesses. Ce double standard est particulièrement visible dans le contrôle qu'il exerce à partir du critère de l'« importance » de la réforme proposée par voie de RIP : le Conseil a en effet développé l'idée qu'une réforme insuffisamment importante ne peut faire l'objet d'un RIP. Posée de manière laconique dans sa précédente décision<sup>20</sup> sur la proposition de référendum instituant une contribution additionnelle sur les bénéfices exceptionnels des entreprises<sup>21</sup>, l'exigence de « l'importance » de la proposition de loi réapparaît dans la décision RIP-4 d'avril 2023. Le Conseil s'autorise ainsi à contrôler le contenu de la réforme et à mesurer un élément pour le moins difficilement mesurable. Pour la « loi exécutive », en revanche, le Conseil s'interdit toute appréciation de l'importance de la réforme et borne son analyse à un jugement sur la procédure retenue : une réforme très importante peut être adoptée par une procédure dérogatoire avec une délibération limitée, voire dégradée. Pour le RIP, l'« importance » est importante ; pour la « loi exécutive », l'« importance » est négligeable. Alors que le Conseil laisse une large marge de manœuvre à l'exécutif pour interpréter les dispositions organiques et constitutionnelles relatives aux LFSS et LRFSS, il encadre au contraire très strictement le recours au RIP et l'interprétation que peuvent en donner les parlementaires qui souhaitent s'en saisir.

## II/- Des initiatives parlementaires sous tutelle

- 14 Par sa décision 2023-4 RIP, le Conseil vient à nouveau serrer la vis du recours au référendum d'initiative partagée - au point que certains se demandent si cette procédure (grande innovation de la révision constitutionnelle de 2008) a encore un avenir en tant qu'instrument pour l'opposition parlementaire<sup>22</sup>. Selon le Conseil constitutionnel, une proposition de la loi référendaire doit d'abord constituer une « réforme » - critère entendu dans un sens restrictif et exigeant - et apporter un « changement à l'état du droit ». Ces deux éléments présentés comme intimement liés par le Conseil, l'un (« le changement à l'état du droit ») étant la condition de l'autre (la « réforme »), ne sont en l'espèce pas considérés comme remplis par la proposition dont il était saisi, visant à affirmer que l'âge légal de départ à la retraite ne peut être fixé au-delà de 62 ans. En raisonnant ainsi, et à rebours de ce qu'il fait dans sa décision 2023-849 DC, le Conseil adopte une lecture large de son pouvoir d'interprétation et de contrôle de la constitutionnalité. En s'arrogeant la compétence exclusive de décider quelles propositions de RIP sont suffisamment importantes pour être considérées comme des « réformes » au sens de l'article 11 de la Constitution, et en exigeant qu'elles apportent un « changement à l'état du droit » dont il livre une interprétation restrictive, il se fait le maître et la seule autorité de contrôle de ce qu'est ou peut être une proposition de loi RIP, au détriment des parlementaires (A). Par son activisme en la

matière, le Conseil constitutionnel finit par rendre la voie du RIP tellement étroite qu'elle devient pratiquement inaccessible (B).

