



**HAL**  
open science

## L'instrumentalisation du droit constitutionnel

Marc Guerrini

► **To cite this version:**

| Marc Guerrini. L'instrumentalisation du droit constitutionnel. Revue Lexsociété, 2025. <hal-05269002>

**HAL Id: hal-05269002**

**<https://hal.science/hal-05269002v1>**

Submitted on 19 Sep 2025

**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.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 - Attribution - Non-commercial use - ShareAlike - International License



## **L'instrumentalisation du droit constitutionnel**

*in* J. ANCELIN, M. BLONDEL (dir.), *L'instrumentalisation du droit*, EUR Lexsociété,  
Université Côte d'Azur, 2025

MARC GUERRINI

*Professeur de droit public*

*CERDACFF- Université Côte d'Azur- Institut universitaire de France (IUF)*

Résumé : D'un point de vue institutionnel comme contentieux, est régulièrement dénoncé un usage instrumental du droit constitutionnel que la présente contribution se propose d'étudier. Sa place comme l'appréciation qui en est faite permettront de souligner toute l'ambivalence de l'instrumentalisation du droit en la matière.

Mots-clés : Constitution ; instrumentalisation ; Conseil constitutionnel ; institutions, 5<sup>e</sup> République.

« Vous ne pouvez pas utiliser la Constitution comme un contrat avec lequel vous faites des coups à un adversaire ». C'est en ces termes que le Professeur de droit public et ancien ministre Jean-Michel Blanquer dénonçait l'instrumentalisation de la Constitution le 28 août dernier sur France-Inter. L'instrumentalisation consiste à utiliser un objet uniquement ou principalement en considération de l'utilité qu'on lui prête<sup>1</sup>. Cet objet ne sert alors qu'à obtenir un résultat en étant réduit à un instrument au service d'une volonté. Ce terme « de plus en plus fréquent à la fois dans la langue politique et dans la conversation courante »<sup>2</sup> est généralement employé d'une manière péjorative. En effet, il fait état d'une situation de détournement des fonctions initiales ou supposées de l'objet instrumentalisé. Ce dernier se trouve partiellement ou totalement nié dans son essence pour être réduit à un instrument au service d'un objectif poursuivi par celui qui l'utilise. Se creuse alors un décalage entre les fonctions initiales de l'objet et l'utilisation qui en est faite. C'est précisément dans ce décalage que gît l'instrumentalisation. Appliquée au droit, l'instrumentalisation désignerait alors une manière d'utiliser le droit à des fins qui ne sont pas celles qui lui sont en principe assignées. Un tel présupposé nécessite en conséquence d'apprécier l'instrumentalisation du droit au regard de ses finalités, de son objet. Conçu comme « un bien de première nécessité »<sup>3</sup>, le droit est nécessaire à l'organisation de la vie en société. Chacune de ses branches aura alors sa propre utilité et répondra à des nécessités qui lui sont propres. Le droit de la famille régira les rapports entre les personnes au sein de la cellule familiale, le droit des sociétés prévoira les règles applicables à ces dernières, le droit administratif celui de l'administration en recherchant un équilibre entre les prérogatives exorbitantes de cette dernière et les droits des administrés. Quant au droit

---

<sup>1</sup> V. notamment les définitions du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales : <https://www.cnrtl.fr/lexicographie/instrumentalisation>

<sup>2</sup> Ferreux J., « Instrumentalisation », *Vie sociale et traitements*, 2013/4, n° 120, p. 131.

<sup>3</sup> Hervada J., *Qu'est-ce que le droit ? La réponse moderne du réalisme juridique*, Boleine, Paris, 2021, p. 28.

constitutionnel, il s'agira de veiller à ce que toute mesure d'application s'inscrive dans son triple objet : l'organisation des institutions, la procédure de production des normes et les droits et libertés fondamentaux<sup>4</sup>. Toute utilisation d'une règle de droit à des fins autres que celles pour lesquelles elle a été pensée et afin de parvenir à un résultat qui lui est étranger pourra être perçue comme une instrumentalisation de cette dernière.

Il existe des cas dans lesquels l'instrumentalisation du droit peut être sanctionnée ou explicitement exclue, le droit luttant alors contre sa propre instrumentalisation. Par exemple, en droit administratif, le détournement de pouvoir est caractérisé dès lors que l'administration utilise volontairement ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés par la loi. De la même manière, il y aura détournement de procédure lorsque l'administration aura recours à une procédure autre que celle normalement applicable afin d'éviter certaines formalités ou de supprimer certaines garanties<sup>5</sup>. Néanmoins, l'utilisation instrumentale de la norme ne constitue pas nécessairement une illégalité entendue au sens large. Par exemple, en matière pénale, le statut d'usager de drogue peut faire l'objet d'une stratégie policière afin de confondre les vendeurs en utilisant les aveux des usagers ou encore les informations que ces derniers fournissent. L'objectif n'est donc pas de sanctionner le consommateur (ce qui est en principe l'objet de la règle), mais d'utiliser les moyens de droit disponibles afin de renforcer la preuve du délit de vente<sup>6</sup>. En matière administrative, la question s'est également posée s'agissant des mesures d'assignation à résidence prononcées dans le cadre de l'état

---

<sup>4</sup> Favoreu L., « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990.

<sup>5</sup> CE, ass., 24 juin 1960, *Sté Frampar*, req. n° 42289 ; CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, req. n° 47544.

<sup>6</sup> Kaminski D., Digneffe F., Adam C., Cauchie J-F, Devresse M-S, Francis V., « L'instrumentalisation dans les pratiques pénales. Construction et déconstruction d'un concept », *Sociologie et sociétés*, vol. 33, n° 1, printemps 2001.

d'urgence terroriste décrété le lendemain des attentats du 13 novembre 2015 et appliquées à des militants écologistes. Certaines associations avaient dénoncé une instrumentalisation des mesures d'urgence. Le Conseil d'État fut conduit à se prononcer, dans le contexte de l'organisation de la COP21, sur des assignations à résidence justifiées par des motifs d'ordre public différents de ceux ayant justifié la déclaration de l'état d'urgence. Il a alors admis cette possibilité en n'y voyant pas d'atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir<sup>7</sup>.

En droit constitutionnel, sont régulièrement identifiées des situations qui peuvent être analysées comme relevant d'un usage instrumental du droit. En contentieux constitutionnel se pose, par exemple, la difficulté des QPC dilatoires qui sont soulevées dans le seul but de retarder la procédure. Il y a ainsi « une instrumentalisation caractérisée de la QPC comme stratégie de défense »<sup>8</sup>. Le caractère dilatoire de la QPC peut découler de son caractère tardif notamment lorsqu'elle intervient peu avant la clôture de l'instruction ou de l'audience. Le caractère dilatoire peut également se déduire du caractère répétitif de la QPC soit au sein de différents contentieux lorsque des avocats posent sans cesse la même question, soit au sein d'un même contentieux lorsque la même question est posée sous des formulations différentes à tous les stades de la procédure. Le caractère dilatoire, enfin, peut être lié à l'absence totale de pertinence de la question posée aux juges du fond<sup>9</sup>. Par ailleurs, la vie politique a fourni de nombreux exemples de dénonciation d'une forme d'instrumentalisation du droit constitutionnel. L'exemple le plus célèbre est

---

<sup>7</sup> CE, Section, 11 décembre 2015, M. D. n° 395009 CE, Section, 11 décembre 2015, M. G. n°394990.

