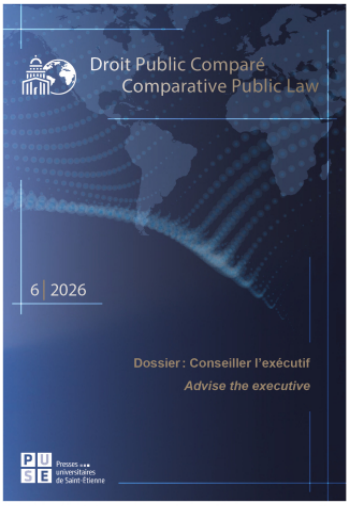


Droit Public Comparé
ISSN : 3036-2490

6 | 2026

https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=862

Electronic reference
« 6 », *Droit Public Comparé* [Online], Online since 01 juillet 2026, connection on 27 juillet 2026. URL : https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=862

Copyright
CC BY-SA 4.0

DOI : 10.35562/droit-public-compare.862

Prairial
Pôle éditorial
Lyon Saint-Étienne

ISSUE CONTENTS

Dossier : Conseiller l'exécutif

Carolina Cerda-Guzman and Margaux Bouaziz
Introduction

Sebastián Salazar Pizarro
Chile's Consejo Fiscal Autónomo as Knights of Fiscal Policy?

Cyrille Gougbedji
La fonction de conseil à l'exécutif en matière éducative : rationalités de gouvernance et légitimation de la décision publique (Étude comparée France-Bénin)

Maurice Cédric Mvogo
La Chambre des comptes, un conseiller de l'exécutif au Cameroun : remarques sur les vicissitudes de la fonction

Oscar Ferreira
Un conseiller cathédocratique de l'Exécutif : la Chambre corporative sous l'*Estado Novo* portugais (1933-1974)

Marcia Chevrier
Conseils restreints et équilibres exécutifs sous la V^{e} République

Actes de colloque

Hubert Alcaraz, Carolina Cerda-Guzman, Rym Fassi-Fihri, Maxime Millon and Yaodia Sénou-Dumartin
Drafting a Constitution in the 21st Century – Lessons from Chile

Xavier Philippe
Why write (or not) a constitution in the 21st Century?

Catalina Lagos Tschorne and Natalia Morales-Cerda
Reconfiguring the Constitutional Demos: Chile's Constitutional Cycle (2015-2023)

Roberto Gargarella
From the 1980 Constitution to the Democratic Constitution

David M. Farrell
Ireland: Back to the deliberative drawing board?

Marthe Fatin-Rouge Stefanini
Le recours au référendum dans un processus constituant : quand, pourquoi et comment ?

Sumit Bisarya
How To Let the Citizenship Draft the Constitution?

Marie-Luce Paris
Experience of the Citizens' Assemblies in Ireland

Interview

Nicolas Gabayet, Aurore Gaillet, Denis Jouve and Marie-Élisabeth Boggio Motheron
Interviews Marie-Élisabeth Boggio Motheron

Nicolas Gabayet, Aurore Gaillet, Denis Jouve and Romain Place
Interview Romain Place

Nicolas Gabayet, Aurore Gaillet, Denis Jouve and Dylan Swolarski
Interview Dylan Swolarski

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

Sylvain Soleil
L'esprit du droit… vu d'ailleurs

Sylvain Soleil
Les effets juridiques de la rédaction des normes traditionnelles. Une approche comparative

Varia

Francesco Natoli
La réforme du *premierato* italien à l'épreuve du droit comparé : entre rationalisation de l'exécutif et persistance de l'instabilité institutionnelle

Dossier : Conseiller l'exécutif

Introduction

Carolina Cerda-Guzman and Margaux Bouaziz

DOI : 10.35562/droit-public-compare.893

Copyright
CC BY-SA 4.0

TEXT

1 Le dossier de ce sixième numéro de la *Revue Droit public comparé – Comparative public law* porte sur une mission consubstantielle à l'action publique : le conseil de l'exécutif. Qu'il soit monocéphale ou collégial, l'exécutif a besoin de conseillers pour éclairer ses décisions. Selon les systèmes politiques, l'existence de tels conseils peut être plus ou moins institutionnalisée, réglementée, voire imposée. Il est également possible de différencier le traitement de ces institutions de conseil selon l'objet de leur mission, distinguant ainsi les conseillers juridiques (souvent perçus – peut être à tort – comme plus neutres politiquement), des conseillers politiques, économiques, militaires, ou scientifiques. À cet égard, la pandémie de coronavirus qui a touché le monde entre 2019 et 2023 a conduit à une montée en puissance des conseillers scientifiques auprès de l'exécutif, au point même où, en France, la prorogation de l'état d'urgence sanitaire n'était possible qu'après avis d'un comité de scientifiques désignés en partie par l'exécutif [1].

2 Pour autant, le recours au conseil n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés juridiques, à la fois dans la liberté dont dispose l'exécutif pour désigner ces conseillers (prévention des conflits d'intérêts, bon usage des deniers publics, etc.), comme dans les compétences qui leur sont attribuées (contrôle réel de l'exécutif ou renforcement du pouvoir exécutif en instrumentalisant l'expertise aux fins de légitimer l'action publique). De même, si certains de ces conseillers sont « institutionnalisés », dans la mesure où ils sont recrutés au sein d'institutions publiques, d'autres appartiennent à des cabinets de conseil externes, où les règles juridiques diffèrent et qui posent des questions redoutables en termes de transparence.

3 Cette question a récemment été mise en lumière dans plusieurs États, qu'il s'agisse en France du scandale lié au recours à des cabinets de conseil privés et onéreux, ou aux États-Unis de la création du prétendu « département de l'efficacité gouvernementale ». Ces cas symptomatiques illustrent la manière dont l'exécutif peut user de ces activités de conseil pour se libérer d'un certain nombre de contraintes juridiques et ainsi étendre son autorité.

4 Bien qu'essentielle, cette action de conseil reste encore largement sous-explorée par la doctrine et en particulier en droit comparé. Ce constat avait été fait par Juliano Zaiden Benvido concernant les conseillers juridiques de l'exécutif [2]. En réalité, il est applicable à tous les autres types de conseillers, qu'ils œuvrent dans le domaine économique, médical, éducatif, ou de la communication. Cet angle mort de la doctrine ne serait pas en soi problématique si n'entraient pas en jeu des principes juridiques majeurs, tels que la séparation des pouvoirs, l'État de droit, la transparence de l'action publique ou l'équilibre budgétaire.

5 C'est précisément afin de combler progressivement cette lacune que ce dossier a été conçu. Toutefois, la tâche n'était pas sans soulever de nombreux défis. Si ce domaine du droit gouvernemental est encore sous-étudié, c'est parce qu'il est souvent peu réglementé et entouré du sceau du secret. En outre, sur le plan méthodologique, une étude des conseillers de l'exécutif implique de mêler plusieurs branches du droit et même plusieurs disciplines : droit constitutionnel, droit administratif, droit pénal, science administrative, finances publiques, science politique, sociologie des institutions, ou encore histoire.

6 L'appel à contributions a pris acte de ces spécificités et a délibérément embrassé le sujet de la manière la plus large possible, afin d'inviter les chercheuses et chercheurs à proposer des études profondément originales, permettant de souligner un domaine où le conseil à l'exécutif joue (ou a joué) un rôle clé et singulier dans l'action gouvernementale d'un système politique donné.

7 Ceci est tout particulièrement le cas de l'article de Sebastián Salazar Pizarro portant sur le *Consejo Fiscal Autonomo* (CFA) au Chili. Ce pays a connu une période dictatoriale, pendant laquelle les conseillers économiques, appelés les *Chicago Boys*, ont joué un rôle fondamental

dans les choix de politique économique et ont profité du cadre autoritaire pour faire basculer le pays vers le néolibéralisme. Bien que le Chili ne soit plus aujourd'hui une dictature, le système politique chilien demeure largement marqué par cet épisode. Le CFA constitue un des legs de cette dictature, et l'étude originale livrée par Sebastián Salazar Pizarro permet de mieux comprendre comment ces conseillers budgétaires entravent encore aujourd'hui la délibération démocratique.

8 Au Bénin, Cyrille Gougbedji propose de mettre la focale sur le conseil en matière éducative. À travers une comparaison particulièrement fructueuse avec le cas français, il met ici en exergue le rôle que peuvent jouer les instances de conseil dans la gouvernance des politiques éducatives. Alors que dans le cas français, le Conseil supérieur de l'éducation agit bien souvent comme un médiateur institutionnel, en relayant les propositions formulées par les organisations professionnelles et sociales, au Bénin, le Conseil national de l'éducation lui se présente davantage comme un organe d'évaluation et d'encadrement de la politique éducative. Ainsi, cette comparaison permet d'avoir un aperçu des différents rôles que les experts en matière éducative peuvent jouer auprès de l'exécutif.

9 Au Cameroun, Maurice Cédric Mvogo a fait le choix de centrer ses recherches autour de la Chambre des comptes. Ce type d'institution, relativement répandu dans le monde, n'occupe cependant pas toujours le même rôle. Dans son article, l'auteur souligne la singularité de cette chambre camerounaise dans la mesure où elle n'a pas encore développé toutes ses potentialités. En l'absence de transformation vers une véritable juridiction, ses conseils restent encore largement insuffisamment pris en compte par l'exécutif. Par l'étude de cette instance, Maurice Cédric Mvogo met ainsi en lumière la fine et relative frontière existant entre activité de conseil et activité juridictionnelle.

10 Oscar Ferreira, quant à lui, nous propose de prendre un peu de recul historique et d'analyser la manière dont ces organes de conseil peuvent évoluer dans le temps. Son étude consacrée à la Chambre corporative au Portugal, entre 1933 et 1974 nous permet de suivre sur le long cours cette institution, et en particulier de mieux comprendre la manière dont elle a pu accompagner voire consolider l'action du

gouvernement salazariste. En plus de nous aider à mieux comprendre le fonctionnement interne de l'*Estado Novo* portugais, cette étude met aussi en lumière le rôle joué par les experts, et en particulier les universitaires, dans la légitimation scientifique d'une action politique, au point de donner naissance à une « dictature de docteurs » ou à une « cathédocratie ».

11 Enfin, bien que la revue privilégie en premier lieu les études en droit étranger, il nous est apparu malgré tout nécessaire de faire une petite entorse à cette règle, en consacrant une étude au droit français. Le conseil à l'exécutif (hormis les institutions classiques du Conseil d'État et de la Cour des comptes) ne fait pas encore l'objet de suffisamment d'écrits. Grâce à l'étude de Marcia Chevrier, consacrée aux conseils restreints, ce manque est en partie comblé. Ce type d'instance informelle constitue précisément un exemple type d'objet juridique sous-étudié et qui pourtant mériterait une attention plus marquée de la doctrine, puisqu'il a ensuite donné naissance à d'autres organes plus institutionnalisés tels que le Conseil de défense écologique.

12 Grâce à ces riches et fascinantes études, ce dossier se conçoit indéniablement comme un prélude à d'autres recherches sur cette thématique. Si certains travaux en droit français, notamment dans le domaine du droit gouvernemental [3], ont déjà permis de jeter la lumière sur ces activités de conseil, ils gagneraient à être enrichis par des analyses en droit comparé, afin d'étudier non seulement de nouvelles formes de conseil, mais aussi d'autres domaines, voire de nouvelles échelles (en analysant, par exemple, de manière comparée les conseils des exécutifs locaux, y compris en outre-mer).

NOTES

1 Comité créé par la loi nº 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, JO nº 0072 du 24 mars 2020.

2 J. Zaiden Benvindo, « Where are the Other Gatekeepers in Comparative Constitutional Law? An Example from Brazil », *IACL-AIDC Blog*, 16 février 2023, en ligne : < https://blog-iacl-aidc.org/wmps-gatekeepers/2023/2/16/where-are-the-other-gatekeepers-in-comparative-constitutional-law-an-example-from-brazil >.

3 Voir par exemple, M. Caron, *Droit gouvernemental*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 1er édition, 2020 ; V. Boyer et R. Reneau, *Pour un droit gouvernemental* ?, Bayonne, IFJD, coll. « Colloques & Essais », 2022.

AUTHORS

Carolina Cerda-Guzman
Maîtresse de conférence endroit public Université de Bordeaux.
IDREF : https://www.idref.fr/112921248
ORCID : http://orcid.org/0009-0000-5178-1108
ISNI : http://www.isni.org/000000012349374X
BNF : https://data.bnf.fr/fr/16576487

Margaux Bouaziz
Professeure en droit public à l'Université de Bourgogne.
IDREF : https://www.idref.fr/243155700
HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/margaux-bouaziz

Chile's Consejo Fiscal Autónomo as Knights of Fiscal Policy?

Technical Autonomy, Neoliberal Political Economy, and Democratic Deficit

Sebastián Salazar Pizarro

DOI : 10.35562/droit-public-compare.869

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

I. Introduction
II. Critical theoretical framework for analysing the CFA: the triple movement
  1. First movement: Current authoritarian (neo)liberalism
  2. Second movement: The constitutive character of the economy by Law
  3. Third movement: The democratic deficit as the main effect
III. Fiscal Rules and Fiscal Councils in Chile: The Progressive Autonomisation and Technocratisation of Fiscal Policy Decision-Making
  1. General framework of fiscal rules and fiscal councils
  2. An introduction to the Chilean fiscal framework
    2.1. The 1980 Constitution
    2.2 The financial administration of the State
  3. Recent history of fiscal rules in Chile
    3.1. The fiscal rule of the structural balance as a political decision-making restriction
    3.2. The fiscal rule of the structural balance as a legal norm of restriction
  4. Recent history of fiscal councils in Chile
    4.1. First stage: The Consejo Fiscal Asesor
    4.2. Second (and current) stage: The Consejo Fiscal Autónomo
    4.3. Complementary advisory technical committees
IV. The triple movement in action: critical conclusions on the role of the CFA in the Chilean fiscal framework
  1. The CFA as a knight of a restrictive Chilean fiscal policy decision-making
  2. The constitutive nature of fiscal regulation in Chile and its objectives
  3. The effective democratic deficit in the conduct of fiscal policy in Chile

TEXT

I. Introduction

1 In 2025, the Consejo Fiscal Autónomo (CFA) gained prominence in political and economic discourse and in public opinion throughout Chile. Its authorities granted interviews and issued reports on fiscal policy, advocating adjustments to public expenditure; furthermore, they offered opinions on legislative initiatives and public policies with fiscal implications, and scrutinised the fiscal management of the preceding government in light of the structural deficit. This situation was particularly noteworthy, even amidst the presidential election campaign, during which candidates' advisors presented their programs and fiscal perspectives to the council. This represents an unprecedented public role for an organisation established only in 2019. The CFA continues to define its institutional identity, confronting the inherent challenges of such a process. Until the previous year, it was primarily recognised for the macroeconomic expertise of the Executive's technical staff, the most specialised parliamentarians in fiscal and budgetary matters, academia, and segments of the financial sector.

2 The inquiry seeks to understand the reasons for the existence of such councils and the principal motivations underpinning the establishment of the CFA in Chile as an autonomous legal advisory body whose activities influence fiscal policy managed by the Executive Power.

3 The underlying hypothesis of this analysis posits that the CFA, inspired by authoritarian (neo)liberal ideologies and characterised by its autonomy and technocratic neutrality, functions as an institutional instrument that embodies the constitutive nature of law in the formation and preservation of the market order. Through the normative channelling of fiscal policy, it assists in embedding a specific neoliberal political economy within the constitutional framework of the Chilean state, which substantially operates as a constitutional restriction and is articulated within a fragmented

governance model that impedes the development of alternative proposals for fiscal policy decision-making. Based on the key facts presented in the initial paragraph, a potential role can already be inferred; however, this assertion alone remains insufficient.

4 To substantiate the hypothesis, the study is laid out into three sections. The first section introduces a methodology grounded in three accumulative theories and supplementary frameworks of Law and Political Economy (LPE), aiming to advance an under-explored dimension of Chilean Public Law, which has predominantly been examined in the economic and legal literature. The second section analyses the evolution of Chilean fiscal norms, from the military dictatorship period to today, including the Constitution and the principal laws concerning fiscal rules and councils. These institutional arrangements, which pursue the same fundamental political objective, necessitate joint examination. Finally, the conclusions assess the movements considering the interplay between LPE theories and the fiscal normative framework, elucidating the existence, functioning, impact, and positioning of the CFA within the Chilean fiscal and normative architecture.

II. Critical theoretical framework for analysing the CFA: the triple movement

1. First movement: Current authoritarian (neo)liberalism

5 In 1933, Hermann Heller delivered a compelling critique of German liberalism within the Weimar Republic, asserting that an authoritarian state represented a virtuous alternative to the democratic regime. His work titled “Authoritarian Liberalism?” contends that the defining characteristic of the authoritarian state is its capitalist perspective on the economy. Heller describes this viewpoint as authoritarian liberalism and advocates for a separation or autonomy between state politics and economic affairs. This critique opposes the “Strong State and Sound Economy” discourse

championed by Carl Schmitt, [1] who promotes the concept of a qualitatively total state as a non-partisan political entity that employs all its powers and institutional capacities to exclude the democratic state from the productive economy and from redistributive social policies. This objective was pursued by implementing mechanisms to maintain the state's separation from the free market and foster autonomous economic management practices. [2]

6 Although Heller's critique is articulated within a specific and exceptional period in German history, the fundamental premise identified—that fear of democratic decisions, as developed by (neo)liberalism, [3] can lead to authoritarianism—can be observed in later experiences such as the Chilean military dictatorship [4] and the post-2008 economic integration process of the European Union. [5] Inquiring today, in 2026, whether this critique remains pertinent is highly relevant, considering the current global scenario and the transnational and national dynamics in both the economy and democratic politics. [6]

7 Consequently, this movement connects two objectives. The first step is to establish the broader context in which the CFA operates within the framework of fiscal policy. The second is to examine why, or for what purpose, this legally autonomous entity exists within the current Chilean institutional framework, particularly regarding whether to restrict or not restrict redistributive decisions, and how and who should participate in the management of the economic order.

2. Second movement: The constitutive character of the economy by Law

8 The second movement involves understanding the role of Law in the normative construction of various sectors of the economy and their economic-political impacts. Karl Polanyi emphasised the artificial nature of land, labour, and money markets, which are materialised through Law. Consequently, he challenged the economic policy assertions that promote the idea of the expansive market as a natural, neutral, and spontaneous order. He concluded that Law is an essential mechanism for reproducing power relations and interests,

as well as for embedding specific forms of reciprocity and the redistribution of goods and services within a free-market society. [7]

9 The role of Law in the reproduction and organisation of the economy has been adopted by other intellectual traditions and epistemic communities. Through the Original Institutional Economics and American Legal Realist traditions, Jamee Moudud proposes an institutionalist theory of *political* political economy based on the legal-economic nexus, in which politics and power struggles over the legal design of social and economic life need to be at the center of economic analysis, given that profit-making is the wellspring of wealth creation in capitalism. [8] Furthermore, Katharina Pistor also emphasises this role, as before being an economic system, capitalism is a legal regime that depends on the normative production of the State, which empowers (some) private actors to use private law to govern or even dominate others, while also protecting these practices against state intervention with the help of public law. [9] From the perspective of material constitution, Goldoni and Wilkinson have argued that to understand constitutional articulation, it is essential to understand the material context, that is, the political economy, political culture, social relations, religion, as well as geopolitical factors, international relations, and imperial forms of domination—all conditions of possibility for constitutionalism and the dynamics of constitutional change. Material conditions and relations are thus both constituted (by law and politics) and constitutive (of law and politics). The dynamic interactions among these elements are intrinsic to constitutional ordering. [10]

10 Britton Purdy et al. describe the so-called "Twentieth-Century Synthesis" as a methodological instrument that facilitates the identification of criteria underpinning the rationality of legal institutions and economic markets. Criteria such as autonomy, efficiency, technocratic neutrality, and depoliticisation or anti-politics are prevalent arguments within political, legal, economic, and institutional discourses, as well as in public debates generally. These criteria are embedded within our legal norms and are often presented as religious mantras or indubitable axioms in decision-making processes pertaining to economic-political issues. The aim of these criteria is to establish self-defensive mechanisms that mask the existing power relations involved in the construction of Law and its

economic implications, perpetuate inequality within regulated markets, and undermine effective oversight by democratic representative bodies. Additionally, they contribute to the neglect of fundamental political objectives that the economy should prioritize in favor of the common good. [11]

11 This second movement encompasses three objectives associated with the CFA. The first aims to validate the thesis regarding the constitutive nature of Law and the artificial character of this economic domain by examining how fiscal power relations are structured and operate. The second objective is to analyse the current political economy underpinning the normative production of Chilean fiscal political institutions, both during the military dictatorship and the subsequent market-oriented democracy, utilising the analytical categories established in the preceding paragraph. The third objective seeks to examine constitutional mutations or material changes resulting from the normative evolution of fiscal policy, with particular emphasis on shifts in the dynamics among public bodies with competencies in macroeconomic policy.

3. Third movement: The democratic deficit as the main effect

12 Specialised literature within the European Union has extensively critiqued the approval of fiscal rules and fiscal councils. The primary concern cited is the emergence of a democratic deficit, both in decision-making and in the operations of supranational institutions and member states. This issue extends beyond fiscal matters to encompass monetary policy and other economic sectors, directed towards autonomous and technocratic entities, with notable implications for the social state as a political entity. [12]

13 Examples of the aforementioned include the centralisation of authority in favour of supranational institutions; the modification of the balance within supranational institutions favouring non-representative bodies such as the Commissioner for Economic and Monetary Affairs and the European Central Bank; the replacement of “soft” governance with “hard” governance as a tool for intervention in fiscal and macroeconomic policy; and the heightened substantive

bias of European Law, which increases pressure towards deflationary measures and restricts the participation of labour income in socially generated wealth.[13] Furthermore, the adoption of austerity policies—often of questionable justification and empirical support and based on fundamentally moralising conservative arguments.[14] This has facilitated the marginalisation or evasion of fiscal policy decision-making from national constitutions. This has resulted in a process of discipline, as such arrangements favour a pro-market, competitiveness-oriented approach and exert pressure on EU Member States that do not meet expected fiscal and monetary performance benchmarks.[15] Finally, the implementation of the Fiscal Compact has precipitated a constituent phase of the European Economic Constitution, involving a profound process of constitutional transformation driven by various structural reforms and measures adopted at both national and supranational levels.[16]

14 In his book *The Redress of Law*, the late Emilios Christodoulidis offers a comprehensive analysis of the historical and conceptual transition from rationality of governance to governance itself. This transition significantly influences the evolution from political constitutionalism to market constitutionalism. By extending economic rationales and embracing total market thinking, a critical perspective was developed regarding public and bureaucratic functions, deeming them inefficient. Consequently, a new model of governance emerged—one that is more efficient, responsive, heterarchical, and pluralistic—characterised by horizontal actors and networks with specific interests, referred to as stakeholders, who participate in public decision-making in various capacities. The primary consequences of this transformation have been the redefinition of the constituency, alterations in political representation, and a changing interpretation of the common good, leading to the displacement and dilution of the substantive content of democracy and solidarity.[17]

15 Subsequently, in the third movement, a significant objective is anticipated to be attained. To ascertain whether a common conjunctural pattern exists in the implementation of the fiscal rules and fiscal councils, or whether it is predominantly a matter of model or intended design. This design appears to aim at promoting governance dynamics that result in the hollowing out or deficit in the

democratic deliberation of representative bodies with fiscal competence, as the primary constitutional consequence.

16 The three analytical movements outlined above find their concrete expression in the normative evolution of Chilean fiscal framework, which the following section traces from the military dictatorship to the establishment of the CFA in 2019.

III. Fiscal Rules and Fiscal Councils in Chile: The Progressive Autonomisation and Technocratisation of Fiscal Policy Decision-Making

1. General framework of fiscal rules and fiscal councils

17 Fiscal rules and fiscal councils are part of a symbiotic proposal to regulate various aspects of the macroeconomy under public law, developed over the past thirty years. [18] The implementation of these is a political and legal phenomenon that has mainly developed in contexts of economic crises of all kinds, especially fiscal crises, either as a concrete response to the experienced crisis or as a disciplining formula to prevent future economic crises. It has been an elitist and technocratic response to confront such economic phenomena with political and social consequences. [19]

18 The evolution of fiscal rules can be delineated into four distinct stages: the first associated with pioneering experiences in the 19th century, involving Portugal, Honduras, Nicaragua, and several US states; the second linked to the decolonisation of African nations under French influence around 1959–1960; the third correlated with the Tax Revolt campaigns and the Balanced Budget Amendment in the United States during the late 1970s; and the fourth following the 2008 financial crisis, during which the European Union and various European countries—namely Austria, Germany, Italy, Slovenia,

and Spain—adopted fiscal rules and the so-called "golden rule". [20] Concerning fiscal councils, two stages are evident: an initial one post-World War II, with instances in Belgium, the Netherlands, Denmark, Austria, and the United States; and a subsequent stage, also following the 2008 crisis, whereby most OECD nations established independent fiscal institutions responsible for overseeing the budget cycle and/or fiscal rules. [21]

19 The main justifications for implementing fiscal rules and mechanisms governing fiscal councils include commitments to fiscal discipline and responsibility, as well as the regulation of populist and irrational decisions that may threaten the stability of the political community. These responsibilities are overseen by independent and technical bodies that collaborate on complex financial matters. The most extensively studied fiscal rule in academic literature is the Balanced Budget Rule, which requires an annual balance between income and expenditure. Additionally, there are rules that evaluate the long-term fiscal impacts of deficits and structural rules, such as the Chilean rule, which determines income and expenditure levels based on future scenarios. Furthermore, these rules may take various forms, whether they establish absolute balances or allow deficits, and the consequences for non-compliance. [22] Regarding fiscal councils, parliamentary budget advisory offices serve as complementary bodies; some countries employ them in a supplementary capacity or embed them within other agencies. Their functions and authority vary depending on the specific context and institutional framework. Certain independent fiscal institutions (IFIs) produce and evaluate macroeconomic or fiscal projections, monitor compliance with fiscal rules, finance public policies, analyse fiscal responsibility and sustainability, and support Parliament in the budgetary deliberations. Generally, parliamentary offices are led by a single director and a technical team, whereas fiscal councils are collegiate bodies comprising members with diverse profiles. [23]

20 The IMF and the OECD have directed their attention towards fiscal rules since 1998, justifying the benefits, documenting experiential knowledge, exchanging recommendations, and establishing standards and best practices. This progression fosters a transnational technocratic legitimacy that favours their adoption. Furthermore, since the beginning of the 21st century, extensive literature has

emerged on the advantages of the fiscal councils and their implementation, exemplified by the OECD Guide, which standardises certain fundamental principles. [24] In essence, these analyses demonstrate how international organisations engage in economic governance and contribute to the erosion of democratic institutions in fiscal affairs. [25]

21 According to literature in international political economy, beginning with Alami and Dixon, rules and fiscal councils exemplify tangible manifestations of state capitalism. The first set encompasses measures designed to absorb and recycle surpluses as financial capital, including "toxic" assets and "bad" debt, with the objective of stabilising the financial system. The second aims to mitigate crises, support asset values, prevent economic crises, and uphold sovereignty and political order. The third involves coercive and repressive domestic policies, frequently associated with national identity, along with active governmental efforts to shift economic burdens through geoeconomic influence. These rules and councils are intended to ensure fiscal sustainability and systemic financial stability, whether at the supranational or national level, and to regulate domestic debates that diverge from conventional market or growth pathways or conflict with the imperatives of global capitalism. [26]

2. An introduction to the Chilean fiscal framework

22 In Chile, the existing fiscal arrangements date back to the military dictatorship era, during which reforms such as the centralisation and technocratisation of the financial and fiscal system were implemented. [27] The primary reason was the profound distrust and apprehension regarding macroeconomic decisions made by democratic authorities, stemming from the traumatic history of political and institutional conflicts in fiscal and monetary matters throughout the twentieth century, particularly during the administration of the Unidad Popular. [28]

23 This institutional framework has been developed based on a robust normative structure within the Chilean legal system. Emphasising the creation of autonomous spaces, whose complexity and depth have

progressively increased, it stems from the rationality of fear and depoliticisation described earlier, as inherent elements of the political and constitutional project of the hegemonic political economy in Chile. [29] Consequently, to better understand the integration of fiscal councils into the Chilean fiscal institutional framework, a brief analysis of the key constitutional and legal norms relevant to this subject will be conducted. Initially, it is asserted that multiple fiscal rules are present in the indicated legal sources. The study will focus on Law no. 20.128 concerning fiscal responsibility and Law no. 21.148 of 2019, which establishes the Autonomous Fiscal Council, as discussed in subsequent sections.