## A/- Un contrôle approfondi sur l'« importance » de la réforme

- 15 Le Conseil soumet la procédure de RIP à un nombre croissant d'exigences qui donnent l'impression que la porte entrouverte par cette nouvelle voie créée par le constituant en 2008 se referme progressivement au nez des parlementaires appartenant à des groupes minoritaires ou d'opposition. Il en va ainsi de la nouvelle condition de recevabilité d'après laquelle le RIP doit constituer une « réforme » suffisamment importante. La première décision RIP de 2019<sup>23</sup> avait pu laisser espérer une utilisation créative de ce nouvel outil à la disposition de l'opposition. Elle s'en était notamment emparée pour tenter d'empêcher la privatisation d'Aéroports de Paris. Le Conseil n'y avait pas fait obstacle : il avait jugé la proposition de RIP recevable, en concentrant son analyse sur le domaine matériel de la proposition, sans faire aucune mention de la qualification de « réforme » de celle-ci<sup>24</sup>. C'est en aval que le RIP avait rencontré des obstacles l'empêchant de prospérer ; en particulier, la proposition n'avait pas reçu un nombre de soutiens atteignant l'exigeant seuil d'un 1/10ème du corps électoral<sup>25</sup>. Par la suite, le Conseil s'est toutefois montré plus restrictif sur la recevabilité des propositions qui lui ont été soumises. Inaugurant en 2022 sa jurisprudence sur la nécessité qu'une proposition de RIP porte sur une « réforme », il a ainsi considéré que ce critère n'était pas rempli par l'initiative portant création d'une contribution additionnelle sur les bénéfices exceptionnels des grandes entreprises. Dans le raisonnement du Conseil, le simple fait de créer une recette fiscale ne pouvait s'apparenter à une « réforme » au sens de l'article 11 de la Constitution<sup>26</sup>. Dans la décision de 2022 comme dans celle de 2023 relative au RIP « retraites », le critère de la « réforme » s'apparente à un critère matériel. Mais la définition du terme reste, pour le moins, floue. Sur ce point, alors que la décision 2022-3-RIP était, comme souvent, elliptique (voire lacunaire), c'est le commentaire rédigé par le Conseil lui-même qui apportait quelques précisions, en indiquant que « 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 – couvert »<sup>27</sup>. Pour mériter la qualification de « réforme », une proposition de RIP doit donc revêtir une « ampleur significative » ; à défaut, elle encourt l'irrecevabilité.
- 16 Au-delà des incertitudes qui pèsent sur les outils permettant au Conseil de distinguer ce qui rend une réforme assez importante pour mériter cette qualification, un tel raisonnement tranche avec la position habituelle du Conseil dans son rôle de contrôle de la constitutionnalité de la loi référendaire et ordinaire. Vis-à-vis des référendums exécutifs, son rôle est généralement minime<sup>28</sup>. Leur initiative relevant d'un pouvoir propre du chef de l'État, sur proposition du Gouvernement ou des assemblées, le Conseil n'exerce aucun contrôle matériel sur le champ du référendum - ni en amont ni en aval<sup>29</sup>. On connaît sa position de retenue face à l'expression directe de la souveraineté nationale<sup>30</sup>. Pour mémoire, le Conseil y développe en effet une distinction entre la loi ordinaire et loi référendaire. Cette dernière étant l'expression directe de la souveraineté nationale ne peut, en tant que telle, entrer dans son champ de compétences en tant qu'« organe régulateur des pouvoirs publics ». Vis-à-vis de la loi ordinaire, on connaît pareillement l'insistance du Conseil sur le fait qu'il n'a pas à

substituer son appréciation à celle du législateur. Bien sûr, il exerce une forme de contrôle matériel sur la loi – ne serait-ce que pour s'assurer qu'elle respecte le champ de compétence réservé au législateur par l'article 34 de la Constitution. Cependant, dès lors que cette condition est vérifiée, le Conseil s'abstient de tout jugement sur l'importance, l'opportunité, les alternatives, etc. Par contraste, le fait pour le Conseil de juger ici que la proposition de RIP n'est pas suffisamment importante pour constituer une « réforme » traduit bien un positionnement différent vis-à-vis de la loi référendaire d'initiative parlementaire. À rebours de sa réserve sur la matérialité de la loi, absolue pour la loi référendaire exécutive et relative pour la loi parlementaire, il exerce ici à plein son contrôle – et se permet de qualifier l'importance de la réforme envisagée et de lui dénier, ce faisant, la qualité de « réforme ». Cette différence de traitement entre proposition et projet de loi référendaire peut s'expliquer par le fait que l'article 11 de la Constitution attribue au Conseil une compétence explicite en matière de proposition de référendum (et qu'il s'est quant à lui toujours refusé à se reconnaître une compétence implicite pour les projets de référendum). En revanche, cet argument ne saurait expliquer la différence qu'il opère, dans son contrôle, entre loi ordinaire et proposition de référendum : ici en effet, l'article 61 de la Constitution lui donne une compétence unique et unifiée.