<sup>8</sup> Josso S., Mouzet P., Thomas-Taillandier D., Juredieu F., Tellier-Cayrol V., « Propositions d'amélioration de la procédure de QPC devant les juridictions du fond. Réflexions à partir d'une étude régionale de la pratique des juges du fond », *Titre VII*, hors-série, octobre 2020.

<sup>9</sup> *Ibid.*

certainement l'utilisation de l'article 11 de la Constitution par le général de Gaulle afin de réviser la Constitution pour instaurer l'élection du Président de la République au suffrage universel direct en 1962. L'objectif fut alors d'éviter un blocage du Sénat qui apparaissait inévitable dans le cadre de la procédure de révision constitutionnelle prévue par l'article 89 de la Constitution. Mais l'actualité récente nous offre également des illustrations notables. En 2018, Jean Gicquel à l'occasion du 60e anniversaire de la Constitution de 1958 évoqua l'instrumentalisation de la Constitution au service de la figure du « Président monarque »<sup>10</sup>. Plus récemment, le vote de la loi pour contrôler l'immigration et améliorer l'intégration du 26 janvier 2024 a ravivé un questionnement analogue. Dans un contexte où la majorité présidentielle a adopté un texte dont elle évoquait dans le même temps les inconstitutionnalités potentielles fut dénoncée une instrumentalisation du Conseil constitutionnel qui devenait alors « le tamis du travail législatif »<sup>11</sup>. Plus récemment encore, à la suite de la dissolution de l'Assemblée nationale annoncée le 9 juin 2024 par le Président de la République et des résultats des élections législatives des 30 juin et 7 juillet ne permettant pas la constitution d'une majorité nette, s'est posée la question de la marge de manœuvre du Président lorsque son Premier ministre démissionne<sup>12</sup>. L'article 8, alinéa 1 de la Constitution, dispose que le Président de la République met fin aux fonctions du Premier ministre « sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement ». Le Président peut donc accepter immédiatement cette démission afin de procéder à la nomination du nouveau chef du gouvernement, ce qui relève de ses pouvoirs

---

<sup>10</sup> Gicquel J., « Le sens unique de la Constitution de la Ve République », *Titre VII*, n° 1, septembre 2018.

<sup>11</sup> Benzina S., « Loi immigration : comment on instrumentalise le Conseil constitutionnel », Le Club des juristes : <https://www.leclubdesjuristes.com/justice/la-loi-sur-limmigration-et-linstrumentalisation-du-controle-de-constitutionnalite-4235/>

<sup>12</sup> V. sur cette question : Levade A., « Démission et nomination d'un Premier ministre : quelles sont les règles ? », Le Club des juristes : <https://www.leclubdesjuristes.com/politique/demission-et-nomination-dun-premier-ministre-quelles-sont-les-regles-6563/>

propres. Mais le Président peut également demander au Premier ministre de se maintenir de manière provisoire, le temps de fixer son choix sur le futur chef du gouvernement. Cette situation est problématique lorsqu'elle se prolonge dans la mesure où le gouvernement démissionnaire continue d'exercer ses attributions,<sup>13</sup> mais ne peut pas faire l'objet d'une motion de censure votée par l'Assemblée nationale. Certains commentateurs ont alors cru déceler dans l'attentisme du Président de la République la volonté de laisser les partis, et notamment le nouveau Front populaire, face à la responsabilité de se mettre d'accord en espérant alors une désagrégation. Dans le prolongement, l'élection du Président de l'Assemblée nationale qui a eu lieu le jeudi 18 juillet 2024 a suscité un même type de questionnements. Les ministres démissionnaires ont participé au vote permettant à la candidate de l'ex-majorité présidentielle, Yaël Braun-Pivet, une réélection au perchoir. Les réactions d'une partie de la classe politique furent très vives, dénonçant une « violation de l'esprit de la Constitution »<sup>14</sup> ou encore une « erreur juridique assez grave »<sup>15</sup>. Fut reproché à l'Élysée d'instrumentaliser l'interprétation du droit constitutionnel afin de maintenir la Présidente sortante de l'Assemblée nationale à son poste. En effet, l'article 23 de la Constitution dispose que « les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire ». C'est une loi organique qui fixe les conditions dans lesquelles il est pourvu au remplacement des titulaires de tels mandats. L'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 58-1099 du 17 novembre 1958 portant loi organique pour

---

<sup>13</sup> Tant que la démission du gouvernement n'a pas été acceptée par le président de la République, le gouvernement concerné n'est pas démissionnaire et n'expédie donc pas les affaires courantes. Il est nécessaire que le Premier ministre présente la démission de son gouvernement, mais aussi que celle-ci soit acceptée par le président de la République par décret mettant fin aux fonctions du gouvernement : CE, 20 janvier 1988, n° 62900, Commune de Pomerol.

<sup>14</sup> [https://www.bfmtv.com/politique/ministres-a-l-assemblee-marine-le-pen-denonce-une-violation-de-l-esprit-de-la-constitution\\_VN-202407170227.html](https://www.bfmtv.com/politique/ministres-a-l-assemblee-marine-le-pen-denonce-une-violation-de-l-esprit-de-la-constitution_VN-202407170227.html)

<sup>15</sup> <https://www.publicsenat.fr/actualites/politique/presidence-de-l-assemblee-nationale-les-ministres-deputes-pourront-ils-voter>

l'application de l'article 23 de la Constitution prévoit que « Pour chaque membre du Gouvernement, les incompatibilités établies à l'article 23 de la Constitution prennent effet à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de sa nomination. Pendant ce délai, le parlementaire membre du Gouvernement ne peut prendre part à aucun scrutin et ne peut percevoir aucune indemnité en tant que parlementaire ». Mais l'ordonnance organique précise également que « les incompatibilités ne prennent pas effet si le Gouvernement est démissionnaire avant l'expiration dudit délai ». Sur ce fondement, l'exécutif a fait valoir qu'un gouvernement démissionnaire a le droit de participer aux scrutins à l'Assemblée avant l'expiration du délai d'un mois, interprétation qui n'est pas unanimement partagée<sup>16</sup> et qui a nourri la critique de l'instrumentalisation. L'année 2023 et la réforme des retraites ont également illustré la nature parfois complexe des liens entre l'instrumentalisation du droit et la constitutionnalité des mesures utilisées. Ce fut le cas, par exemple, de l'utilisation de l'article 47-1 de la Constitution par le gouvernement. Cette disposition constitutionnelle, seulement applicable aux projets de loi de financement de la sécurité sociale, permet au gouvernement de limiter les débats à l'Assemblée nationale à 20 jours et au Sénat à 15 jours. Si le texte n'est pas adopté par les deux assemblées dans le délai de 50 jours, le gouvernement pourra appliquer une réforme par ordonnance<sup>17</sup>. Pour la première fois sous la 5e République, cet article a été utilisé par le gouvernement en 2023 pour une réforme des retraites. L'utilisation de cette disposition a été perçue comme une

---

<sup>16</sup> V. Notamment l'opinion exprimée par Jean-Philippe Derosier : <https://constitutiondecodee.fr/actualites/actualites-mediatiques/666-le-vote-des-ministres-pour-la-presidence-de-l-assemblee-nationale-n-est-pas-fonde>

<sup>17</sup> Selon ce dernier « Le Parlement vote les projets de loi de financement de la sécurité sociale dans les conditions prévues par une loi organique.