2.1. The 1980 Constitution

24 The 1980 Constitution delineates a series of regulations distributed across various articles. Article 32, no. 20, stipulates that the President must oversee the collection and investment of funds in accordance with the law, which has two primary effects: first, it enshrines the principle of legality of taxation and expenditure, regulated exclusively by law. [30] Second, it grants the Executive branch exclusive initiative in fiscal and financial matters, as well as in formulating the budget law. Additionally, it authorises the declaration of economic emergencies, which are financial reordering measures that can encompass up to 2 % of the national budget to address calamities, attacks, shocks, threats to national security, or the depletion of essential funds. [31]

25 The Constitution, as delineated in Article 65, confers upon the Executive branch the exclusive authority to introduce bills concerning fiscal, financial, and budgetary matters related to public expenditure. This mandate encompasses projects pertaining to political and administrative divisions, financial administration, taxation, the establishment or dissolution of public agencies, public debt, and fiscal incentives. [32] The power of exclusive initiative—a fundamental prerogative of the presidency within the Chilean system [33]—creates a notable asymmetry in legislative authority between the Executive and Congress. [34]

26 Article 67 delineates procedures for drafting, submitting, and approving the budget law, establishing specific rules and deadlines that restrict proposals, amendments, and discussion periods. In Chile,

the President holds the exclusive authority to submit the bill three months prior to the legislative session; If Congress does not approve it within 60 days, the version submitted by the President becomes law. Congress's capacity to modify revenue provisions is limited, and it may only decrease expenditures, excluding permanent expenditures. The President is solely responsible for estimating revenues and allocating new resources, with assistance from the Finance and DIPRES. No expenditure may be authorised without an approved funding source. In cases of resource insufficiency, the President must proportionally reduce expenditures through a formal report and approval process. This framework emphasises the technical and political functions of the Executive in maintaining macroeconomic stability while preserving parliamentary authority. Originating from the original 1980 constitution, this article embodies the principle of a balanced budget, serving as the foundation of structural balance rule. [35]

2.2 The financial administration of the State

27 The primary regulation governing the financial administration of the State is Decree Law no. 1,263 of 1975 issued by the Ministry of Finance. It is a foundational law for all administrative financial procedures, allowing flexibility through administrative norms. This provision was approved by the military dictatorship, following internal reforms to simplify the budget classifier, eliminate affected revenues, and abolish extra-budgetary accounts and deposits. The regulation centralises and technicises financial and budgetary administration within the Ministry of Finance and its technical teams, such as DIPRES, to prioritise economic growth policies, maintain macroeconomic balance, and promote a free market as a fundamental political objective. [36]

28 The law centralises and technicises the financial and budgetary administration within the Ministry of Finance and DIPRES, regulating, in seven sections, the State's financial system, the preparation and execution of the budget, the role of the Treasury Service, public debt, oversight by the Comptroller's Office, and the public sector's accounting system. Article 10 is the most relevant provision for this analysis: it assigns to the Ministry of Finance the setting of the methodology for the structural balance, which constitutes the

normative basis on which the fiscal rule operates and, by extension, the mandate of the CFA.

3. Recent history of fiscal rules in Chile

29 The implementation of fiscal rules in Chile commenced in 1990, coinciding with the nation's return to democratic rule. Initially, this was a political decision enacted by the centre-left Concertación political coalition and was subsequently formalised through legal and administrative norms. The establishment of the Copper Stabilisation Fund in 1987 served as a precedent during the dictatorship and after the 1982 crisis. [37] However, it was the governments during the democratic transition that emphasised fiscal policy, grounded in sustainable revenues and expenditures, to foster economic growth, macroeconomic stability, and equitable employment. [38]

30 This strategy, inspired by ordoliberalism and third-way social democracy, has chiefly directed public decision-making in recent decades, predominantly under the political and technical leadership of the Ministry of Finance and DIPRES. [39] Mainstream economic literature has acknowledged and positively assessed Chile's macroeconomic outcomes, including both monetary and fiscal achievements. It considers Chile's experience exceptional both within the Latin American context and among OECD members. [40]

3.1. The fiscal rule of the structural balance as a political decision-making restriction

31 The economic team of President Ricardo Lagos's government adopted the structural balance fiscal rule for the 2001 budget, which served as a guiding principle for fiscal policy. They committed to maintaining a structural surplus of 1 % of GDP. This measure was innovative within Latin America and served as a precursor to its broader application across the region a decade later. [41] The structural balance fiscal rule entails aligning the evolution of permanent expenditures with the structural fiscal income. For each fiscal period, fiscal income is estimated within a context of full employment of potential GDP. When the economy overheats, the treasury accumulates savings, particularly in economies with VAT-based tax

systems linked to domestic demand. If the majority of revenue is not utilised, it results in the accumulation of savings or a reduction in liabilities. During periods of economic cooling, these resources are utilised or borrowed against to offset declines in tax revenues, thereby maintaining a stable expenditure trajectory. [42]

32 Two justifications were presented for implementing the fiscal rule: economic and conjunctural. The decision was made in the aftermath of the 1999 Asian economic crisis, considering the necessity to sustain a fiscal deficit, and following the electoral victory of a left-wing president concerned with financial stability. The Executive prioritised expectations and the credibility of the rule within a context of persistent fiscal deficit since 1999. The market accepted this deficit, supported by a structural surplus of 1 % of GDP, the actual surplus recorded between 1990 and 1998, and the reduction of public liabilities, which collectively reinforced the credibility of these policies. [43] The second group of justifications derives from adherence to political economy principles. Grounded in neoliberalism —particularly institutionalism [44] and Buchanan's conservative liberalism [45]—the arguments are as follows: First, the depoliticising and autonomous rationale, which provides certainty regarding the operation of the rule amid conflicts when reaching agreements. Second, the restrictive rationale, which channels discretionary and populist conjunctural decisions, thereby enhancing the credibility of public policy decisions. Third, the temporal inconsistency rationale, to preserve solidarity and prevent future burdens with social costs to new generations. Consequently, authorities discourage public expenditure decisions for partisan reasons during the budget cycle. Fourth, the technocratic rationale, which confines the debate to expert or technical authorities, ensuring greater impartiality in fiscal matters decisions. [46]

3.2. The fiscal rule of the structural balance as a legal norm of restriction

33 In 2006, Law no. 20.128 on fiscal responsibility was approved, which underwent swift approval in the National Congress. It is a regulation that guides the financial and budgetary management of the Executive by legalising the most significant fiscal policy decisions, the creation

of two funds, the investment of resources from these funds, and the authorisation of capital contributions to the Central Bank of Chile. [47] Subsequently, through the approval of Law no. 21.683, which promoted responsibility and transparency in the State's financial decision-making, modifications were introduced to the law under review. For the purposes of this analysis, we will develop the following ideas that explain the effects of the aforementioned law.

34 This legislation mandates that the Executive establish its fiscal policy by decree within 90 days of taking office, outlining the implications for the fiscal rule and medium-term debt. The CFA conducts a review and provides an opinion within 60 days. [48] In unforeseen circumstances, such as natural disasters or international events impacting the macroeconomy, the legislation includes provisions for "escape clauses". These clauses permit the Executive to deviate from the fiscal targets for up to two years, resulting in higher deficits and debt as a percentage of GDP attributable to external factors. This temporary mechanism requires a decree that explains the reasons and mechanisms for upholding the structural balance rule. Should the measures not be implemented within the designated timeframe, the Ministry of Finance must appear before Congress, and the CFA must confirm the Executive's non-compliance. [49]

35 The legislation currently under review includes provisions to enhance transparency and accountability regarding political decisions and technical reports related to fiscal and budgetary policies. The Ministry of Finance is mandated to dispatch copies of decrees and to submit an annual report detailing compliance with structural balance and debt obligations, thereby providing essential background information to Congress and the CFA. Furthermore, the DIPRES is required to include in its reports comprehensive details on the methodology for the balance, the attainment of specified targets, programme evaluations, and the revised fiscal plan, which should encompass projections of income, expenditure, debt, and the financial position. [50]

36 The Fiscal Responsibility Law establishes two sovereign funds: the Pension Reserve Fund (FRP) and the Economic and Social Stabilisation Fund (FEES). These funds function as stabilisers within the realm of state capitalism. [51] The FRP is designated to finance

pension obligations and to apportion the financial burden borne by the State, whereas the FEES is tasked with ensuring fiscal stability through the accumulation of surpluses. Additionally, a Financial Committee of experts provides advisory support to the Ministry of Finance on the investment strategies for these funds.

4. Recent history of fiscal councils in Chile

4.1. First stage: The Consejo Fiscal Asesor

37 The Consejo Fiscal Asesor was established by Decree no. 545 of June 2013, issued by the Ministry of Finance during Sebastián Piñera's first term in office. It was the first fiscal council, based on the specialised literature reviewed. [52] It operated between 2013 and 2019, until Law no. 21.148 was enacted, which created the CFA. [53] This council, composed of five experts in fiscal and budgetary matters appointed by the Minister of Finance, also elected its President and Vice-President. [54]

38 Its main responsibility was to support the discussion, analysis, and formulation of recommendations concerning the fiscal rule for the structural balance. [55] Additionally, the Advisory Fiscal Council served as an observer to the technical committees on GDP trends and copper prices, offered insights into the cyclical adjustment of the structural balance, and provided counsel to the Ministry of Finance on fiscal issues pertinent to its mandate.

39 The primary reasons for establishing this fiscal council were threefold: to enhance the institutional framework for calculating the fiscal rule of the structural balance, particularly as its application became increasingly complex due to the repercussions of the 2008 financial crisis; to promote greater transparency by establishing a technical and independent body responsible for estimating structural economic variables; [56] and to incorporate internationally recognized practices in fiscal governance, public-private collaboration, and meetings between the public sector and external professionals.

4.2. Second (and current) stage: The Consejo Fiscal Autónomo

40 With the approval of Law no. 21.148 of 2019, the CFA was established as an autonomous entity of legal rank; its powers and competencies, core characteristics, and the method of appointing its members are delineated. This legislation was enacted during President Sebastián Piñera's second term and was processed expeditiously through the National Congress. Subsequently, Law no. 21.683 of 2024 was enacted to promote responsibility and transparency in the State's financial management, thereby conferring additional powers on the CFA to oversee the calculation and enforcement of structural balance rule by the Executive, in both ordinary and extraordinary circumstances. In this manner, a significant portion of the principal proposal advanced by the Corbo Commission in 2011, [57] as well as elements of economic and legal scholarship, has been realised. [58]

41 The main role of the CFA is to contribute to the responsible management of the Executive's fiscal policy. [59] To achieve this objective, Article 2 of Law no. 21.148 establishes various functions and competencies, primarily focused on the control and analysis of public expenditure. Matters related to revenue and taxes are rendered invisible and are not subject to the CFA's control.

42 The CFA assesses and supervises the calculation of the cyclical adjustment of actual revenues for the current year, the budgeted amount, and the medium-term forecast, in accordance with the standards established by the Ministry of Finance. It acts as an observer in procedures to gather expert opinions on the revenues and expenditures of the Central Government, reviews the calculations, and renders its opinion. The CFA also provides observations and recommends methodological and procedural modifications for the Structural Balance. It evaluates and ensures compliance with fiscal rules, comments on deviations, and proposes mitigation measures. Furthermore, it assesses the sustainability of public finances over the medium and long term and disseminates the findings. It provides advice to the Ministry of Finance on fiscal matters, prepares reports, and distributes copies to the Finance Committees. To fulfil its responsibilities, the CFA may commission

studies and consultancy services and propose members of the Copper Reference Price and Trend GDP Committees to the Minister of Finance. Finally, it evaluates and monitors indicator projections that guide fiscal rules and the management of the Treasury's financial assets for the year, the annual budget, and the medium-term forecast.

43 Based on the comparison between the CFA and its predecessor, the Consejo Fiscal Asesor, we can observe an expansion of the CFA's powers, in line with the Corbo Commission's proposals at the time. [60] Furthermore, this article incorporates the recommendations and principles formulated by the OECD regarding the institutional structure of such fiscal councils, within the nomenclature of IFIs, as indicated in its published reports on the subject. Additionally, this law complies with the OECD principles developed for fiscal councils. [61]

44 The CFA functions as an autonomous entity endowed with legal personality and possesses its own assets. It maintains a relationship with the Executive branch through the Ministry of Finance. [62] Established under legal autonomy, it is comparable to a Fourth Branch in the distribution of powers and responsibilities, aligning with contemporary trends to effectively manage its duties within a political framework at both national and supranational levels. [63] This subject is a point of discussion in Chilean and comparative law, particularly regarding independent regulatory agencies in Common Law systems and public-interest services governed by European Union Law. [64] The CFA is established as a technical and advisory council composed of five members possessing expertise in fiscal and budgetary matters, each serving a renewable five-year term. [65] The President, appointed by the President of the Republic, serves for three years or for the duration of their remaining term and is eligible for re-election. The Vice-President is selected from among the council members. [66] According to legal provisions, members of the CFA are appointed by the President of the Republic through a decree issued by the Ministry of Finance, subject to approval by the Senate via a two-thirds majority in a specially convened session. [67] This procedure is similarly employed for appointments to the Electoral Service and the Transparency Council. Appointments are mandated to ensure gender parity.

45 Moreover, this legislation delineates responsibilities for the CFA, including the preparation of reports and the upholding of transparency and accountability, in addition to those already outlined in Article 2. Additionally, it mandates the submission of biannual compliance reports to the Congressional Mixed Budget Committee, which initiates budget discussions and supervises the Executive within Congress. [68] The CFA is also authorised to request assistance from state agencies and to solicit necessary information and documents for its review. [69] Ultimately, all reports and information generated by the CFA must be published, excluding those deemed secret or confidential in accordance with Law no. 20.285. [70]

4.3. Complementary advisory technical committees

46 Since 2002, subsequent to the approval of the fiscal rule in 2001, the Ministry of Finance established two advisory councils: the Tendential Non-Mining GDP Committee and the Copper Reference Price Committee. At present, their operation, convocations, and methodology are governed by Article 19 of Decree no. 346 issued on 29 September 2023.

47 The initial committee serves as an advisory body that convenes and consults with independent macroeconomic specialists outside the Ministry of Finance concerning their projections of economic growth, excluding the mining variable, referred to as tendential non-mining GDP calculations. These projections encompass estimates of non-mining gross domestic product, the unemployment rate, and inflation, all on a quarterly basis and seasonally adjusted. The second advisory committee engages independent experts from the Budget Directorate to discuss the calculation of the Reference Price, also known as the Long-Term Copper Price, which involves estimates of the average annual copper price derived from the London Metal Exchange for the forthcoming ten years. The findings of this committee are considered by the Executive in the short-term computation of the structural balance, in the assessment of structural revenues, in the formulation of the Budget Law, and in projecting medium-term fiscal revenues within a four-year multi-year budget framework. [71] Members of these committees must be

registered in a public register and have experience in economics, finance, mining, or public policy. [72]

48 Regarding the functioning of both committees, the CFA participates in meetings to review their proposals, offers comments on requests from the Ministry of Finance regarding consultations on significant modifications to the parameters and their implementation, and proposes or evaluates changes to the committees' composition. [73]

49 This trajectory is not a neutral sequence of institutional reforms. Read through the analytical methodology developed in Section II, it reveals a coherent pattern: each stage in the evolution of Chilean fiscal rules and fiscal councils has progressively narrowed the space for democratic deliberation while consolidating technocratic autonomy. The following section applies the triple movement directly to this evidence to substantiate the article's central hypothesis.

IV. The triple movement in action: critical conclusions on the role of the CFA in the Chilean fiscal framework

1. The CFA as a knight of a restrictive Chilean fiscal policy decision-making

50 The initial movement examines the rationale behind the existence of the CFA within the Chilean institutional framework and its contextual background. It traces a continuum from Heller in the Weimar Republic, through the Unidad Popular, the dictatorship, and the democratic transition in Chile, to the post-2008 European integration, regarded as significant milestones of authoritarian (neo)liberalism.

51 The rationale for establishing and operating fiscal councils stems from a liberal-conservative perspective in political economy and can be distilled into two primary reasons. Firstly, there is mistrust of irrational democratic decision-making processes that could adversely affect the market, rooted in concerns about fiscal irresponsibility or

in positive experiences in which fiscal rules and councils have resulted in favourable macroeconomic outcomes. In the case of Chile, both of these factors are combined. Secondly, it was deemed necessary to establish an autonomous, technically proficient, and independent body to oversee the government's adherence to fiscal rules, given the current challenges and complexities of calculating and monitoring them in the present economic environment.

52 The implications of the Chilean case are exemplified by the fact that initiatives solely related to legislation on public expenditure or to the promotion of the budget law (Articles 65 and 67 of the Constitution) operate within a technical framework whose legitimacy is contingent upon the CFA's evaluation, as previously elucidated. The Executive retains formal authority; however, its exercise is conditioned by the CFA. In a political system where fiscal credibility before international financial markets is of paramount importance, this reputational penalty influences the political feasibility of the Executive's decisions —effects that no formal norm could engender with such efficacy or at such minimal political cost to the designers. Consequently, the CFA functions as an internal institutional mechanism of the State, serving as a true knight that safeguards the implementation of an inherently restrictive fiscal policy, under the guise of a soft power wielded by authoritarian (neo)liberalism.

2. The constitutive nature of fiscal regulation in Chile and its objectives

53 The second segment involved comprehending the role of law in the normative construction of various sectors of the economy and their associated economic-political effects, specifically, in the context of fiscal policy. An examination of fiscal regulations facilitated understanding of the primary characteristics of the CFA's legal functioning as an institutional mechanism.

54 The primary objective of this movement is supported and validated by legal norms that formalise fiscal policy, ranging from the 1980 Constitution and the dictatorship-era decree-law on financial administration to the recent 2024 reforms, which have reinforced the technocratic oversight of the CFA. Moreover, there has been a shift from discretionary restrictions to legally mandated obligations

governing the Executive branch's fiscal decision-making, aimed at maintaining macroeconomic stability. As a secondary objective, neoliberal criteria have been identified in fiscal regulations and endorsed by international organisations. Elements such as autonomy, efficiency, neutrality, technicality, and independence are implicitly embedded within these regulations. Three illustrative examples are noteworthy: firstly, in terms of power and efficiency, public expenditure is subject to continuous evaluation by the CFA, whereas income and taxation issues remain outside its jurisdiction; secondly, regarding neutrality and equality, an asymmetry exists between expenditure and income that influences the distributive decisions of the Executive; and thirdly, in the context of depoliticization and democracy, Congress receives information from the CFA but lacks mechanisms to interrogate or question it, with Article 2 serving as the legal reference for this depoliticization. The third objective permits the argument that political practices have directly contributed to the erosion of democratically elected bodies in Chile, specifically the Executive and Congress, thereby favouring the strengthening of the CFA as a substantive constitutional entity. While alternatives to the fiscal rule of maintaining a structural balance are not explicitly prohibited by law, they are implicitly disfavoured due to the technical and reputational costs of maintaining them, given the CFA's analyses and the epistemic community's backing. These dynamics influence the articulation of the CFA as a central institution within Chile's hegemonic neoliberal political economy; by prioritising fiscal responsibility as a key political objective, it substantially impacts the organisation of social relations within the country.

55 The earlier objectives of the second movement underpin the assertion that a process of mutation or material constitutional change is underway. The daily operations of the powers' responsibilities and competences have been modified as a result of reforms implemented to support fiscal regulations and councils in Chile, through the previously examined infraconstitutional regulations.

3. The effective democratic deficit in the conduct of fiscal policy in Chile

56 To conclude the final analysis, the aim was to identify a demonstrable normative effect resulting from the implementation of the fiscal rules and fiscal councils in Chile. Additionally, whether this effect can be considered a situational occurrence or if it is more of a pattern or desired institutional design.

57 The answer to the first question is affirmative. There is a decline in democratic deliberation and decision-making on fiscal matters. The Executive has less discretionary fiscal power, and Congress does not adequately oversee fiscal and budgetary aspects. It externalises this function to the CFA, which possesses the neutrality, independence, and technical legitimacy necessary to supervise fiscal rules and, indirectly, public policies. The two-thirds quorum of the Senate to approve the appointment of the counsellors reinforces this externalisation, with broad political consensus, both presidential and senatorial.

58 The above is exemplified through three interconnected instances. Firstly, the CFA informs Congress; however, there is no mechanism for questioning, methodological scrutiny, or effective accountability before the Legislative. The technical body reports rather than responds, thereby inverting the logic of democratic oversight. Secondly, the approval of the fiscal rule in 2001 and 2006, along with the establishment of the fiscal council in 2013 and 2019, demonstrates a pattern of progressive institutionalisation that enhances technical autonomy while diminishing democratic deliberation. This observation is notable, as in the European context, this phenomenon manifests as a rupture; conversely, in the Chilean case, it functions as a continuous process from the military dictatorship through to the democratic transition. In both instances, international organisations have reinforced these fiscal norms. Thirdly, due to their rapid approval, Laws no. 20.128 and no. 21.148 did not undergo substantive deliberation within Congress, indicating that the democratic deficit was present prior to their enactment.

59 Finally, these aspects address the second question posed. The democratic deficit stems from a longstanding institutional framework

that has evolved from a centralised and representative government, whose objective was the common good, towards a fragmented, polycentric governance model, as outlined by Christodoulidis, in which technical actors participate indirectly in fiscal decision-making. This transition is accompanied by institutional fragmentation, including interactions among collegiate committees such as the CFA, the Non-Mining GDP Committee, and the Copper Price Committee. Consequently, the Executive and Congress are marginalised, particularly when the political aim is to implement redistributive policies related to income and public expenditure.

60 Hence, the initial movement elucidates the rationale for the CFA's existence—that economic liberalism necessitates custodians to regulate redistributive pressures. The second elucidates its legal operation—law forms the market order by embedding a neoliberal political economy within the State's normative framework in tangible ways. The third demonstrates its verifiable constitutional impact—a progressive decline in effective democratic deliberation on fundamental fiscal decisions, absent any formal constitutional norm that either endorses or prohibits such deliberation.

NOTES

1 C. Schmitt, "Strong State, Sound Economy", translated in the appendix of R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*, Cardiff, University of Wales Press, 1998, p. 212-232.

2 M. Wilkinson, "Hermann Heller's critique of liberalism", *Jurisprudence*, vol. 16, nº 3, 2025, p. 438-441. H. Heller, "Authoritarian Liberalism?", *European Law Journal*, vol. 21, nº 3, 2015, p. 295-301.

3 M. Cooper, *Counterrevolution: Extravagance and Austerity in Public Finance*, New York, Zone Books, 2024. K. Dyson, *Conservative Liberalism, Ordo-Liberalism, and the State. Disciplining Democracy and the Market*, Oxford, Oxford University Press, 2022. T. Biebricher, *The Political Theory of Neoliberalism*, Standford, Stanford University Press, 2018.

4 B. Alemparte, "Towards a theory of neoliberal constitutionalism: Addressing Chile's first constitution-making laboratory", *Global Constitutionalism*, vol. 11, nº 1, 2022, p. 83-109. R. Cristi, and P. Ruiz-

Tagle, *El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*, Santiago, LOM Ediciones, 2015.

5 M. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2021. M. Wilkinson, "Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce?", *European Law Journal*, vol. 21, nº 3, 2015, p. 313-339.

6 A. Harris, and J. Varellas, "Law and Political Economy in a Time of Accelerating Crises", *Journal of Law and Political Economy*, vol. 1, nº 1, 2020, p. 1-27.

7 K. Polanyi, *La Gran Transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, México, Fondo de Cultura Economica, 2017.

8 J. Moudud, *Legal and Political Foundations of Capitalism. The End of* Laissez Faire?, New York, Routledge, 2025.

9 K. Pistor, *The Law of Capitalism and how to Transform It*, New Haven, Yale University Press, 2025.

10 M. Goldoni, and M. Wilkinson, "Introduction: The Return of the Material Constitution", in M. Goldoni, and M. Wilkinson, (eds.), *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, p. 1-15. M. Goldoni, and M. Wilkinson, *The Material Constitution*, *The Modern Law Review*, vol. 81, nº 4, 2018, p. 567-597.

11 J. Britton-Purdy, D. Grewal, A. Kapczynsky, and K. Rahman, (2020). "Building law-and-political-economy framework: Beyond the twentieth-century synthesis", *Yale Law Journal*, vol. 129, nº 6, 2020, p. 1784-1835.

12 G. Moreno González, "Más allá de la Regla de Oro: las otras restricciones constitucionales al poder fiscal y presupuestario", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 115, 2019, p. 205-227.

13 A. Menéndez, "La mutación constitucional de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 96, 2012, p. 41-98.

14 T. Ginsburg, "Balanced Budget Provisions in Constitutions", in T. Ginsburg, M. Rosen, and G. Vanberg (eds.), *Constitutions in Times of Financial Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 59. A. Madariaga, *Neoliberal Resilience. Lessons in Democracy and Development from Latin America and Eastern Europe*, Princeton, Princeton University Press, 2020, p. 216-248. M. Adams, F. Fabbrini, and P. Larouche, "Introduction–The Constitutionalization of European Budgetary Constraints: Effectiveness and Legitimacy in Comparative Perspective", in M. Adams, F. Fabbrini

and P. Larouche (eds), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 3.

15 M. Adams, F. Fabbrini, and P. Larouche. "Introduction–The Constitutionalization of European Budgetary Constraints: Effectiveness and Legitimacy in Comparative Perspective", *op. cit.*, p. 2.

16 A. Menéndez, "La mutación constitucional de la Unión Europea", *op. cit.*, p. 41-98.

17 E. Christodoulidis, *The Redress of Law. Globalisation, Constitutionalism and Market Capture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 327-343. E. Christodoulidis, "The Myth of Democratic Governance", in P. Kjaer (ed.), *The Law of Political Economy. Transformation in the Function of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 62-88.

18 J. García-Andrade, "La regulación de la Política Macroeconómica: Un desafío para el derecho público", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 2, 2020, p. 125-160.

19 T. Ginsburg, "Balanced Budget Provisions in Constitutions", *op. cit.*, p. 63-64.

20 T. Ginsburg, "Balanced Budget Provisions in Constitutions", *op. cit.*, p. 58-63. M. Cooper, *Counterrevolution: Extravagance and Austerity in Public Finance*, *op. cit.*, p. 197-302. M. Adams, F. Fabbrini, and P. Larouche. "Introduction–The Constitutionalization of European Budgetary Constraints: Effectiveness and Legitimacy in Comparative Perspective", *op. cit.*, p. 1-15. A. Menéndez, "La mutación constitucional de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 41-98.

21 V. Ruiz Almendral, "La AIREF como 'institución fiscal independiente': competencias y función constitucional", *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 205, 2025, p. 1-32. L. Von Trapp, "Evolución del proceso legislativo de presupuesto y de las instituciones fiscales independientes", in I. Aninat and S. Razmilic (eds.), *Un Estado para la Ciudadanía. Estudios para su modernización*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2018, p. 217-218.

22 T. Ginsburg, "Balanced Budget Provisions in Constitutions", *op. cit.*, p. 60.

23 L. Von Trapp, "Evolución del proceso legislativo de presupuesto y de las instituciones fiscales independientes", *op. cit.*, p. 221-233.