## **B/- Une vision étriquée de la loi et de la normativité**

- 17 Avec cette décision RIP, une nouvelle exigence posée à la loi référendaire vient s'ajouter à celles préexistantes, par laquelle le Conseil constitutionnel enferme encore un peu plus les parlementaires dans une conception restrictive de ce qu'est (doit être) une loi. Le Conseil a ajouté un élément de définition de ce qu'est (ou n'est pas) une « réforme » : aux termes de sa décision 2023-4 RIP, une réforme se définit notamment par le fait qu'elle apporte « un changement à l'état du droit ». Pour autant, et alors même que les observations du Gouvernement se fondaient largement sur cet argument, le Conseil ne reprend pas ici sa jurisprudence sur la normativité de la loi<sup>31</sup>. Et pour cause : l'article unique contenu dans la proposition de RIP n'était assurément pas dépourvu de caractère normatif. Loin d'être purement programmatique ou déclaratif, il comprenait bien une interdiction adressée au législateur : celle de fixer l'âge d'ouverture des droits à pension au-delà de l'âge de 62 ans. Est-ce à dire que le Conseil aurait ici souhaité introduire une distinction entre « changer l'état du droit » et « avoir une portée normative » - mais alors, quelle est-elle ?
- 18 Pour considérer que la proposition de RIP n'emporte pas de changement de l'état du droit, le Conseil quitte le terrain du raisonnement formel, car formellement, précisément, la réforme aurait bien apporté un changement à l'état du droit : une nouvelle disposition normative serait entrée en vigueur. Elle aurait, assurément, nécessité un travail de coordination avec des dispositions législatives antérieures ou postérieures, et produit une issue échappant largement au Conseil constitutionnel qui n'est pas chargé du contentieux de la sécurité sociale. Face à une disposition authentiquement normative, le Conseil a donc dû se placer sur un autre terrain pour estimer qu'elle n'apporterait pas un changement à l'état du droit. Pour ce faire, il a pris appui sur les dispositions en vigueur, qui fixent l'âge d'ouverture des droits à pension à 62 ans. À ses yeux, étant donné que la proposition faite par les députés, si elle était adoptée par référendum, maintiendrait en fin de compte l'âge minimal de départ à son seuil actuel (soit à 62 ans), elle n'apporte pas de changement du droit.

- 19 Ce raisonnement sur le fond des dispositions, leur interprétation et leur importance place le Conseil sur un terrain qui n'est pas habituellement le sien. Ce faisant, il se départit bien de la position de réserve qui lui est généralement prêtée. Autrement dit, son raisonnement est essentiellement fondé sur des considérations liées à la hiérarchie des normes. C'est en effet au motif que la proposition de RIP ne saurait durablement contraindre l'action future et éventuellement contraire du législateur ordinaire que le Conseil caractérise l'absence d'une « réforme » : la proposition de RIP ne constitue pas une réforme parce que, à supposer qu'elle entre en vigueur, la prescription qu'elle contient (l'âge de la retraite ne peut être fixé au-delà de 62 ans) pourrait aisément être défaire par n'importe quelle voie législative. On peut suivre la part formelle du raisonnement : il en allait assurément d'une faiblesse de la proposition de RIP vis-à-vis de l'intention affichée (empêcher le type de réformes des retraites portées par le Gouvernement), car ce que la loi a fait, elle peut toujours le défaire. Mais de telles considérations suffisaient-elles à disqualifier le RIP au regard du critère matériel qu'est le fait de « réformer » le droit ? L'hypothèse de l'introduction d'une nouvelle disposition législative dans l'ordre juridique dont l'objet était de fixer un âge plafond pour l'ouverture du droit à pension (qui, à ce jour, n'existe pas) soulevait assurément de nombreuses questions d'articulation et de hiérarchie des normes, mais pas nécessairement un problème matériel de constitutionnalité. En d'autres termes, le Conseil aurait parfaitement pu juger que la proposition de RIP constituait bien un changement de l'état du droit (et donc une réforme). La question de son utilité, de sa viabilité, de sa capacité à produire des effets normatifs durables est une autre question dont le Conseil fait ici un nouveau critère de recevabilité du RIP - sans le dire puisqu'il prétend demeurer sur le terrain du critère de la « réforme ».
- 20 On peut donc craindre qu'il résulte de ces différents aspects du raisonnement du Conseil un rétrécissement supplémentaire du chemin que constitue le RIP comme forme d'expression potentielle de la souveraineté populaire. La proposition de RIP ne répond pas aux exigences constitutionnelles parce que ses dispositions ne changent pas (assez ?) l'état du droit - d'une part parce que le Conseil les juge (de manière non pleinement convaincante) identiques au droit existant et d'autre part, parce qu'elles pourraient être aisément défaites par une intervention future du législateur ordinaire. La voie du RIP est décidément devenue bien étroite. D'autant qu'on pourrait considérer que le terme de « réforme » n'est pas le plus significatif de ceux par lesquels l'article 11 de la Constitution définit les conditions du RIP. Bien plutôt, le Conseil aurait pu continuer de mettre l'accent sur l'exigence que le RIP ait trait à « la politique économique, sociale ou environnementale de la Nation et aux services publics qui y concourent », comme il l'avait fait dans RIP 1. Le recours par le constituant à cette terminologie peut bien être lu comme plus déterminant au regard de la définition des contours du RIP - bien davantage que la notion de « réforme » dont Paul Cassia indique même qu'elle a été introduite « sans motivation particulière » par voie d'amendement parlementaire, et s'est tardivement substituée à la notion initiale d'orientation<sup>32</sup>.

