

Paris, le 29 mars 2023

Monsieur le Président
Mesdames et Messieurs les Membres
du Conseil Constitutionnel
2, rue Montpensier

75001 PARIS



Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Je vous prie de bien vouloir trouver ci-joint l'analyse des Observations du Gouvernement réalisée par notre conseil juridique, dont je partage l'intégralité des remarques et des points soulevés à cette occasion.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Conseillers, l'expression de mes sentiments respectueux.

Patrick KANNER
Président du groupe Socialiste, Ecologiste
et Républicain

JEAN-PHILIPPE DEROSIER

Professeur agrégé des facultés de droit
Consultant en droit public

Patrick KANNER
Président du Groupe Socialiste et Républicain
Sénat – Palais du Luxembourg
15, rue de Vaugirard
75291 PARIS Cedex 06

Par courrier électronique

Paris, le 27 mars 2023

OBJET : Analyse des Observations du Premier ministre sur la proposition de loi 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, n° 2023-4 RIP

Monsieur le Président,

Vous m'avez transmis les Observations du Premier ministre sur la proposition de loi présentée en application du troisième alinéa 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, n° 2023-4 RIP, afin que je vous propose des éléments de réponses.

1. Se fondant sur l'article 11, alinéa 3 de la Constitution, cette quatrième proposition de loi référendaire, dite « d'initiative partagée », est cosignée par 252 parlementaires, soit 162 députés et 90 sénateurs. Elle a été déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale le 20 mars 2023 et transmise au Conseil constitutionnel, en application des articles 11, alinéa 4 et 61 de la Constitution et de l'article 45-1 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, le même jour.

Elle est composée d'un article unique dont le seul objectif est de prescrire que « l'âge d'ouverture du droit à une pension de retraite mentionné au premier alinéa de l'article L. 351-1 du code de la sécurité sociale, à l'article L. 732-18 du code rural et de la pêche maritime, au 1° du I de l'article L. 24 et au 1° de l'article L. 25 du code des pensions civiles et militaires de retraite **ne peut être fixé au-delà de soixante-deux ans** ».

Le Gouvernement, dans ses Observations du 24 mars, oppose trois griefs d'inconstitutionnalité à l'encontre de cette proposition de loi, devant selon lui conduire le Conseil constitutionnel à la déclarer contraire à la Constitution.

Il retient ainsi que la proposition de loi serait dépourvue de caractère normatif (I), qu'elle ne constituerait pas une « réforme » de la politique sociale au sens de l'article 11 (II) et qu'elle ne relèverait d'aucun des objets mentionnés à l'article 11 (III).

Aucun de ces arguments ne me paraît fondé, pour les raisons que vous voudrez bien trouver exposées ci-après.

I. SUR LE CARACTÈRE NORMATIF DE L'ARTICLE UNIQUE DE LA PROPOSITION DE LOI

2. Invoquant la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur ce que la doctrine a pu qualifier de « neutrons législatifs », le Gouvernement soutient que les dispositions de l'article unique de la proposition de loi « ne satisfont pas à l'exigence de normativité de la loi » (Observations, p. 3).

Cette jurisprudence se situe dans le prolongement de celle relative aux dispositions à la portée normative incertaine, qui présente toutefois des conséquences plus graves.

Elle a émergé au cours de l'été 2004 lorsque, pour la première fois, le Conseil constitutionnel a retenu que la loi doit être revêtue d'une portée normative :

« Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : " La loi est l'expression de la volonté générale " ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative »

Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, consid. 12

Il ne s'agissait là que d'adresser un avertissement au législateur, ainsi que le souligne les « Commentaires aux Cahiers » de cette décision, la disposition législative litigieuse étant censurée sur le fondement d'autres exigences constitutionnelles (celles du principe de clarté de la loi et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi).

Cependant, le Conseil indique clairement qu'un tel « neutron législatif » constitue « une formule sans contenu normatif [qui] ne fait guère qu'encombrer le corpus juridique. N'emportant pas d'effets de droit, elle se fonde dans un " bruit législatif " sans conséquence vraiment fâcheuse du point de vue de la sécurité juridique ou de la séparation des pouvoirs »

(« Commentaire de la décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 », in Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17).

