



Commission des Lois constitutionnelles,  
de la législation et de l'administration générale  
de la République



Paris, le 17 février 2022

**Audition à l'Assemblée nationale de Mme Jacqueline Gourault,  
en vue de sa nomination, sur proposition du Président de la République, en qualité de  
membre du Conseil constitutionnel**

Questionnaire de M. Guillaume Larrivé, rapporteur



1. Qu'est-ce que l'État de droit ? Cette notion est-elle définie par la Constitution ?

La Constitution comprend des principes qui définissent l'Etat de droit. En premier lieu, l'Etat de droit implique le respect de la hiérarchie des normes, par laquelle chaque norme tire sa validité de sa conformité aux règles supérieures. En vertu de ce principe, les compétences des différentes institutions sont précisément définies et les normes qu'elles édictent ne sont valables qu'à condition de respecter l'ensemble des normes de droit supérieures (décisions administratives, règlements, principes généraux du droit, lois, engagements internationaux, lois organiques et Constitution). C'est pourquoi l'article XVI de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen de 1789, qui appartient au bloc de constitutionnalité, dispose que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». La garantie des droits, ou principe de légalité, impose ainsi à l'ensemble des personnes physiques ou morales, y compris à l'Etat, le respect de l'ordonnancement juridique, dont les ordres juridictionnels sont les garants. En second lieu, tous les sujets de droit sont égaux devant cette ordonnancement juridique, « la loi [étant] la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». En troisième lieu, l'existence de l'État de droit suppose la séparation des pouvoirs et la garantie de juridictions indépendantes, pour trancher les conflits entre les différentes personnes juridiques en appliquant à la fois le principe de légalité et le principe d'égalité. Enfin, l'Etat de droit suppose l'existence d'une Cour constitutionnelle chargée de faire respecter l'ensemble des principes précités, la Constitution déterminant la source, l'étendue et les limites des différents pouvoirs.

2. Le juge constitutionnel énonce des principes. Les crée-t-il ? Si tel est le cas, en vertu de quelle légitimité ? Et selon quelle technique ?

Le bloc de constitutionnalité comprend la Constitution et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 ainsi que la charte de l'environnement de 2004, mais aussi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les principes à valeur constitutionnelle, les objectifs à valeur constitutionnelle (par exemple, la sauvegarde de l'ordre public), les principes particulièrement nécessaires à notre

temps énoncés par le Préambule de 1946, comme le droit de grève. Le Conseil constitutionnel, qui tire sa légitimité du rôle d'interprète de la Constitution que le constituant lui a conféré, dégage ces principes à partir d'un certain état de la conscience collective à un moment donné de l'histoire. Ces principes permettent en effet de faire respecter les exigences qui répondent au consensus du corps social. En fonction des questions nouvelles qui lui sont soumises, le Conseil constitutionnel peut être amené à en dégager de nouveaux, même s'il a fait preuve de retenue lors des deux dernières décennies. S'ils ne sont pas tous expressément désignés par la Constitution, le Conseil constitutionnel prend le soin de les fonder sur un texte. Il en est par exemple ainsi du droit de mener une vie familiale normale qui trouve sa source dans le Préambule de 1946 ou du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère qui trouve son fondement à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen. Il rattache également nombre de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République aux grandes lois de la troisième République (tel est le cas, par exemple, de la liberté d'association ou d'enseignement).

3. Le Conseil constitutionnel a estimé, en 1975, que l'article 61 de la Constitution ne lui conférait pas « un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement » ; depuis 2000, il estime qu'il n'a pas « un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ». Au fil des années, les techniques de contrôle du juge constitutionnel n'ont cessé de limiter le pouvoir d'appréciation et de décision du Parlement : le contrôle restreint a reculé, le contrôle de proportionnalité a progressé. C'est vrai, notamment, lorsque deux principes constitutionnels ont une portée contraire. Que pensez-vous de cette évolution du contrôle constitutionnel ? Est-elle conforme à l'esprit, sinon à la lettre, de l'article 3 de la Constitution : « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » ?