24 A. Caldera Sanchez, P. Garda, A. González Padiella, A. Maravalle, D. Rodriguez, and E. Vidal, *Independent fiscal institutions: A typology of OECD institutions and a roadmap for Latin America*, 2024, online: < https://www.oecd.org/en/publications/independent-fiscal-institutions_cbeaa057-en.html >, consulted on 09/03/2026. OECD, *Assessing Chile's Analytical Framework for Long-Term Fiscal Sustainability*, 2020. OECD, *Recommendation of the Council on Principles for Independent Fiscal Institutions*, 2014, online: < https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/parliamentary-budget/OECD-Recommendation-on-Principles-for-Independent-Fiscal-Institutions.pdf >, consulted on 09/03/2026.

25 E. Christodoulidis, "The Myth of Democratic Governance", *op. cit.*, p. 62-88. P. Kjaer, "The Law of Political Economy: An Introduction", in P. Kjaer (ed.), *The Law of Political Economy. Transformation in the Function of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 22-25. G. Frankenberg, *Comparative Constitutional Studies. Between Magic and Deceit*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, p. 111-155. M. Schmelzer, *The Hegemony of Growth. The OECD and the Making of the Economic Growth Paradigm*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 313-335.

26 I. Alami, and A. Dixon, *The Spectre of State Capitalism*, Oxford, Oxford University Press, 2024, p. 95-109.

27 S. Edwards, *The Chile Project. The story of the Chicago Boys and the downfall of neoliberalism*, Princeton, Princeton University Press, 2023. R. Ffrench-Davis, *Economic Reforms in Chile: From Dictatorship to Democracy*, London, Palgrave Macmillan, 2010, p. 64-66. P. Meller, *The Unidad Popular and the Pinochet Dictatorship. A Political Economy Analysis*, London, Palgrave Macmillan, 2001, p. 83-88.

28 J. Faundez, *Democratization, Development, and Legality. Chile, 1831–1973*, New York, Palgrave Macmillan, 2007, p. 183-185. S. Collier, and W. Sater, *A History of Chile, 1808–2002*, New York, Cambridge University Press, 2004, p. 334-346.

29 B. Alemparte, "Towards a theory of neoliberal constitutionalism: Addressing Chile's first constitution-making laboratory", *op. cit.* P. Ruiz-Tagle, *Five republics and one tradition. A History of Constitutionalism in Chile 1810–2020*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 141-150.

30 J. Pallavicini, *Derecho Público Financiero*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, p. 46-49.

31 J. Pallavicini, *Derecho Público Financiero*, *op. cit.*, p. 478-531.

32 C. Viera, G. Carcía Campos, and F. Velásquez, "Responsabilidad fiscal y reglas fiscales: una política económica constitucionalizada", *Revista de Ciencias Sociales*, nº 82, 2023, p. 390-394. J. L. Guerrero, *La Constitución económica chilena. Bases para el cambio*, Santiago, DER Ediciones, 2020, p. 372-387.

33 A. Fermandois, and J. F. García, "Origen del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970, Ideas Matrices e Iniciativa Legislativa Exclusiva", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, nº 2, 2009, p. 281-311.

34 C. Viera, G. Carcía Campos, and F. Velásquez, "Responsabilidad fiscal y reglas fiscales: una política económica constitucionalizada", *Revista de Ciencias Sociales*, *op. cit.*, p. 393. P. Ruiz-Tagle, *Five republics and one tradition. A History of Constitutionalism in Chile 1810–2020*, *op. cit.*, p. 175-187.

35 S. Salazar, "Análisis comparativo de la jurisprudencia constitucional española y chilena sobre el Contenido Material de las Leyes de Presupuestos: una aproximación desde el slow comparison", *Estudios Constitucionales*, vol. 23, nº 2, 2025, p. 181-210. J. L. Guerrero, *La Constitución económica chilena. Bases para el cambio*, *op. cit.*, p. 387-399.

36 S. Soto, "La Dirección de Presupuestos: en la sala de máquinas del presidencialismo chileno", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 15, nº 1, 2024, p. 9-10.

37 S. Edwards, *The Chile Project. The story of the Chicago Boys and the downfall of neoliberalism*, *op. cit.*, p. 154-174. P. Meller, *The Unidad Popular and the Pinochet Dictatorship. A Political Economy Analysis*, London, Palgrave Macmillan, 2001.

38 S. Edwards, *The Chile Project. The story of the Chicago Boys and the downfall of neoliberalism*, *op. cit.*, p. 188-207. J. G. Valdés. *Los economistas de Pinochet: la Escuela de Chicago en Chile*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2020, p. 325-355. E. Boeninger, *Gobernabilidad. Lecciones desde la experiencia*, Santiago, Uqbar Editores, 2016, p. 524-590.

39 S. Edwards, *The Chile Project. The story of the Chicago Boys and the downfall of neoliberalism*, *op. cit.*, p. 177-187. A. Madariaga, *Neoliberal Resilience. Lessons in Democracy and Development from Latin America and Eastern Europe*, *op. cit.*, p. 216-248. C. Huneeus, *La democracia semisoberana. Chile después de Pinochet*, Santiago, Taurus, 2014, p. 133-147.

40 A. Velasco and E. Parrado, "The political economy of fiscal policy: the experience of Chile", in J. Santiso and J. Dayton-Johnson (eds.), *The Oxford Handbook of Latin American political economy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 68-99. E. Parrado, J. Rodríguez, and A. Velasco, "Responsabilidad fiscal en Chile: propuestas para seguir avanzando", *Estudios Públicos*, nº 127, 2012, p. 89-122. R. Ffrench-Davis, *Reformas económicas en Chile (1973-2017)*, Santiago, Taurus, 2018.

41 S. Edwards, *The Chile Project. The story of the Chicago Boys and the downfall of neoliberalism*, *op. cit.*, p. 196-203. J. Gallegos, "Análisis normativo crítico de la Regla Fiscal en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, nº 3, 2018, p. 597-600. A. Velasco and E. Parrado, "The political economy of fiscal policy: the experience of Chile", *op. cit.*, p. 76-78.

42 R. Ffrench-Davis, *Reformas económicas en Chile (1973-2017)*, *op. cit.*, p. 390-401.

43 R. Ffrench-Davis, *Reformas económicas en Chile (1973-2017)*, *op. cit.*, p. 396-399.

44 J. Moudud, *Legal and Political Foundations of Capitalism. The End of* Laissez Faire?, *op. cit.*, p. 13-19. T. Biebricher, *The Political Theory of Neoliberalism*, *op. cit.*, p. 193-196.

45 M. Cooper, *Counterrevolution: Extravagance and Austerity in Public Finance*, *op. cit.*, p. 245-264. G. Moreno González, "La teoría de la Constitución en James Buchanan: hacia un modelo de economía constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, nº 177, 2017, p. 57-88.

46 A. Velasco and E. Parrado, "The political economy of fiscal policy: the experience of Chile", *op. cit.*, p. 86-88.

47 E. Parrado, J. Rodríguez, and A. Velasco, "Responsabilidad fiscal en Chile: propuestas para seguir avanzando", *op. cit.*, p. 97-99.

48 First paragraph of Article 1 of Law no. 20.128 of 2006, on Fiscal Responsibility. J. Gallegos, "Análisis normativo crítico de la Regla Fiscal en Chile", *op. cit.*, p. 601-603. E. Parrado, J. Rodríguez, and A. Velasco, "Responsabilidad fiscal en Chile: propuestas para seguir avanzando", *op. cit.*, p. 945

49 Fourth and sixth paragraphs of Article 1, and Article 1 ter of Law no. 20.128 of 2006, on Fiscal Responsibility. E. Parrado, J. Rodríguez, and A. Velasco, "Responsabilidad fiscal en Chile: propuestas para seguir avanzando", *op. cit.*, p. 107-109.

50 Article 1 bis of Law no. 20.128 of 2006, on Fiscal Responsibility. J. Gallegos, "Análisis normativo crítico de la Regla Fiscal en Chile", *op. cit.*, p. 601.

51 Articles 5, 6, 7, 8, 9, 10 and 13 of Law no. 20.128 of 2006, on Fiscal Responsibility. C. Viera, G. Carcía Campos, and F. Velásquez, "Responsabilidad fiscal y reglas fiscales: una política económica constitucionalizada", *op. cit.*, p. 392. J. Gallegos, "Análisis normativo crítico de la Regla Fiscal en Chile", *op. cit.*, p. 603-608. A. Velasco and E. Parrado, "The political economy of fiscal policy: the experience of Chile", *op. cit.*, p. 88-91.

52 OECD, *Assessing Chile's Analytical Framework for Long-Term Fiscal Sustainability*, 2020, p. 11, online: < https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/structural-reforms/country-policy-support/Chile-Assessing-fiscal-sustainability %20Web.pdf >, consulted on 09/03/2026. H. González and J. Riquelme, "Institucionalización Legal del Consejo Fiscal Autónomo en Chile", *op. cit.*, p. 135. L. Von Trapp, "Evolución del proceso legislativo de presupuesto y de las instituciones fiscales independientes", *op. cit.*, p. 260.

53 J. Gallegos, "Análisis normativo crítico de la Regla Fiscal en Chile", *op. cit.*, p. 611-612. E. Parrado, J. Rodríguez, and A. Velasco, "Responsabilidad fiscal en Chile: propuestas para seguir avanzando", *op. cit.*, p. 109-110.

54 Article 2 of Decree no. 545 of June 2013. H. González and J. Riquelme, "Institucionalización Legal del Consejo Fiscal Autónomo en Chile", *Actualidad Jurídica*, nº 40, 2019, p. 134-135. J. Gallegos, "Análisis normativo crítico de la Regla Fiscal en Chile", *op. cit.*, p. 610.

55 Article 1 of Decree no. 545 of June 2013.

56 J. Gallegos, "Análisis normativo crítico de la Regla Fiscal en Chile", *op. cit.*, p. 610.

57 The report of the aforementioned Presidential Advisory Commission is available online: < https://www.dipres.gob.cl/598/articles-76544_doc_pdf.pdf > consulted on 09/03/2026.

58 H. González and J. Riquelme, "Institucionalización Legal del Consejo Fiscal Autónomo en Chile", *op. cit.*, p. 133-134. J. Gallegos, "Análisis normativo crítico de la Regla Fiscal en Chile", *op. cit.*, p. 611-615. L. Von Trapp, "Evolución del proceso legislativo de presupuesto y de las instituciones fiscales independientes", *op. cit.*, p. 260. E. Parrado, E. J. Rodríguez,

and A. Velasco, “Responsabilidad fiscal en Chile: propuestas para seguir avanzando”, *op. cit.*, p. 109-110.

59 First paragraph of Article 2 of Law no. 21.148 of 2019, which establishes the Consejo Fiscal Autónomo.

60 H. González and J. Riquelme, “Institucionalización Legal del Consejo Fiscal Autónomo en Chile”, *op. cit.*, p. 135-137.

61 A. Caldera Sanchez, P. Garda, A. González Padiella, A. Maravalle, D. Rodriguez, and E. Vidal, *Independent fiscal institutions: A typology of OECD institutions and a roadmap for Latin America*, 2024, online: < https://www.oecd.org/en/publications/independent-fiscal-institutions_cbeaa057-en.html >, consulted on 09/03/2026. OECD, *Assessing Chile’s Analytical Framework for Long-Term Fiscal Sustainability*, 2020. OECD, *Recommendation of the Council on Principles for Independent Fiscal Institutions*, 2014, online: < https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/parliamentary-budget/OECD-Recommendation-on-Principles-for-Independent-Fiscal-Institutions.pdf >, consulted on 09/03/2026.

62 H. González and J. Riquelme, “Institucionalización Legal del Consejo Fiscal Autónomo en Chile”, *op. cit.*, p. 139-141.

63 L. E. García-Huidobro, and S. Guidi, “Introducción: Los entes autónomos en el derecho constitucional latinoamericano”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 20, nº 4, 2022, p. 1447-1462. G. Jiménez and S. Tschorne, “Los órganos constitucionales autónomos como decisión constitucional”, in C. Magna and E. Escobar (eds.), *Derecho Administrativo y Constitución. Actas de las XVII Jornadas de Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, p. 137-158.

64 G. Jiménez and S. Tschorne, “Los órganos constitucionales autónomos como decisión constitucional”, *op. cit.*, p. 151-154. D. Pardow, “¿Control o autonomía? El debate sobre agencias regulatorias independientes”, *Revista de Derecho*, nº 31, 2018, p. 193-209.

65 Article 1 of Law no. 21.148 of 2019, which establishes the Consejo Fiscal Autónomo.

66 Article 3 of Law no. 21.148 of 2019, which establishes the Consejo Fiscal Autónomo.

67 First paragraph of Article 3 of Law no. 21.148 of 2019, which establishes the Consejo Fiscal Autónomo.

68 Article 19 of Law no. 18,918, the Constitutional Organic Law of the National Congress. J. Pallavicini, *Derecho Público Financiero*, *op. cit.*, p. 316-320. S. Soto, *Congreso Nacional y Proceso Legislativo. Teoría y Práctica*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, p. 369-375.

69 First paragraph of Article 8 of Law no. 21.148 of 2019, which establishes the Consejo Fiscal Autónomo.

70 Article 12 of Law no. 21.148 of 2019, which establishes the Consejo Fiscal Autónomo.

71 S. Soto, "La Dirección de Presupuestos: en la sala de máquinas del presidencialismo chileno", *op. cit.*, p. 11. A. Velasco and E. Parrado, "The political economy of fiscal policy: the experience of Chile", *op. cit.*, p. 77.

72 Articles 22 and 23 of Exempt Decree no. 346 of 29 September 2023.

73 Article 24 of Exempt Decree no. 346 of 29 September 2023.

ABSTRACTS

English

This article analyses Chile's Consejo Fiscal Autónomo (CFA) through a Law and Political Economy (LPE) framework, arguing that it functions as an institutional instrument of authoritarian (neo)liberal ideology. Rooted in principles of autonomy, technocratic neutrality, and depoliticisation, the CFA embeds a neoliberal political economy within Chile's material constitution, thereby operating as a structural constraint on redistributive fiscal policy decisions. Through three analytical movements—authoritarian (neo)liberalism, the constitutive role of law in economic organisation, and democratic deficit—the article traces the evolution and progression of Chilean fiscal norms from the military dictatorship to the present day. It concludes that fiscal rules and the CFA constitute a symbiotic institutional arrangement that hollows out democratic deliberation in representative bodies, consolidating a material constitutional transformation that forecloses alternative approaches to fiscal policymaking.

Français

Cet article analyse le *Consejo Fiscal Autónomo* (CFA) chilien à travers le prisme du droit et de l'économie politique, en soutenant qu'il fonctionne comme un instrument institutionnel de l'idéologie (néo)libérale autoritaire. Le CFA intègre une économie politique néolibérale au sein de la constitution matérielle du Chili, agissant ainsi comme une contrainte structurelle sur les décisions de politique budgétaire redistributive de l'Exécutif. À travers trois axes d'analyse – le (néo)libéralisme autoritaire, le rôle constitutif du droit dans l'organisation économique et le déficit démocratique –, l'article retrace

l'évolution et la progression des normes budgétaires chiliennes depuis la dictature militaire jusqu'à nos jours. Il conclut que les règles budgétaires et le CFA constituent un dispositif institutionnel symbiotique qui vide de sa substance la délibération démocratique au sein des organes représentatifs.

INDEX

Mots-clés
(néo)libéralisme autoritaire, politique budgétaire, conseils budgétaires, droit et économie politique, dépolitisation

Keywords
authoritarian (neo)liberalism, fiscal policy, fiscal councils, Law and Political Economy, depoliticisation

AUTHOR

Sebastián Salazar Pizarro
Instructor Professor, Faculty of Law, Universidad Alberto Hurtado, Chile.
Academic coordinator, Núcleo Constitucional UAH
IDREF : https://www.idref.fr/297978829

La fonction de conseil à l'exécutif en matière éducative : rationalités de gouvernance et légitimation de la décision publique (Étude comparée France-Bénin)

The Advisory Function to the Executive in Education Policy: Rationalities of Governance and the Legitimation of Public Decision-Making (A Comparative Study of France and Benin)

Cyrille Gougbedji

DOI : 10.35562/droit-public-compare.895

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Introduction
1. Les fonctions communes de conseil à l'exécutif éducatif
   1.1. Le conseil comme mécanisme commun d'aide à la décision exécutive
      1.1.1. L'éclairage organisé de la décision publique éducative
      1.1.2. La rationalisation procédurale de l'action éducative
   1.2. Le conseil comme vecteur de légitimation de l'action éducative
      1.2.1. Une légitimation non élective de la décision éducative
      1.2.2. La normativité du Conseil éducatif à l'exécutif
2. Les rationalités différenciées de gouvernance du conseil éducatif
   2.1. La gouvernance par la médiation sociale : cas du modèle français
      2.1.1. L'expression institutionnalisée des positions des acteurs du système éducatif
      2.1.2. L'anticipation des résistances sociales aux réformes éducatives
   2.2. La gouvernance par l'expertise stratégique : cas du modèle béninois
      2.2.1. La fonction d'évaluation
      2.2.2. La fonction d'orientation stratégique
Conclusion

TEXT

Introduction

1 Dans les systèmes administratifs contemporains, l'action de l'exécutif s'appuie de plus en plus sur des dispositifs institutionnalisés de conseil destinés à éclairer l'élaboration des politiques publiques. Loin de se réduire à une simple assistance technique, ces structures participent désormais à la production de la légitimité administrative en fournissant aux gouvernants des ressources d'expertise, de médiation ou d'évaluation susceptibles de renforcer la crédibilité des décisions adoptées. Cette évolution est particulièrement visible dans le domaine éducatif, où la massification scolaire [1], l'exigence de performance des systèmes éducatifs [2] et la sensibilité sociale des réformes rendent les arbitrages gouvernementaux à la fois complexes et politiquement exposés. Dans ce contexte, le recours à des organes de conseil apparaît comme un instrument privilégié de structuration de la décision publique éducative. Ces institutions contribuent à réduire l'incertitude décisionnelle, à organiser la confrontation des analyses disponibles et à produire une justification publique des réformes envisagées. Ainsi, l'autorité gouvernementale [3] ne gouverne plus uniquement par la norme juridique ou l'autorité hiérarchique, mais également par l'intermédiaire de dispositifs de consultation destinés à éclairer son action. Pour en rendre compte, la présente étude se propose de comparer deux organes de Conseil à l'exécutif éducatif à savoir le Conseil supérieur de l'éducation en France et le Conseil national de l'éducation au Bénin.

2 De façon générale, l'exécutif en matière éducative désigne l'appareil gouvernemental qui décide et met en œuvre les politiques éducatives. Le conseil à l'exécutif s'entend de l'ensemble des dispositifs institutionnels basés sur les connaissances spécialisées par lesquelles des organes consultatifs, commissions ou spécialistes apportent à l'autorité exécutive des analyses et recommandations destinées à éclairer la décision publique. Cette définition s'inspire de la doctrine administrative classique pour qui l'administration consultative est conçue comme un instrument d'assistance à « une administration autoritaire » [4] avant même d'être cernée comme un mécanisme d'atténuation de l'unilatéralisme de la décision administrative dans un contexte d'Etat de droit. Dans une perspective wébérienne, il renvoie à une administration consultative formellement instituée, distincte

des cabinets politiques et des administrations d'exécution, chargée d'orienter ou d'évaluer l'action de l'exécutif par des avis, rapports ou recommandations [5]. En France comme au Bénin, cette fonction consultative s'incarne dans des institutions dont la composition et le positionnement institutionnel traduisent déjà des conceptions distinctes du conseil à l'exécutif.

3 En France, le Conseil supérieur de l'éducation (CSE) constitue l'instance consultative centrale du système éducatif. Placé auprès du ministre chargé de l'éducation nationale, il réunit les principales composantes du secteur que sont les représentants des personnels enseignants, organisations syndicales, parents d'élèves, collectivités territoriales et personnalités qualifiées. Il intervient par la formulation d'avis sur les projets de textes relatifs à l'organisation et au fonctionnement du service public de l'éducation [6]. Il est notamment consulté sur les réformes des programmes scolaires, les diplômes nationaux, le statut des personnels enseignants ou l'organisation pédagogique du système éducatif. Dépourvus de force juridiquement contraignante, ses avis visent à éclairer l'autorité administrative en organisant une délibération collective préalable à la décision publique. Le CSE apparaît ainsi comme un instrument de médiation institutionnelle permettant d'intégrer les positions des acteurs du système éducatif dans l'élaboration des politiques publiques.

4 Au Bénin, le Conseil national de l'éducation (CNE), institué par le décret nº 2023-411 du 26 juillet 2023 [7], est investi de missions d'orientation stratégique, de coordination et d'évaluation du système éducatif. Composé d'un collège de membres choisis pour leur compétence professionnelle et scientifique, complété par une assemblée consultative, il intervient dans l'examen des réformes éducatives, l'évaluation des politiques publiques du secteur et l'appréciation de certains textes normatifs. Dans certains domaines, il participe également à la définition de standards pédagogiques et administratifs applicables au système éducatif [8]. Cette capacité d'intervention normative montre que le CNE ne se limite pas à éclairer la décision gouvernementale, mais contribue à l'encadrement institutionnel du système éducatif. La fonction de conseil ne constitue ainsi qu'une dimension de son activité.

5 Dans les deux systèmes, la fonction d'appui à la décision se manifeste aussi dans la pratique administrative. En France, les avis du Conseil supérieur de l'éducation sont formalisés et mentionnés dans les visas des actes réglementaires relatifs au système éducatif (« Vu l'avis du Conseil supérieur de l'éducation »). Au Bénin, les actes relatifs à l'organisation du système éducatif mentionnent également les avis ou orientations du Conseil national de l'éducation. Cette pratique atteste de l'intégration de ces institutions dans l'élaboration de la décision publique éducative, même si la nature et l'intensité de leur influence diffèrent selon les modèles.

6 Dans cette perspective, la compréhension du rôle des organes de conseil suppose de dépasser l'opposition classique entre norme obligatoire et absence de norme [9]. La doctrine a en effet montré que certaines règles exercent une influence réelle sans produire d'obligations juridiques formelles. Comme l'a souligné Catherine Thibierge, le droit contemporain comporte ainsi des instruments « plus ou moins normatifs » qui orientent l'action publique [10] sans relever pleinement du droit impératif [11]. Dans cette logique, les avis rendus par des organes consultatifs ou par des experts peuvent acquérir, dans la pratique administrative, une autorité quasi-contraignante [12]. Appliquée au domaine éducatif, cette approche permet de comprendre que la consultation, l'expertise et l'évaluation ne se limitent pas à un rôle procédural : elles contribuent à l'acceptation de la décision éducative et à structurer la gouvernance éducative, indépendamment de la force juridique formelle des avis rendus.

7 Sur le plan théorique, cette réflexion s'inscrit dans un champ doctrinal qui a successivement analysé les organes de conseil comme des garanties procédurales de la légalité administrative [13], puis comme des instruments d'intégration des corps intermédiaires au processus décisionnel. Plus récemment, les travaux sur la gouvernance par l'expertise et le droit souple ont mis en évidence l'influence normative des avis et recommandations produits par ces institutions. D'autres affirment que ces organes contribuent à tempérer l'action unilatérale de l'administration et à améliorer la qualité des décisions publiques par la représentation des intérêts et l'apport d'expertise [14]. Ainsi, le cadre théorique présente la fonction

de conseil comme intrinsèque à la gouvernance publique contemporaine.

8 Sur le plan pratique, l'étude du conseil à l'exécutif dans le domaine éducatif permet de saisir, à travers un secteur à la fois hautement sensible et structurellement complexe, certaines transformations contemporaines du droit administratif et de la gouvernance publique. L'éducation constitue en effet un domaine particulièrement sensible de l'action publique, dans la mesure où elle touche à la formation du citoyen, à la transmission des valeurs collectives et à la reproduction des inégalités sociales, ce qui en fait un espace de forte mobilisation politique et sociale [15]. Le secteur éducatif se caractérise par une complexité institutionnelle et fonctionnelle liée à la multiplicité des acteurs, des niveaux d'enseignement et des objectifs assignés aux politiques éducatives [16]. Cette configuration renforce le besoin d'instances capables d'éclairer la décision publique et de rationaliser l'action éducative par l'articulation de l'expertise, de la concertation et de la coordination administrative.

9 La comparaison entre les modèles français et béninois montre que les États africains ne se limitent pas à reproduire des schémas hérités, mais expérimentent des formes propres de gouvernance, parfois plus centralisées et orientées vers la performance. Le cas béninois offre ainsi un terrain éclairant pour analyser les transformations contemporaines du conseil à l'exécutif. Celles-ci s'inscrivent dans une tension entre, d'une part, la médiation des intérêts éducatifs comme source de légitimité des réformes et, d'autre part, le recours croissant à l'expertise et aux instruments d'évaluation de la performance. Le conseil à l'exécutif se situe précisément au croisement de ces logiques.

10 Dès lors se pose une question centrale : dans quelle mesure les organes de conseil à l'exécutif en matière éducative contribuent-ils à la consolidation de la décision publique, et comment leurs configurations institutionnelles déterminent-elles les rationalités de gouvernance qui structurent leur influence sur l'action éducative ?

11 L'hypothèse défendue est que les organes de conseil à l'exécutif éducatif remplissent une fonction commune de structuration de la décision publique. Par leurs avis, analyses et recommandations, ils éclairent les choix gouvernementaux et renforcent la crédibilité

institutionnelle de l'action éducative. Toutefois, leur positionnement institutionnel détermine des rationalités de gouvernance distinctes : tantôt fondées sur la médiation sociale entre acteurs du système éducatif, tantôt sur l'expertise stratégique et l'évaluation des politiques publiques.

12 Pour vérifier cette hypothèse, la recherche adopte une démarche de droit public comparé combinant analyse juridique et données empiriques. L'étude s'appuie sur l'examen des textes organisant le Conseil supérieur de l'éducation français et le Conseil national de l'éducation béninois, ainsi que sur l'analyse des avis et rapports produits par ces institutions. Elle mobilise également une enquête menée auprès de 300 enseignants des trois ordres d'enseignement au Bénin, complétée par des entretiens avec des acteurs institutionnels du secteur éducatif. Cette méthodologie permet d'appréhender le conseil à l'exécutif à la fois comme une construction normative et comme une pratique administrative effective.

13 La comparaison met en évidence que, malgré des architectures institutionnelles différentes, ces organes remplissent une fonction commune d'éclairage de la décision publique. Toutefois, cette fonction s'inscrit dans des rationalités de gouvernance distinctes, tenant au positionnement institutionnel et aux modalités d'intervention de ces instances dans la conduite des politiques éducatives. L'analyse conduit ainsi à distinguer, d'une part, les fonctions communes du conseil à l'exécutif éducatif (1) et, d'autre part, les rationalités différenciées de gouvernance qu'il structure (2).

1. Les fonctions communes de conseil à l'exécutif éducatif

14 Inscrits dans des contextes institutionnels nationaux distincts, les organes de conseil à l'exécutif éducatif remplissent néanmoins un socle fonctionnel commun. Dans les deux systèmes, ils contribuent à éclairer l'action gouvernementale et à structurer la décision publique en matière éducative. Le conseil apparaît ainsi comme un instrument de stabilisation de l'action publique éducative. Cette fonction commune se manifeste à travers l'aide à la décision (1.1) et la légitimation de l'action publique éducative (1.2).

1.1. Le conseil comme mécanisme commun d'aide à la décision exécutive

15 Le conseil à l'exécutif en matière éducative vise avant tout à réduire l'incertitude décisionnelle dans un secteur sensible et complexe. Qu'il repose sur la concertation ou sur l'expertise, il constitue un instrument d'orientation préalable de la décision publique [17]. Cette fonction d'aide à la décision se manifeste par l'éclairage de l'arbitrage exécutif (1.1.1) et la rationalisation procédurale de l'action éducative (1.1.2).

1.1.1. L'éclairage organisé de la décision publique éducative

16 Dans les deux ordres juridiques, le conseil constitue un dispositif structuré de production d'informations, destiné à éclairer l'exécutif avant l'édiction de normes ou la mise en œuvre de réformes éducatives.