\*

- 21 Ainsi, par le choix de se concentrer sur ce qu'est une réforme dans la décision RIP, et par un contrôle particulièrement approfondi de ce que doit être une proposition de loi référendaire, le Conseil constitutionnel limite activement le recours au RIP par l'opposition pour contrer l'action du législateur. Par la décision DC, le juge

constitutionnel attribue tout aussi activement davantage de prérogatives législatives à l'exécutif que celles que la Constitution lui attribue expressément. À la lecture des deux décisions, l'aspect le plus frappant du raisonnement du Conseil est celui qui concerne son rapport avec la loi et sa définition. En effet, la déférence vis-à-vis du législateur n'est pas la même en fonction de l'identité de celui-ci : autant le juge de la loi se plie largement à la volonté du législateur exécutif, autant le législateur parlementaire fait l'objet d'un contrôle très strict issu d'une interprétation étriquée de l'article 11. Rien de tout cela ne permet de croire à une autolimitation du Conseil constitutionnel dans le dossier des retraites.

\*

## 22 Décisions n° 2023-4 RIP et n° 2023-849 DC du 14 avril 2023

\*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

## NOTES

1. Denis Baranger, « Le Conseil constitutionnel a perdu une chance de rétablir un degré d'équilibre entre les pouvoirs », *Le Monde*, 16 avril 2023 ; Olivier Beaud, « Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d'audace », *Le Monde*, 25 avril 2023 ; Samy Benzina, « Le Conseil constitutionnel et la réforme des retraites », *La Grande Conversation*, 16 avril 2023 ; Mathieu Carpentier, « Réflexions hâtives sur la notion de "réforme" et le référendum d'initiative partagée », *Droit objectif*, 15 avril 2023 ; Christophe Boutin, « Quand les plus fervents soutiens du Conseil constitutionnel se mettent à dénoncer le "gouvernement des juges" », *Figaro Vox*, 17 avril 2023 ; Marthe 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 ; Anne Levade, « Réforme des retraites : deux décisions prévisibles », *Le Club des Juristes*, 15 avril 2023 ; Bertrand Mathieu, « Réforme des retraites : quelles mesures ont été censurées par le Conseil constitutionnel ? », *Le Club des Juristes*, 15 avril 2023 ; Didier Maus, « La leçon de droit parlementaire appliqué du Conseil constitutionnel sur la réforme des retraites devrait servir de modèle », *Le Monde*, 19 avril 2023 ; Marie-Christine de Montecler, « 'Inhabituel', mais constitutionnel », *AJDA*, 2023, p. 748 ; Agnès 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 ; Samuel Turi, « Le Conseil constitutionnel n'est pas une Cour suprême : l'instrumentalisation discutable du juge constitutionnel français dans l'épisode de la réforme des retraites », *JP Blog*, 27 avril 2023 ; Jean-Jacques Urvoas, « Insincérité du débat parlementaire ? Passez muscade ! », *Le Club des Juristes*, 15 avril 2023.