3. La première censure interviendra un peu moins d'un an plus tard.

Le Conseil constitutionnel déclare alors contraire à la Constitution un entier paragraphe d'un article de la loi d'orientation et de programme sur l'avenir de l'école, car les « dispositions sont manifestement dépourvues de toute portée normative » (décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, consid. 17).

Le paragraphe litigieux rétablissait l'article L. 122-1 du code de l'éducation et disposait :

« Art. L. 122-1. L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves.

« Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents.

« La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel. »

Article 7, § II de la Loi d'orientation et de programme
pour l'avenir de l'école, censuré

4. Néanmoins, les déclarations de contrariété à la Constitution pour défaut de portée normative d'une disposition sont rares. En sus de la décision de 2005, il y en a eu trois autres, deux en 2016, une autre en 2018.

Dans le premier cas, la loi ajoutait un alinéa à l'article L. 225-18 du code de commerce disposant que « l'assemblée générale ordinaire peut désigner un administrateur chargé du suivi des questions d'innovation et de transformation numérique ».

Le Conseil constitutionnel retient que ces dispositions « se bornent à conférer à l'assemblée générale ordinaire d'une société anonyme le pouvoir de confier à un administrateur la charge de suivre des évolutions technologiques », donc elles « sont dépourvues de portée normative » (décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, § 99).

Dans le deuxième cas, l'article 68 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté disposait que « la Nation reconnaît le droit de chaque jeune atteignant à compter de 2020 l'âge de dix-huit ans à bénéficier, avant ses vingt-cinq ans, d'une expérience professionnelle ou associative à l'étranger ».

Relevant d'office le grief de défaut de normativité, le Conseil retient que, « *dépourvu de portée normative, cet article est contraire à la Constitution* » (décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, § 167). Un commentaire ultérieur viendra éclairer le sens de cette censure, indiquant que « *la formule " La Nation reconnaît le droit de..." n'emportait en effet aucune conséquence juridique, mais constituait un engagement de nature politique, voire une simple déclaration de principe* » (Commentaire de la décision n° 2018-766 DC du 21 juin 2018, *Loi relative à l'élection des représentants au Parlement européen*, p. 7).

5. Enfin, dans le troisième cas, l'article 9 de la Loi relative à l'élection des représentants au Parlement européen disposait que « *la présente loi entre en vigueur au lendemain de sa publication au Journal officiel de la République française, sans préjudice de l'application des dispositions prises par les autorités compétentes de l'Union européenne organisant, le cas échéant, l'élection de représentants au Parlement européen sur des listes transnationales au sein d'une circonscription européenne* ».

Cet article présentait, d'une part, une difficulté relative à son intelligibilité car les « *dispositions prises par les autorités compétentes de l'Union européenne* » étaient insusceptibles de se produire avant l'entrée en vigueur de la loi. Dès lors, les termes « *sans préjudice de* » ne pouvaient pas s'entendre comme signifiant « *sous réserve de* », ce qui devrait être leur sens habituel (Commentaire de la décision n° 2018-766 DC du 21 juin 2018, précité, p. 7).

De surcroît, le Conseil précise que, « *dans la mesure où les dispositions contestées font référence à une éventuelle modification des règles européennes dont la teneur n'est pas connue, elles ne peuvent non plus avoir pour objet de préciser les conséquences qu'il conviendrait d'en tirer pour l'application de la loi déferée* » (décision n° 2018-766 DC du 21 juin 2018, *Loi relative à l'élection des représentants au Parlement européen*, § 7).

Il en déduit que ces dispositions, « *qui, d'ailleurs, ont pour effet de nuire à l'intelligibilité du reste du premier alinéa de l'article 9, sont dépourvues de portée normative. Elles sont donc contraires à la Constitution* » (*ibidem*, § 8).

6. Il ressort de ces quatre décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel déclare une disposition législative contraire à la Constitution en raison de son défaut de normativité qu'un tel défaut doit, d'abord, manifestement apparaître pour emporter une censure de la disposition litigieuse.

D'ailleurs, dans sa première décision de censure de 2005, ce caractère manifeste était expressément relevé par le Conseil (décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, précitée, *consid.* 17).

Ensuite, ce défaut de normativité se caractérise par l'absence de « *conséquence juridique* », pouvant constituer « *un engagement de nature politique* » ou « *une simple*

déclaration de principe », pour reprendre les éclaircissements apportés par le Conseil constitutionnel.