17 En France, le Conseil supérieur de l'éducation s'inscrit dans la tradition de l'administration consultative et constitue un espace de délibération entre les composantes du système éducatif. À ce titre, « le Conseil supérieur de l'éducation est obligatoirement consulté et peut donner son avis sur toutes les questions d'intérêt national concernant l'enseignement ou l'éducation (…) [18]. Il donne des avis sur les objectifs et le fonctionnement du service public de l'éducation. » Les avis qu'il rend, bien que dépourvus de force contraignante, contribuent à structurer le débat public et à éclairer la décision ministérielle par la confrontation des positions des acteurs du système éducatif. Dans plusieurs réformes récentes, notamment celles relatives aux programmes scolaires ou au lycée, cette consultation préalable a nourri la discussion publique et conduit l'administration à ajuster certains dispositifs. Le CSE apparaît ainsi comme un espace institutionnalisé de médiation permettant à l'exécutif de sécuriser politiquement et administrativement la décision finale.

18 Au Bénin, l'organisation du Conseil national de l'éducation révèle une conception particulièrement structurée du conseil à l'exécutif en

matière éducative. Le Conseil est défini comme l'organe supérieur du système éducatif national et participe à sa régulation stratégique. Ses attributions dépassent ainsi le cadre classique de l'administration consultative. Il lui est confié des fonctions d'orientation, de coordination et de suivi-évaluation du système éducatif, tout en lui reconnaissant, dans certaines matières, une capacité d'intervention normative. En effet, le Conseil national de l'Éducation conduit des études prospectives, se prononce sur les projets de politiques, de stratégies et de textes relatifs au système éducatif et peut rendre, dans certaines hypothèses, des avis conformes sur des décisions structurantes [19]. Plus encore, l'article 10 lui attribue une fonction décisionnelle en lui permettant de définir les normes et standards techniques applicables dans le système éducatif national [20], les décisions adoptées dans ces matières étant directement exécutoires et s'imposant aux acteurs.

19 Dans les deux systèmes, cette fonction d'appui à la décision se manifeste également dans la pratique administrative. En France, les avis du Conseil supérieur de l'éducation sont formalisés et explicitement mentionnés dans les visas des actes réglementaires relatifs au système éducatif, selon la formule désormais classique « Vu l'avis du Conseil supérieur de l'éducation ». Au Bénin, l'intervention du Conseil national de l'éducation se traduit également par sa prise en compte dans les actes réglementaires et décisions relatives à l'organisation du système éducatif, plusieurs textes mentionnant dans leurs visas les avis, recommandations ou orientations formulés par le Conseil. Cette pratique atteste de l'intégration effective de cette institution dans la production de la décision publique éducative, même si la nature et l'intensité de son influence diffèrent sensiblement de celles observées dans le modèle français.

20 Ainsi, le conseil à l'éducation vise à outiller la décision, en substituant à l'arbitrage intuitif une décision informée, appuyée sur des analyses organisées. Au-delà de cette fonction d'éclairage substantiel de l'action publique, l'intervention des organes de conseil contribue également à structurer les procédures mêmes d'élaboration des décisions éducatives.

1.1.2. La rationalisation procédurale de l'action éducative

21 Au-delà de l'éclairage substantiel qu'il apporte à la décision publique, le conseil contribue également à structurer procéduralement l'action éducative. Toutefois, les modalités de cette structuration diffèrent sensiblement selon les systèmes institutionnels. Le conseil à l'exécutif ne constitue pas seulement un dispositif consultatif ; il participe à l'encadrement normatif de la décision publique, soit par la médiation sociale, soit par l'expertise stratégique.

22 En France, elle prend la forme d'une consultation formalisée qui s'insère dans la procédure d'élaboration des actes réglementaires relatifs à l'éducation, le Conseil supérieur de l'éducation constituant un espace institutionnalisé de discussion préalable entre l'administration et les acteurs du système éducatif. Au Bénin, la rationalisation procédurale revêt une dimension plus intégrée au pilotage du système éducatif. Le Conseil national de l'éducation, rattaché à la Présidence de la République, intervient en amont et en aval des décisions gouvernementales par ses fonctions d'orientation, de coordination et de suivi-évaluation, contribuant ainsi à assurer la cohérence des politiques éducatives.

23 Un épisode récent illustre cette fonction de régulation institutionnelle. Un acte ministériel imposant le port de la tenue kaki dans certains établissements privés d'enseignement secondaire [21] a été rapporté après qu'il a été constaté qu'il avait été adopté sans consultation préalable du Conseil national de l'éducation. Or, les textes organisant cette institution prévoient son intervention sur les orientations et décisions structurantes du système éducatif. L'acte a ainsi été jugé irrégulier dans son processus d'élaboration, le ministre compétent n'ayant ni sollicité l'avis du Conseil ni obtenu l'arbitrage gouvernemental requis [22]. Cet épisode montre que l'intervention du CNE tend à s'imposer comme une garantie de cohérence institutionnelle dans la conduite des politiques éducatives, d'autant que certaines de ses compétences, notamment la définition de normes et standards éducatifs, peuvent produire des effets directement applicables dans les domaines prévus par le décret n° 2023-411. Ainsi, malgré des configurations institutionnelles

distinctes, les deux modèles convergent vers une même fonction : intégrer le conseil dans la structuration rationnelle du processus décisionnel éducatif et prévenir les initiatives administratives isolées.

24 Ce rôle ne se limite toutefois pas à la rationalisation du processus décisionnel ; il participe également à la légitimation de l'action publique éducative.

1.2. Le conseil comme vecteur de légitimation de l'action éducative

25 La légitimation de la décision publique désigne le processus par lequel une décision acquiert une acceptabilité sociale au-delà de sa seule légalité. Comme l'a montré Pierre Rosanvallon [23], la consultation participe d'une « légitimité de proximité » fondée sur l'implication des acteurs dans l'élaboration de l'action publique. Les organes de conseil contribuent à ce processus en introduisant des espaces institutionnalisés de consultation et d'expertise qui renforcent la justification des décisions éducatives. Cette contribution se manifeste à la fois dans la construction de la légitimité décisionnelle (1.2.1) et dans la normativité indirecte des avis rendus (1.2.2).

1.2.1. Une légitimation non élective de la décision éducative

26 Dans un secteur marqué par la sensibilité sociale des réformes et la forte exposition politique des choix opérés, la décision exécutive ne peut durablement s'imposer sans un surplus de crédibilité, distinct de la seule légalité formelle [24].

27 Dans les deux systèmes étudiés, le conseil confère à la décision exécutive une légitimité qui ne procède ni du suffrage universel, ni de la seule autorité hiérarchique de l'État. Ainsi, en France, le Conseil supérieur de l'éducation participe à cette légitimation par l'intégration institutionnalisée des corps intermédiaires dans le processus décisionnel [25]. La consultation préalable [26] et la publicité des débats permettent à l'exécutif de présenter la réforme éducative comme le produit d'un échange démocratique, même lorsque l'avis rendu est défavorable ou partiellement suivi. En France, la consultation du CSE dépasse la simple formalité procédurale pour

constituer un mécanisme de médiation entre l'État et les acteurs du système éducatif. Les débats relatifs à la suppression de l'enseignement de technologie en classe de sixième [27], à la généralisation du contrôle continu au baccalauréat [28] ou encore au calendrier scolaire [29] l'illustrent. Même lorsqu'il rend un avis défavorable, le CSE contribue à la légitimation de la décision publique en organisant l'expression structurée des positions des acteurs éducatifs. Il apparaît ainsi comme un instrument de démocratie administrative sectorielle participant à la régulation et à l'acceptabilité des réformes éducatives.

28 Dans le cas du Bénin, le Conseil national de l'éducation produit une forme de légitimation de la décision administrative fondée moins sur la représentation des acteurs éducatifs que sur la crédibilité de l'expertise mobilisée dans la conduite des politiques publiques. Cette orientation ressort du décret n° 2023-411 du 26 juillet 2023, qui confie au Conseil des missions d'études prospectives, d'analyse des politiques éducatives, d'avis sur les stratégies, textes normatifs et budgets sectoriels, ainsi que la possibilité de rendre, dans certaines hypothèses, des avis conformes sur des décisions structurantes du système éducatif [30]. Dans ces conditions, la légitimité du CNE repose moins sur la médiation des intérêts que sur sa capacité à objectiver les choix publics par l'expertise, l'évaluation et la production de standards éducatifs. Le conseil apparaît ainsi comme un instrument de consolidation stratégique de l'action publique.

29 La légitimité produite par l'intervention des organes de conseil ne se limite pas à renforcer l'acceptabilité des décisions éducatives. Elle se prolonge également dans la capacité de ces institutions à orienter et à encadrer l'action normative de l'administration. Les avis, recommandations et analyses qu'elles produisent participent ainsi, selon des modalités variables, à la structuration du processus de production des normes éducatives.

1.2.2. La normativité du Conseil éducatif à l'exécutif

30 La fonction de conseil à l'exécutif en matière éducative produit, dans les deux systèmes étudiés, des effets normatifs dépassant la simple assistance technique à la décision publique. Leur portée varie

toutefois selon l'architecture institutionnelle des organes concernés : tantôt inscrite dans la logique du droit souple, tantôt intégrée plus directement au processus décisionnel. En France, l'influence du Conseil supérieur de l'éducation relève de cette logique du droit souple : ses avis, dépourvus de force juridique contraignante, demeurent des actes préparatoires dont l'impact se manifeste surtout dans la sphère politique et sociale. Ainsi, lors de la séance du 8 février 2024, le Conseil a rejeté quasi unanimement les projets de textes relatifs à la réforme dite du « Choc des savoirs ». Cette opposition institutionnelle a été rapidement relayée par les organisations syndicales et les acteurs du système éducatif, suscitant des mobilisations et des critiques dénonçant une réforme conduite sans concertation [31]. L'exécutif se trouvait ainsi exposé à un coût politique accru en cas de maintien du projet. De même, le 30 janvier 2025, le Conseil supérieur de l'éducation a renouvelé un avis défavorable sur certaines modalités des groupes de niveau au collège, conduisant l'autorité ministérielle à revoir partiellement le dispositif. Cette séquence illustre la capacité du Conseil à infléchir la décision administrative malgré la normativité souple de ses avis [32].

31 Au Bénin, la normativité des avis du Conseil national de l'éducation apparaît également établie. Bien que non contraignants juridiquement, ces avis tendent, dans la pratique administrative, à orienter les décisions ministérielles. Les données disponibles sur les arrêtés soumis à l'avis du Conseil entre 2016 et 2025 révèlent ainsi un mécanisme de filtrage et d'ajustement ex ante de l'action normative : à côté d'un nombre élevé d'avis favorables (876 en 2016, 1 989 en 2018, 1 601 en 2022, 1 501 en 2024), des avis défavorables sont régulièrement formulés depuis 2020. Cette configuration montre que l'intervention du Conseil participe à un processus institutionnalisé de correction et de cohérence des initiatives normatives ministérielles.

32 Ces données pratiques illustrent dans les deux systèmes les effets normatifs des interventions des conseils à l'exécutif éducatif qui dépassent la simple assistance technique : par leurs avis et recommandations, ils orientent l'élaboration des normes et structurent la décision publique, même sans force juridiquement contraignante. Cette fonction commune se déploie toutefois selon des rationalités distinctes.

2. Les rationalités différenciées de gouvernance du conseil éducatif

33 Si les organes de conseil à l'exécutif éducatif remplissent des fonctions communes de rationalisation et de légitimation de la décision publique, leurs modalités institutionnelles varient selon les systèmes administratifs. La comparaison fait ainsi apparaître deux rationalités de gouvernance : la médiation sociale dans le modèle français (2.1) et l'expertise stratégique dans le modèle béninois (2.2).

2.1. La gouvernance par la médiation sociale : cas du modèle français

34 Dans ce modèle, le Conseil supérieur de l'éducation apparaît ainsi comme un dispositif de médiation sociale, permettant à la fois l'expression des positions des acteurs éducatifs (2.1.1) et l'anticipation des résistances aux réformes (2.1.2).

2.1.1. L'expression institutionnalisée des positions des acteurs du système éducatif

35 Dans le système français, le Conseil supérieur de l'éducation s'insère dans une architecture institutionnelle où la responsabilité normative et politique de l'action éducative demeure concentrée entre les mains du Gouvernement et du ministre chargé de l'éducation. Il s'inscrit dans une architecture institutionnelle où la décision éducative demeure fondamentalement ministérielle et gouvernementale. Placé auprès du ministre chargé de l'éducation nationale, il constitue une instance consultative sectorielle chargée d'éclairer l'élaboration des textes relatifs à l'organisation et au fonctionnement du système éducatif. Il est donc un accompagnateur de l'administration qui, par sa composition traduit une logique de représentation pluraliste auprès de l'autorité administrative [33].

36 Ce positionnement institutionnel confère au conseil une fonction d'interface entre l'administration et les différentes composantes du

système éducatif. Par la délibération collective qu'il organise, le Conseil supérieur de l'éducation permet la confrontation des positions des organisations syndicales, des représentants des personnels, des collectivités territoriales et des usagers du service public de l'éducation. L'avis rendu n'a pas de portée contraignante pour l'autorité compétente, mais il contribue à structurer le processus décisionnel en révélant les équilibres et les tensions susceptibles d'accompagner la mise en œuvre d'une réforme.

37 L'influence du conseil s'exerce ainsi moins par une capacité d'injonction normative que par les effets politiques et institutionnels attachés aux avis adoptés. Un avis largement défavorable peut accroître le coût politique d'une décision maintenue en l'état, notamment lorsque les organisations représentées au sein de l'instance relayent publiquement leurs positions. Le conseil participe ainsi à la régulation du processus décisionnel en introduisant un moment de délibération institutionnalisée, sans remettre en cause la compétence normative du Gouvernement.

2.1.2. L'anticipation des résistances sociales aux réformes éducatives

38 Au-delà de l'expression des positions des acteurs du système éducatif, la médiation exercée par le Conseil supérieur de l'éducation permet d'anticiper les résistances susceptibles d'accompagner les réformes. La consultation préalable de cette instance constitue un moment d'appréciation collective de la réception sociale des projets normatifs envisagés par l'administration, permettant d'identifier les effets potentiels des réformes et d'ajuster les orientations retenues. Dans la littérature consacrée à la gouvernance des politiques publiques, ce type de dispositif consultatif est analysé comme un mécanisme de régulation sociale des réformes administratives, permettant de limiter les conflits d'implémentation et d'améliorer l'acceptabilité institutionnelle des décisions publiques [34].

39 En organisant la confrontation des intérêts en présence, la consultation du CSE participe d'un mécanisme de démocratie administrative permettant à l'administration d'anticiper les tensions et d'ajuster les réformes envisagées [35]. Les débats relatifs à la réforme du baccalauréat engagée à partir de 2018 ou à la suppression de

l'enseignement de technologie en classe de sixième en 2023 illustrent cette fonction de médiation [36], en donnant lieu à l'expression d'oppositions syndicales et associatives au sein de l'organe de conseil [37]. Même lorsque ses avis sont défavorables, le Conseil offre ainsi une lecture structurée des réactions du système éducatif et contribue à stabiliser les politiques éducatives en intégrant les positions des acteurs dans la décision publique.

40 Dans d'autres configurations, toutefois, le conseil repose moins sur la médiation sociale que sur l'expertise stratégique orientant l'action gouvernementale. C'est la logique qui caractérise le modèle béninois.

2.2. La gouvernance par l'expertise stratégique : cas du modèle béninois

41 À la différence du modèle français fondé sur la médiation sociale, le conseil à l'exécutif au Bénin s'organise autour d'une gouvernance stratégique. L'expertise y constitue une ressource centrale pour éclairer les choix publics [38] et renforcer leur légitimité. Cette logique se manifeste à travers l'évaluation qui permet la production de diagnostics sur le système éducatif (2.2.1) et l'orientation stratégique des politiques éducatives (2.2.2).

2.2.1. La fonction d'évaluation

42 L'idée selon laquelle l'action publique doit s'appuyer sur des savoirs éprouvés s'affirme progressivement en Europe à partir de l'époque moderne, avant de prendre, au XX^e^ siècle, la forme institutionnalisée du recours au savoir-faire technique dans la conduite des politiques publiques [39]. Cette rationalisation de l'action publique a conduit à reconnaître l'évaluation comme un instrument central du pilotage administratif. Elle rejoint les analyses contemporaines de la régulation éducative qui mettent en évidence la montée en puissance de dispositifs fondés sur l'évaluation et la production de connaissances dans l'orientation des politiques éducatives.

43 À travers la production d'analyses globales sur l'état du système éducatif, la mobilisation de données statistiques et la conduite d'évaluations sectorielles, le Conseil national de l'éducation participe

à l'élaboration d'un diagnostic objectivé sur les performances et les dysfonctionnements du système éducatif béninois [40].

44 Les missions d'observation menées en 2024 dans les établissements scolaires illustrent cette démarche empirique destinée à alimenter ses avis à partir de données recueillies directement sur le terrain [41]. Si l'institution associe également des représentants de l'administration, du monde académique et de la société civile, la centralité accordée aux compétences scientifiques et techniques confirme la prééminence d'une gouvernance technique. Le rapport 2024 sur l'état du système éducatif révèle ainsi la consolidation progressive du rôle du Conseil dans la structuration des politiques éducatives nationales [42].

45 Dans ces conditions, le conseil à l'exécutif en matière éducative apparaît moins comme un simple mécanisme consultatif que comme un dispositif de gouvernance par expertise, participant directement à la régulation administrative et au pilotage stratégique des réformes éducatives.

2.2.2. La fonction d'orientation stratégique

46 Le décret fondateur lui confie non seulement des missions d'étude prospective et d'appréciation des politiques, stratégies et textes normatifs du secteur éducatif [43], mais également certaines interventions décisionnelles prévues notamment aux articles 6 et 10 du décret nº 2023-411 du 26 juillet 2023 portant attributions, organisation et fonctionnement du Conseil national de l'éducation. Dans ce cadre, les avis et délibérations du CNE ne relèvent pas uniquement d'une consultation dépourvue d'effet juridique : ils s'inscrivent dans un dispositif de pilotage institutionnel qui oriente et encadre l'action des ministères compétents [44]. L'autorité du conseil tient ainsi moins à une simple influence politique qu'à la place qu'il occupe dans les mécanismes de coordination et de régulation du système éducatif.

47 En effet, au sein du système éducatif national (SEN), il exerce également une fonction décisionnelle participant à la définition et à l'application des normes éducatives [45]. Par leur objet et leurs effets, ces décisions traduisent une intervention directe du CNE dans la structuration normative du système éducatif. Elles montrent que

l'institution participe non seulement à l'éclairage de la décision publique, mais également à l'encadrement opérationnel des standards pédagogiques et administratifs du Système éducatif national, confirmant l'émergence d'un organe dont la fonction dépasse le simple conseil pour relever d'une régulation éducative en cours de consolidation.

48 Les données empiriques recueillies confirment l'effectivité de cette fonction stratégique. L'enquête de perception menée auprès de 300 enseignants des trois ordres d'enseignement [46] révèle que 68 % des répondants considèrent que l'intervention du CNE contribue à la cohérence des réformes éducatives, tandis que 72 % estiment que ses avis renforcent la rationalité technique des décisions ministérielles. L'influence perçue apparaît toutefois différenciée selon les niveaux d'enseignement : elle atteint 76 % dans l'enseignement supérieur, contre 64 % dans le secondaire et 55 % dans le primaire. Ces résultats suggèrent que l'autorité du conseil est particulièrement reconnue dans les espaces institutionnels où les enjeux de gouvernance et de planification éducative sont les plus visibles [47].

49 Les entretiens qualitatifs confirment cette perception : le Conseil national de l'éducation est généralement présenté comme un instrument d'expertise et d'évaluation structurant les choix gouvernementaux, même si sa légitimité sociale demeure indirecte en l'absence de mécanismes de concertation comparables à ceux du modèle français.

50 L'analyse comparative révèle ainsi deux configurations du conseil à l'exécutif : l'une fondée sur la médiation institutionnelle entre acteurs éducatifs, l'autre sur un instrument de pilotage stratégique arrimé au sommet de l'exécutif.

Conclusion

51 L'analyse comparée du Conseil supérieur de l'éducation en France et du Conseil national de l'éducation au Bénin met en évidence la transformation contemporaine de la fonction de conseil à l'exécutif dans la gouvernance des politiques éducatives. Loin de se limiter à une simple assistance technique ou à une formalité procédurale, les organes consultatifs participent désormais à la structuration de la

décision publique en contribuant à la fois à la rationalisation du processus décisionnel et à la légitimation des réformes éducatives. Par la production d'avis, d'analyses et d'évaluations, ils introduisent dans la décision administrative des mécanismes d'éclairage et de justification qui renforcent la cohérence et la crédibilité de l'action publique.

52 La comparaison révèle toutefois l'existence de rationalités institutionnelles distinctes. Dans le modèle français, le Conseil supérieur de l'éducation s'inscrit principalement dans une logique de médiation sociale, fondée sur la représentation des acteurs du système éducatif et l'organisation d'une délibération collective préalable à la décision administrative. À l'inverse, dans le système béninois, le Conseil national de l'éducation tend à s'affirmer comme un instrument de gouvernance par l'appui scientifique, dans lequel la légitimité de la décision repose davantage sur la production de diagnostics, l'évaluation des politiques publiques et l'orientation du pilotage éducatif.

53 Cette divergence met en lumière l'évolution contemporaine du conseil à l'exécutif. Les organes de conseil à l'exécutif ne relèvent plus d'un modèle institutionnel unique : selon les configurations administratives, ils peuvent fonctionner comme des espaces de médiation entre l'État et les acteurs sociaux ou comme des instruments de régulation stratégique de l'action publique. L'étude montre ainsi que la fonction consultative tend à s'inscrire dans une normativité graduée, située à l'interface entre analyse technique, gouvernance publique et production normative.

54 Ces évolutions invitent dès lors à reconsidérer la place des organes consultatifs dans la théorie contemporaine du droit administratif. Dans des systèmes éducatifs confrontés à la complexité croissante des politiques publiques et à l'exigence accrue de légitimité des décisions gouvernementales, le conseil à l'exécutif apparaît de plus en plus comme un levier institutionnel de rationalisation et de stabilisation de l'action publique. Loin d'être un simple accessoire procédural, il tend à devenir un instrument structurant de la gouvernance.

NOTES

1 S. Nakpakpere, T. Tchable et A. O. Lié Rufain, « Incidence de la massification scolaire sur l'engagement social des enseignants des écoles primaires publiques », *Revue africaine de management public*, vol. 2, 2023, p. 71-86.

2 OCDE, « Chapitre 4. Améliorer les performances du système éducatif », *Études économiques de l'OCDE*, 2009/15 nº 15. Dans ce rapport, il est par exemple clairement affirmé ceci : « Pour améliorer la qualité des services, il est également indispensable de disposer d'enseignants bien formés, d'offrir de bonnes conditions de travail et de se doter d'un cadre pédagogique », d'« améliorer la formation des enseignants, de développer l'enseignement professionnel et technique ».

3 Sur la notion d'exécutif en droit constitutionnel, voir notamment : G. Carcassonne, M. Guillaume, *La Constitution*, Paris, Seuil, coll. « Points », 2021, p. 237-245 ; J. Gicquel, J. E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 35e éd., 2022, p. 659-668.

4 A. Heilbronner, R. Drago, « L'administration consultative en France ? », *International Review of Administrative Sciences*, Vol. 25, Issue 1, 1959, p. 57-66. Toutefois, l'auteur souligne que même à l'époque contemporaine, les administrations démocratiques ne sont pas parvenues à se séparer de l'administration consultative.

5 Y. Weber, *Administration consultative*, Paris, LGDJ, 1968, p. 16. Weber mettait le *focus* sur l'intervention du tiers consulté dans la définition des organes consultatifs. Autrement dit, on ne saurait être consultatif de soi-même. Voir également M. Le Clainche, « L'administration consultative, élément constitutif ou substitut de la démocratie administrative ? », *Revue française d'administration publique*, nº 137-138, 2011/1, p. 39.

6 Art. L.231-1 et *sq.* et R.231-1 et *sq.*, relatifs au Conseil supérieur de l'éducation, Code de l'Éducation (France).

7 Décret nº 2023-411 du 26 juillet 2023 portant attributions, organisation et fonctionnement du Conseil national de l'éducation (Bénin). En ligne : < https://sgg.gouv.bj/doc/decret-2023-411/ > le 8 février 2026.

8 Décret nº 2023-411 du 26 juillet 2023, notamment articles 2, 7 et 13 à 20.

9 B. Mercadal, « Du droit "mou" impératif ? », *Revue internationale de droit économique*, vol. 21, nº 3, 2007, p. 343-362.

10 Conseil d'État, *Étude annuelle* : *Le droit souple*, Paris, La Documentation française, 2013, p. 61-67.

11 C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, n° 4, 2003, p. 599-628 ; B. Mercadal, *op. cit.*, p. 343-362.

12 R. Bouvet, M. Le Gueut, « La portée normative des avis d'expert dans l'élaboration de la décision administrative en matière de sécurité sanitaire », *Médecine et droit*, Issue 117, 2012, p. 83-86.

13 M. Tabet, « Le juge administratif et la légalité », *La Revue administrative*, n° 5, 1999, p. 45-46 ; M. Le Clainche, « L'administration consultative, élément constitutif ou substitut de la démocratie administrative ? », *Revue française d'administration publique*, n° 137-138, 2011/1, p. 39-41.

14 M. Delamarre, *op. cit.*, p. 41 et *sqq.*

15 A. Prost, *Histoire de l'enseignement en France* (1800-1967), Paris, Armand Colin, 1968, p. 7-12.

16 J. Barroso, « Autonomie et modes de régulation locale dans le système éducatif », *Revue française de pédagogie*, n° 130, 2000, p. 57-71.

17 N. Dantonel-Cor, « Fiche 6. Les organes consultatifs », in *Institutions administratives*, *Fiches d'Institutions administratives*, Paris, Ellipses, 2020, p. 51-58.

18 Article L.231-1 et *sq*. Code de l'Éducation (France).

19 Article 7 du décret n° 2023-411 du 26 juillet 2023.

20 Article 10 du décret n° 2023-411 du 26 juillet 2023.

21 « Éducation au Bénin : le port de la tenue kaki désormais obligatoire dans les établissements publics comme privés », *Daabaaru*, 2018. En ligne : < https://www.daabaaru.bj/education-au-benin-le-port-de-la-tenue-kaki-desormais-obligatoire-dans-les-etablissements-publics-comme-prives >, consulté le 20 décembre 2025.

22 « Port obligatoire de la tenue kaki pour les élèves du privé : Kakpo Mahugnon annule la décision », *La Nouvelle Tribune*, 2018. En ligne : < https://lanouvelletribune.info/2018/06/benin-port-obligatoire-de-kaki-pour-les-eleves-du-prive-kakpo-mahugnon-annule-la-decision/ ?utm_source =chatgpt.comconsulté > le 20 décembre 2025.

23 P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, *Impartialité*, *réflexivité*, *proximité*, Paris, Seuil, 2008, p. 267 et *sqq.*

24 L. K. SOSOE, « La légitimité est-elle possible par la simple légalité ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 42, nº 3, 2001, p. 883-904.

25 Article R.231-1 et suivants, Code de l'Éducation (France) : le Conseil supérieur de l'éducation intègre institutionnellement des représentants des corps intermédiaires (enseignants, personnels éducatifs, établissements privés, etc.), conférant à ces acteurs une place formelle dans le processus consultatif d'aide à la décision éducative auprès de l'exécutif.

26 Sur la fonction consultative du Conseil supérieur de l'éducation et sa composition représentative, voir : Article L.231-1 et *sqq*., Code de l'Éducation (France).

27 Avis sur le programme de sciences et technologie (cycle 3). En l'espèce, le CSE émet un avis défavorable sur le projet de programme rénové de sciences et technologie du cycle 3 présenté en séance du 15 juin 2023. Ce rejet s'inscrit dans un contexte de contestation de la réforme de la classe de Sixième (suppression de la technologie) menée tambour battant par le ministère. (Source : SNES-FSU, compte rendu du CSE du 15/06/2023.)