2. Manon Altwegg-Boussac, « La 'nature' de l'appréciation du Parlement' selon le Conseil constitutionnel : la société, la science, *et cetera* », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 20 | 2021, <http://journals.openedition.org/revdh/12773> ; Guy Canivet, « Les limites de la mission du juge constitutionnel », *Cités*, n° 69, « Qui fait la loi ? Le juge et la démocratie », PUF, 2017, p. 41-58.
3. Georges Bergougnous, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013.
4. Jean-Marie Denquin, « La jurisprudence du conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum*, n° 7, <http://juspoliticum.com/article/La-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-grandeur-ou-decadence-du-droit-constitutionnel-408.html>.
5. « "Politiquement il a en revanche tout intérêt à développer la thèse de son autolimitation afin de minimiser sa responsabilité en se présentant comme un simple exécutant de sa propre jurisprudence », *ibid.*
6. Didier Maus, « La leçon de droit parlementaire appliqué du Conseil constitutionnel sur la réforme des retraites devrait servir de modèle », *op. cit.*
7. Denis Baranger, « Le Conseil constitutionnel a perdu une chance de rétablir un degré d'équilibre entre les pouvoirs », *op. cit.* V., dans le même ordre d'idées : Olivier Beaud, « Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d'audace », *op. cit.*
8. Denis Baranger, *ibid.*
9. Idris Fassassi, « La légitimité de la justice constitutionnelle aux Etats-Unis à l'épreuve du 'constitutionnalisme populaire' », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 23-2007, 2008, p. 69-90.
10. Voir notamment; John Harrison, « Role of the Legislative and Executive Branches in Interpreting the Constitution », *Cornell Law Review*, n° 73, 1988, p. 371 ; Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press, 1999 ; Larry Kramer, *The People Themselves : Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004 ; Saikrishna Prakash & John Yoo, « Against Interpretive Supremacy », *Michigan Law Review*, n° 103, 2005, p. 1539.
11. « C'est par excellence le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est le droit » *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), traduction d'Élisabeth Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010 ; Erwin Chemerinsky, « In Defense of Judicial Review : the Perils of Popular Constitutionalism » *Illinois Law Review*, Vol. 2004, 2004, p. 673.
12. Voir par exemple : Loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites.
13. L'article LO 111-3-12 du Code de la sécurité sociale dispose : « Peuvent figurer dans la loi de financement rectificative les dispositions relatives à l'année en cours ».
14. CC, 14 avril 2023, n° 2023-849 DC, §11.
15. Art. LO 111-3 Code de la Sécurité sociale : « Ont 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 ».
16. Section 1 : Contenu des lois de financement de la sécurité sociale (Articles LO111-3 à LO111-3-18).
17. Ce point est également soulevé par Jean-Jacques Urvoas, « Insincérité du débat parlementaire ? Passez muscade », *op. cit.* : « (...) pour demain, (le Gouvernement) se voit doté d'un nouvel outil procédural contribuant à l'aliénation du Parlement. En effet, il est fondé à considérer qu'une loi de financement rectificative peut servir à réformer profondément le droit social ».
18. Denis Baranger, *op. cit.*
19. *Ibid.*
20. CC, 25 oct. 2022, n° 2022-3 RIP.