Si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de vingt jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45.

Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de cinquante jours, les dispositions du projet peuvent être mises en œuvre par ordonnance ».

instrumentalisation offrant une alternative à l'article 49, alinéa 3 déjà utilisé 10 fois. Le Conseil constitutionnel a néanmoins admis le recours à cette procédure dans sa décision du 14 avril 2023<sup>18</sup>.

Ces quelques exemples suffisent à démontrer que l'accusation d'instrumentalisation est bien présente en droit constitutionnel, notamment – et pas seulement – car le jeu politique se mêle aux enjeux juridiques. Pour autant, on ne pourra que constater toute l'ambivalence de cette notion en s'attardant d'une part sur la place de l'instrumentalisation en droit constitutionnel (I) et, d'autre part, sur l'appréciation de l'instrumentalisation du droit constitutionnel (II).

\*\*\*

## **I. La place de l'instrumentalisation en droit constitutionnel**

La place de l'instrumentalisation est ambivalente, car elle oscille entre deux logiques d'inclusion et d'exclusion de l'instrumentalisation au sein du droit constitutionnel. D'une part, dans certains cas, le droit constitutionnel écarte tout risque d'instrumentalisation de la norme en anticipant un usage qui serait inapproprié (A). Or, dans d'autres cas, le droit constitutionnel va pleinement assumer l'instrumentalisation de ses règles, faisant de cette dernière un élément moteur de sa bonne marche (B). L'instrumentalisation est donc à la fois écartée et assumée.

### **A. L'instrumentalisation écartée**

---

<sup>18</sup> CC, décision n° 2023-849 DC du 14 avril 2023, *Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023*.

Il existe des cas dans lesquels le droit constitutionnel va lutter contre ses potentielles instrumentalisations en les anticipant. C'est notamment cet objectif que poursuit le principe de sincérité du débat parlementaire<sup>19</sup> dans le sillage duquel s'inscrivent les limites au droit d'amendement. Depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 45 de la Constitution dispose que « tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis ». Le Conseil constitutionnel déclare donc contraires à la Constitution les dispositions qui sont introduites en méconnaissance de cette règle. Selon une jurisprudence constante<sup>20</sup>, il s'assure dans ce cadre de l'existence d'un lien entre l'objet de l'amendement et celui de l'une au moins des dispositions du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie. L'objet d'un tel contrôle est d'éviter un risque d'instrumentalisation qui consisterait à utiliser les projets ou propositions de loi comme des véhicules législatifs permettant l'adoption de dispositions sans lien introduites par voie d'amendement.

De même, le contrôle que prévoit la Constitution des conditions permettant le recours à l'article 16 (pouvoirs exceptionnels du Président de la République) est justifié par la volonté d'éviter une instrumentalisation de cette disposition

---

<sup>19</sup> CC, Décision n° 2005-526 DC du 13 octobre 2005, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*. Selon le Conseil constitutionnel, sans ce principe « ne seraient garanties ni la règle énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel : " La loi est l'expression de la volonté générale... ", ni celle résultant du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, en vertu duquel : " La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants... " »

<sup>20</sup> V. notamment : CC, décision n° 2011-629 DC du 12 mai 2011, *Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit* ; CC, décision n° 2011-640 DC du 4 août 2011, *Loi modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires* ; CC, décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024, *Loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*.

d'exception<sup>21</sup>. En effet, en 1961, lors de sa seule et unique utilisation, ce régime fut maintenu en vigueur durant 5 mois alors même que la crise ayant justifié son utilisation était terminée au cours du premier mois. De même, lorsque l'article 18 de la Constitution autorisant au Président de la République à prendre la parole devant le Parlement réuni en Congrès précise que sa déclaration peut donner lieu, hors sa présence, à un débat qui ne fait l'objet d'aucun vote, c'est précisément pour éviter qu'un tel débat ne soit instrumentalisé afin de mettre en place une forme d'engagement de la responsabilité de l'exécutif. L'article 34-1 de la Constitution poursuit le même objectif en précisant que « sont irrecevables et ne peuvent être inscrites à l'ordre du jour les propositions de résolution dont le Gouvernement estime que leur adoption ou leur rejet serait de nature à mettre en cause sa responsabilité ou qu'elles contiennent des injonctions à son égard ».

Par ailleurs, la majorité qualifiée prévue dans certains cas par la Constitution peut être analysée comme un moyen d'éviter une instrumentalisation de certaines procédures. C'est le cas, par exemple, de la procédure de destitution du Président de la République prévue par l'article 68 de la Constitution en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. Il ne s'agit ni tout à fait d'une responsabilité pénale du chef de l'État et, encore moins, d'une responsabilité politique. Dans ce cadre, la majorité des deux tiers exigée tant pour la réunion de la Haute Cour que pour la destitution

---

<sup>21</sup> On distingue deux cas. Premièrement, le Conseil constitutionnel peut être saisi de manière facultative après 30 jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels. Les autorités de saisine sont le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs. Le juge examinera si les conditions exigées pour l'application de son article 16 demeurent réunies. Le Conseil se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Deuxièmement, la Constitution prévoit également un contrôle de plein droit, donnant également lieu à un avis public, après 60 jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée.

du Président de la République permet d'éviter une politisation de la procédure qui ne pourra prospérer qu'au-delà des clivages partisans.

Ces exemples démontrent que le droit constitutionnel anticipe dans certains cas son instrumentalisation. Cela suppose que des risques soient clairement identifiables de manière à les prévenir et à intégrer à la norme elle-même cette logique préventive.