Ainsi, les dispositions censurées de l'article L. 122-1 du code de l'éducation sont une déclaration de principe, sans conséquence juridique, relative à l'objectif de l'école. Elle n'impose aucune obligation ni n'oppose aucune interdiction aux autorités de l'État.

De même, si les dispositions censurées de l'article L. 225-18 du code de commerce confère une habilitation, l'assemblée générale ainsi habilitée n'en a nullement besoin. La loi se bornait ainsi à rappeler non pas ce qu'elle avait déjà prescrit, mais ce qui relève par nature d'une assemblée générale.

Elle n'avait donc aucune conséquence juridique.

En revanche, le Conseil a souligné que la loi est en mesure de rappeler du droit existant. C'est ce qui ressort expressément de ses Commentaires : « *Il peut être déduit d'une telle motivation que le Conseil constitutionnel n'a pas entendu de cette manière sanctionner toute disposition se bornant à rappeler l'existence d'autres dispositions* » (Commentaire de la décision n° 2018-766 DC du 21 juin 2018, précité, p. 8).

Enfin, l'article 68 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, en faisant référence à la Nation, ne posait aucune obligation à l'égard des autorités de l'État. Il s'agissait d'un engagement de nature politique.

7. À l'inverse, le Conseil constitutionnel a refusé à plusieurs reprises de censurer des dispositions législatives dont la portée normative était peut-être moindre, mais nullement absente.

Ainsi, par exemple, la loi reconnaissant le 19 mars comme journée nationale du souvenir et de recueillement à la mémoire des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc est bien revêtue d'une portée normative (décision n° 2012-657 DC du 29 novembre 2012, Loi relative à la reconnaissance du 19 mars comme journée nationale du souvenir et de recueillement à la mémoire des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc).

Dans son Commentaire, le Conseil relève simplement que « *la disposition peut sembler davantage relever du domaine réglementaire que de celui de la loi* » (Commentaire de la décision n° 2012-657 DC du 29 novembre 2012, Loi relative à la reconnaissance du 19 mars comme journée nationale du souvenir et de recueillement à la mémoire des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc, p. 7).

Mais elle emporte bien des conséquences juridiques.

8. De même, en 2016, l'article 2 de la loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a modifié l'article L. 110-1 du code de l'environnement pour y insérer,

notamment, un 9° aux termes duquel la connaissance, la protection, la mise en valeur, la restauration, la remise en état et la gestion de l'environnement doivent être inspirées par « le principe de non-régression, selon lequel la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment ».

Le Conseil constitutionnel retient alors que « les dispositions contestées énoncent un principe d'amélioration constante de la protection de l'environnement, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment. Ce principe s'impose, dans le cadre des dispositions législatives propres à chaque matière, au pouvoir réglementaire. Contrairement à ce que soutiennent les sénateurs requérants, ces dispositions ne sont donc pas dépourvues de portée normative » (décision n° 2016-737 DC du 4 août 2016, Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, § 10).

On aurait pu valablement s'interroger sur le caractère normatif d'« un principe d'amélioration constante de la protection de l'environnement », laquelle échappe, par nature, à toute normativité. Pour autant, le caractère normatif ressort effectivement de l'obligation qui est posée à l'égard des autorités de l'État de tenir compte de cet objectif dans les normes qu'elles édictent.

Il ne s'agit ni d'un engagement de nature politique, ni d'une simple déclaration de principe, mais bien d'une règle qui emporte des conséquences juridiques.

9. L'article unique de la proposition de loi actuellement soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait être dépourvue de portée normative.

D'une part, s'il s'agit bien d'« affirmer » un âge légal de départ à la retraite, il ne s'agit ni d'une déclaration de principe, ni d'un engagement de nature politique, ni d'une reconnaissance par la « Nation » ou par une quelconque entité abstraite.

Dès lors, cette absence de portée normative ne saurait être manifeste.

D'autre part, cet article unique pose bien une prescription ou, plus exactement, une interdiction à l'égard des autorités de l'État.

En effet, il interdit que l'âge d'ouverture du droit à une pension de retraite puisse être fixé au-delà de soixante-deux ans.