21. Le critère de l'existence d'une « réforme » recevait une explication un peu plus détaillée dans le commentaire autorisé de la décision : pour être qualifiée de réforme, une proposition de RIP doit porter des « changements importants pour les citoyens », c'est-à-dire des changements « d'une ampleur significative », Commentaire, Décision n°2022-3 RIP du 25 octobre 2022, p. 6.
22. Mathieu Carpentier, « Réflexions hâtives sur la notion de "réforme" et le référendum d'initiative partagée », *op. cit.*
23. CC, 9 mai 2019, 2019-1 RIP.
24. « Il en résulte que cette proposition de loi porte sur la politique économique de la nation et les services publics qui y concourent. Elle relève donc bien d'un des objets mentionnés au premier alinéa de l'article 11 de la Constitution » (*ibid.*, § 6.)
25. Pour rappel, ce seuil est particulièrement élevé au regard des procédures comparables à l'étranger. Ainsi par exemple, en Italie, les référendums d'initiative populaire doivent recueillir 500 000 signatures, soit 1% des 50,8 millions d'ayants droit au vote ; en Suisse, le seuil des signatures est de 100 000 soit 1,8% des 5,5 millions d'inscrits ; au Mexique, 2% des ayants droit au vote doivent soutenir une initiative populaire.
26. CC, 25 oct. 2022, n° 2022-3 RIP.
27. Commentaire de la décision n° 2022-3 RIP du 25 octobre 2022, p. 6
28. Ce décalage est souligné également par Marthe Fatin-Rouge Stefanini : « Le Président de la République est donc libre d'interpréter comme il le souhaite le champ d'application du référendum y compris d'utiliser cette procédure pour réviser la Constitution, comme a pu le faire le général de Gaulle en 1962 », « Le RIP est à tort perçu comme un moyen pour les citoyens de faire valoir une revendication forte », *Le Monde*, 15 avril 2023.
29. CC, 6 novembre 1962, n° 62-20 DC ; CC, 23 septembre 1992, n° 92-313 DC ; CC, 25 avril 2014, n° 2014-392.
30. *Ibid.*
31. Déc. n° 2005-512 DC, 21 avr. 2005 ; et encore CC, n°2023-848 DC 9 mars 2023. Voir Véronique Champeil-Desplats, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007.
32. Paul Cassia, « Le référendum d'initiative partagée porte bien sur la politique sociale de la nation », *Le Monde*, 11 avril 2023.
- 

## ABSTRACTS

Une lecture croisée des deux décisions RIP et DC rendues par le Conseil constitutionnel le 14 avril 2023 dans le cadre de la réforme des retraites fait ressortir son activisme plus que sa retenue.

Si le label du « juge activiste » est souvent utilisé pour qualifier l'audace interprétative et le fait de ne pas reculer face à des grandes questions sociales et politiques, il peut aussi décrire un autre aspect du travail du juge, notamment constitutionnel : la distribution des pouvoirs. En exerçant le contrôle de constitutionnalité de la loi, le Conseil constitutionnel contribue en effet à délimiter (et donc, répartir) les pouvoirs des institutions qui prennent part au travail législatif. C'est en ce sens que nous proposons ici de considérer que les deux décisions DC et RIP rendues par le Conseil constitutionnel le 14 avril 2023 dans le cadre de la réforme des retraites dénotent une forme d'« activisme ». Loin de s'en tenir à une intervention neutre ne faisant que confirmer ou répliquer un déséquilibre institutionnel inhérent à la Constitution de 1958, nous soutenons qu'il l'a en

réalité aggravé. Lues ensemble, les deux décisions illustrent en effet un double mouvement : d'un côté, l'exécutif est soumis à très peu de contraintes et a les coudées franches pour mener des réformes, quelle que soit leur importance, y compris par des voies parlementaires peu orthodoxes ; de l'autre, l'opposition parlementaire est soumise à des contraintes très fortes pour mener à bien tout projet de RIP.

## AUTHORS

### **ELEONORA BOTTINI**

Professeure à l'Université de Caen

### **MARGAUX BOUAZIZ**

Maitresse de conférences à l'Université de Bourgogne

### **STÉPHANIE HENNETTE-VAUCHEZ**

Professeure à l'Université Paris Nanterre