### **B. L'instrumentalisation assumée**

Il existe d'autres situations dans lesquelles le droit constitutionnel va compter sur sa propre instrumentalisation. De ce point de vue, il est clair que le constituant a bien compris la manière dont le droit constitutionnel peut s'articuler avec le jeu politique. L'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel à 60 députés ou 60 sénateurs par la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974 avait précisément pour but de placer l'opportunité politique de la saisine entre les mains de l'opposition parlementaire. L'idée était alors de poursuivre un objectif juridique (la constitutionnalité de la loi) en comptant sur une mobilisation politique (la contestation de la loi par la minorité parlementaire). Comme l'a souligné Jacques Meunier, « considérer la saisine comme un "coup", c'est en effet supposer une "instrumentalisation" du contrôle. Cette idée est aujourd'hui largement admise : la saisine n'est pas décidée pour assurer le respect de la Constitution, encore moins pour satisfaire d'éventuels objectifs du Conseil en matière de régulation. Elle obéit à la logique du jeu politique, lequel impose de tirer parti des atouts dont on dispose. Dotées d'une arme sans équivalent, les minorités parlementaires sont tenues de s'en servir. Ce que la Constitution leur permet, elles doivent le faire puisque c'est possible sans risque et qu'il n'existe pas d'alternative offrant un résultat équivalent. La saisine serait ainsi un coup obligé, non pas bien sûr directement

par une disposition juridique particulière, mais par les contraintes du jeu que la Constitution instaure, de ses buts et des moyens disponibles pour les atteindre. La perspective du gain (la censure de la loi), les enjeux dérivés (les bénéfices politiques d'une opposition résolue qui s'affiche) et, peut-être surtout, la simple existence d'une ultime voie de recours imposeraient d'aller au bout du possible pour faire échec à la loi »<sup>22</sup>. Il y a donc ici une instrumentalisation consentie et assumée de la saisine du Conseil constitutionnel qui se met au service du principe de constitutionnalité. Ce phénomène a d'ailleurs conduit à installer le débat constitutionnel au sein des chambres du Parlement en provoquant une juridicisation des débats parlementaires dans lesquels les arguments juridiques et politiques sont étroitement mêlés<sup>23</sup>. C'est cette idée qu'évoquait également Charles Eisenmann en précisant que « par la nature même des choses, la justice constitutionnelle est comme un miroir où se reflète – fragmentaire sans doute, mais fidèle – l'image des luttes politiques suprêmes du pays - qu'elle a précisément pour effet de transformer en dernière analyse en litiges de droit »<sup>24</sup>. Il n'y a donc qu'un pas entre instrumentalisation et judiciarisation.

Il faut néanmoins noter que l'instrumentalisation de la saisine du Conseil constitutionnel ne semble assumée que s'agissant de la minorité parlementaire. En effet, plus récemment, les Présidents de la République ont, en certaines circonstances, décidé de saisir eux-mêmes le Conseil constitutionnel alors même que la loi qu'ils entendaient déférer fut initiée par leur gouvernement et votée par leur propre majorité. Une telle pratique est davantage contestée. C'est François Hollande qui le premier s'est saisi de cette faculté alors que

---

<sup>22</sup> Meunier J., « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs* 2003/2, n° 105, p. 40.

<sup>23</sup> V. notamment : Guerrini M., « Le dialogue institutionnel exécutif, Parlement et Conseil constitutionnel : dialogue, négociation ou monologue ? », in *Procédure législative et QPC : Recherche pluridisciplinaire sur de nouvelles interactions institutionnelles*, Titre VII, Hors-série « QPC 2020 : les dix ans de la question citoyenne », octobre 2020.

<sup>24</sup> Eisenmann C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Coll. Droit public positif, Economica-PUAM, 1986, p. 137.

traditionnellement les Présidents de la République laissaient à d'autres autorités le soin de saisir le Conseil constitutionnel<sup>25</sup>. Ces hypothèses concernent des lois potentiellement liberticides qui méritent une attention toute particulière sur le terrain de la protection des droits fondamentaux. Ce fut le cas de la loi relative au renseignement du 24 juillet 2015<sup>26</sup>, la loi du 10 avril 2019 visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations<sup>27</sup> ou encore de la loi du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration et améliorer l'intégration<sup>28</sup>. Ici encore, on constate une forme d'instrumentalisation de la saisine du Conseil constitutionnel qui permet au Président de la République de rassurer en affichant sa volonté, dans des domaines sensibles, de s'assurer de l'intervention du contrôle de constitutionnalité de la loi. Sur ce point, la saisine du Conseil constitutionnel de la loi immigration fut un cas singulier, poussant plus loin encore l'instrumentalisation du juge constitutionnel. En effet, il ne s'agissait pas de rechercher un brevet de constitutionnalité confortant une loi sensible du point de vue des libertés fondamentales. Il s'agissant, au contraire et dans un contexte de majorité relative, de permettre le vote d'une loi dont certaines inconstitutionnalités étaient largement supposées, en comptant sur le juge constitutionnel pour la purger des dispositions auxquelles une majorité présidentielle affaiblie avait dû consentir. C'est la même idée qu'évoque Samy Benzina pour le Club des juristes en ces termes : « il ne faut donc pas voir dans ces “états d'âme” constitutionnels autre chose qu'une stratégie politique. Les dispositions pointées comme étant inconstitutionnelles sont exclusivement issues d'amendements des parlementaires Les Républicains que la majorité a dû concéder. Il y a donc une assimilation, trop rapide, entre ce qui est considéré comme inopportun politiquement et ce qui est jugé inconstitutionnel. Mais

---

<sup>25</sup> Lécuyer Y., « Le dévoiement de la saisine du Conseil constitutionnel par le Président de la République », *AJDA* 2024 p.196.

<sup>26</sup> Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

<sup>27</sup> Loi n° 2019-290 du 10 avril 2019 visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations.

<sup>28</sup> Loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration.

cette confusion est habituelle parmi les acteurs politiques. Par le passé, la majorité présidentielle actuelle n'a pas hésité à défendre des dispositions suspectées d'inconstitutionnalité dès lors qu'elles lui semblaient opportunes politiquement »<sup>29</sup>.

Cette pratique de la saisine présidentielle n'est pas allée sans générer une forme d'agacement des juges constitutionnels. En 2015, à l'occasion de la saisine du Conseil constitutionnel de la loi renseignement par le Président Hollande, le Président du Conseil constitutionnel Jean-Louis Debré avait affirmé sur BFMTV que les Sages ne se laisseraient pas « instrumentaliser » en précisant « Nous ne sommes pas là pour donner un avis, nous sommes une juridiction constitutionnelle et nous rendons des décisions (...) ? Il faudra donc que la saisine du président de la République soit motivée »<sup>30</sup>. D'une manière comparable, les vœux de l'actuel Président du Conseil constitutionnel Laurent Fabius en 2024 laissaient transparaître un message assez net à destination du Président de la République : « Monsieur le Président, le Conseil constitutionnel n'est pas une chambre d'écho des tendances de l'opinion publique, il n'est pas non plus une chambre d'appel des choix du Parlement, il est le juge de la constitutionnalité des lois. Cette définition claire, c'est probablement parce qu'elle n'est pas ou pas encore intégrée par tous que, à l'occasion des débats sur les lois concernant deux questions très sensibles, les retraites et l'immigration, le Conseil constitutionnel s'est retrouvé au milieu de passions contradictoires et momentanément tumultueuses »<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Benzina S., « Loi immigration : comment on instrumentalise le Conseil constitutionnel », Le Club des juristes : <https://www.leclubdesjuristes.com/justice/la-loi-sur-limmigration-et-linstrumentalisation-du-controle-de-constitutionnalite-4235/>

<sup>30</sup> [https://www.challenges.fr/economie/loi-sur-le-renseignement-hollande-devra-motiver-sa-saisine-debre\\_97503](https://www.challenges.fr/economie/loi-sur-le-renseignement-hollande-devra-motiver-sa-saisine-debre_97503)

<sup>31</sup> Discours de M. Laurent Fabius, Président du Conseil constitutionnel. Cérémonie de vœux du Président de la République au Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/ceremonie-de-voeux-du-president-de-la-republique-au-conseil-constitutionnel-4>

\*\*\*

## II. L'appréciation de l'instrumentalisation du droit constitutionnel

L'ambivalence de l'instrumentalisation en droit constitutionnel ne se limite pas à la place qu'elle y occupe. En effet, l'appréciation qui est généralement faite de cette dernière dans les situations où elle serait observable n'est pas uniforme. Contestée dans sa réalité dans certains cas (A), elle peut dans le même temps être pleinement admise et normalisée dans d'autres (B). L'instrumentalisation n'est donc pas seulement écartée et assumée, elle est également, dans son appréciation, discutée et légitimée.