28 Avis sur la généralisation du contrôle continu au baccalauréat. Le CSE rend un avis défavorable sur les modalités de généralisation du contrôle continu dans le cadre de la réforme du baccalauréat, lors des séances consacrées aux projets de décrets et d'arrêtés relatifs au « baccalauréat Blanquer ». Le Conseil appuyé par plusieurs organisations représentatives y a dénoncé les risques d'inégalités territoriales, la remise en cause du caractère national du diplôme ainsi que l'alourdissement des charges d'évaluation pesant sur les personnels enseignants. (Sources Ministère de l'Éducation nationale, « Réforme du lycée général et technologique et du baccalauréat : avis du Conseil supérieur de l'éducation », séance du 11 octobre 2018).

29 Avis du 30 juin 2020 sur le calendrier scolaire : Le CSE rend un avis défavorable sur le projet de calendrier scolaire 2021-2022 (et 2022-2023) présenté fin juin 2020. Le ministère proposait de décaler la rentrée post-jour de l'an (retour le 3 janvier et de repousser d'une semaine les vacances de la Toussaint. Suite à cet avis négatif du CSE, ces modifications sont restées en arbitrage et n'ont pas été actées immédiatement par le ministère. (Source : communiqué SNPTES du 11/09/2020, citant l'avis CSE.)

30 À titre d'illustration, le Conseil national de l'éducation a été saisi pour se prononcer sur plusieurs décisions administratives relatives à la gestion du système éducatif, notamment sur des projets d'arrêtés portant nomination

de responsables administratifs ou de membres d'organes de gestion. Voir par exemple : Avis n° 2023-004/CNE/P/CQR/CPF/SE relatif au projet d'arrêté portant nomination des chefs de service dans les Directions départementales des enseignements maternel et primaire ; Avis n° 2025-009/CNE/P/CPF/SE relatif à la proposition de nomination du Président du Conseil d'administration de l'Agence béninoise pour la recherche et l'innovation (ABRI) ; Avis n° 2026-001/CNE/P/CPF/SE relatif à la régularisation du statut du Directeur général de l'Office du Baccalauréat et de ses collaborateurs.

31 CGT Éduc'action, « Le Conseil supérieur de l'éducation unanime contre le "choc des savoirs" », 9 février 2024, en ligne : < https://www.cgteduc.fr/2024/02/09/le-conseil-superieur-de-leducation-unanime-contre-le-choc-des-savoirs/ ?utm_source =chatgpt.com >, consulté le 15 décembre 2025.

32 SNES-FSU, « Conseil supérieur de l'éducation du 30 janvier 2025 : les groupes de niveau, c'est toujours non », 31 janvier 2025, en ligne : < https://www.cgteduc.fr/2024/02/09/le-conseil-superieur-de-leducation-unanime-contre-le-choc-des-savoirs/?utm_source=chatgpt.com?consult > consulté le 15 décembre 2025.

33 Article L.231-1 à L.231-4 et article R.231-1 et *sqq.*, relatifs à la composition et au fonctionnement du Conseil supérieur de l'éducation, Code de l'Éducation (France).

34 P. Le Gales, *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 45-52 ; P. Lascoumes et P. Le Gales, *Sociologie de l'action publique*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 88-96.

35 Conseil supérieur de l'éducation, Avis sur les projets de textes relatifs à la réforme du baccalauréat général et technologique, séance du 12 octobre 2018. Les débats ont porté sur les risques d'inégalités liés au système de spécialités et aux conditions d'orientation des élèves vers l'enseignement supérieur. Par cette consultation, le CSE a exercé une fonction de médiation institutionnelle en permettant l'expression structurée des oppositions syndicales et des représentants des usagers. Voir également : SNES-FSU, « Réforme du lycée et du baccalauréat : un lycée plus inégalitaire », communiqué, 2018.

36 Conseil supérieur de l'éducation, Débats relatifs à la suppression de l'enseignement de technologie en classe de sixième, séance du 15 décembre 2022 ; Ministère de l'Éducation nationale et de la Jeunesse, « Organisation des enseignements au collège à compter de la rentrée 2023 », Bulletin

officiel de l'éducation nationale, 2023. Les échanges au sein du CSE ont mis en évidence les réserves des représentants des personnels sur les effets pédagogiques de cette suppression. La consultation a ainsi permis d'identifier et de formaliser les résistances professionnelles suscitées par la réforme.

37 Conseil supérieur de l'éducation, Avis sur le projet de réforme du baccalauréat général et technologique, séance du 12 octobre 2018 ; Ministère de l'Éducation nationale, *Compte rendu de séance du CSE relatif à la réforme du baccalauréat*, 2018.

38 L. Dumoulin, S. La Branche, C. Robert et Ph. Wrain (dir.), *Le recours aux experts : raisons et usages politiques*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2013.

39 C. Robert, « Expertise et action publique », in O. Borraz, V. Guiraudon (dir.), *L'État des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 2008, p. 1-5.

40 Bénin, CNE, *Rapport 2024 sur l'état du système éducatif béninois*, Cotonou, Éd. CNE, septembre 2025, p. 30-39. Dans ce rapport, le CNE n'a pas manqué de souligner sa fonction de régulation qu'il affirme être en consolidation.

41 Cette mission de terrain a conduit le CNE à rendre six avis au titre de sa fonction d'observation et d'évaluation, dont cinq favorables assortis de recommandations et un avis réservé. Ces avis ont notamment porté sur les référentiels de formation des instituteurs, l'adoption du code d'éthique des enseignants des universités publiques, la ratification d'instruments internationaux sur la reconnaissance des qualifications, ainsi que sur le fonctionnement de la Commission nationale d'étude des équivalences de diplômes.

42 Le CNE dans son Rapport 2024 a lui-même mentionné que sa fonction de régulation est « en consolidation ».

43 Décret n° 2023-411 du 26 juillet 2023 portant attributions, organisation et fonctionnement du Conseil national de l'éducation, Articles 7 et 9 (missions de suivi, d'évaluation, d'analyse des performances et d'appui à la décision gouvernementale).

44 Conseil d'État, *Étude annuelle : Le droit souple*, Paris, La Documentation française, 2013, p. 61-65.

45 CNE, *Rapport 2024 sur l'état du système éducatif béninois*, Cotonou, éd. CNE, 2024, p. 38. Le rapport indique qu'en 2024 le CNE a rendu

18 décisions, dont 9 relatives à l'évaluation des apprentissages, 7 au recrutement des enseignants et 2 aux normes de qualité du système éducatif. Ces décisions ont notamment porté sur les règlements pédagogiques, les autorisations d'enseigner dans les établissements privés, les concours professionnels et la validation des manuels scolaires.

46 L'enquête a été menée spécialement dans le cadre de la réalisation de la présente étude. Son rapport est donc disponible et acquis à l'auteur.

47 Enquête empirique de l'auteur, réalisée en 2024 auprès de 300 enseignants des trois ordres de l'éducation au Bénin (questionnaires et traitements statistiques disponibles auprès de l'auteur).

ABSTRACTS

Français
L'article analyse, dans une perspective de droit public comparé, les formes contemporaines du conseil à l'exécutif dans la gouvernance des politiques éducatives. À partir de l'étude du Conseil supérieur de l'éducation en France et du Conseil national de l'éducation au Bénin, il met en évidence deux configurations institutionnelles distinctes du conseil à l'autorité gouvernementale. Dans le modèle français, le conseil s'inscrit principalement dans une logique d'administration consultative et de médiation institutionnelle entre les acteurs du système éducatif. Les avis rendus par le Conseil supérieur de l'éducation permettent ainsi d'intégrer les positions des organisations professionnelles et sociales dans l'élaboration des réformes éducatives. À l'inverse, l'analyse du Conseil national de l'éducation béninois révèle un dispositif davantage orienté vers le pilotage stratégique du système éducatif, mobilisé pour orienter, évaluer et encadrer l'action publique. Malgré ces différences institutionnelles, les deux dispositifs remplissent une fonction commune d'éclairage et de structuration de la décision publique éducative. La comparaison met ainsi en évidence l'évolution du conseil à l'exécutif vers des formes renouvelées de gouvernance administrative, situées au croisement de la médiation institutionnelle et du pilotage stratégique des politiques publiques.

English
This article analyzes, from a comparative public law perspective, contemporary forms of advisory bodies to the executive branch in the governance of education policies. Based on a study of the Higher Council for Education in France and the National Education Council in Benin, it highlights two distinct institutional configurations of advisory bodies to government authorities. In the French model, the council operates primarily within a framework of consultative administration and institutional mediation among stakeholders in the education system. The opinions issued

by the Higher Council for Education thus enable the positions of professional and social organizations to be incorporated into the development of educational reforms. Conversely, an analysis of Benin's National Education Council reveals a system more oriented toward the strategic steering of the education system, mobilized to guide, evaluate, and oversee public action. Despite these institutional differences, both systems fulfill a common function of informing and structuring public educational decision-making. The comparison thus highlights the evolution of executive advisory bodies toward new forms of administrative governance, situated at the intersection of institutional mediation and the strategic steering of public policies.

INDEX

Mots-clés
conseil à l'exécutif, gouvernance éducative, administration consultative, régulation administrative, expertise publique

Keywords
executive advisory bodies, educational governance, consultative administration, administrative regulation, public expertise

AUTHOR

Cyrille Gougbedji
Maître de Conférences en Droit Public
Université de Parakou Bénin
IDREF : https://www.idref.fr/286064634

La Chambre des comptes, un conseiller de l'exécutif au Cameroun : remarques sur les vicissitudes de la fonction

Maurice Cédric Mvogo

DOI : 10.35562/droit-public-compare.881

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Introduction
1. Une fonction affichée
  1.1. La consécration
    1.1.1. La consécration constitutionnelle implicite
    1.1.2. La consécration infraconstitutionnelle explicite
  1.2. La matérialisation
    1.2.1. La diffusion des résultats du travail effectué
    1.2.2. La participation aux comités et groupes de travail interministériels
2. Une fonction altérée
  2.1. L'ineffectivité de l'internalisation du droit communautaire
    2.1.1. Une situation *a priori* justifiable
    2.1.2. Une situation *a posteriori* préjudiciable
  2.2. L'inefficacité des actions menées
    2.2.1. La limitation de la fonction consultative
    2.2.2. La transcendance du pouvoir exécutif
Conclusion

TEXT

Introduction

1 L'appréhension de l'État est inévitablement et consubstantiellement fonction de la lecture de la théorie contractualiste. Cette dernière met en lumière et au premier plan, l'importance du compromis entre différents membres du groupe social au moment de la fondation de cette entité. Ses défenseurs véhiculent une idée commune : c'est d'un commun accord que les hommes ont inventé l'État pour ne pas obéir

aux hommes [1], mais plutôt à des gouvernants conformément aux règles établies. Cette action laisse entrevoir la mise en exergue de deux éléments à savoir le consensus et la fiction juridique. Ces deux artéfacts obligent *ipso facto* à reconnaître que l'État est à la fois une idée et un fait, une abstraction et une organisation [2]. Il n'a pas de réalité concrète certes, mais sa présence est sensible dans la vie de tous les jours [3]. Cela est rendu possible par l'usage d'institutions.

2 La théorie institutionnaliste du doyen Maurice Hauriou, appréhende l'institution comme une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social [4]. Pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par des organes du pouvoir et réglées par des procédures [5]. Ainsi, l'on distingue deux types d'institutions, celles qui se personnifient (les institutions-personnes) et celles qui ne se personnifient pas (les institutions-choses) comme les règles de droit [6]. En d'autres termes, l'État en tant qu'institution jouit de la capacité de créer d'autres institutions et de pouvoir en bénéficier dans l'accomplissement de ses multiples missions.

3 À l'aune de ce constat, il sied d'accorder une attention particulière aux pouvoirs exécutif et judiciaire. Aux dires de la doctrine, la notion d'exécutif renvoie à l'ensemble des organes qui dans les régimes présidentiels ou parlementaires exercent, sous diverses formes, « la puissance exécutrice » selon l'expression de Montesquieu [7]. Selon le cas, il peut s'agir d'un exécutif moniste, incarné par un seul organe (modèle de l'exécutif présidentiel) ou dualiste, divisé entre deux organes, un chef d'État et un gouvernement (modèle de l'exécutif parlementaire) [8]. L'exécutif camerounais est de nature dualiste. Il entretient nécessairement des rapports singuliers avec le pouvoir judiciaire. Celui-ci est exercé entre autres par la Cour suprême [9]. Elle est la plus haute juridiction de l'État en matière judiciaire, administrative et de jugement des comptes [10]. Elle comprend trois chambres. Celle qui nous intéresse particulièrement dans le cadre de la présente étude est la Chambre des comptes.

4 D'un point de vue historique, elle a fait son apparition pour la première fois dans l'ordre juridique interne en 1961 [11] et jointe à la

Cour suprême qui, elle, avait été créée deux ans auparavant au Cameroun oriental [12]. Près de neuf ans après sa création [13], elle sera dissoute par une loi fédérale de 1969 et ses attributions transférées à l'inspection générale de l'État. Elle sera plus tard [14] ressuscitée par le constituant en 1996 grâce à la mutation de l'autorité judiciaire en pouvoir judiciaire [15].

5 D'un point organique, la Chambre des comptes est organisée en sections en ce sens qu'elle comprend : la section de contrôle et de jugement des comptes des comptables de l'État ; la section de contrôle et de jugement des comptes des comptables des collectivités territoriales décentralisées et de leurs établissements publics, sous réserve des attributions dévolues aux juridictions inférieures des comptes ; la section de contrôle et de jugement des comptes des comptables des établissements publics de l'État ; la section de contrôle et de jugement des comptes des entreprises du secteur public et parapublic et la section des pouvoirs. Toute autre section peut être créée, en tant que de besoin, par décret du président de la République [16]. Elle est composée d'un siège, d'un ministère public et d'un greffe [17]. Son siège comprend : le président de la Chambre, les présidents de section, les conseillers, les conseillers maîtres, les conseillers référendaires, les auditeurs et les auditeurs stagiaires [18]. Le greffe en ce qui le concerne est constitué du greffier en chef ; des greffiers de section et les greffiers [19]. Les magistrats du siège de cette juridiction sont nommés par décret du président de la République après avis du Conseil supérieur de la magistrature tandis que la nomination de ceux du ministère public en est exempte ; il en est de même du greffier en chef. Dans le cadre de ses missions, elle peut recourir non seulement aux agents publics (fonctionnaires de catégorie A et contractuels d'administration de dixième catégorie au moins), qui lui sont affectés, mais aussi au service temporaire d'experts ou consultants privés intervenant sous son autorité, dans des conditions réglementaires ou contractuelles [20].

6 A *priori*, l'analyse des relations existantes entre cette juridiction et l'exécutif semble aller de soi et ne poser aucune difficulté apparente en raison du formalisme juridique, mais il faut relever qu'elle présente une certaine singularité. La Chambre des comptes peut être amenée à conseiller le pouvoir exécutif. Cette affirmation oblige une certaine clarification sur le plan terminologique. Un conseil est, selon le

V*ocabulaire juridique*, un avis sur ce qu'il convient de faire [21]. Cette notion désigne également une personne qui donne à une autre des avis, des renseignements, de consultations, ou qui l'assiste, soit dans la défense en justice de ses intérêts, soit dans la gestion de ses affaires [22]. Cette notion s'apparente de ce point de vue à celle de conseiller. Un conseiller peut être du point de vue littéraire, considéré comme une personne dont le métier est d'apporter des conseils techniques ou alors de faire profiter des connaissances particulières [23]. Sur le plan juridique, il s'agit d'un titre donné aux membres de certains conseils administratifs (conseiller général, conseiller municipal, conseiller d'État) ou aux correspondants de certains services de l'administration [24]. Cette notion renvoie aussi à un magistrat siégeant à la Cour de cassation, à la cour d'appel et dans certaines juridictions administratives (Conseil d'État, Cour des comptes, tribunaux administratifs) [25]. Ces différentes appréhensions juridiques méritent d'être mieux affinées pour parvenir à un éclaircissement de la fonction de conseiller de la Chambre des comptes. Il est certes vrai qu'elle est composée entre autres de magistrats, mais l'analyse ne situe pas au niveau de la détermination du statut de ces personnes physiques, mais plutôt de la fonction de la juridiction et de son résultat en termes d'action ou d'actes posés. Pour véritablement saisir la quintessence de la fonction dont il est question, il est important de rappeler que la Chambre des comptes assure une fonction juridictionnelle et consultative. Pour ce qui est de cette dernière, il faut relever qu'elle adopte les traits d'une fonction consultative grâce à laquelle cette juridiction peut formuler un avis sur ce qu'il convient de faire, une recommandation [26], une proposition ou même un avertissement. Ce postulat permet de dire que le terme de « conseiller » renvoie dans le cadre de la présente étude, à une action et une compétence, dérivées de la fonction consultative qui permet à la Chambre des comptes en tant que juridiction, d'assister c'est-à-dire d'aider et d'orienter le pouvoir exécutif dans l'accomplissement de ses missions régaliennes liées à la gouvernance des finances publiques. Ainsi, parler d'un « conseil de l'exécutif » dans l'étude renvoie non pas un organe de type particulier, mais plutôt une action et une fonction d'assistance de ce pouvoir. La fonction consultative dont il est question peut s'exercer directement en cas de sollicitation explicite de l'exécutif ou indirectement dans le cadre de ses missions d'ordre général. C'est le cas très souvent

lorsqu'elle est invitée à participer à un groupe de travail interministériel. Ce deuxième champ de compétence a pris aujourd'hui une dimension très importante sur les plans quantitatif et qualitatif dans la surveillance des opérations sur fonds publics [27].

7 À travers cette fonction, la Chambre des comptes se positionne comme l'un des bras séculiers du pouvoir exécutif en matière de garantie de la performance, de la transparence et de la bonne gouvernance des finances ou encore de la chose publique [28]. L'assurance de cette fonction est sujette à diverses vicissitudes qui peuvent être comprises de manière générale comme une succession d'évènements heureux et malheureux [29] qui affectent sa mission d'assistance. C'est dire qu'elle oscille entre une effectivité normative appréciable et une efficacité questionnable au regard de la relativité de l'autonomie institutionnelle et de la portée relative de sa fonction consultative. L'on est donc en droit de se poser la question suivante : qu'est-ce qui justifie les vicissitudes de la fonction de conseiller de l'exécutif que la Chambre des comptes exerce au Cameroun ? Cette interrogation ne manque pas d'intérêt. Elle permet de cerner l'effectivité de l'accompagnement de ce pouvoir dans la gouvernance financière dans la mesure où la fonction consultative de cette institution constitue une facette essentielle et pertinente de son activité [30]. En tant que pays en développement, le Cameroun a des besoins immenses qui sont eux-mêmes la cause de besoins de financement sans commune mesure avec leur capacité financière [31]. Il est donc indispensable de mettre l'accent sur la bonne gouvernance. En outre, elle permet d'évaluer le degré ou le processus d'internalisation des directives issues du cadre harmonisé des finances publiques dans la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC). Plutôt que d'envisager la répartition des compétences entre le droit communautaire et le droit national, elle impose de s'interroger sur l'applicabilité des normes du droit communautaire au sein de l'ordre juridique national et sur une éventuelle hiérarchie entre les normes de ces différents ordres juridiques. En opérant cumulativement, mais surtout méthodiquement un décryptage des textes, l'interprétation de la jurisprudence et de la pratique institutionnelle, il convient de souligner que la fonction de la Chambre des comptes en tant que

conseiller de l'exécutif est affichée (1) certes, mais elle est aussi altérée (2).

1. Une fonction affichée

8 L'analyse des textes juridiques permet de se rendre compte de l'intérêt accordé à la Chambre des comptes dans l'optique de l'accompagnement de l'exécutif. En effet, cette mission de conseil se justifie entre autres par la nécessité d'avoir un regard extérieur et plus neutre sur des questions données lorsqu'on sait que ce qui caractérise fondamentalement les régimes politiques africains en général et celui du Cameroun en particulier, c'est l'immanence du fait majoritaire qui induit la relégation du parlement en une caisse de résonance du gouvernement [32] et fait de lui un nain à côté du président de la République [33]. Fort heureusement, la fonction de conseiller de cette institution est juridiquement consacrée (1.1.) et elle est matérialisée dans les faits (1.2.).

1.1. La consécration

9 Vue sous l'angle formel, la Constitution du Cameroun ne précise pas de manière explicite que la Chambre des comptes est ou peut être un conseiller du pouvoir exécutif (1.1.1.) contrairement aux textes qui lui sont inférieurs (1.1.2.).

1.1.1. La consécration constitution-nelle implicite

10 La constitution, en tant que norme et conformément à sa supériorité dans l'ordre juridique interne, est généralement – à quelques exceptions près –, identifiable sous la forme d'un corpus textuel. Sous cet angle formel [34], elle pose différentes normes appelées à régir le fonctionnement des institutions d'un État. Aux termes de l'article 41 de la Constitution du Cameroun, la Chambre des comptes est compétente pour contrôler et statuer sur les comptes publics et ceux des entreprises publiques et parapubliques. Elle statue souverainement sur les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions inférieures des comptes. Elle connaît de toute autre matière qui lui est expressément attribuée par la loi. À la lecture de

cette disposition, deux observations peuvent être faites. Premièrement, il ne fait l'ombre d'aucun doute qu'il s'agit d'une juridiction de second degré. Elle peut, de ce fait, connaître des recours en cassation des jugements définitifs rendus par les tribunaux régionaux des comptes qui sont des juridictions inférieures des comptes au sens de l'article 41 de la constitution [35].

11 La seconde observation qui découle de la disposition constitutionnelle sus-évoquée est la dévolution supplémentaire d'une fonction consultative. Celle-ci est adossée sur la formulation d'une clause attributive de compétence en ce qui concerne les éventuelles autres matières qui peuvent être attribuées par la loi. Dire qu'il s'agit d'une clause attributive de compétence peut sembler problématique dans la mesure où aucune énumération n'est faite. Mais, il ne faut pas oublier que le législateur ne peut étendre le domaine de compétence de la Chambre des comptes sans toutefois préciser *expressis verbis* quelles sont les compétences nouvelles qui lui ont été dévolues. Donc en réalité, il ne peut procéder que par énumération. Lorsqu'on accorde une attention particulière à ce postulat, l'on arrive à déduire que la constitution consacre implicitement la fonction consultative à travers laquelle la Chambre des comptes peut aider l'exécutif. Les textes infraconstitutionnels le démontrent explicitement.

1.1.2. La consécration infraconstitutionnelle explicite

12 Comme il a été fait mention plus haut, la Chambre des comptes exerce principalement deux types de compétences, une compétence juridictionnelle et une de nature non juridictionnelle. Cette dernière est perçue sous l'angle de la doctrine comme une mission ou une fonction d'assistance. Pour une partie de la doctrine française, cette mission d'assistance au gouvernement s'exerce par le rapport annuel annexé à la loi de règlement, par le jugement et l'apurement des comptes des comptables publics, par le déféré ainsi que par la pratique des référés dont l'objectif est d'indiquer au gouvernement les inconvénients ou erreurs de mise en œuvre d'une politique publique [36]. S'ajoutent à cette dernière modalité le rapport public, les rapports particuliers sur les entreprises publiques et les notes du parquet [37].

13 L'on retrouve quasiment les mêmes actes non juridictionnels au sein des espaces communautaires africains (UEMOA [38] et CEMAC) à savoir : les avis, les rapports, les observations et recommandations, les notes du président, les référés, les lettres de parquet, la déclaration générale de conformité, les décisions pour ordre et les décisions pour mémoire [39]. En analysant cette appréhension, certains auteurs pensent que la fonction d'assistance au gouvernement ne prend la forme que du contrôle juridictionnel et qu'il semble dès lors quelque peu abusif d'évoquer une mission « d'assistance », sauf à considérer que l'institution chargée du contrôle et de l'éventuelle sanction, par la pédagogie de son action, constitue une assistance [40]. En d'autres termes, ce n'est qu'à l'égard du Parlement que cette mission d'assistance s'exerce pleinement [41]. Si ce point de vue semble pertinent, il faut tout de même préciser qu'elle a une assise constitutionnelle en droit français [42].

14 En droit camerounais, la Chambre des comptes est juridiquement habilitée à assister le pouvoir exécutif dans l'accomplissement de certaines de ses missions. Divers éléments peuvent être convoqués pour démontrer cette affirmation. D'une part, cette institution a la compétence de donner des avis, lorsqu'elle est saisie, sur toute question relative au contrôle et au jugement des comptes [43]. C'est dans ce cadre qu'elle a conseillé la formalisation d'un plan stratégique et de suivi-évaluation des mécanismes de recouvrement des créances [44]. D'autre part, elle joue le rôle de rapporteur (annuel et circonstanciel) et de certificateur du compte général de l'État.

15 Selon le législateur, la Chambre des comptes produit annuellement au président de la République, au président l'Assemblée nationale et au président du Sénat un rapport exposant le résultat général de ses travaux et les observations qu'elle estime devoir formuler en vue de la réforme et de l'amélioration de la tenue des comptes. Ce rapport est publié au Journal officiel de la République [45]. Le rapport dont il est question constitue clairement un élément par lequel s'exprime la fonction de conseil de la Chambre des comptes.

16 Cette disposition était jadis reprise au niveau infralégislatif. En effet, conformément au décret de 2013 portant règlement général de la comptabilité publique, le juge des comptes donnait un avis et un rapport sur le compte général de l'État, au vu du projet de la loi de

règlement et des comptes administratifs des ordonnateurs principaux [46]. Conformément au décret relatif à la comptabilité générale de l'État en vigueur, la juridiction des comptes peut émettre des avis et recommandations sur la gestion des ministères, ainsi que sur leurs programmes, le cas échéant [47]. Comme on peut le constater, à travers sa mission d'assistance au Parlement, la Chambre des comptes assure annuellement une mission de conseil de l'exécutif de manière incidente, voire directe, vu que les recommandations qu'elle formule dans son rapport lui sont adressées.

17 En plus de l'avis et du rapport annuel, la Chambre des comptes exerce une compétence de certification du compte général de l'État. Cette dernière s'adosse sur diverses dispositions textuelles. Aux termes de l'article 73, alinéa 3 de la loi n° 2018/012 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques, les comptes de l'État comprennent les résultats de la comptabilité budgétaire et ceux de la comptabilité générale. Ils doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle de l'exécution du budget et de l'évolution de son patrimoine et de sa situation financière. Au nombre de ces comptes, figure le compte général de l'État qui décrit les opérations de la comptabilité générale de l'État et dont la production, selon l'alinéa 2 de l'article 75 de la loi susvisée, s'inspire des normes comptables internationalement reconnues. Conformément à l'article 108, alinéa 1 du décret 2020/375 du 7 juillet 2020 portant sur le règlement général de la comptabilité publique, à la fin de chaque année, le compte général de l'État est produit par le réseau comptable de l'État, sous la responsabilité du ministre chargé des finances. D'après l'alinéa 6 de la même disposition, la juridiction des comptes certifie que les états financiers sont réguliers, sincères et donnent une image fidèle de la situation financière de l'État.

18 Selon la doctrine, la certification des comptes se définit traditionnellement comme une mission d'audit externe qui a pour objectif d'exprimer une opinion sur la régularité et la sincérité des comptes annuels et sur l'image fidèle qu'ils donnent du résultat ainsi que de la situation financière et patrimoniale de l'établissement au titre de l'exercice écoulé [48]. Au sens technique, la certification du compte général de l'État est un outil de mesure de la performance des finances publiques qui est une activité nouvelle imposée

à l'Administration [49]. Elle est destinée non pas à l'organisme audité, mais à son environnement [50].