Il emporte donc des conséquences juridiques.

Enfin, à supposer même que ce soit le cas, ce qui sera contesté (*infra*, 13), le seul fait que cet article unique confirme le droit existant ne le prive pas de portée normative, comme a pu le souligner le Conseil constitutionnel (*supra*, § 6)

Par conséquent, l'article unique pose bien une interdiction dans la loi. Il emporte donc des conséquences juridiques et ne peut donc pas être considéré comme dépourvu de portée normative.

Les observations du Gouvernement me semblent donc infondées sur ce point.

II. SUR LE SENS DE « RÉFORME » DE LA POLITIQUE SOCIALE AU SENS DE L'ARTICLE 11

10. Le Gouvernement soutient que *« l'article unique de la proposition de loi ne saurait être regardé comme portant sur une réforme relative à la politique sociale de la nation au sens de l'article 11 de la Constitution »* (Observations, p. 3).

Pour s'en convaincre, il s'appuie, d'une part, sur le prolongement de sa démonstration relative à l'absence de normativité de l'article unique considéré, pour souligner que ce dernier *« se borne donc à " affirmer " une limite d'âge qui figure déjà dans les textes en vigueur, sans modifier les règles applicables ni y ajouter ou y retrancher »* (ibidem).

D'autre part, il invoque la dernière décision du Conseil constitutionnel en matière de référendum d'initiative partagée.

Ni l'un ni l'autre de ces arguments ne sont fondés.

11. La possibilité d'organiser un référendum sur des réformes relatives à la politique économique et sociale a été introduite dans la Constitution par la révision constitutionnelle du 4 août 1995.

Le projet de loi constitutionnelle initialement déposée à l'Assemblée nationale ne mentionnait pas le terme *« réformes »*, mais *« orientations générales »* (projet de loi constitutionnelle portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique et modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire, Assemblée nationale, n° 2120 (X^e Législature), 29 juin 1995).

Selon le rapport de Pierre Mazaud, député, il s'agissait alors *« d'associer davantage le peuple aux grandes orientations de la politique de la Nation »* et de *« pouvoir consulter davantage les Français sur les enjeux économiques et sociaux de notre temps »* (Pierre Mazaud, Rapport sur le projet de loi constitutionnelle portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique et modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire, Assemblée nationale, n° 2138 (X^e Législature), 5 juillet 1995).

L'article a été amendé en première lecture à l'Assemblée nationale car, d'après les auteurs de l'amendement, *« l'expression " orientations générales " nous avait fait tiquer. Elle pouvait en effet laisser penser qu'un référendum pourrait avoir lieu non sur un dispositif concret, mais*

sur des perspectives. [...] Certes, on pourra nous rétorquer que lorsqu'une loi est votée, qu'elle le soit par la voie ordinaire ou par référendum, **c'est généralement pour introduire une réforme**, ou en tout cas une modification dans l'ordre juridique. **Il y a en effet là une sorte de tautologie à parler de réforme** » (Pierre Albertini, Assemblée nationale, séance du 11 juillet 1995).

Les sénateurs se sont ralliés à cette formule car, retenaient-ils, « des textes proposant des réformes sont nécessairement plus précis que de simples orientations ». Ils jugeaient nécessaire que « le texte soumis au référendum **ne se contente pas de définir des objectifs généraux mais aussi les moyens d'y parvenir** » (Jacques Larché, Rapport sur le projet de loi constitutionnelle portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires, Sénat, n° 392 (3^e session extraordinaire 1994-1995), tome 1, 21 juillet 1995, pp. 42-44).

12. Il ressort de ces travaux préparatoires que le sens du terme de « réformes » inscrit à l'article 11 de la Constitution ne saurait s'entendre exclusivement comme « une modification suffisamment importante des règles structurant la politique économique, sociale ou environnementale de la nation », ainsi que le soutient le Gouvernement (Observations, p. 3).

En effet, il s'agit d'adopter une terminologie plus précise que celle « d'orientations générales » initialement retenue, en ne soumettant à référendum qu'un « dispositif concret », selon les termes même des auteurs de l'amendement.

Ils reconnaissent par ailleurs que le vote d'une loi induit nécessairement une réforme et qu'il y a là une sorte de « tautologie » à associer loi et réforme, la première impliquant logiquement la seconde.