### A. L'instrumentalisation discutée

Peut-on observer, dans un cas donné, un usage instrumental du droit constitutionnel ? La réponse à cette question à l'apparence simple dépend de la manière dont on conçoit l'objet du droit constitutionnel. Selon la conception retenue, la réponse sera susceptible de varier. Comme l'a relevé Javier Hervada, « il ne faut pas s'étonner de cette différence sur la notion même de droit, étant donné que cette notion dépend de la conception que l'on a de l'homme et de la société. Et nous sommes parvenus à une société tellement pluraliste que nous en arrivons à remettre en cause les idées les plus élémentaires »<sup>32</sup>. Ainsi, il serait facile de voir dans des aspects non normatifs de la Constitution une instrumentalisation. Une première question peut alors affleurer : les fonctions de la Constitution sont-elles exclusivement normatives ? Au cours des cérémonies de naturalisation et au terme du discours solennel du représentant de l'État en préfecture, le public est invité à se lever afin d'écouter la Marseillaise,

---

<sup>32</sup> Hervada J., *Qu'est-ce que le droit ? La réponse moderne du réalisme juridique*, op.cit., p. 13.

un diaporama est parfois diffusé en retraçant les étapes marquantes de l'histoire de la nation française et notamment de ses origines révolutionnaires. Enfin, des documents officiels remis aux personnes naturalisées peuvent s'accompagner de documents annexes tels que la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 ou des extraits de la Constitution de 1958. Peut-on dire dans un tel cas que l'on instrumentalise la Constitution ? La réponse est non dans la mesure où cette dernière n'a pas que des fonctions normatives, mais participe également au sentiment d'appartenance à travers une fonction intégrative. C'est ce qui justifie la présence de dispositions identitaires de la norme fondamentale telle que la langue, l'emblème (le drapeau tricolore), l'hymne ou encore la devise (article 2 de la Constitution).

Dans le prolongement, la Constitution peut également être perçue comme la vitrine des valeurs d'une société. L'exemple de la loi constitutionnelle du 8 mars 2024 est intéressant. Cette dernière modifie l'article 34 de la Constitution pour y inscrire que « La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse ». Le journal l'Express titra à cette occasion : « IVG : comment la Constitution est devenue un objet politique. La "liberté" de recourir à l'IVG est entrée ce lundi dans la Constitution. Tour à tour réceptacle de droits ou frein supposé à l'action publique, le texte n'échappe pas aux instrumentalisation politiques »<sup>33</sup>. Sur la même ligne, Anne-Marie Le Pourhiet a dénoncé une « instrumentalisation idéologique de la Constitution » ainsi qu'un processus qui « obéit exclusivement à des préoccupations communicationnelles destinées à un faire-valoir personnel et partisan de ses initiateurs »<sup>34</sup>. Ici encore, l'appréciation de l'instrumentalisation dépend de la fonction que l'on assigne à la Constitution. On se rappellera la formule du Président du Sénat, Gérard

---

<sup>33</sup> <https://www.lexpress.fr/politique/ivg-comment-la-constitution-est-devenue-un-objet-politique-CDOBE4RMSBEXVAK4E6I3YIYLWY/>

<sup>34</sup> Le Pourhiet A-M, L'instrumentalisation idéologique de la Constitution, Colloque du 23 janvier 2023, American Center for Law and Justice, <http://media.aclj.org/pdf/230123-Prof-Le-Pourhiet-L'instrumentalisation-ideologique-de-la-constitution.pdf>

Larcher, s'opposant à l'inscription dans la Constitution de la protection de l'interruption volontaire de grossesse : « La Constitution n'est pas un catalogue de droits sociaux et sociétaux ». Nier cette dimension de la Constitution reviendrait à remettre en cause partiellement son adaptabilité aux évolutions sociales et sociétales ainsi que son caractère évolutif<sup>35</sup>. Il s'agirait alors de retenir l'idée d'une « Constitution démotique », c'est-à-dire d'une norme assurant, au-delà de ses objets traditionnels, la représentation d'un groupe humain déterminé avec ses aspirations et ses valeurs<sup>36</sup>. Le processus de constitutionnalisation permet en outre une mise à l'abri de certains droits contre les potentielles altérations provenant du droit infraconstitutionnel. Il s'agit d'un mode de préservation qui est porté par le phénomène de constitutionnalisation du droit, entendu au sens de « l'élévation » d'une norme infraconstitutionnelle au rang de norme constitutionnelle. Pour illustrer cette idée, Luc Heuschling évoque l'image d'une Constitution « garde-trésor », qui joue le rôle d'un « conservateur en ce qu'elle sert à accueillir – à élever – les solutions juridiques qui ont fait leurs preuves en droit ordinaire ou dans la pratique politique. La Constitution devient le garde-trésor – la “vitrine” – des solutions éprouvées qu'elle protège contre toute remise en cause »<sup>37</sup>.

Enfin, une dernière conception de la Constitution est susceptible d'influencer l'idée que l'on se fait de son instrumentalisation. Il s'agit de son rapport au temps et à son intégrité. L'intervention du pouvoir de révision

---

<sup>35</sup> On se rangera ici à l'opinion exprimée par Frédéric Rolin selon laquelle « contester l'inscription d'un nouveau droit, au motif que la Constitution ne serait pas un “catalogue”, c'est plus fondamentalement nier que la Constitution est une norme évolutive, qu'elle a vocation à accueillir en son sein des garanties nouvelles à mesure de l'évolution de la société et des enjeux qui la traversent » : Rolin F., « La Constitution n'est pas un catalogue de droit sociaux et sociétaux », *Le billet, Dalloz Actu*, 29 janvier 2024.

<sup>36</sup> V. sur cette notion : Vervin M., « La question du droit constitutionnel démotique : une problématique actuelle », *Civitas Europa*, 2002, n°9-10, p. 141 ; Esplugas-Labatut P., « Pour la constitutionnalisation de l'état d'urgence », *RFDC*, 2018/3, n° 115, p. 485.