19 Reprenant la définition formulée par la Cour des comptes française [51], la Chambre des comptes précise que la certification est une opinion écrite et motivée que la juridiction des comptes formule, sous sa propre responsabilité sur la qualité des comptes produits par l'État [52]. Elle consiste à collecter tous les éléments probants nécessaires à l'obtention d'une assurance raisonnable sur la conformité des comptes de l'État aux règles et principes comptables qui lui sont applicables [53]. La mise en exergue de cette compétence est le fruit de l'internalisation des exigences posées au niveau communautaire par la directive CEMAC n° 02/11-UEAC-190-CM-22 relative au règlement général de la comptabilité publique [54]. Sa matérialisation est clairement visible au regard de certains éléments indubitablement significatifs.

1.2. La matérialisation

20 Pour se rendre compte que la Chambre des comptes peut conseiller le pouvoir exécutif au Cameroun, il faut convoquer deux modalités par lesquelles elle agit. À l'observation des faits, cette institution diffuse non seulement les résultats du travail effectué (1.2.1.), mais aussi participe aux instances de travail à effectuer (1.2.2.).

1.2.1. La diffusion des résultats du travail effectué

21 La diffusion des résultats du travail qu'effectue la juridiction des comptes s'effectue selon deux modalités. La première est d'ordre classique et la seconde est moderne. La modalité de diffusion classique consiste en la publication des rapports. La publication est un mode de publicité impersonnel, réalisant une information à destination générale [55]. Les moyens les plus courants par lesquels elle s'opère sont l'insertion dans un recueil officiel (Journal officiel ou Bulletin officiel des différents ministères) comme dans la presse nationale ou locale, ou encore l'affichage [56]. Conformément au droit positif, les rapports de la Chambre des comptes sont insérés au Journal officiel de la République [57].

22 La seconde modalité de diffusion du travail effectué par cette institution obéit à une logique de dématérialisation. Elle est plus moderne et cadre avec les exigences contemporaines de l'évolution de la société. D'un point de vue historique, les théoriciens du service public ont été amenés à formuler les principes qui régissent l'ensemble des activités tendant à la satisfaction de l'intérêt général. À la suite du doyen Léon Duguit, Louis Rolland en a systématisé trois qui sont relatifs à l'égalité, la continuité et la mutabilité. En mettant de côté les deux premiers au profit du dernier, il faut relever son intérêt pour la présente analyse. Le principe de mutabilité ou d'adaptation est celui qui permet d'assurer au mieux ou qualitativement le service en fonction de l'évolution des besoins des administrés [58]. En d'autres termes, il permet à une administration de s'arrimer aux exigences de son temps et de son environnement. En effet, avec l'évolution sans cesse croissante des technologies de l'information et de la communication, il s'avère fondamental de repenser les mécanismes de rapprochement des administrés de l'administration. C'est sans nul doute au regard de cet objectif lié à la transcendance et à l'immanence de l'intérêt général [59] que la Chambre des comptes procède à la dématérialisation en vue de diffuser plus largement les informations sur ses activités.

23 La dématérialisation peut être appréhendée comme un processus de substitution des supports physiques (principalement papiers) par des formats numériques et dont le dessein est d'une part, d'accroitre l'efficacité en réduisant les coûts et d'autre part, de faciliter une accessibilité rapide et meilleure à un service. Cela induit la numérisation et la création de documents numériques par des logiciels dédiés. Comme bon nombre d'institutions au Cameroun, la Chambre des comptes dispose d'une plateforme internet à travers laquelle elle diffuse l'ensemble du travail qu'elle effectue. Une simple navigation dans ce site permet d'accéder instantanément aux divers rapports à travers lesquels elle formule des recommandations à l'endroit du pouvoir exécutif. En plus de faciliter l'accès à l'information, la Chambre des comptes est partie prenante à divers comités et groupes de travail interministériels.

1.2.2. La participation aux comités et groupes de travail interministériels

24 La fonction de conseil de l'exécutif a une résonance plus directe à travers la participation à divers comités et groupes de travail interministériels. Cette participation est la résultante des sollicitations des pouvoirs publics. Il existe une diversité d'instances dans lesquelles cette coopération s'effectue. L'on peut évoquer le cadre permanent de concertation entre cette institution et le ministère des Finances. Ce dernier a été créé par décision du ministre en charge de ce département ministériel en 2008 [60]. Aux termes des dispositions de l'article 2 de cette décision, ses missions consistent à accompagner la direction générale du Trésor, de la coopération financière et monétaire. Cette assistance s'opère dans le cadre de la mise en état d'examen des comptes de gestion des comptables principaux, du suivi des questionnaires, des arrêts d'injonction et des jugements définitifs de la Chambre des comptes. Cette dernière assure également la relecture de la réglementation en matière financière et comptable au regard des textes relatifs à ses attributions, son organisation et son fonctionnement, et du régime financier de l'État. La Chambre des comptes est en outre sollicitée pour donner un avis sur les différents textes en matière de reddition des comptes.

25 Au regard de ces différentes missions, l'on note que ce comité de travail est un cadre majeur dans l'assistance et l'accompagnement du gouvernement dans le sens où il favorise l'émulation de la concertation dans la prise de décision. L'on est donc bien loin de l'unilatéralisme très souvent induit par le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration. La gestion de l'argent public, dont la caractéristique consubstantielle est qu'il doit d'être utilisé au mieux pour le bien de la nation [61], impose une attention particulière de la part de différents acteurs.

26 La Chambre des comptes participe également aux travaux du Comité de pilotage de la réforme des finances publiques. En 2023, l'ordre du jour desdits travaux portait sur l'évaluation de la mise en œuvre des recommandations issues des précédentes sessions et le bilan de

l'exécution du plan global de réforme de la gestion des finances publiques allant de 2019 à 2021 [62].

27 L'on peut tout aussi évoquer son intervention aux travaux de la commission nationale d'admission en non-valeurs des créances fiscales depuis 2014 [63] dont l'objectif est d'assainir le fichier des créances fiscales et le rendre conforme aux exigences de réalisme, de sincérité et d'exhaustivité. En d'autres termes, elle est chargée de s'assurer de l'exactitude desdites créances. Cette commission composée de neuf membres dont le directeur général des impôts, le représentant de la Chambre des comptes et des directeurs du ministère des Finances ainsi que des représentants des groupements socioprofessionnels, exécute sa mission en tenant des sessions ordinaires et quand les circonstances l'exigent, des sessions extraordinaires [64].

28 Elle assure quasiment le même rôle au niveau de la plateforme chargée de l'apurement des dettes fiscales non compensables des entités publiques. Placée sous l'autorité du ministre des Finances, celle-ci est chargée de proposer et de mettre en œuvre après validation, toutes mesures visant à apurer les dettes fiscales non compensables des entités publiques [65]. À ce titre, elle a pour mission notamment : d'identifier les entités publiques redevables ; de ressortir la situation nominative de leurs dettes fiscales non compensables accompagnées des procès-verbaux y afférents ; de présenter les décisions d'engagement des subventions assorties des références des bons d'engagement ; de déterminer les quotités à retenir lors de la mise à disposition des subventions ; d'assurer la transmission des contraintes extérieures à la paierie générale du trésor et aux paieries spécialisées ; de faire procéder à l'exécution desdites contraintes extérieures ; de proposer toutes les autres mesures visant à apurer les dettes fiscales des entités concernées.

29 En résumé, la Chambre des comptes est sans nul doute un conseiller du pouvoir exécutif. Cette fonction couvre cumulativement la mise en œuvre et l'évaluation de l'exécution de la loi de finances. Dans le cadre de la lutte contre le coronavirus, elle a entre autres formulé les observations suivantes : la faible qualité de l'information comptable et de l'information statistique du pilotage de l'action publique ; la faiblesse du pilotage stratégique du Fonds spécial contre la

pandémie ; la gestion incertaine des médicaments ; la prise en charge limitée des patients atteints de ce virus et la contre-productivité des procédures d'urgence y relative [66]. Ces observations permettent d'alerter l'Administration [67] dans la mesure où elles constituent des indicateurs sur l'état de la gestion des fonds publics. Dans sa fonction de conseiller de l'exécutif, la Chambre des comptes du Cameroun se présente sous les traits de Simon de Cyrène [68]. En effet, tout comme ce personnage biblique, elle est sollicitée et réquisitionnée pour l'aider à porter sa croix sur le chemin du calvaire de la gestion des finances publiques malgré certains écueils.

2. Une fonction altérée

30 Pour démontrer le respect d'une norme, il faut au préalable poser le problème des normes valables et le principe de légalité. Une norme valable est celle qui produit effectivement les effets juridiques auxquels elle prétend [69]. En d'autres termes, c'est une norme investie d'une autorité telle qu'elle s'impose au respect de ceux dont elle est censée régir le comportement, soit qu'elle ordonne ou interdise, soit qu'elle permette, soit qu'elle confère des droits ou des pouvoirs juridiques [70].

31 Cette affirmation correspond en certains points à la notion d'effectivité. Elle désigne le rapport entre les comportements que prescrit une norme et les comportements réels ou en d'autres termes le fait que la norme est respectée, c'est-à-dire invoquée et appliquée, par les juges et/ou par les pouvoirs publics et/ou par les particuliers [71]. En se situant sur cet aspect, il ressort de cela que la pertinence des multiples actes non juridictionnels posés par la Chambre des comptes pour aider l'exécutif se heurte à une multitude de contraintes qui atténuent considérablement sa fonction. L'ineffectivité de l'internalisation du droit communautaire (2.1.) et l'inefficacité des actions menées par cette institution (2.2.) l'attestent.

2.1. L'ineffectivité de l'internalisation du droit communautaire

32 Lorsqu'on se situe dans l'espace communautaire, l'on note que les directives font partie de la catégorie des actes unilatéraux

obligatoires de portée individuelle [72]. Elles apparaissent comme les négatifs des règlements à savoir qu'en principe, elles n'ont pas de portée générale, ne lient que les États membres et ne sont pas directement applicables [73]. Le Cameroun en tant que membre de la CEMAC a notamment accepté d'être régi par un bon nombre de règles de cet espace communautaire s'agissant des finances publiques [74]. Malheureusement, l'on observe une certaine réticence et un retard dans leur application. Si cette situation semble à première vue justifiable (2.1.1.), elle s'avère fort préjudiciable en fin de compte (2.1.2.).

2.1.1. Une situation *a priori* justifiable

33 L'application du droit d'origine externe est fortement sujette au respect d'un certain nombre d'exigences. Parmi celles-ci, l'on retrouve en bonne place l'internalisation. L'internalisation du droit international ou du droit communautaire en droit interne peut être appréhendée comme l'ensemble des mécanismes par lesquels les normes élaborées sur la scène internationale ou au sein d'organisations supranationales acquièrent une valeur et une effectivité dans l'ordre juridique national [75]. En ce qui concerne le droit international classique, ces mécanismes se singularisent selon que l'État adopte une approche moniste qui soutient l'idée d'un ordre juridique unique englobant tous les autres ou dualiste qui met en présence deux ordres séparés, rigoureusement clos [76].

34 Le droit communautaire présente des spécificités plus marquées en raison de son autonomie et de son effet direct. Les directives par exemple ne sont pas de portée générale comme les règlements, mais elles « lient tout État membre quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales leur compétence en ce qui concerne la forme et les moyens » [77]. Elles allient donc une portée obligatoire et une certaine souplesse dans l'appréciation de leur mise en œuvre. Elles supposent en principe une transposition dans un délai déterminé, par un texte juridique dont la nature et le choix sont à l'entière discrétion de ses destinataires. La transposition dont il s'agit ne consiste pas à faire rentrer les directives comme cela est le cas lorsqu'on se situe dans un État appliquant le système dualiste étant donné qu'elles prennent effet le lendemain de leur notification à

leurs destinataires [78]. Il s'agit plutôt de satisfaire à la mise en exécution ou en application des normes posées par les directives en question grâce à des moyens déterminés par les États eux-mêmes.

35 L'internalisation du droit d'origine externe repose donc sur un équilibre entre ouverture de l'ordre juridique interne et préservation de la souveraineté constitutionnelle. Elle traduit une transformation profonde de la hiérarchie des normes, dans laquelle le juge joue un rôle d'articulation essentiel. Ainsi, loin d'être une simple réception technique, l'internalisation constitue un processus dynamique, évolutif et jurisprudentiel, au cœur du dialogue des juges et de l'intégration juridique. Son intérêt est de permettre l'arrimage juridique sur le plan interne, de l'ensemble des normes et institutions appelées à servir l'effectivité et l'efficacité des normes formulées et acceptées au niveau supra-étatique en tenant compte du temps. À l'analyse de l'ordre juridique camerounais, plusieurs singularités apparaissent. Elles sont d'ordre formel et matériel.

36 Sur le plan formel, pour que la fonction consultative de la Chambre des comptes ait une portée plus accentuée, il faudrait, au préalable, réviser la Constitution dans l'optique de transformer cette juridiction en une Cour des comptes conformément aux engagements communautaires souscrits. Il faudrait, en outre, abroger tous les textes et règles juridiques contraires aux prescriptions contenues dans les directives communautaires. Ces exigences ne semblent pas irréalisables. Le législateur dispose toujours du pouvoir d'atomiser d'un seul coup ce qu'il a élaboré [79]. L'abrogation n'est pas conditionnée par une formalité plus rigoureuse que la révision de la Constitution qui selon le droit positif exige un formalisme particulier et le respect de certaines exigences d'ordre matériel.

37 Le problème, si tant est qu'on puisse le nommer ainsi, se pose sur un tout autre aspect. Même si conformément au droit en vigueur l'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République et au Parlement [80], il reste tout de même important de faire un état des lieux à son sujet. Tout d'abord du point de vue des faits, l'initiateur de la révision constitutionnelle est jusqu'à ce jour le président de la République. La cadence des révisions est imposée et conforme à sa volonté. Il n'en saurait être autrement étant donné qu'il dispose d'une majorité plus

que confortable au Parlement. De plus, il est rare d'observer une modification du texte fondamental à l'effet de courber l'échine au droit international ou communautaire. À la lecture, le constituant semble s'être satisfait d'invoquer l'adhésion du peuple camerounais aux différents instruments juridiques internationaux auxquels l'État a souscrit. Depuis l'adoption de la Constitution jusqu'à nos jours, il n'est pas possible d'identifier une modification ayant été induite au regard de la contrariété d'une norme constitutionnelle à un texte d'origine externe. Nombreux sont les textes d'origine externe qui sont ratifiés par le président de la République à la suite du consentement y relatif. Est-ce à dire que la Constitution camerounaise est tellement tatillonne et exhaustive pour avoir prévu la conformité avec les textes juridiques qui lui sont postérieurs ? Rien n'est moins sûr. L'environnement juridique est tellement dynamique qu'il est logique de modifier la constitution. En tout état de cause, il est certain que l'arrimage de la constitution est dans les faits, une prérogative rigoureusement discrétionnaire du président de la République. Elle est unilatérale et non concurrente. Même le Conseil constitutionnel qui aurait pu formuler certaines normes n'est véritablement pas à la hauteur ou à la dimension de ce dernier. De plus, le droit constitutionnel camerounais ne s'est pas construit en un jour et les dispositions relatives à la chambre des comptes semblent s'être stabilisées et avoir été éprouvées par leur efficacité et leur réception par le corps social. Le temps a en quelque sorte participé à la construction du droit [81] de la Chambre des comptes et à la cristallisation de son effectivité.

38 Au regard du contexte, il faut relever que sous le régime de l'ancien président Ahmadou Ahidjo, l'on a procédé à 5 révisions constitutionnelles réparties ainsi qu'il suit : deux ont porté sur la forme de l'État (1961 [82], 1972) et trois sur la réorganisation des pouvoirs publics (1969 [83], 1975 [84], 1979 [85]). De 1982 à 1995, la loi fondamentale a été modifiée par les lois de 1983 [86], 1984 [87], 1988 [88] et 1991 [89]. Après cette période, il faut noter les modifications de 1996 et de 2008 [90]. Le point commun de toutes ces modifications est qu'elles n'apportent quasiment rien au renforcement du pouvoir judiciaire ou à la suppression de la subordination de sa souveraineté à l'action du pouvoir exécutif. En outre, malgré l'option sur le plan interne pour le monisme avec primauté du droit international [91], leur

contexte et leurs motivations ne sont jamais guidés par le souci d'internalisation du droit international ou du droit communautaire. Elles sont toujours le reflet d'un besoin d'adaptation interne de l'ordre juridique en fonction des envies du président de la République. La réticence à la mise en application des exigences juridiques communautaires sur la création de la Cour des comptes relativise l'aide à la gouvernance en matière de finances publiques.

2.1.2. Une situation *a posteriori* préjudiciable

39 Conformément à la directive relative aux lois de finances dans les États membres de la CEMAC, une Cour des comptes doit être créée dans chacun d'entre eux [92]. Cette Cour est une juridiction et ses membres ont le statut de magistrat. Elle est indépendante par rapport au gouvernement et au Parlement et autonome par rapport à toute autre juridiction. Elle est aussi la seule à décider de la publication de ses avis, décisions et rapports. Enfin, elle est l'institution supérieure de contrôle de chaque État. Elle a entre autres comme missions : de certifier la régularité, la sincérité et la fidélité du compte général de l'État ; d'évaluer l'économie, l'efficacité et l'efficience de l'emploi des fonds publics au regard des objectifs fixés, des moyens utilisés et des résultats obtenus ainsi que la pertinence et la fiabilité des méthodes, indicateurs et données permettant de mesurer la performance des politiques et des administrations publiques [93]. Son champ d'action est manifestement plus étendu que celui de la Chambre des comptes. Toutefois, un problème reste en suspens.

40 Plus de 15 ans après les délais impartis pour la transposition de ces exigences posées par les instruments juridiques communautaires, cette juridiction n'existe toujours pas au Cameroun au grand dam du contrôle et de l'assistance à la gestion des fonds publics. Pour être plus précis, dans le cadre de la réforme de la gestion des finances publiques, la date limite de transposition dans les droits nationaux des directives que le Conseil des ministres de l'Union économique de l'Afrique centrale (UEAC) était fixée au 31 décembre 2017. En 2021, le rapport de surveillance multilatérale précisait que le taux de transposition et de mise en œuvre de ces directives, était de 83 % et donc, jugé de bonne qualité [94]. Cette note de satisfaction est certes

louable et appréciable, mais elle contraste aussi avec les attentes qui pèsent sur la dynamisation du droit constitutionnel institutionnel camerounais qui est englué dans la pratique de l'unité organique au sommet du pouvoir judiciaire et partant, craintif de la spécialisation et de l'autonomisation.

41 La Chambre des comptes, telle qu'elle est conçue au Cameroun, ne dispose pas des mêmes garanties dont jouit la Cour des comptes qu'elle doit être, notamment en matière d'autonomie et d'indépendance [95]. Elle ne jouit d'ailleurs pas du statut d'institution supérieure de contrôle. Ce statut est réservé au Contrôle supérieur de l'État. Si ces deux aspects sont invoqués, c'est parce qu'elle fait partie de la Cour suprême qui est la plus haute juridiction en matière de pouvoir judiciaire [96] et dont l'indépendance est paradoxalement garantie par le président de la République [97]. Il est difficilement compréhensible qu'un pouvoir indépendant des deux autres puisse voir son indépendance garantie par ce dernier [98]. Si cette formule est une survivance de l'époque où les constitutions camerounaises consacraient seulement l'autorité judiciaire, sa mise en tutelle ne s'explique plus maintenant qu'elle est devenue un pouvoir [99]. De plus, il n'y a aucune raison pour qu'un pouvoir ait une autre garantie que celle qui provient de la puissance souveraine du peuple [100], d'autant plus qu'elle déteint sur l'efficacité de son action.

2.2. L'inefficacité des actions menées

42 La notion d'efficacité d'une norme désigne le rapport entre l'objectif officiellement visé par le législateur au moyen de cette norme et le résultat obtenu concrètement ou le fait que la norme produise les effets de politique publique recherchés [101]. À partir de cette posture, serait donc efficace la norme atteignant l'objectif recherché par l'auteur à l'origine de son édiction [102]. En consacrant la fonction consultative de la Chambre des comptes, le législateur camerounais a omis ou négligé de doter cette institution de moyens pour la rendre efficace. En effet, l'ensemble des compétences dont elle dispose en la matière est limité (2.2.1.) et leur portée fortement dépendante de la volonté du pouvoir exécutif qu'elle assiste pourtant (2.2.2).

2.2.1. La limitation de la fonction consultative

43 La compétence consultative à travers laquelle la Chambre des comptes assure une fonction de conseil du pouvoir exécutif est véritablement pertinente, mais elle est malheureusement limitée. Elle est à la fois circonscrite, mais aussi circonspecte. La circonscription est l'œuvre des textes juridiques et donc d'ordre purement formel. En réalité, son rôle se situe essentiellement en aval de l'action administrative, à travers un contrôle *ex ante* ou *a posteriori*, ce qui exclut toute participation directe à l'élaboration, à l'orientation ou à la mise en œuvre des politiques publiques. En outre, elle ne dispose d'aucun pouvoir d'injonction à l'égard des membres du gouvernement ni de la compétence pour imposer des réformes structurelles. La loi interdit d'ailleurs à tout magistrat d'enjoindre l'administration. Plus exactement, le législateur précise qu'« est puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans, le magistrat qui intime des ordres ou des défenses à des autorités exécutives ou administratives »[103]. Cette disposition est le témoignage et la preuve palpable de la survivance du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Cette posture tranchée justifie que les recommandations formulées par cette juridiction ne relèvent purement et logiquement que d'une logique d'éclairage et d'amélioration de la gouvernance financière, sans s'imposer juridiquement à l'exécutif.

44 S'agissant de la portée juridique des actes, il convient de préciser qu'elle est assez relative, pourtant, c'est grâce à eux que la Chambre des comptes est amenée à orienter et à guider l'exécutif dans la gestion et la gouvernance des finances publiques. Ils peinent à produire des résultats significatifs. Cette relativité est en partie due à leur nature. Si l'on s'attarde sur le cas des avis par exemple, un constat clair se dégage. L'exécutif est libre de les demander et lorsqu'ils sont rendus, il n'est pas tenu de les suivre. Ces avis sont facultatifs ou encore non obligatoires dans la mesure où l'administration est libre de les solliciter et une fois formulés, de les suivre ou non[104]. Il en est de même des rapports qui ne constituent pas des décisions de justice revêtues d'une autorité de chose jugée. La situation aurait été différente si l'exigence de sa mutation avait été prise en compte en droit interne. D'après le droit communautaire, la Cour des comptes rend publics tous les rapports qu'elle transmet au

président de la République, au Parlement et au gouvernement. Elle publie également ses décisions particulières dans au moins deux grands journaux de grande diffusion. Un suivi de ses recommandations est organisé et les résultats de ce suivi sont régulièrement portés à la connaissance du public [105]. Il faut tout de même relever que cette disposition est reprise *in extenso* par le législateur camerounais [106]. A *priori*, l'on serait tenté de dire que la Chambre des comptes du Cameroun et la Cour des comptes imposée par le droit communautaire sont au même pied d'égalité or, l'interprétation littérale de ces deux dispositions juridiques ne permet pas de saisir leur intelligibilité. Leur qualité est approximative au regard des obscurités, des sous-entendus et des oublis. Et l'on a comme l'impression que le législateur camerounais traite de la Cour des comptes et non de la Chambre des comptes étant donné que le Code de la transparence est postérieur à la directive de 2011 en question alors que ce n'est nullement le cas. Ces deux dispositions souffrent de lacunes techniques [107]. Elles ne précisent pas les modalités selon lesquelles le suivi des recommandations faites par ladite juridiction est opéré. Elles ne précisent pas non plus quels sont les organes ou les autorités en charge dudit suivi.

45 Ce défaut peut néanmoins être partiellement minoré. En réalité, cette lacune est somme toute compréhensible pour ce qui est du droit communautaire étant donné que les directives n'ont pas vocation à imposer ou à définir les modalités particulières de mise en œuvre effective des normes posées dans les États à qui elles s'adressent. Contrairement à ce dernier, il est incompréhensible que le législateur camerounais n'ait pas rendu cette disposition juridique plus intelligible.

46 L'élément décisif de démarcation entre le législateur national et le « législateur » communautaire [108] se situe dans la consécration par ce dernier, d'une sollicitation éventuelle d'assistance par la juridiction des comptes. Comme on peut le remarquer, cette juridiction se distingue clairement de celle encore en exercice au Cameroun. Elle dispose clairement de moyens pour rendre son rôle de conseiller efficace contrairement à la Chambre des comptes qui ne peut qu'espérer que le pouvoir exécutif veuille bien agir pour ce faire. La Cour des comptes dispose d'une compétence déterminante qui lui permet d'être assistée par une juridiction supérieure. En effet, dans

l'exercice de ses missions, elle peut au besoin solliciter l'assistance de la Cour des comptes communautaire [109]. Deux interprétations méritent d'être faites au sujet de cette disposition juridique. D'une part, elle confère à la juridiction des comptes un pouvoir d'appréciation discrétionnaire en fonction des situations ou des affaires qu'elle a à connaître sous réserve du respect des modalités juridiques prévues. Elle peut de ce fait donner plus de force juridique à ses décisions, avis, recommandations en les nimbant d'une autorité dérivée de l'ordre juridictionnel supérieur en cas de besoin ou en cas de suspicion d'une réticence de la part de l'exécutif. D'autre part, cette disposition induit l'éventualité d'une mise en exergue d'un dialogue des juges. Il désigne l'échange d'arguments, d'interprétations, de concepts et de solutions juridiques entre magistrats [110] et il est essentiel, car il permet de partager efficacement des concepts, de jurisprudences, de visions de telle sorte que chacun des juges qu'il met en action voit s'accroitre à la fois la sphère de son pouvoir normatif d'interprétation et celle du pouvoir de sanction. En un mot, il améliore la qualité du travail du juge. En l'espèce, le dialogue éventuel que consacre l'article 73 de la directive relative aux lois de finances sus-évoquée arbore l'allure de la verticalité dans la mesure où il prend corps entre un juge communautaire dont la légitimité est supranationale et un juge interne qui jouit d'une légitimité nationale. Ici, la première va positivement influencer la seconde et renforcer l'autorité de sa fonction consultative.

47 La circonspection est, quant à elle, visible à l'égard de l'autorité du pouvoir exécutif et notamment de son chef avec qui la Chambre des comptes entretient des rapports particuliers. Ceux-ci justifient en quelque sorte la couardise et la retenue dans la formulation et la rédaction des actes destinés à orienter l'exécutif. En d'autres termes, il s'agit d'une sorte d'autolimitation. Une analyse attentive de ces derniers laisse transparaître l'usage d'un syllogisme juridique dont l'essence est de limiter l'arbitraire du juge dans la mesure où elle lui impose de sélectionner la disposition légale adéquate et de l'appliquer au cas d'espèce [111]. Il permet ainsi d'éviter de sombrer dans un juridisme ou un zèle outrecuidant en laissant percevoir la prévisibilité du point de vue de la Chambre des comptes. La totalité des avis fait état de cette méthode de raisonnement juridique. D'un

point de vue schématique, elle s'y présente comme suit : la prémisse majeure est la loi, la prémisse mineure est le fait qualifié, et la conclusion est la décision en tant que telle [112]. Ce formalisme juridique peut à première vue être trompeur en laissant penser que les avis ont vocation à s'imposer, mais il n'en est rien.

48 Les rapports eux aussi soulignent une certaine réserve dans la mesure où le suivi des recommandations formulées qui s'y trouvent ne ressortit pas de la compétence de la Chambre des comptes, mais plutôt du pouvoir exécutif à l'endroit de qui elles sont adressées et qui par nature prime sur les autres pouvoirs. En 2024, cette juridiction a fait le constat selon lequel le ministère des Finances n'a, à ce jour, procédé à aucune évaluation du fonctionnement de ses services en général et de la direction générale du Trésor, de la coopération financière et monétaire en particulier [113]. Elle a en outre rappelé que bien que le décret n° 2013/066 du 28 février 2013 portant organisation dudit ministère prévoie des structures et des attributions claires pour chaque direction, division et service, aucun mécanisme formel d'évaluation n'a été mis en œuvre ou publié [114]. Y faisant suite, elle a recommandé de procéder à un audit du fonctionnement de ses services [115].