Éclairée par les travaux du Sénat, cette formule est également supposée inclure un certain degré de précision des textes qui seront soumis à référendum, afin qu'ils ne se contentent pas « de définir des objectifs généraux mais aussi les moyens d'y parvenir ».

13. Or il ressort très clairement que les dispositions de l'article unique de la proposition de loi qui a été transmise au Conseil constitutionnel répond à l'ensemble de ces exigences.

D'une part, comme exposé précédemment (*supra*, § 9), son objet est de poser une interdiction.

D'autre part, son objet n'est pas identique au droit actuellement en vigueur.

En effet, les actuels articles mentionnés par l'article unique de la proposition de loi (les articles L. 351-1 du code de la sécurité sociale, L. 732-18 du code rural et de la pêche maritime, L. 24 et L. 25 du code des pensions civiles et militaires de retraite) renvoient à l'article L. 161-17-2 du code de la sécurité sociale.

Ce dernier dispose que « l'âge d'ouverture du droit à une pension de retraite [...] est fixé à soixante-deux ans pour les assurés nés à compter du 1^{er} janvier 1955 ».

Son objet est donc de fixer l'âge légal de départ à la retraite. Rien n'interdit que cet âge soit modifié, pour le relever ou pour l'abaisser.

Au contraire, l'objet de la proposition de loi n'est pas de fixer l'âge légal de départ à la retraite, mais d'interdire que cet âge puisse être fixé au-delà de soixante-deux ans. En d'autres termes, l'article L. 161-17-2 du code de la sécurité sociale peut être modifié, mais alors que le Gouvernement souhaite actuellement relever cet âge, la proposition de loi entend limiter les modifications éventuelles aux seuls abaissements.

14. Par conséquent, il s'agit bien d'adopter un dispositif concret, une règle prescriptive (d'interdiction), des moyens de parvenir à un objectif précis, détaillé dans l'exposé des motifs.

Le Gouvernement est libre de ne pas y souscrire pour des raisons politiques. Mais cette opposition politique ne saurait constituer un motif juridique d'inconstitutionnalité.

Sur le plan constitutionnel, si l'article 11 réserve les référendums aux « réformes », il faut l'entendre comme une loi qui inscrive une règle normative dans notre ordonnancement juridique.

Or tel est bien l'objet de la proposition de loi litigieuse.

15. De surcroît, dans sa décision 2022-3 RIP du 25 octobre 2022, le Conseil constitutionnel n'a exposé aucune définition qu'il faudrait retenir du terme « réformes » inscrit à l'article 11 de la Constitution, contrairement à ce que soutient le Gouvernement dans ses Observations.

Dans cette décision, le Conseil a retenu que la proposition de loi portant création d'une contribution additionnelle sur les bénéficiaires exceptionnels des grandes entreprises ne satisfaisait pas aux conditions fixées par l'article 11 de la Constitution, car elle avait « pour seul effet d'abonder le budget de l'État par l'instauration jusqu'au 31 décembre 2025 d'une mesure qui se borne à augmenter le niveau de l'imposition existante des bénéficiaires de certaines sociétés ».

Il en conclut qu'elle ne portait pas « sur une réforme relative à la politique économique de la nation » (décision n° 2022-3 RIP du 25 octobre 2022, Proposition de loi portant création d'une contribution additionnelle sur les bénéficiaires exceptionnels des grandes entreprises, § 5).

Mais, pour le dire clairement, son analyse ne porte pas sur le caractère d'une « réforme », mais sur sa nature. La proposition de loi portait sur la matière exclusivement fiscale et ne pouvait être rattachée à la matière économique.

16. Il est vrai que, se référant aux travaux préparatoires de la révision constitutionnelle de 1995, le Commentaire de cette décision relève que « *le constituant a considéré que le champ de cet article devait porter sur " des questions capitales et stratégiques " [il s'agit des termes utilisés par Jacques Toubon, Garde des Sceaux lors de la révision constitutionnelle]. 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* » (Commentaire de la décision n° 2022-3 RIP du 25 octobre 2022, Proposition de loi portant création d'une contribution additionnelle sur les bénéfices exceptionnels des grandes entreprises).