<sup>37</sup> Heuschling L., « La Constitution formelle », in Troper M., Chagnollaud D.(dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome I, Dalloz, Paris, 2012, p. 294.

constitutionnelle est ici au cœur de toutes les attentions, ce dernier venant retoucher le texte le plus fondamental de l'État. La révision devrait donc se faire, plus que toute autre modification textuelle, avec la main qui tremble. Le Conseil d'État dans son avis sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative insista d'ailleurs sur la qualité attendue d'une telle intervention : « s'agissant de la Constitution plus encore que des autres textes, il convient d'accorder la plus grande importance à la rédaction du projet. La plume du constituant, outre qu'elle se doit d'être la plus élégante possible, doit être limpide, concise et précise. Il est essentiel que la Constitution ne soit pas source de difficultés d'interprétation, qui pourraient notamment donner lieu à des contentieux dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité »<sup>38</sup>. Certains modèles révisent peu. C'est le cas des États-Unis avec 27 amendements à la Constitution depuis 1787<sup>39</sup>. D'autres modèles révisent davantage. C'est le cas de la France avec 25 révisions constitutionnelles depuis 1958. Autrement dit, nous avons révisé quasiment autant en 66 ans que les États-Unis en 237 ans. Or, la révision constitutionnelle est parfois perçue comme une instrumentalisation de la Constitution donnant lieu à un « révisionnisme constitutionnel »<sup>40</sup>. Le débat fut particulièrement vif s'agissant de la proposition de constitutionnalisation de l'état d'urgence. En décembre 2015, après les attentats du 13 novembre revendiqués par l'organisation terroriste « État islamique » ayant tué en France 130 personnes, un projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation fut enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale. Ce projet de loi constitutionnelle avait notamment pour objet de constitutionnaliser l'état d'urgence, ce qui fut âprement discuté parmi les juristes. La « normalisation de la situation d'exception par le recours à la

---

38 CE, Section de l'intérieur, séance du jeudi 3 mai 2018, avis n° 394 658.

39 V. sur cette question : Bouaziz M., « La Constitution des États-Unis est-elle éternelle ? », *Questions Constitutionnelles*, 23 septembre 2023 ; Dutheillet de Lamothe O., « L'autorité de l'interprétation constitutionnelle », Intervention prononcée à la Table ronde organisée par l'AIDC les 15 et 16 octobre 2004 à l'Université Montesquieu-Bordeaux I V sur l'interprétation constitutionnelle, [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/autorite.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/autorite.pdf)

40 Georges Lavroff D., « De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel », *RFDC*, 2008/5 (HS n°2), p. 55.

normativité (était) au cœur de la question de sa constitutionnalisation »<sup>41</sup>. Beaucoup condamnaient une instrumentalisation de la Constitution et une forme d’affichage politique sécuritaire par le truchement d’une révision constitutionnelle<sup>42</sup>. D’autres, tels que Pierre Esplugas-Labatut, se prononcèrent, au contraire, en faveur de la constitutionnalisation. Ce dernier mettait notamment en avant, outre une unification des régimes et des principes des états de crise, l’idée que la Constitution est la norme qui par nature a vocation à accueillir un régime établissant un état d’exception. Il prenait ainsi le contrepied des positions notamment défendues par le philosophe Giorgio Agamben selon lequel « l’état d’urgence en tant que régime restrictif pour les libertés fondamentales est par nature incompatible avec une Constitution censée être protectrice de ces libertés ». Cette thèse est ici jugée « trop radicale en faisant de la Constitution le texte du “tout ou rien” »<sup>43</sup>. On constate donc une nouvelle fois comment plusieurs conceptions de la Constitution peuvent alimenter ou non l’accusation d’instrumentalisation.

Un débat comparable s’est tenu en 2020 autour du projet de loi constitutionnelle complétant l’article 1<sup>er</sup> de la Constitution relatif à la préservation de l’environnement. Ce dernier prévoyait d’inscrire à l’article 1<sup>er</sup> de la Constitution le principe selon lequel la France « garantit la préservation de l’environnement et de la diversité biologique et lutte contre le dérèglement

---

<sup>41</sup> Pierré-Caps S., « Constitutionnaliser l’état d’urgence ? », *Civitas Europa* 2016/1, n° 36, pp. 141-154.

<sup>42</sup> Pour des avis critiques à l’égard de la constitutionnalisation de l’état d’urgence V. notamment : Beaud O., Guérin-Bargues C., *L’état d’urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, coll. Systèmes, 2016 ; Cassia P., « Contre l’état d’urgence », *Dalloz*, 2016 ; Rousseau D., « Un projet de révision constitutionnelle recevable, mais qui doit être réécrit », *Le Monde*, 21 déc. 2015.

<sup>43</sup> Esplugas-Labatut P., « Pour la constitutionnalisation de l’état d’urgence », *RFDC*, 2018/3, n° 115, p. 485 ; G. Agamben, *État d’exception*, Homo sacer, II, Seuil, 2003 ; « De l’État de droit à l’état de sécurité », *Le Monde*, 23 déc. 2015.

climatique »<sup>44</sup>. Cette révision de la Constitution souhaitée par le Président de la République à l'occasion des travaux de la Convention citoyenne pour le climat n'avait, en réalité, pas de portée juridique. En effet, depuis 2019, le Conseil constitutionnel estime que « la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle »<sup>45</sup>. La qualification instrumentale de l'usage du droit constitutionnel sera ici encore fonction de la conception de la Constitution retenue. Dans le dernier exemple cité, nous pouvons parfaitement rejeter une telle révision en considérant qu'elle est normativement inutile. Mais nous pouvons également nous ranger derrière l'opinion plus symbolique défendue par l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle selon lequel « il s'agit là du combat de notre siècle et la France entend le mener aux côtés des autres nations engagées contre les changements climatiques. Il est important que notre loi fondamentale traduise ce choix de la Nation. Le principe général de préservation de l'environnement est présent depuis 2005 dans la Charte de l'environnement qui appartient au bloc des normes constitutionnelles. Son inscription à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution lui donne une force particulière, introduisant un principe d'action positif pour les pouvoirs publics et une volonté affirmée de mobiliser la Nation ». Le Conseil d'État avait lui-même admis dans son avis du 14 janvier 2021 que « si l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution n'a pas, en principe, vocation à accueillir l'énoncé de politiques publiques (...) le caractère prioritaire de la cause environnementale, s'agissant d'un des enjeux les plus fondamentaux auxquels l'humanité est confrontée, justifie qu'elle prenne place à cet article aux côtés des principes fondateurs de la République

---

<sup>44</sup> Projet de loi constitutionnelle n°3787, complétant l'article 1er de la Constitution et relatif à la préservation de l'environnement.

<sup>45</sup> CC, Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]*. V. notamment sur cette importante décision : Savonitto F., « Un verdissement en devenir de la jurisprudence constitutionnelle », *AJDA*, 8 juin 2020, n° 20, p. 1126 ; Salles S., « La protection de l'environnement élevée en objectif de valeur constitutionnelle : progression du « constitutionnalisme vert » en France ! », *La Gazette du Palais*, 30 juin 2020, n° 24, p. 2.

»<sup>46</sup>. Ainsi l'appréciation de l'instrumentalisation s'avère être en partie subjective, car dépendante de notre conception de la norme fondamentale, de son rôle et de ses fonctions.