49 L'usage de la locution « prendre acte » renseigne sur le caractère hypothétique du respect des recommandations. Si le recours à cette locution s'observe tant dans le domaine judiciaire qu'extrajudiciaire, d'un point juridique, prendre acte consiste à constater solennellement un fait ou un dire et le consigner par écrit selon les formes requises, variables selon les espèces [116]. En d'autres termes, quelles que soient les circonstances, il s'agit toujours de conserver la trace d'un évènement ou d'une déclaration, pour pouvoir, le cas échéant, rapporter la preuve de son existence [117]. Cette approche n'est pas différente de celle qui est ressort sur le plan littéraire. Sous cet angle « prendre acte » signifie reconnaître qu'un évènement, une décision ou une déclaration a eu lieu, sans nécessairement y souscrire, ni l'approuver.

50 Sur les quarante et une recommandations qui ont été formulées et adressées au ministère des Finances dans le rapport de certification du compte général de l'État de 2024 [118], ce dernier a systématiquement pris acte sans indiquer s'il allait les prendre en

compte ou les mettre en application. L'on remarque, en outre, que le département ministériel à qui la recommandation est adressée ne donne généralement d'explication que lorsqu'une action est déjà en cours d'exécution. C'est le cas par exemple de la recommandation de l'élaboration d'un nouvel organigramme pour le ministère et sa mise à jour régulière pour garantir un bon fonctionnement et une bonne performance. Le ministère des Finances s'est contenté de préciser qu'un projet d'organigramme est en cours d'élaboration en liaison avec les services techniques du ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative et qu'il tient compte des évolutions induites par la réforme comptable [119].

51 L'usage de la locution (prendre acte) est tellement lapidaire qu'on a comme l'impression, en parcourant ledit rapport, que les recommandations agacent quelque peu le département ministériel en question. Elle témoigne d'une économie de mots pour une explication qui, sans être exhaustive vu le format du rapport, se devrait d'être au moins concise et intelligible quant à la mise en œuvre voulue par la Chambre des comptes. Cette abstention à l'explication des modalités et des délais de la prise en compte des conseils de cette institution traduit la transcendance du pouvoir exécutif.

2.2.2. La transcendance du pouvoir exécutif

52 La légitimité de la fonction consultative de la Chambre des comptes semble être négligée par l'exécutif qui par essence bénéficie d'un statut très particulier. La transcendance du pouvoir exécutif doit être appréhendée sous le prisme de sa domination sur le pouvoir judiciaire. Elle est due à la présidentialisation du système politique et à la personnification du pouvoir. Ces deux processus lui permettent d'occuper au sein de l'État, une position dominante qui structure l'ensemble de l'architecture institutionnelle. Cette prééminence s'observe tant dans la lettre des textes que dans la pratique politique quotidienne. En d'autres termes, elle est à la fois le résultat des particularismes du régime et du système politiques même s'il existe une importante controverse doctrinale sur leur appréhension. Au-delà de cette dernière, le régime politique, entendu au sens strict, correspond aux règles constitutionnelles et il se caractérise par des éléments juridiques relatifs à l'organisation des institutions [120]. Le système politique, quant à lui, correspond à la pratique des

institutions c'est-à-dire qu'il est l'ensemble qui résulte des interactions entre les deux sous-ensembles que sont le régime politique et le « système des variables déterminantes »[121]. Il commande une lecture du droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel[122]. Cette distinction permet de situer la transcendance du pouvoir exécutif dans le sillage du système politique de type présidentialise.

53 Historiquement, la consolidation de l'autorité présidentielle a façonné un régime où l'exécutif impulse et oriente l'action publique. De ce point de vue, le chef de l'État est l'objet unique de la sollicitude des constituants camerounais[123]. La Constitution lui confère d'ailleurs des compétences étendues qui dépassent la simple fonction d'arbitrage et, en pratique, ces compétences se traduisent par une capacité d'initiative et de décision largement supérieure à celle des autres pouvoirs. Aux termes de l'article 5 de cette loi fondamentale, le président de la République définit la politique de la nation ; veille au respect de la Constitution ; assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics[124]. De plus, les moyens qu'il utilise lui donnent de l'emprise sur l'organisation institutionnelle de l'État[125]. L'État c'est le président de la République[126] en quelque sorte.

54 Comme il a été fait mention plus haut, l'indépendance du pouvoir judiciaire est garantie par le président de la République, ce qui laisse planer la suspicion dans une certaine mesure d'une dépendance structurelle. Il est très difficile de mettre en mouvement une action répressive sans l'aval du président de la République. Les initiatives de moralisation et d'assainissement de la gestion des deniers publics relèvent de sa compétence. Cet état de choses atteste que l'organisation administrative obéit à un principe de verticalité et donc de centralisation administrative au sommet de l'État. L'évocation à cor et à cri de « très hautes instructions » présidentielles par les membres renforce cette affirmation. En effet, elles imposent, orientent et sanctionnent l'usage des fonds publics. Il est très difficile de prendre en compte les recommandations, avis ou rapports de la Chambre, sans se référer au chef de l'exécutif. C'est lui qui détient le pouvoir suprême[127] et donc qui décide du sort qu'il réserve aux recommandations, avis et rapports qui lui sont adressés par la Chambre des comptes. Pour preuve, le dernier rapport majeur en

date qui a fait couler beaucoup d'encre et de salive sur la gestion des fonds pour la lutte contre le COVID-19 et qui avait relevé de nombreux abus [128] est jusqu'à présent resté lettre morte. L'on se serait attendu à la prise de décisions visant à pallier les manquements observés par cette institution et à sanctionner leurs auteurs, mais il n'en est rien. Les trente recommandations dudit rapport, dont vingt-trois à l'endroit du ministre de la Santé publique, cinq à l'endroit du ministre des Finances, une adressée au ministre de la Recherche scientifique et de l'Innovation et une au ministre du Commerce, n'ont pas pesé de leur poids. Il en est de même de celle relative à l'ouverture de dix procédures concernant des faits susceptibles de constituer des infractions pénales. C'est le signe que l'exécutif est incontestablement « le maître du temps et des clés ». Sa transcendance s'observe par l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont il dispose et qui se manifeste doublement à travers l'appréciation de l'opportunité de l'action d'une part et d'autre part, dans le choix du contenu de la décision [129].

55 En outre, la Chambre des comptes semble elle-même faire un aveu d'impuissance de sa compétence non juridictionnelle notamment en matière de certification du compte général de l'État. En visitant son site internet et en parcourant l'onglet relatif à ses missions, l'on peut lire que « la compétence de certification qui, bien que non encore systématique, est exercée à titre expérimental pour accompagner le gouvernement dans ses efforts de transparence financière » [130]. Cette précision sonne en outre comme un cri d'alarme ou un appel à la rescousse du législateur et du pouvoir exécutif lui-même qui doivent accorder plus de crédibilité et plus d'entrain à cette juridiction dans l'assistance à l'amélioration de la gouvernance de la chose publique. Sur ce constat, on ne peut qu'espérer dès lors qu'elle devienne systématique et que l'exécutif y accorde plus d'attention et d'intérêt, car en réalité la gouvernance des deniers publics oblige le respect de l'intérêt général et même la souveraineté du peuple.

Conclusion

56 De ce qui précède, il apparaît manifestement que la Chambre des comptes est un conseiller du pouvoir exécutif grâce à sa fonction consultative. Cette fonction couvre spécifiquement la mise en œuvre

et l'évaluation de l'exécution de la loi de finances et plus généralement la gestion et la gouvernance des finances publiques. Elle ne fait aucunement ombrage au prestige de ce pouvoir. Au contraire, elle se justifie pleinement, car les objectifs de développement et d'émergence exigent, au regard de leur pertinence, une synergie d'actions dans le processus d'utilisation des fonds publics. Cette légitimité tire son fondement théorique dans l'essence même du principe de la séparation qui commande une certaine collaboration entre les différents pouvoirs de l'État. De ce fait, elle devrait induire une action positive de l'exécutif qui jusqu'ici semble indolent, sourd et aveugle par rapport aux recommandations, avis, observations et rapports de certification qu'elle lui soumet. Certes, l'on pourrait arguer que certains actes sont posés çà et là par cette juridiction, mais il faut dire que cette mise en œuvre reste encore insuffisante au regard du volume des récriminations adressées. Un cadre juridique adéquat, conforme aux exigences du droit communautaire, doit être mis en place afin d'assurer une plus grande efficacité de sa fonction consultative.

NOTES

1 G. Burdeau, *L'État*, Paris, Seuil, 1970, p. 15.

2 P. Ardant et B. Mathieu, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 22e éd., 2010, p. 21.

3 *Ibid.*

4 M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. (Essai de vitalisme social) », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 96.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 L. Favoreu et *al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 21e éd., 2019, p. 689.

8 *Ibid.*

9 Article 37 de la Constitution du Cameroun.

10 Article 38, *ibid.*

11 Loi no 61-03 du 4 avril 1961.

12 Ordonnance n° 59/86 du 17 décembre 1959.

13 Loi fédérale n° 69/LF-17 du 10 novembre 1969 portant suppression de la Chambre des comptes.

14 G. R. Eba'a, *Lutte contre la corruption et les infractions assimilées au Cameroun. Regard critique sur le Contrôle supérieur de l'État, de la Chambre des comptes, la Commission nationale anti-corruption et le Tribunal criminel spécial*, Yaoundé, PUCAC, 2019, p. 91.

15 *Ibid.*

16 Article 13 de la loi n° 2003/005 du 21 avril 2003 fixant les attributions, l'organisation et le fonctionnement de la Chambre des comptes de la Cour suprême.

17 Article 14, *ibid.*

18 Article 15, *ibid.*

19 Article 16, *ibid.*

20 Voir les articles 18, 19 et 20, *ibid.*

21 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 9e éd., 2011, p. 237.

22 *Ibid.*

23 P. Robert (dir.), *Le Grand Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2005.

24 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 241.

25 *Ibid.*

26 A. Dioukhané, *Les juridictions financières dans l'UEMOA. La Cour des comptes du Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 156.

27 M. Bouvier et M.-C. Esclassan et J.-P. Lassale, *Finances publiques*, Paris, LGDJ, 12e éd., 2013, p. 469.

28 M. Kamto « La chose publique », *RASJ*, vol. 2, n° 1, 2001, p. 9-18.

29 P. Robert (dir.), *Le Grand Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, *op. cit.*

30 C. Sietchoua Djuitchoko, *La Chambre des comptes de la Cour suprême du Cameroun. Les principaux arrêts, avis, rapports de certification du compte général et rapports d'observations à fin de contrôle commentés*, Yaoundé, EDLK, 2016, p. 29.

31 M. Médé, *Finances publiques. Espace* UEMOA/UMOA, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 66.

32 J.-L. Esambo Kangashe, *Le droit constitutionnel*, Paris, Academia-L'Harmattan, 2013, p. 260.

33 M. Kamto, « Dynamique constitutionnelle du Cameroun indépendant », *RJA*, n° 1, 2 et 3, 1995, p. 8.

34 L. Heuchling, « La constitution formelle », in M. Tropper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 265-296.

35 Article 2 de la loi n° 2006/017 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation, les attributions et le fonctionnement des tribunaux régionaux des comptes.

36 J. Raynaud, « La Cour des comptes et la Constitution de la République », *RFDC*, n° 23, 1995, p. 654 cité par M. Lascombe et X. Vanderdriessche, « Conseil constitutionnel et Cour des comptes : plaidoyer pour une coopération renforcée », in *Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip*, Paris, Economica, 2005, p. 438.

37 M. Lascombe et X. Vanderdriessche, « Conseil constitutionnel et Cour des comptes : plaidoyer pour une coopération renforcée », *op. cit.*, p. 438.

38 Union économique et monétaire ouest-africaine.

39 F. Mengue Me Engouang, *Les finances publiques du Gabon, droit budgétaire et droit de la comptabilité publique*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 226-235, cité par D. Y. Efangon, *Le contrôle juridictionnel des finances publiques en Afrique. Regards croisés sur la CEMAC et l'UEMOA*, Paris, L'Harmattan, 2022, p. 234.

40 M. Lascombe et X. Vanderdriessche, « Conseil constitutionnel et Cour des comptes : plaidoyer pour une coopération renforcée », *op. cit.*, p. 438.

41 *Ibid.*

42 M. Bouvier et M.-C. Esclassan et J.-P. Lassale, *Finances publiques*, *op. cit.*, p. 470-471.

43 Article 10 de la loi n° 2003/005 du 21 avril 2003 fixant les attributions, l'organisation et le fonctionnement de la Chambre des comptes de la Cour suprême.

44 Audit de la Société de recouvrement des créances du Cameroun. Exercices : 2018-2022, juillet 2025, p. 4.

45 Article 3 de la loi n° 2003/005 du 21 avril 2003 fixant les attributions, l'organisation et le fonctionnement de la Chambre des comptes de la Cour suprême. Aux termes de l'article 39 de la loi n° 2006/16 du 27 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême : « la Chambre des comptes est compétente pour : a) contrôler et juger les comptes de l'État et des entreprises publiques et parapubliques ; b) statuer souverainement sur les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions inférieures des comptes ; c) donner son avis sur les projets de loi de règlement présentés au parlement ; d) élaborer et publier le rapport annuel des comptes de l'État adressé au président de la République ; e) connaître de toute autre matière qui lui est expressément attribuée par la loi ».

46 Article 126 du décret n° 2013/160 du 15 mai portant règlement général de la comptabilité publique.

47 Article 122 alinéa 2 du décret n° 2020/375 du 7 juillet 2020 portant règlement général de la comptabilité publique

48 H. Jacquot-Guimbal et L. Alaphilippe, « La certification des comptes des opérateurs de l'État : l'exemple de l'IFSTTAR (Institut français des Sciences et Technologies des Transports, de l'Aménagement et des Réseaux) », *Gestion & Finances Publiques*, n° 1, 2019, p. 95.

49 C. Sietchoua Djuitchoko, *La Chambre des comptes de la Cour suprême du Cameroun. Les principaux arrêts, avis, rapports de certification du compte général et rapports d'observations à fin de contrôle commentés*, *op. cit.*, p. 109.

50 S. T. Bilounga, *Finances publiques camerounaises, Budgets – Impôts – Douanes – Comptabilité publique*, Paris, L'Harmattan, 2020, p. 252.

51 P. Rion, « La Cour des comptes », in B. Bayenet, M. Bourgeois et P. Rion (dir.), *Comptabilité publique, État des lieux et mise en œuvre dans les différentes entités belges*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 642-643.

52 Chambre des comptes de la Cour suprême, Rapport de certification du compte général de l'État n° 004/2013/CSC/CDC du 18 décembre 2013, Exercice 2012.

53 *Ibid.*

54 Article 78 de la directive CEMAC n° 02/11-UEAC-190-CM-22 relative au règlement général de la comptabilité publique.

55 A. Van Lang, G. Gondouin et V. Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 7e éd., 2015, p. 371.

56 *Ibid.*

57 Article 3 de la loi n° 2003/005 du 21 avril 2003 fixant les attributions, l'organisation et le fonctionnement de la Chambre des comptes de la Cour suprême.

58 G. Dupuis, M.-J. Guédon et P. Chrétien, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 10e éd., 2007, p. 552.

59 J.-M. Pontier, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Dalloz*, 1998, p. 327-333.

60 Voir la décision n° 0001897/MINFI/CAB du 29 juillet 2008 du Ministre des Finances.

61 M. A. Frison-Roche, « Argent privé, argent public », *Archives de philosophie du droit*, n° 42, 1997, p. 199.

62 Chambre des comptes de la Cour suprême, « Rapport public annuel 2023 », 2024, p. 29.

63 Cette commission de travail interministériel a été mise en place par décision n° 00355/MINFI/SG/DGI du 23 mai 2014 du ministre des Finances. Elle mène ses activités conformément aux dispositions de la circulaire n° 00661/MINFI/DCI/DGTCFM du 3 décembre 2014 précisant les modalités d'apurement des restes à recouvrer.

64 Chambre des comptes, « Rapport public annuel 2023 », 2024, p. 31.

65 Article 2 de la décision n° 155/MINFI/DGI du 23 mai 2014 portant création et fonctionnement d'une plateforme chargée d'assurer l'apurement des dettes fiscales non compensables des entités publiques.

66 Audit du Fonds spécial de solidarité nationale pour la lutte contre le coronavirus et ses répercussions économiques et sociales. Exercice 2020, juin 2021.

67 C. Sietchoua Djuitchoko, *La Chambre des comptes de la Cour suprême du Cameroun. Les principaux arrêts, avis, rapports de certification du compte général et rapports d'observations à fin de contrôle commentés*, *op. cit.*, p. 150.

68 Il s'agit d'un personnage biblique ayant été réquisitionné par les soldats romains pour aider Jésus, épuisé, à porter sa croix sur le chemin du Calvaire (Luc chapitre 23, verset 26 de la Sainte Bible).

69 M. Virally, « Notes sur la validité du droit et son fondement. (Norme fondamentale hypothétique et droit international) », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 454-455.

70 *Ibid.*

71 M.-A. Cohendet, « Légitimité, effectivité et validité », in *La République, Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, LGDJ, 2001, p. 209.

72 E. Moubitang, « La classification des actes unilatéraux des organisations d'intégration économique africaines : cas de la CEMAC et de l'UEMOA », in M. Kamto, S. Doumbe-Bille et B. M. Metou (dir.), *Regards sur le droit public en Afrique, Mélanges en l'honneur de Joseph-Marie Bipoun Woum*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 444.

73 *Ibid.*, p. 451.

74 On peut citer entre autres la directive n° 06/11-UEAC-190-CM-22 relative au Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques ; la directive n° 01/1/11-UEAC-190-CM-22 relative aux lois de finances ; la directive n° 02/08-UEAC-190-CM-17 portant règlement général sur la comptabilité publique ; la directive n° 03/03-UEAC-190-CM portant nomenclature budgétaire ; la directive n° 04/08-UEAC-190-CM-17 relative aux opérations financières de l'État et la directive n° 05/08-UEAC-190-CM-17 relative au plan comptable de l'État, toutes adoptées le 19 décembre 2011.

75 Voir à ce sujet B. Taxil, « Méthodes d'intégration du droit international en droits internes », in *Internalisation du droit et internalisation de la justice*, 3e Congrès de l'AHJUCAF, 21-23 juin 2010, p. 104-115 ; N. Mouellé Kombi, « Les dispositions relatives aux conventions internationales dans les nouvelles Constituions des États d'Afrique noire francophone », *African Yearbook of International Law*, vol. 8, 2001, p. 223-263 ; J.-L. Atangana Amougou (dir.), *Le Cameroun et le droit international*, Colloque des cinquantenaires de l'Indépendance et de la Réunification du Cameroun organisé à Ngaoundéré du 2 au 3 mai 2013, Paris, Éditions A. Pedone, 2014, 376 p. A. Pellet, « Vous avez dit "monisme" ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 827-857.

76 M. Virally, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in M. Virally, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Genève, Graduate Institute Publications, coll. « International », 25 juin 2015, p. 106.

77 Article 41 du traité révisé de la CEMAC du 30 janvier 2009.

78 Article 43, *ibid.*

79 D. Gutmann, « Temps », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2014, p. 1471.

80 Article 63 alinéa 1 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996.

81 D. Gutmann, « Temps », *op. cit.*, p. 1470.

82 Loi nº 61-24 portant révision constitutionnelle et tendant à adapter la constitution actuelle aux nécessités du Cameroun réunifié (JORC du 30 septembre 1961).

83 Il s'agit des lois nº 69/LF/13 du 14 novembre 1969 modifiant l'article 39 de la Constitution, nº 69/LF/14 du 14 novembre modifiant l'article 16 de la Constitution et nº 69/LF/15 du 14 novembre 1969 modifiant l'article 2 de la Constitution.

84 Loi nº 75/1 du 9 mai 1975.

85 F. X. Mbome et A. Logmo Mbeleck, « Droit et politique au Cameroun depuis 1982 », *Juridis Périodique*, nº 67, 2006, p. 52.

86 Loi du 18 novembre 1983.

87 Loi du 4 février 1984 modifiant les articles 1, 5, 7, 8, 26 et 34 de la Constitution.

88 Il s'agit de la loi nº 88/030 du 17 mars 1988 et de la loi nº 88/032 du 17 mars 1988.

89 Loi nº 91-001 du 23 avril 1991 portant modification des articles 5, 7, 8, 9, 28, 27, et 34 de la Constitution (JORC du 25 avril 1991).

90 Loi nº 2008-1 du 14 avril 2008 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi nº 96-06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972 (JORC du 21 avril 2008).

91 N. Mouellé Kombi, « Les dispositions relatives aux conventions internationales dans les nouvelles Constituions des États d'Afrique noire francophone », *op. cit.*, p. 246.

92 Article 72 de la directive nº 01/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois de finances dans les États membres de la CEMAC.

93 Article 73, *ibid.*

94 CEMAC, « Rapport annuel 2021 sur la mise en œuvre des réformes économiques et financières dans la zone CEMAC », avril 2022, p. 41.

95 M. C. Mvogo, « Réflexions succinctes sur les entraves à la transparence et la bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au

Cameroun », *Annales de l'Université Marien Ngouabi, Sciences juridiques et politiques*, vol. 23, nº 1, 2022, p. 108.

96 Article 38 de la Constitution du Cameroun.

97 Article 37 alinéa 3 de la Constitution du Cameroun.

98 A. D. Olinga, *La constitution de la République du Cameroun*, Yaoundé, PUCAC, 2e éd., 2013, p. 117-118.

99 M. Kamto, « Les mutations de la justice camerounaise à la lumière des développements constitutionnels de 1996 », *RASJ*, vol. 1, 2000, p. 15.

100 *Ibid.*

101 M.-A. Cohendet, « Légitimité, effectivité et validité », *op. cit.*, p. 209.

102 L. Gay, « L'exigence d'efficacité de la norme, facteur d'un nouvel âge d'or du comparatisme dans la production juridique ? », in M. Fatin-Rouge Stéfanini, L. Gay et A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 108.

103 Article 126 de la loi nº 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal.

104 A. Van Lang, V. Gondouin et V. Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, *op. cit.*, p. 52.

105 Section VI de l'annexe de la directive nº 06/11-UEAC-190-CM-22 relative au Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques du 19 décembre 2011.

106 Aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 43 de la loi nº 2018/011 du 11 juillet 2018 portant Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun, la juridiction des comptes « publie ses décisions particulières dans le Journal officiel et dans au moins deux (2) grands journaux nationaux de grande diffusion faisant partie de la liste des journaux d'annonces légales. Un suivi de ces recommandations est organisé et les résultats de ce suivi sont régulièrement portés à la connaissance du public ».

107 O. Pfersmann, « Lacunes et complétude », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 911.

108 Lire B. Nabli, « La figure du "législateur" de l'Union européenne », *Revue française de droit constitutionnel*, nº 72, 2007, p. 695-717.

109 Article 73 de la directive nº 01/11-UEAC-190-CM-22 relative aux lois de finances du 19 décembre 2011.

110 J. Allard et L. Van Den Eynde, « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit. Arguments entre idéalisation et scepticisme », in I. Hachez et *al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 3, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2012, p. 285.

111 S. Goltzberg, *L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2015, p. 30.

112 *Ibid.*

113 Chambre des comptes, « Compte général de l'État de l'exercice 2024. Rapport définitif sur le contrôle interne », septembre 2025, p. 6.

114 *Ibid.*

115 *Ibid.*

116 R. Henri et B. Laurent, *Dictionnaire des expressions juridiques*, Paris, L'Hermès, 2e éd., 1991, p. 309.

117 *Ibid.*

118 Chambre des comptes, « Compte général de l'État de l'exercice 2024. Rapport définitif sur le contrôle interne », *op. cit.*

119 *Ibid.*, p. 6.

120 M.-A. Cohendet, *Le président de la République*, Paris, Dalloz, 2002, p. 2-3.

121 Le système des variables déterminantes est un ensemble de facteurs et dont on peut distinguer entre autres : le système des partis, le mode de scrutin, l'histoire, le contexte économique et social, la situation diplomatique, éventuellement la religion, la répartition des forces politiques entre les différents organes à l'issue de chaque élection. Ce dernier peut aussi contenir des éléments juridiques tels que les lois organiques, les lois ordinaires, les actes administratifs relatifs à l'organisation des institutions, au mode de scrutin, ou au mode de financement des partis politiques et la jurisprudence. M.-A. Cohendet, « Le système de variables déterminantes », in *Constitutions et pouvoirs*, *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Lextenso éditions, 2008, p. 123.

122 O. Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle – À propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, nº 6, janvier 1999, p. 1-13.

123 J. Gicquel, « Le présidentialisme négro-africain : l'exemple camerounais », in *Le pouvoir*, *Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 713.

124 Article 5 de la loi nº 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972, modifiée et complétée par la loi nº 2008/001 du 14 avril 2008.

125 P. E. Abane Engolo, « Les figures de la Constitution matérielle en Afrique », RCC, nº 000/2019, p. 62.

126 A. D. Olinga, *La Constitution de la République du Cameroun*, *op. cit.*, p. 68.

127 B. Ba, *L'institution présidentielle dans le nouveau constitutionnalisme des États d'Afrique et d'Amérique latine* (*Afrique du Sud-Bénin-Ghana-Sénégal/Brésil-Chili-Colombie*), Thèse de doctorat, Dakar, Université Cheikh Anta Diop, août 2013, p. 19.

128 La Chambre des comptes a relevé entre autres l'opacité dans l'attribution des marchés spéciaux au ministère de la Santé publique ; le détournement de la lettre de l'objet d'une lettre-commande pour la fourniture des combinaisons de protection thermoscellables alors que ce sont des asques qui ont été réceptionnés et des payements d'un montant 201 953 900 (deux cent un millions neuf cent cinquante-trois mille neuf cents) FCFA à la caisse en violation de la règlementation. Voir la synthèse du premier rapport d'audit de la Chambre des comptes sur l'utilisation des ressources du fonds spécial de solidarité nationale pour la lutte contre le coronavirus, mars 2021 et le rapport lui-même datant du 4 juin 2021.

129 A. Bockel, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA*, vol. 1, Juillet-Août 1978, p. 356-359.

130 Les missions de la Chambre des comptes de la Cour suprême, [en ligne] < https://chambredescomptes.cm > consulté le 27/02/2026.

ABSTRACTS

Français

Dans sa fonction de conseiller de l'exécutif, la Chambre des comptes du Cameroun se présente sous les traits de Simon de Cyrène. En effet, tout comme ce personnage biblique, elle est sollicitée et parfois réquisitionnée pour aider l'exécutif à porter sa croix sur le chemin du calvaire de la gestion des finances publiques malgré certains écueils. L'internalisation de certaines normes posées au niveau communautaire devant permettre sa mutation en une Cour et renforcer à coup sûr l'efficacité de son assistance, reste attendue. En outre, l'exécutif devrait accorder une attention particulière aux résultats de son travail afin de véritablement en tirer profit. Il en va de l'immanence et de la transcendance de l'intérêt général.

English
In its role as adviser to the executive, the Audit bench of Cameroon appears in the likeness of Simon of Cyrene, as it is called upon and sometimes requisitioned to help the executive bear its cross along the Calvary of public finance management, despite certain pitfalls. The internalisation of certain standards established at the community level, which should enable its transformation into a Court and undoubtedly strengthen the effectiveness of its assistance, is still awaited. Moreover, the executive should pay particular attention to the results of its work in order to truly benefit from them. This is a matter of both the immanence and the transcendence of the general interest.

INDEX

Mots-clés
Chambre des comptes, pouvoir exécutif, avis, certification, rapport.

Keywords
Audit bench, executive power, opinion, certification, report.