Quand l'inconstitutionnalité est liée à une appréciation, le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 61 de la Constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement (74-54 DC du 15 janvier 1975) et se borne alors à sanctionner une erreur d'appréciation que si elle est manifeste (85-196 DC du 8 août 1995). Cette jurisprudence est appliquée de manière constante par le Conseil constitutionnel. Le contrôle de constitutionnalité exercé n'est donc pas un empiètement sur le pouvoir législatif, mais il impose à ce dernier le respect de la norme suprême. C'est notamment ce qu'a rappelé le Conseil constitutionnel en énonçant que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution (85-197 DC du 23 août 1985). Je suis convaincue que le Conseil constitutionnel continuera à être attentif au fait de ne pas excéder son office.

4. La création par le constituant de la « question prioritaire de constitutionnalité » a eu des effets puissants : en dix ans, le Conseil constitutionnel a été saisi 871 fois à ce titre et a censuré 227 lois <sup>(1)</sup>. Ces chiffres signifient que, presque tous les quinze jours désormais, le Conseil constitutionnel annule une disposition législative au motif qu'elle porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Qu'en pensez-vous ?

---

(1) De 2010 à 2020, le Conseil constitutionnel a été saisi de 404 QPC par le Conseil d'État et de 467 QPC par la Cour de cassation. Sur la même période, le Conseil constitutionnel a rendu 69 décisions de non-conformité partielle et 158 décisions de non-conformité totale, auxquelles s'ajoutent 120 décisions comportant des réserves d'interprétation. Source : bilan statistique au 30 juin 2020, publié sur le site internet du Conseil constitutionnel.

L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a constitué une révolution juridique, qui a marqué un progrès certain en faveur de la garantie des droits et a ainsi conforté notre état de droit. En effet, depuis la révision constitutionnelle de 2008, l'article 61-1 de la Constitution dispose que, lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. Ainsi, il peut désormais exercer un contrôle de conformité sur des dispositions législatives qui n'avaient pu faire l'objet d'un contrôle a priori. Les justiciables se sont pleinement appropriés cette nouvelle procédure.

D'aucuns ont pu craindre qu'il en résulte une forte instabilité juridique. Toutefois, cette évolution a permis à tous les justiciables de pouvoir évoquer les principes constitutionnels au cours d'un procès, permettant ainsi aux droits et libertés qu'ils protègent, d'irriguer l'ensemble de la société. En outre, les conditions de renvoi et de jugement sur la QPC sont autant de garanties. Le « juge du filtre », Conseil d'Etat ou Cour de cassation, exerce un contrôle du caractère sérieux de la question ; le Conseil constitutionnel est habilité en vertu de l'article 62 à fixer une date d'abrogation des dispositions en cause, pouvoir dont il fait largement usage, et à déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. Le Conseil constitutionnel fait usage de cette faculté chaque fois que l'abrogation immédiate d'une disposition législative pourrait avoir des « conséquences manifestement excessives » et veille à aménager un délai permettant au législateur de réparer l'inconstitutionnalité. L'objectif du constituant de donner toute sa place à notre Constitution dans notre ordre juridique a ainsi été atteint, sans qu'il soit porté atteinte à la sécurité juridique. Sur la période 2010-2021, 44 % des QPC ont conduit à des déclarations de non-conformité des dispositions contestées ou à l'expression de réserves d'interprétation.

5. Quel regard portez-vous sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'identité constitutionnelle de la France ? Vous semble-t-elle devoir être confirmée ?

La jurisprudence sur l'identité constitutionnelle de la France (décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006) vise à assurer la cohérence entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique de l'Union européenne. Lorsqu'une méconnaissance des droits et libertés protégés par la Constitution trouve son origine dans un acte de l'Union européenne alors que ces droits et libertés sont également protégés par l'ordre juridique européen, le Conseil constitutionnel laisse le soin d'en assurer le respect au juge de la conventionalité – juge administratif et judiciaire – et le cas échéant, à la CJUE. Si en revanche sont en cause des règles et principes relevant de l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel en assure lui-même le respect.

Dans sa décision n°2021-940 QPC du 15 octobre 2021, le Conseil constitutionnel a reconnu un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, à savoir l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la force publique.