## **B. L'instrumentalisation légitimée**

Si les cas d'instrumentalisation du droit constitutionnel peuvent être discutés, l'instrumentalisation elle-même est parfois légitimée par une certaine conception du droit constitutionnel. Tous les juristes, et plus particulièrement les constitutionnalistes, ont en mémoire la formule restée célèbre du général de Gaulle prononcée le 31 janvier 1964 : « Une Constitution, c'est un esprit, des institutions, une pratique »<sup>47</sup>. Or, la pratique de la Constitution peut-elle légitimement inclure son instrumentalisation dès lors qu'elle intègre par nature le « jeu politique »<sup>48</sup> ? Jacques Chevallier a notamment mis en avant l'idée qu'attendre des destinataires du droit constitutionnel qu'ils se conforment en tout point à ce qui est exigé d'eux confinerait au « juridisme » qui consiste à survaloriser les formes juridiques au mépris des dynamiques politiques et sociales<sup>49</sup>. Ainsi, dans sa prise de position en faveur d'une « sociologie du droit constitutionnel », il en déduit que « le texte constitutionnel ne saurait être envisagé indépendamment des pratiques politiques : produit des transactions entre acteurs politiques, son contenu s'infléchit au gré de leurs échanges. Corrélativement, les normes constitutionnelles ne sauraient être investies d'une efficacité de principe, même en dépit de l'institution d'un dispositif de sanction : encore faut-il que les acteurs politiques l'aient intériorisé comme répertoire des pratiques routinisées, qu'ils croient en sa validité ou encore qu'ils aient intérêt à son application »<sup>50</sup>. La dernière formule employée est intéressante. Que

---

<sup>46</sup> CE, 14 janvier 2021, avis n° 401868 sur un projet de loi constitutionnelle complétant l'article 1er de la Constitution et relatif à la préservation de l'environnement.

<sup>47</sup> De Gaulle Ch., Discours et messages, IV, Pion, 1970, p. 21.

<sup>48</sup> Meunier J., « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *op.cit.*, p. 40.

<sup>49</sup> Chevallier J., « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *L'architecture du droit, Mélanges Troper*, Economica, 2006, p. 281.

<sup>50</sup> *Ibid.*

signifie « avoir intérêt » à l'application du droit constitutionnel sinon une forme d'instrumentalisation légitimée de la norme constitutionnelle ? De manière plus large, c'est dans la conception politique du droit constitutionnel que l'on pourrait trouver une dynamique légitimante de son instrumentalisation. En effet, après l'échec constitutionnel des troisième et quatrième Républiques, l'idée de Constitution comme droit fut largement discréditée. C'est donc une conception plus politique du droit constitutionnel qui s'est développée notamment sous l'impulsion de Maurice Duverger, Georges Vedel, Georges Burdeau, Marcel Prélot ou encore François Goguel<sup>51</sup> défendant l'idée parfaitement exprimée par Georges Vedel selon laquelle « tout le droit constitutionnel n'est pas dans la Constitution »<sup>52</sup>. L'école du droit politique invite donc à repenser le rapport entre la réalité et la norme juridique en voyant dans cette dernière une donnée construite sous l'effet de sa concrétisation<sup>53</sup>. Ainsi, dès lors que l'on revisite les normes constitutionnelles et le rapport entre l'être et le devoir être<sup>54</sup>, l'idée même d'instrumentalisation n'a plus de sens. Il n'y a qu'un usage politique de la norme et non pas une instrumentalisation de cette dernière. Autrement dit, la règle ne saurait être détournée de sa finalité, car cette finalité va précisément être déterminée par les acteurs du droit constitutionnel. Dans cette optique, il ne peut y avoir d'instrumentalisation du droit constitutionnel, car le droit constitutionnel est l'instrument.

Néanmoins, cette conception politique du droit constitutionnel qui nierait toute instrumentalisation de ce dernier est à relativiser pour trois raisons.

---

<sup>51</sup> Sur cette question V. : Chevallier J., « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel », *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p.183.

<sup>52</sup> Vedel G. *Droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 3.

<sup>53</sup> V. notamment : Le Divillec A., « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 2019/1, n°6, p.91.

<sup>54</sup> V. sur ce thème : *Ibid* ; Daugeron B., Brèves réflexions sur le rapport entre le droit constitutionnel non écrit et le droit politique, Encyclopédie de droit politique : <https://droitpolitique.com/publications/article/344/breves-reflexions-sur-le-rapport-entre-le-droit-constitutionnel-non-ecrit-et-le-droit-politique>

Premièrement, elle se trouve concurrencée par une autre logique plus normative, un « droit de la Constitution » pour reprendre l'expression de Louis Favoreu<sup>55</sup>. Dominique Rousseau, évoquant la « Constitution ou la politique autrement », a illustré le glissement du politique vers le juridique à travers l'exemple bien connu des nationalisations : « l'argumentation politique tant dans son contenu - socialisme/libéralisme - que dans sa forme - violence des débats - s'efface pour laisser la place aux seuls arguments acceptables et acceptés dans le champ du droit : exégèse de textes constitutionnels de référence (1789 et 1946), conciliation de principes contradictoires, définition et contrôle des caractères préalables et justes de l'indemnisation... »<sup>56</sup>. Il est clair que dans sa conception normative, la Constitution réduit la marge de manœuvre du politique et rétablit le rapport entre l'être et le devoir être. L'instrumentalisation du droit constitutionnel redevient alors parfaitement concevable, voire sanctionnable. La réduction de la marge de manœuvre politique notamment sous l'effet du contrôle juridictionnel s'accompagne d'ailleurs de critiques dénonçant la « rétractation de l'autorité politique »<sup>57</sup> ou encore une destruction de « l'invention politique »<sup>58</sup>.

Deuxièmement, le droit politique ne concerne en réalité qu'une branche du droit constitutionnel qui est le droit constitutionnel institutionnel. Le droit des libertés fondamentales n'est pas directement concerné par ces réflexions. Ce champ reste pourtant à questionner en termes d'instrumentalisation du droit non seulement d'un point de vue procédural comme cela fut évoqué en introduction (QPC comme moyen dilatoire notamment), mais aussi d'un point de vue substantiel. Dans ce dernier cas, la thèse de Jonas Guilbert soutenue à Toulouse le 8 décembre 2021 sur le concept de l'abus de droit

---

<sup>55</sup> Favoreu L., « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *op.cit.*

<sup>56</sup> Rousseau D., « La Constitution ou la politique autrement », *Le Débat* 1991/2, n° 64, p. 176.

<sup>57</sup> Schoettl J-E, *La démocratie au péril des prétoires. De l'état de droit au gouvernement des juges*, Gallimard, 2022, 256 p.