Cependant, le Gouvernement ne relève pas ce passage du Commentaire dans ses Observations, sans doute parce qu'il n'est pas opérant.

D'une part, comme je l'ai développé précédemment, le terme « réforme » doit s'entendre comme toute adoption d'une loi, selon les explications mêmes des auteurs de l'amendement qui a introduit ce terme dans l'article 11 de la Constitution.

D'autre part, à supposer que ce terme ait une signification restrictive, destiné à exclure du champ référendaire des sujets jugés insuffisamment importants pour y être inclus, cette exclusion est doublement inopérante en l'espèce.

17. D'abord, il semble assez aléatoire et risqué d'apprécier la recevabilité d'une proposition de loi déposée sur le fondement de l'article 11, alinéa 3 de la Constitution au regard d'une restriction quantitative – et non qualitative – de la matière référendaire.

La restriction qualitative, telle celle qui fut retenue lors de la décision n° 2022-3 RIP du 25 octobre 2022, est justifiée en ce que la matière référendaire est limitativement énumérée.

Une réforme fiscale ne relève donc pas de la politique économique.

La restriction quantitative s'apprécierait, quant à elle, au regard de l'importance d'une réforme.

Elle relèverait de la matière référendaire prévue par l'article 11 si elle atteint un certain degré, mais n'en relèverait pas si elle est en-deçà. Une telle appréciation serait par définition aléatoire et subjective.

Elle serait surtout risquée car elle aurait vocation à s'appliquer à tous les référendums pouvant être organisés sur le fondement de l'article 11 : non seulement à ceux d'initiative partagée, mais aussi à ceux d'initiative présidentielle.

Or si l'on peut parfaitement dénier au Président de la République le droit d'organiser un référendum dans une matière qui ne serait pas celle limitativement prévue par l'article 11, il semble plus risqué et beaucoup moins justifié de lui interdire d'en organiser un dans une de

ces matières, sur la base d'une appréciation subjective et aux motifs qu'il ne relèverait pas d'un sujet suffisamment important.

18. Ensuite, l'objet de la proposition de loi paraît bien relever d'une question capitale.

En effet, ainsi que le développe l'exposé des motifs, le changement de l'âge légal de départ à la retraite emporte des conséquences fondamentales dans la vie et la situation sociale des travailleurs.

Pour n'en rappeler que quelques éléments saillants, il y est indiqué que « *le report de deux ans de l'âge de départ à la retraite, qui date de 2010, de 60 à 62 ans, est fort d'enseigner. – L'Insee a ainsi démontré que ce précédent recul de deux ans a nettement exacerbé la précarisation des personnes en fin de carrière. La réforme de 2010 a, en effet, accru la probabilité d'être précaire à 60 ans de 13 points ainsi que la part des personnes âgées de plus de 50 ans, parmi les privés d'emploi, de 15 points* » (exposé des motifs, p. 4).

19. En définitive, cette proposition de loi relève bien d'une réforme de la politique sociale, en ce qu'elle vient interdire que l'âge légal de départ à la retraite puisse être fixé au-delà de soixante-deux ans. Elle se distingue ainsi du seul droit existant, qui prévoit que cet âge est fixé à soixante-deux ans, mais sans poser aucune interdiction.

Elle relève bien d'une réforme suffisamment importante, si ce degré devait être pris en considération, car le changement de l'âge légal de départ à la retraite emporte des conséquences fondamentales sur la vie et la situation sociale des travailleurs.

Ainsi, l'argument du Gouvernement selon lequel la proposition de loi devrait être déclarée contraire à la Constitution aux motifs qu'elle ne constitue pas « *une modification suffisamment importante des règles structurant la politique économique, sociale ou environnementale de la nation* » ne saurait, dans l'absolu, être apprécié par le Conseil constitutionnel.

Devrait-il l'être, ce dernier ne pourra que constater que la proposition de loi vise effectivement une modification suffisamment importante des règles structurant la politique sociale de la nation.

Pour toutes ces raisons, les observations du Gouvernement me semblent donc infondées sur ce point également.

III. SUR L'OBJET ET LES CONDITIONS DE L'ARTICLE 11 DE LA CONSTITUTION

20. L'article 11 de la Constitution réserve la matière référendum à « *l'organisation des pouvoirs publics* », aux « *réformes relatives à la politique économique, sociale ou*

environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent » et à « la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ».