Le principe du contrôle restreint à l'absence de méconnaissance de l'identité constitutionnelle de la France vise à réserver la place centrale de la Constitution dans notre ordre juridique en

garantissant la protection par le juge constitutionnel de certaines normes spécifiques à l'ordre juridique français, tout en évitant que plusieurs juges aient à exercer des contrôles concurrents.

6. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de la République fédérale allemande doit-elle inspirer le juge constitutionnel français, s'agissant du contrôle ultra vires de la compétence des institutions de l'Union européenne ?

Rien dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'articulation entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique européen ne laisse à ce jour à penser que, à la façon dont a procédé le Tribunal fédéral de Karlsruhe dans son arrêt du 5 mai 2020 sur la politique monétaire de la Banque centrale européenne, il pourrait se reconnaître compétent pour contrôler le respect par les institutions européennes de leur office.

Je ne sais pas si le Conseil aura en débattre dans les prochaines années mais il me semble que, deux ans après cet arrêt et compte tenu des conséquences qu'il a pu avoir pour l'Allemagne mais aussi en termes de stabilité de l'ordre juridique européen, les cours constitutionnelles, partout en Europe, ne peuvent qu'être précautionneuses avant d'envisager de faire leurs ce type de solutions.

7. Vous semble-t-il possible que le Conseil constitutionnel saisisse, à titre préjudiciel, la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice de l'Union européenne ? Si cela est possible, est-ce souhaitable ?

Le Conseil constitutionnel veille à ne pas exercer un contrôle des lois au regard des engagements internationaux de la France, ce qui permet le respect de l'harmonie entre l'office des différents juges.

Toutefois, en cas de nécessité, le Conseil constitutionnel peut poser une question préjudicielle à la CJUE, ainsi qu'il l'a fait dans le cadre d'une QPC (décision n° 2013-314 QPC du 4 avril 2013). En revanche, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai d'un mois prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la CJUE d'une question préjudicielle afin de lever un éventuel doute sur la portée de la directive. En tout état de cause, les juridictions administratives et judiciaires exercent le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et peuvent saisir la CJUE à titre préjudiciel. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a été désigné en 2018 comme « haute juridiction nationale » au sens du protocole n° 16 à la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Je suis favorable au dialogue des juges pour maintenir une cohérence entre le contrôle de conventionalité et celui de constitutionnalité, s'agissant de textes qui protègent les mêmes droits fondamentaux.

8. Dans un entretien accordé en 1988 à la revue Pouvoirs, le président François Mitterrand a déclaré, s'agissant de l'article 11, que : « L'usage établi et approuvé par le peuple peut désormais être considéré comme une des voies de la révision, concurremment avec l'article 89. Mais l'article 11 doit être utilisé avec précaution, à propos de textes peu nombreux et simples dans leur rédaction. Sinon, il serait

préférable que la population des Français fût éclairée par un large débat parlementaire. » <sup>(2)</sup> Qu'en pensez-vous ?

Nul n'ignore que le Général de Gaulle a révisé la Constitution en se fondant sur l'article 11 et qu'un débat existe sur la possibilité d'utiliser à nouveau cet article à l'avenir pour fonder une procédure de révision constitutionnelle. Selon l'article 11, un projet de loi peut être soumis au référendum s'il porte sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la Nation et aux services publics qui y concourent, ou s'il vise à autoriser la ratification d'un traité qui aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. L'article 89 organise quant à lui la procédure de révision de la Constitution, qui implique nécessairement que le texte soumis à référendum ait été préalablement adopté dans les mêmes termes par les deux assemblées.

Le Conseil constitutionnel est obligatoirement consulté sur toutes les mesures relatives à l'organisation d'un référendum en vertu de l'article 60. Avec sa décision Hauchemaille du 25 juillet 2000, il a admis pour la première fois sa compétence juridictionnelle exceptionnelle pour connaître d'un acte préparatoire au référendum, lorsque l'irrecevabilité qui serait opposée au recours risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général de vote à intervenir ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics.