<sup>58</sup> Guénaire M., « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat* 1991/2, n° 64), p. 146.

fondamental ouvre la voie en interrogeant notamment le bien-fondé juridique des prétentions en la matière<sup>59</sup>. L'instrumentalisation des droits fondamentaux représente donc aussi une perspective de recherche intéressante. Par exemple, a été exposée, dans les colonnes de la *Revue des droits et libertés fondamentaux*, la manière dont les sociétés commerciales peuvent instrumentaliser les droits fondamentaux dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) dont la mollesse des règles permet un effet d'affichage parfois cynique<sup>60</sup>. De la même manière, Xavier Dupré de Boulois a démontré comment la question prioritaire de constitutionnalité a permis à des sociétés commerciales de défendre leurs intérêts économiques en tirant argument de la protection de droits fondamentaux dont elles ne sont même pas les titulaires<sup>61</sup>. Est notamment cité l'exemple de la bataille juridique en faveur du travail dominical sur le fondement de la liberté du travail.

Troisièmement, il est possible de réduire l'usage instrumental du droit constitutionnel, c'est-à-dire la part du politique en son sein. Il s'agirait ici uniquement de lutter contre certaines formes d'instrumentalisation du droit constitutionnel sans pour autant nier toute l'importance de la donnée politique dans son application. En effet, un certain nombre de dispositions constitutionnelles doivent demeurer souples afin de s'adapter à différentes circonstances politiques. On ne peut nier ici la singularité de l'objet du droit constitutionnel institutionnel. C'est le cas, par exemple, de l'article 8 de la Constitution qui ne détermine pas les cas dans lesquels le Premier ministre devrait présenter sa démission au Président de la République (en dehors des cas de la mise en jeu de la responsabilité gouvernementale par l'Assemblée

---

<sup>59</sup> Guilbert Jonas, *Essai sur le concept de l'abus de droit fondamental*, Université Toulouse Capitole, 8 décembre 2021.

<sup>60</sup> Petit B., « Les libertés instrumentalisées ? Retour sur les rapports complexes entre droits de l'Homme et multinationales », *RDLF* 2017 chron. n°25.

<sup>61</sup> Dupré de Boulois X., « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits », *RDLF* 2014, chron. n°02. L'auteur ajoute : « La catégorie des droits constitutionnels devient alors un vaste supermarché où les opérateurs économiques puisent des ressources argumentatives au gré de leurs besoins. Quitte pour cela à détourner ces droits de leurs finalités initiales ».

nationale). C'est le cas également de l'article 5 de la Constitution qui fait du Président de la République un arbitre en charge du fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Cette latitude du texte constitutionnel permet une adaptation aux différents contextes politiques et le droit de la Constitution ne saurait avoir vocation à figer les rapports entre institutions sans tenir compte de cette donnée fondamentale, y compris lorsqu'elle peut s'apparenter à une instrumentalisation des règles constitutionnelles. La Constitution ne peut, dans la plupart des cas, que servir de cadre. Armel Le Divellec l'exprime en ces termes : « les textes constitutionnels comportent toujours, à côté de dispositions clairement impératives (...) des dispositions purement institutionnelles, c'est-à-dire qui ne s'expriment pas sous la forme d'une règle stricte, permissive ou prohibitive. Ce qui implique que la détermination de leur implication en termes juridiques concrets est laissée au jeu relativement libre et souple des institutions concernées »<sup>62</sup>. C'est ce qui permet d'expliquer le constat dressé par Jean-Marie Denquin dans la *Revue de droit politique* selon lequel : « On affirme que la Constitution est une loi fondamentale, autrement dit qu'elle est normative. Et l'on observe sans étonnement que, bien qu'aucun mot du texte ne soit modifié, le fonctionnement du système est radicalement transformé par un fait politique, le remplacement d'une majorité parlementaire par une autre : la Constitution est toujours normative, mais elle norme tout autrement ! »<sup>63</sup>. Pour autant, cela ne signifie pas que tout doit être malléable en fonction des circonstances et offert à une potentielle instrumentalisation. La mobilisation instrumentale de la Constitution peut tout de même être réduite en offrant une compétence nouvelle au Conseil constitutionnel : celle de la résolution des conflits entre organes constitutionnels. La Cour constitutionnelle allemande a compétence pour statuer sur l'interprétation de la Loi fondamentale en cas de litiges portant sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral

---

<sup>62</sup> Le Divellec A., « Anticonstitutionnellement ? Courtes remarques sur le message du mot le plus long », Blog Juspoliticum, 29 février 2024.

<sup>63</sup> Denquin J-M, « Penser le droit constitutionnel ? », *Jus Politicum. Revue de droit politique, Les doctrines autoritaires et totalitaires du droit constitutionnel*, 2021, n° 25, p.157.

suprême ou d'autres intéressés pourvus de droits propres à la Loi fondamentale ou par le Règlement intérieur d'un organe fédéral suprême<sup>64</sup>. De la même manière, la Constitution italienne prévoit que la Cour constitutionnelle est compétente pour trancher les conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État<sup>65</sup>. En France, comment résoudre un désaccord entre le Premier ministre et le Président de la République sur un point de droit constitutionnel ? Ou encore entre le Parlement et le gouvernement ? Il n'y a pas de compétence du juge pour cela<sup>66</sup>. Cela laisse de la place à des règles constitutionnelles non écrites, à des conventions de la Constitution et à de potentielles instrumentalisation politiques. Une compétence du juge constitutionnel dans la résolution des conflits entre organes constitutionnels<sup>67</sup> permettrait au Conseil constitutionnel de trancher par le droit un certain nombre de conflits entre institutions, réduisant ainsi sensiblement la part d'instrumentalisation possible du droit constitutionnel sans totalement nier son usage politique.

---

<sup>64</sup> Article 93-1-1 de la Loi fondamentale allemande.

<sup>65</sup> Article 134 alinéa 2 de la Constitution italienne.

<sup>66</sup> On peut citer quelques exemples restés célèbres : F. Mitterrand en 1986 qui, pendant la période de cohabitation, refusa de signer trois ordonnances alors même que l'article 13 de la Constitution dispose que « Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres ». Il en va de même de l'ouverture de la session extraordinaire du Parlement. En dehors de la période de session ordinaire (du premier jour d'octobre au dernier jour ouvrable de juin), le Parlement ne siège pas, mais il peut être convoqué en session extraordinaire par le Président de la République. L'article 29 de la Constitution dispose que « Le Parlement est réuni en session extraordinaire à la demande du Premier ministre ou de la majorité des membres composant l'Assemblée nationale, sur un ordre du jour déterminé ». Quant à l'article 30, il prévoit que « Hors les cas dans lesquels le Parlement se réunit de plein droit, les sessions extraordinaires sont ouvertes et closes par décret du Président de la République ». S'est alors posée la question de savoir si le Président est contraint de convoquer le Parlement en session extraordinaire lorsque la demande lui est faite. En 1960, de Gaulle refusa cette convocation. Tous ses successeurs notamment Valérie Giscard d'Estaing et François Mitterrand ont tous affirmé qu'il disposait d'un pouvoir discrétionnaire en la matière et qu'ils étaient libres de convoquer ou non le Parlement. Cela a donc créé un précédent dont la valeur est essentiellement politique.

<sup>67</sup> V. sur ce point : Carpentier E., *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, L.G.D.J, Paris, 2006, p. 290.