Le Gouvernement soutient *in fine* que la proposition de loi « ne relève donc d'aucun des objets mentionnés au premier alinéa de l'article 11 de la Constitution ».

Il est évident qu'elle ne porte pas sur l'organisation des pouvoirs publics.

Elle ne tend pas davantage à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

Elle n'est pas non plus relative aux services publics qui concourent à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation.

Enfin, elle ne concerne pas une réforme de la politique économique ou environnementale de la nation.

21. En revanche, il est tout aussi évident qu'elle propose une réforme de la politique sociale de la nation, comme d'ailleurs ce fut déjà exposé.

Pour se convaincre, s'il le fallait, que la question de l'âge légal de départ à la retraite relève bien de la politique sociale, il suffirait de se reporter aux débats en cours.

Le recours à une loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour réformer le système des retraites demeure discutable dans la forme, mais il n'en demeure pas moins que les retraites relèvent de la politique sociale, des cotisations sociales, de la contribution sociale généralisée et de la caisse nationale d'assurance retraite, qui relève de la sécurité sociale.

Il ne fait donc guère de doute qu'une interdiction de fixer l'âge légal de départ à la retraite au-delà de soixante-deux ans relève d'une réforme de la politique sociale de la nation.

22. Enfin, un dernier point des Observations du Gouvernement mérite attention.

Sans contester la recevabilité de la proposition de loi sur le fondement du troisième alinéa de l'article 11, en ce qu'elle aurait pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an, le Gouvernement souligne qu'elle tend « à faire échec, *in fine*, à l'application des dispositions d'une loi promulguée moins d'un an auparavant ».

Il se reporte à l'*incipit* de l'exposé des motifs, où il est mentionné que « le Gouvernement a engagé une réforme qui vise à relever de deux ans l'âge légal de départ à la retraite ainsi que la durée de cotisation requise pour prétendre à une retraite à taux plein ».

S'il est incontestable que cette réforme a été engagée, il est bien présomptueux de soutenir, aujourd'hui, que la proposition de loi tende à remettre en cause des dispositions d'une loi promulguée depuis moins d'un an.

En effet, s'il y a certes des probabilités que la réforme soit promulguée, il y en a également qu'elle ne le soit pas.

23. D'une part, le Conseil constitutionnel a été saisi. Il serait sage et respectueux d'attendre sa décision pour savoir quel sera le sort constitutionnel de la réforme engagée.

D'autre part, la promulgation est une prérogative du Président de la République, qu'il peut faire précéder d'une demande de « *nouvelle délibération* », comme le lui permet l'article 10 de la Constitution.

Il s'agit là, certes, d'une prérogative rarement mise en œuvre mais qui a pu permettre de ne pas promulguer une loi qui n'avait plus lieu de l'être (en 1983).

Eu égard à la crise politique actuelle, nul ne peut totalement exclure que ce ne serait pas un moyen constitutionnel permettant d'en proposer une solution.

24. Enfin, le dispositif constitutionnel et organique est ici clair, explicite et formel.

L'article 11, alinéa 3 de la Constitution interdit qu'une proposition de loi portant référendum d'initiative partagée ait « *pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an* ».

L'abrogation d'une norme est destinée à la faire disparaître de l'ordonnement juridique.

Or l'article unique de la proposition de loi n'a nullement un tel objet. Il se borne à poser une interdiction, sans nullement modifier le droit en vigueur à ce jour.

25. De surcroît, la promulgation est un acte formel qui appartient au Président de la République, sur le fondement de l'article 10 de la Constitution. Elle est subordonnée à une série de conditions : l'adoption de la loi par le Parlement, l'absence de déclaration de contrariété à la Constitution par le Conseil constitutionnel, l'absence de demande de nouvelle délibération.

Si, concernant la réforme en cours, la première condition est bien remplie, les autres ne le sont pas encore.

Surtout, rien ne peut garantir aujourd'hui qu'elles le seront effectivement.

Quand bien même le Conseil constitutionnel rendrait sa décision sur la loi de financement rectificative de la sécurité sociale, dont il a été saisi, avant ou en même temps que la décision sur la proposition de loi litigieuse, il y aurait encore d'autres conditions à remplir pour considérer que cette dernière a « pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an ».