La doctrine a relevé que ce contrôle pourrait, le cas échéant, fournir au Conseil constitutionnel le moyen de s'opposer à ce qu'un référendum organisé sur le fondement de l'article 11 soit utilisé pour réviser la Constitution. Il appartiendrait donc au Conseil constitutionnel, s'il était saisi dans une telle configuration, d'en décider.

9. Le comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé en 1993 par Georges Vedel, avait proposé que l'article 11 fût modifié, s'agissant des projets de loi soumis par le Président de la République au référendum, afin d'indiquer que : « le projet ne peut être soumis au référendum qu'après constatation par le Conseil constitutionnel de sa conformité à la Constitution ». Le constituant a rejeté cette proposition ; en effet, cette suggestion n'a été retenue par aucune des dix-huit révisions constitutionnelles qui se sont succédées depuis lors. Qu'en pensez-vous ?

Le constituant n'a, jusqu'à présent, pas souhaité prévoir un contrôle a priori de la conformité à la Constitution d'un projet de loi soumis au référendum, sans doute en raison de l'article 3 de la Constitution qui dispose que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Il l'a en revanche rendu possible, par le renvoi à une loi organique, s'agissant du référendum d'initiative partagée.

10. Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi du décret de convocation d'un référendum au titre de l'article 11 de la Constitution, que doit-il contrôler ?

Depuis la décision Hauchemaille, l'objectif du contrôle des décrets de convocation et d'organisation d'un référendum est d'éviter que le Gouvernement ne fasse fi de la position du

---

(2) Entretien avec François Mitterrand, « Sur les institutions », in revue Pouvoirs, n°45, avril 1988, pp. 131-139.

Conseil constitutionnel et ne s'émancipe du contrôle a priori, par exemple en maintenant des dispositions écartées par le Conseil constitutionnel, lors de sa consultation, comme non conformes à la Constitution ou à la loi, ou en introduisant des dispositions non soumises préalablement au Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel contrôle la légalité externe et interne de l'acte. Il s'est reconnu ipso facto compétent pour statuer sur des moyens tirés de la méconnaissance de l'article 89 de la Constitution (par exemple du moyen tiré de ce que le texte soumis au référendum n'a pas été voté par le Parlement selon une procédure régulière). S'agissant d'un référendum organisé sur le fondement de l'article 11, certains avancent que le Conseil constitutionnel pourrait, par cette voie du contrôle des actes préparatoires, vérifier qu'un tel référendum n'a pas pour objet de réviser celle-ci. Dans une telle hypothèse, il contrôlerait alors le respect de la procédure prévue par cet article ainsi que l'objet du projet de loi soumis au référendum pour s'assurer de sa constitutionnalité, notamment du respect du champ matériel prévu par cet article (organisation des pouvoirs publics, réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la Nation et aux services publics qui y concourent, ratification d'un traité qui aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions). Ce point n'a pas encore fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel.

11. Le Conseil constitutionnel est-il compétent pour connaître d'une loi approuvée lors d'un référendum organisé au titre de l'article 11 de la Constitution ? Les décisions n°62-20 DC du 6 novembre 1962 et n° 2014392 QPC du 25 avril 2014 doivent-elles être confirmées ?

Depuis sa décision du 6 novembre 1962, le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour se prononcer sur la conformité d'une loi adoptée par référendum, dans laquelle il voit « l'expression directe de la souveraineté nationale ». Il juge également qu'une QPC ne peut pas porter sur une disposition législative adoptée par référendum (décision n° 2014392 QPC du 25 avril 2014).

12. Votre participation aux délibérations du conseil des ministres ainsi qu'aux débats parlementaires vous a conduite, ces dernières années, à prendre une part active à l'élaboration de nombreuses dispositions législatives susceptibles d'être soumises à l'examen du Conseil constitutionnel. Ces circonstances auront-elles une conséquence sur l'office qui sera le vôtre si vous êtes nommée membre du Conseil constitutionnel ?

Je respecterai strictement les règles de déport appliquées au sein du Conseil constitutionnel. Je m'abstiendrai de délibérer s'agissant notamment des questions sur lesquelles j'ai été amenée à m'exprimer publiquement comme parlementaire ou membre du Gouvernement.