26. C'est pourquoi, dans sa première décision rendue en matière de référendum d'initiative partagé, le Conseil constitutionnel a opéré une interprétation stricte de l'article 11 de la Constitution et de l'article 45-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, dans sa rédaction résultant de la loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution.

Il a ainsi considéré que la date qu'il fallait retenir pour apprécier cette condition de recevabilité était celle de l'enregistrement de la saisine (*décision 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, § 7*).

En effet, l'article 45-2, 2° de l'ordonnance du 7 novembre 1958 précité dispose expressément que les délais mentionnés à l'article 11 de la Constitution sont « calculés à la date d'enregistrement de la saisine par le Conseil constitutionnel ».

Alors que dans cette affaire, le Gouvernement invitait fermement le Conseil constitutionnel à adopter une interprétation différente et extensive, le Conseil s'y est refusé.

Il a précisé dans son Commentaire que, « non seulement l'interprétation défendue par le Gouvernement impliquait de modifier la date prise en compte pour calculer le délai d'un an, mais elle exigeait aussi de ne pas tenir compte de la définition de la promulgation d'une loi, opération juridique relevant de la compétence du Président de la République, qui ne saurait être assimilée à l'adoption de la loi par le Parlement » (*Commentaire de la décision 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, p. 9*).

Il a alors ajouté que « ce faisant, il n'a pas eu à se prononcer sur une autre question que soulevait la position défendue par le Gouvernement : devait-on considérer ou non que, compte tenu de son objet, la proposition de loi référendaire pouvait avoir pour effet l'abrogation des dispositions de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises rendant possible la privatisation d'ADP ? » (*ibidem, p. 10*).

27. Rien ne laisse présager que cette jurisprudence puisse évoluer aujourd'hui.

D'une part, la loi organique n'a pas été modifiée et elle est donc tout aussi expresse quant à la date qu'il faut prendre en considération pour l'appréciation des délais de l'article 11 de la Constitution.

D'autre part, si le Conseil constitutionnel a rendu deux autres décisions en matière de référendum d'initiative partagée par lesquelles il a conclu à l'irrecevabilité des propositions de loi qui lui étaient soumises, ces décisions ne paraissent opérer aucune interprétation extensive de la Constitution, laissant supposer que le Conseil souhaiterait adopter une interprétation restreignant l'usage de ce mécanisme constitutionnel.

En effet, relevant la contrariété à la Constitution d'une disposition de la proposition de loi de programmation pour garantir un accès universel à un service public hospitalier de qualité, il l'a déclarée irrecevable, conformément à ce qu'il avait indiqué dans sa décision portant sur la loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution et le Commentaire qui l'accompagnait (*décision n° 2021-2 RIP du 6 août 2021, Proposition de loi de programmation pour garantir un accès universel à un service public hospitalier de qualité, ainsi que le Commentaire de cette décision, p. 5 et le Commentaire de la décision n° 2013-681 DC, loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution, p. 8*).

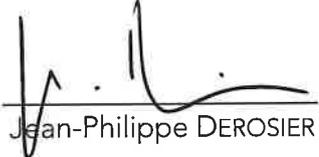
Cette jurisprudence n'était donc ni surprenante ni innovante.

De même, constatant que la taxation des superprofits avait « pour seul effet d'abonder le budget de l'État par l'instauration jusqu'au 31 décembre 2025 d'une mesure qui se borne à augmenter le niveau de l'imposition existante des bénéficiaires de certaines sociétés », il a conclu qu'« elle ne porte donc pas, au sens de l'article 11 de la Constitution, sur une réforme relative à la politique économique de la nation » (*décision n° 2022-3 RIP du 25 octobre 2022, précitée, § 5*).

Cette jurisprudence n'était pas davantage surprenante ou innovante.

Tout cela confirme que la date d'enregistrement de la saisine retenue en 2019 par le Conseil constitutionnel pour apprécier cette condition de recevabilité est bien celle qui doit être prise en considération et rien ne justifie que cette appréciation évolue aujourd'hui.

28. Tel est, sous toute réserve, l'état de mon analyse. Vous en souhaitant bonne réception, je vous prie de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de mes très sincères salutations,


Jean-Philippe DEROSIER