AUTHOR

Maurice Cédric Mvogo
Docteur/Ph.D. en droit public, Maurice Cédric Mvogo est assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Bertoua (Cameroun), chercheur au Centre d'Études et de Recherches Constitutionnelles, Administratives et Financières (CERCAF) et chercheur associé au Bureau des Études Stratégiques (BESTRAT)
IDREF : https://www.idref.fr/297978934

Un conseiller cathédocratique de l'Exécutif : la Chambre corporative sous l'*Estado Novo* portugais (1933-1974)

Oscar Ferreira

DOI : 10.35562/droit-public-compare.945

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

I. *Leonina societas*. L'illusion d'un conseiller corporatiste et spiritualiste
II. *Consiliator deorum*. La réalité d'un conseiller mandarinal et technocrate

TEXT

1 Pour être utile, tout prétendant au poste de conseiller de l'Exécutif doit disposer de capacités intellectuelles ou de connaissances spécifiques faisant défaut aux gouvernants. Ce truisme pose une vraie difficulté au sein d'un régime fondé et dirigé par des experts, prétendant détenir les lumières nécessaires à la direction du gouvernement du fait de leurs diplômes. Plus qu'une épistocratie [1], le régime politique du Portugal du temps de l'*Estado Novo* (1933-1974) peut être défini comme une « dictature de docteurs » (suivant l'expression popularisée à son corps défendant par Salazar) [2] ou, de façon moins polémique, comme une cathédocratie [3]. Ce terme procède d'une rencontre de deux mots grecs : *kathèdra* (καθέδρα : siège ou chaire – celle de l'évêque comme du professeur) et *kratein*, dérivé de *kratos* (κράτος), qui implique l'idée d'un pouvoir qui a sa source en lui-même. La souveraineté est ainsi remise à une classe savante et sage, qui offre comme gages de garantie sa profession d'universitaire et son grade de docteur.

2 Jusqu'en 1968, l'inamovible Président du Conseil António de Oliveira Salazar en est la clef de voûte. Avant de devenir despote, il occupa les chaires d'économie politique et de finances publiques de la faculté de droit de Coimbra ; ces fonctions motivèrent les militaires à l'intégrer

au gouvernement afin de consolider leur dictature prétendument vertueuse (1926-1933) [4]. Le nouveau régime, dont la constitution fut conçue puis consolidée par Salazar et ses lieutenants (Domingos Fezas Vital, Mário de Figueiredo, José Alberto dos Reis…), eux-mêmes professeurs de droit [5], s'enorgueillit de mobiliser les élites du pays en les nommant aux postes-clés de l'administration et à la tête des ministères. Notons toutefois une surreprésentation des anciens étudiants en droit, en particulier ceux de Coimbra. Les statistiques sont éloquentes : sur toute la période, 100 % des membres du gouvernement sont diplômés du supérieur, dont 50 % en droit ; 43 % des ministres disposent même d'un doctorat [6]. Des sollicitations plus ponctuelles des universitaires – juristes du moins, compte tenu de la surveillance voire de la répression de plusieurs professeurs d'autres disciplines et de moult intellectuels [7] – complètent ce schéma en apparence auto-suffisant. Il atteste d'une mainmise mandarinale sur la confection de la loi, fruit d'une réaction aux entreprises anticléricales de la I^re^ République (1910-1926) ; celles-ci ont en effet incité les étudiants en droit de Coimbra, dont les futurs cathédocrates, à se mobiliser en faveur de la foi catholique, avant de se projeter en politique [8].

3 Pourtant, les cathédocrates ont inséré dans la Constitution de 1933 un organe faisant intervenir des experts. Nommés procureurs (*procuradores*), ceux-ci peuvent rédiger des rapports ou avis (*parecer*) sur des projets normatifs dans le cadre feutré d'une assemblée : la Chambre corporative [9]. Censée représenter les intérêts particuliers du pays, suivant les modèles corporatistes ayant fleuri en Europe dans les années 1920-1930 [10], cette institution a su vite se transformer en un organe consultatif technique prisé du gouvernement. L'*Estado Novo* abrite en effet un système parlementaire asymétrique, qui détonne dans le concert européen des régimes autoritaires de la période : la Constitution de 1933 adopte un modèle bicaméral, Salazar déjugeant la première mouture de son projet, où les représentants des intérêts particuliers (ceux des corporations morales et économiques, mais aussi des autorités locales) intègrent une chambre unique [11]. Refuge de la représentation politique du pays, l'Assemblée nationale côtoie ainsi une Chambre corporative, initialement placée « auprès » d'elle (art. 102 de la Constitution) et chargée à l'origine de « rapporter, en donnant son

avis par écrit, toutes les propositions ou projets de loi soumis à l'Assemblée nationale avant que celle-ci n'en commence la discussion » (art. 103). Le délai de restitution des rapports, fixé à 30 jours, démontre qu'ils devaient provenir de maîtres, capables de distiller leur science en un temps limité [12].

4 Cette nature consultative échappe vite à son orbite originelle : la compétence et la qualité des procureurs de la Chambre corporative en font des alliés précieux que le gouvernement souhaite accaparer, dans l'espoir d'une collaboration plus étendue, voire d'une conversion au salazarisme [13]. La loi nº 1963 du 18 décembre 1937 retire ainsi la mention du positionnement de la Chambre corporative « auprès de l'Assemblée nationale », pour en faire une institution pouvant être aussi sollicitée par l'Exécutif – une clarification nécessaire, eu égard à la possibilité désormais offerte de rédiger des rapports sur des décrets-lois (loi nº 1885 du 23 mars 1935) [14]. Libérée du calendrier parlementaire imposé à l'Assemblée nationale (loi nº 1963 du 18 décembre 1937), la Chambre corporative devient alors un organe d'expertise incontournable, pouvant évaluer tout objet (loi nº 2048 du 11 juin 1951) à toute période de l'année. Ses rapporteurs éclairèrent ainsi toutes les politiques publiques du régime [15], accompagnant l'essor – modeste jusqu'aux années 1960 – de l'État-providence portugais [16].

5 L'évolution de cet organe consultatif témoigne de la nature cathédocratique puis technocratique de l'*Estado Novo*. Au-delà de la légitimation de politiques publiques par des sachants, l'institution ne vise-t-elle pas à sceller les alliances au sommet de l'État, sous couvert de respecter la doctrine corporative officielle ?

6 En effet, la Chambre corporative fut initialement perçue comme l'emblème du corporatisme d'association : proche du Conseil national économique français et d'autres expérimentations européennes, elle devait éclairer les projets de réforme à la lumière des savoirs professionnels des sphères économiques et des partenaires sociaux (I). En pratique, comme en droit, elle a vite oublié ses racines pour muer en une institution servant de vitrine de l'alliance entre universitaires juristes et militaires, avant que l'usure des professeurs de droit – entre autres soucis liés au manque de renouvellement

générationnel – ne la transforme en un organe de consultation accaparé par les ingénieurs, les économistes et les gestionnaires (II).

I. *Leonina societas*. L'illusion d'un conseiller corporatiste et spiritualiste

7 De prime abord, la Chambre corporative portugaise pourrait n'être qu'un avatar de la représentation professionnelle, chargée de donner une voix aux forces vives de la Nation dans une chambre législative séparée. En théorie plus productive et plus stable qu'une assemblée politique du fait de sa composition et de la compétence technique de ses membres, cette nouvelle chambre assurerait le contrepoids de la représentation politique, jugée trop fluctuante car réagissant aux modes et aux passions portées par l'air du temps. Le cathédocrate Manuel Rodrigues Jr, le premier professeur à rejoindre les rangs ministériels sous la Dictature militaire, flétrissait ainsi les tares des parlements : ces rouages essentiels de la démocratie libérale reflètent avant tout « l'incompétence » des politiques politiciens. Dans ce pays habitué depuis des siècles à se servir du droit comparé et des doctrines étrangères pour nourrir son discours doctrinal, un trait accentué par la loi de la « bonne raison » du 18 août 1769 [17], les professeurs empruntent volontiers les arguments mordants de nombreux collègues européens dénonçant « l'oligarchie parlementaire » [18]. Rodrigues Jr fustige ainsi la « grande superstition politique du présent », à savoir le « droit divin des majorités » flétri par Herbert Spencer dans *L'individu contre l'État* [19]. L'onction électorale, moins efficace (*sic*) que l'onction divine, le dispute ainsi aux autres maux réels ou fantasmés du parlementarisme : mainmise des factions, faiblesse du contrôle du gouvernement, nullité de ses réalisations – certes peu glorieuses au Portugal [20]. À la crise de légitimité des assemblées, incapables, n'en déplaise à Jean-Jacques Rousseau, de représenter la raison, la justice et la volonté générale, s'ajoute donc une crise de capacité et d'efficacité, faute de résultats probants.

8 En Europe, ces leçons, jouant la carte de l'antiparlementarisme pour mieux nouer l'alliance (souvent léonine…) entre le politique et les

forces vives de la nation, ont engendré des projets de remplacement de la chambre politique par une chambre corporative ; les fascistes finissent par la consacrer en janvier 1939 avec la Chambre des faisceaux et des corporations [21]. Pourtant, plus que le modèle mussolinien, le Portugal salazariste semble s'inspirer de la Constitution de Weimar et des expérimentations françaises [22]. En promulguant le décret du 16 janvier 1925, la III[e] République se dote d'un Conseil national économique (CNE), un organe consultatif dont les rapports sont publiés au Journal Officiel. Certes, le CNE fut peu sollicité en pratique. Nonobstant la loi du 19 mars 1936 qui rendit sa consultation obligatoire en matière réglementaire et la réorganisa en une assemblée générale et en sections suivant un schéma proche de la Chambre corporative portugaise, l'institution fut supprimée dès 1940 [23]. L'idée ne subsiste en France qu'à travers le mal-aimé Conseil économique, social et environnemental (CESE), dont l'utilité et le coût sont régulièrement contestés [24]. La première mouture du CESE (limité en 1958 à un Conseil économique et social – CES) devint pourtant un utile point de comparaison pour les disciples des cathédocrates tel l'avocat, magistrat et ministre Joaquim Trigo de Negreiros. L'indubitable proximité institutionnelle entre le CES français et la Chambre corporative lusitaine constituait pour lui un non-sens [25]. Ces similitudes dévoilaient en effet les failles d'un État portugais se définissant comme une « république unitaire et corporative » (art. 5 de la Constitution de 1933), au rebours de la France, où le CES fait figure de relique d'un passé révolu : le corporatisme, pourtant envisagé sous Vichy [26] et conceptualisé de longue date par des Français (La Tour du Pin, Albert de Mun…) [27], n'a jamais pu s'y enraciner. L'intérêt manifesté par les professeurs français (Jean Brèthe de La Gressaye, François Perroux…) pour le corporatisme portugais dans les années 1930-1940 n'a pas fait long feu [28].

9 Le choix portugais tient pourtant à ses postulats idéologiques. D'une part, les cathédocrates prônent un « corporatisme spiritualiste » [29], ne se limitant pas à englober les activités économiques et sociales : les corporations désignent un ensemble de corps intermédiaires comprenant d'autres entités au propos moins prosaïque, à l'instar des universités, des académies scientifiques, des fédérations sportives et de l'Église. L'objectif tend à perfectionner toutes les dimensions de

l'être humain, afin de lui permettre d'atteindre un idéal supérieur, parfois ouvertement chrétien [30]. Non sans lien avec la définition large des corps intermédiaires du XVIII[e] siècle [31], cette approche vante donc les capacités des représentants des corporations, rehaussant les vertus et les savoirs de personnes naturellement prédisposées à des fonctions de conseil. D'autre part, les cathédocrates militent en faveur du corporatisme d'association, rejetant – en dehors de quelques emprunts terminologiques [32] – le corporatisme d'État tel qu'il se présente dans l'Italie de Mussolini. Leurs travaux doctrinaux tentèrent néanmoins de lui attribuer une signification étendue. Selon le professeur Fezas Vital, maître d'œuvre de la Chambre corporative et son président entre 1944 et 1946, le corporatisme « subordonné » ou d'État qualifie un régime *politique* où l'organe législatif suprême est constitué et se meut sans l'intervention des corporations, déjà formées et représentées au sein d'une chambre purement consultative. Face à lui, le « corporatisme pur » désigne un régime où le poids de la chambre corporative est conséquent, puisqu'elle s'implique dans le processus décisionnel, en prenant part au vote des lois [33]. Entre les deux, un système « mixte » peut s'épanouir, donnant naissance à un régime parlementaire asymétrique où la représentation politique, censée représenter l'intérêt national, cohabite avec une représentation corporatiste défendant des intérêts collectifs.

10 De façon réaliste, les cathédocrates n'imaginent pas pouvoir consacrer un corporatisme pur à court ou moyen terme. La réalité du système corporatiste portugais, parfois qualifié de « fraude » par les chercheurs contemporains, qui y voient un mensonge entretenu par la propagande salazariste durant 40 ans [34], laisse en effet entrevoir l'immaturité du programme. Sur l'ensemble de la période, environ 2 400 corporations ont vu le jour, d'ampleur très modeste de surcroît. Par conséquent, Fezas Vital doit le confesser : si une évolution plus favorable peut être envisagée à long terme, le Portugal est, dans les années 1930-1940, condamné à épouser le corporatisme subordonné. Plus exactement, un modèle où la figure du professeur doit accompagner la gestation du corporatisme, engendrant une institution au fonctionnement étrange surplombant la Chambre corporative : le Conseil corporatif.

11 Le « corporatisme subordonné » portugais repose en effet sur une clef de voûte. Institué par le décret nº 24362 du 15 août 1934, le Conseil corporatif devient l'institution d'orientation supérieure de l'organisation corporative nationale [35]. Les professeurs de droit lisboètes Marcello Caetano (successeur de Salazar en 1968 et auteur de mémoires précieux pour le sujet) [36] et Adriano Moreira [37] ont certes estimé que son action était nulle ; toutefois, leur opinion tardive ou volontiers critique de l'œuvre des professeurs de Coimbra peut ne pas correspondre à la vérité des origines, à une époque où la rareté et l'immaturité des corporations limitaient le nombre de représentants désignés par elles. Quoi qu'il en soit, s'il dispose d'un pouvoir normatif, le Conseil corporatif fut surtout influent dans la désignation des procureurs de la Chambre corporative, ce qui en fit un dénicheur de talents et un labellisateur, accordant sa confiance aux techniciens les plus talentueux en fonction des sections de l'institution. Sous couvert d'une mainmise du politique, sa composition ne saurait être plus cathédocratique : le Président du Conseil des ministres (Salazar puis Caetano) [38] est accompagné des ministres de la Justice, de l'Agriculture, du Commerce et de l'Industrie, des Travaux publics, et du sous-secrétaire d'État aux Corporations et à la Prévoyance, soit des portefeuilles souvent attribués à des professeurs de droit. Mieux : les deux derniers membres du Conseil doivent être les professeurs titulaires des chaires de droit corporatif des facultés de Lisbonne et de Coimbra. Dans sa thèse, Nuno Estevão Ferreira a néanmoins démontré la faible implication de ces derniers : absents des réunions jusqu'en 1945, les professeurs de droit corporatif seront même exclus du Conseil corporatif par le décret-loi nº 40324 du 6 octobre 1955, sans explication [39].

12 Cette situation ne saurait être interprétée comme un désengagement des cathédocrates – voire comme un divorce en 1955, en un temps où les corporations prennent enfin leur envol. Tout porte à croire au contraire qu'ils ont fondé leurs espoirs en la Chambre corporative pour éclairer, en tant que de besoin, leur action gouvernementale. En premier lieu, et dans la continuité du travail constituant, Salazar a conçu le règlement de la Chambre corporative avec l'appui de Fezas Vital [40]. En deuxième lieu, les professeurs de droit, en retrait du gouvernement ou refusant d'y participer, accaparent bon nombre des

postes de procureurs et sont souvent désignés rapporteurs [41], en plus de pratiquement confisquer la présidence de la Chambre corporative. Sur les sept présidents siégeant entre 1935 et 1974, six ont été formés au droit, dont cinq professeurs : les Coïmbriens Fezas Vital, Lumbrales et Almeida Costa [42], ainsi que les Lisboètes Caetano et Pinto Coelho – par ailleurs ancien étudiant de Coimbra [43]. Enfin, la collaboration des juristes a toujours été acquise à une exception près. Le seul docteur en droit à avoir eu le cran de refuser l'invitation du Président du Conseil pour des raisons expressément politiques, sous-entendant son rejet de l'*Estado Novo*, fut Isabel Magalhães Collaço [44], pourtant fille d'un professeur de droit monarchiste proche des milieux salazaristes [45]. Les anciennes prises de position du professeur de droit corporatif José Joaquim Teixeira Ribeiro, qui avait rejoint le M.U.D. (Mouvement de l'Union Démocratique) en 1945 [46], aurait pu être une source d'explication de l'exclusion des professeurs de droit corporatif du Conseil corporatif en 1955. Toutefois, sa réputation d'opportuniste – qui lui permettra de devenir vice-premier ministre en 1975 après la révolution des Œillets – est démontrée par les archives. En 1950, le président du Suprême Tribunal administratif, Albino dos Reis, suggère son nom auprès de Salazar, estimant que s'il ne fait pas partie « des nôtres » (*sic*), son esprit n'est néanmoins pas « sectaire » (*sic*) ; et de conclure : « ce ne serait pas la première fois que la Chambre corporative servirait de portée d'entrée à des hétérodoxes en vue de futures collaborations politiques » [47]. Bref, si son nom ne fut pas retenu à cette occasion, il n'est pas surprenant de le voir ressurgir plus tard, au moment de nommer une commission chargée de refondre le droit fiscal. Teixeira Ribeiro devint ainsi le principal maître d'œuvre des réformes fiscales d'un régime qu'il n'approuvait pas en son for intérieur [48].

13 En profitant de l'immaturité du système corporatif portugais pour appeler à la Chambre corporative des personnalités neutres voire hostiles au régime, les cathédocrates ont détourné l'institution de sa raison d'être initiale pour mieux renforcer sa force consultative. D'une capacité technique appréciée en raison de la présence mandarinale en son sein, cette chambre s'apparente à un Sénat disposant de l'*auctoritas*, ce pouvoir de « faire faire », attestant de la conformité de tel ou tel projet/proposition de loi aux principes directeurs du régime. Non sans espérer son évolution, Caetano la

surnomma, de façon idoine, « l'Académie d'administration publique » auprès de Salazar [49]. Le contraste n'en est que plus criant avec les positions des professeurs français : à l'exception de Maurice Deslandres et d'Eugène Duthoit, ceux-ci méprisent les chambres corporatives [50], Roger Bonnard allant jusqu'à voir en elles le triomphe du matérialisme marxiste. Assimilant chambre corporative et représentation économique, la réflexion du doyen bordelais ne saurait certes correspondre à la vision des cathédocrates, quand bien même l'évolution du régime va conduire à une répartition des conseillers plus équilibrée, où le technocrate le dispute au mandarin. L'opportunité nous est ainsi offerte de saisir le fond de cette activité de conseil au sein d'une Chambre prétendument « corporative ».

II. *Consiliator deorum*. La réalité d'un conseiller mandarinal et technocrate

14 Le choix portugais se justifie par la vacuité du travail parlementaire classique, suivant un constat répandu en Europe dans les années 1920-1930. Pour nous en tenir à la France, la doctrine des cathédocrates anticipe les pistes de travail du comité technique pour la réforme de l'État de Jacques Bardoux ; celui-ci réunit en 1935 de nombreux professeurs et conseillers d'État (Raphaël Alibert, Joseph Barthélemy, Roger Bonnard, Georges Gidel, Jean Laferrière, Boris Mirkine-Guetzévitch…) [51], dont certains futurs soutiens voire cadres de Vichy. En France comme au Portugal, nous observons un attrait pour l'émancipation du pouvoir réglementaire autonome et pour le développement de la délégation du pouvoir législatif (décrets-lois) [52], sur fond de critique des « législateurs ignorants », vilipendés par Léon Duguit une décennie plus tôt [53]. Ce blâme n'a pas peu contribué à la tournée triomphale du doyen bordelais au Portugal, où les facultés de droit de Lisbonne et de Coimbra le firent docteur *honoris causa* en 1923.

15 En France, le recours aux décrets-lois s'était banalisé en métropole dans les années 1930, peut-être en raison de l'interventionnisme de l'État dans les matières économiques, non sans lien avec le corporatisme développé par des pays voisins [54]. Au Portugal, Salazar

en personne s'était fendu d'un commentaire en ce sens en 1938, légitimant de la sorte le rôle de conseiller de la Chambre corporative et la promotion d'une science de la législation :

> « L'une des erreurs des régimes parlementaires a précisément été de ne pas avoir évolué, de ne pas avoir su s'adapter aux nouvelles circonstances, car il n'y a aucune comparaison possible entre les besoins législatifs d'aujourd'hui et ceux du siècle passé. D'ailleurs, les grandes réformes, même au sein des régimes parlementaires, sont aujourd'hui menées de manière dictatoriale – elles l'ont même toujours été au Portugal – par leurs gouvernements respectifs, qui s'empressent de demander les pleins pouvoirs au Parlement lorsqu'ils sont confrontés à des problèmes difficiles et délicats qui dépassent le cadre des assemblées législatives. Pourquoi jouer avec les mots ? Pourquoi les régimes parlementaires et libéraux manifestent-ils une telle horreur pour la compétence législative des gouvernements autoritaires ? La formule qui semble la meilleure, peut-être celle de l'avenir, est de laisser au gouvernement le soin de légiférer, avec la collaboration consultative de la Chambre corporative, éventuellement complétée par un conseil de techniciens juridiques » [55].

16 Dans l'esprit de Salazar et de ses alliés coïmbriens [56], la Chambre corporative devait devenir la pierre angulaire de la légistique, cette science perfectionnée de la confection des normes [57], déjà employée en France sous la III^e^ République [58]. Cet exemple étranger, auquel s'ajoute la tentation d'une représentation professionnelle dès 1911, timidement consacrée par le décret n^o^ 3997 du 30 mars 1918 (sous la brève dictature de Sidónio Pais) et par la loi n^o^ 1154 du 27 avril 1921, explique que l'institution n'ait pas été décriée par les opposants en exil du régime. Réunis autour du professeur de droit Afonso Costa dans la *Liga de Defesa da República*, dite « Ligue de Paris », ils se sont même prononcés en faveur d'un « corps consultatif, élu par les corporations » [59]. L'idée d'une chambre corporative représentant des intérêts collectifs et servant de conseiller du pouvoir participe du fonds d'idées communes dans les années 1920 et 1930, étant même présente dans la revue progressiste *Seara Nova*, principale opposante de l'*Estado Novo* [60]. Les procureurs auraient ainsi pu évoluer en des équivalents des *parliamentary draftsmen* du monde britannique, soit des maîtres de la technologie « jurislative » pour reprendre

l'expression de Paul Amselek [61], si le gouvernement n'était pas continuellement constitué des meilleurs universitaires et hauts fonctionnaires dans leurs domaines respectifs. Ainsi devaient-ils refuser d'offrir un monopole de rédaction des lois à des individus considérés, au mieux, comme des concurrents ou de futurs successeurs à leur poste – en clair, comme de potentiels *alter ego*. Au début des années 1940, Marcello Caetano avait ainsi la réputation d'être « l'ami incommode » (*sic*) du gouvernement, en livrant des avis argumentés contredisant les dispositions des projets de lois soumis à son évaluation, quitte à heurter les ministres à leur origine [62]… De façon objective, les statistiques des 1045 procureurs du régime – dont seulement 183 servirent de rapporteurs – démontrent ce rapprochement : la surreprésentation des diplômés du supérieur (61 % du total, en précisant que 17 % d'entre eux disposent du doctorat), des juristes (17 % du total) et des universitaires (13 %) dévoile un profil similaire à celui des membres du gouvernement [63]. La ressemblance est accentuée en examinant les 154 procureurs des sections d'intérêts de l'ordre administratif, désignés de « procureurs politiques » par l'historiographie contemporaine [64], qui constituent l'essentiel des 183 rapporteurs de la période : 42 % de docteurs (avec une forte domination de l'Université de Coimbra jusqu'en 1942) et 39 % d'universitaires, les autres domaines professionnels surreprésentés étant les avocats (18 %), les hauts fonctionnaires (21 %) et les militaires (23 %). La présence de ces derniers s'explique par l'alliance, scellée à la fin des années 1920, entre les forces armées et l'Université.

17 Cette rivalité, savamment entretenue, motive sans doute l'esprit de la loi n° 1885 de 1935 et celui des réformes successives, qui n'ont pourtant jamais finalisé la mue esquissée par Salazar. En effet, la loi n° 1885 n'offrait aux procureurs de la Chambre corporative que la possibilité de soumettre une proposition de loi alternative à celle examinée ; les projets de loi ne pouvaient pas subir le même traitement, preuve supplémentaire de la défiance du gouvernement à l'encontre de la qualité des députés de l'Assemblée nationale (une présomption de médiocrité repose de fait sur leurs propositions…) et de son orgueil vis-à-vis de ses propres réalisations. Pour autant, peut-être par crainte de la réaction des députés, cette faculté a peu été employée. En près de 40 ans d'activité, la Chambre corporative n'a

soumis que six propositions de loi alternatives sur des objets au demeurant secondaires : la réglementation de l'exercice d'entrepreneur en travaux publics et la commercialisation des conserves, toutes deux en 1955, la gestion cynégétique en 1959, l'éducation physique en 1960 et enfin le patrimoine immobilier des maisons de miséricorde, en 1961 puis en 1962 [65]. Encore faut-il relever la proximité des dates de ces six propositions alternatives, qui débutent sous la VI^{e} législature pour se conclure avec la VIII^{e}. S'il fallait du temps pour inciter les procureurs à contrecarrer ouvertement les propositions de loi de l'Assemblée nationale, l'absence de toute contre-proposition sous les IX^{e}, X^{e} et XI^{e} législatures surprend, ce d'autant plus qu'elles correspondent au déclin des cathédocrates, symbolisé par le décès des grands membres de sa première génération (Figuereido en 1969, Salazar en 1970 – Fezas Vital étant mort prématurément en 1953).

18 Cette timidité tient peut-être à deux raisons. En premier lieu, à l'outrecuidance du procédé, alors qu'une voie plus souple existe pour aboutir à un résultat acceptable par tous. La loi n^{o} 2009 du 17 septembre 1945 permet ainsi aux députés et au gouvernement d'adopter les articles alternatifs ou les amendements proposés dans les avis de la Chambre corporative (nouvel art. 103 §3 de la Constitution) : au lieu de proposer un remplacement complet, le rapporteur pouvait suggérer une réécriture d'une poignée d'articles jugés perfectibles, préservant ainsi l'honneur du député corrigé. Un procédé renforcé en 1951 : les amendements ou la proposition de loi alternatifs peuvent désormais servir de base aux discussions devant l'Assemblée nationale.

19 En second lieu, à la modification des profils des procureurs, de moins en moins universitaires. Afin de préserver la légitimité d'une institution censée représenter les corporations, un rééquilibrage a dû être opéré : le gouvernement impose à plusieurs reprises un quota maximal de techniciens nommés par ses soins, inséré dans la loi organique de la Chambre corporative. Nonobstant la baisse effective de ce type de membres après la I^{re} législature (1935-1938), les chiffres restent néanmoins conséquents jusqu'à la chute du régime. D'après le calcul opéré par Nuno Ferreira sur toute la période de l'*Estado Novo*, 45 % des procureurs de la Chambre corporative appartiennent à cette catégorie technique, avec une forte présence universitaire,

35 % représentent les intérêts corporatifs – dont un ensemble de 300 dirigeants de corporations –, les 20 % restants provenant de la haute administration [66]. À ces chiffres éloquents s'ajoutent les statistiques relatives aux rapporteurs, où la proportion des techniciens prend naturellement le dessus : les représentants des corporations ne signent qu'entre 20 et 35 % des avis suivant les législatures, tant et si bien que « le *curriculum* technique et académique a été clairement l'élément prépondérant du choix » [67].

20 Ces traits caractéristiques se retrouvent dans les 533 avis rédigés en près de 40 ans de fonctionnement de la Chambre corporative [68]. Le cycle de vie de l'institution tient compte des fluctuations du régime : les rapporteurs s'avèrent très actifs lors de la I^re^ législature, afin d'accompagner la mise en place juridique du régime, ce qui explique les 123 avis rendus entre 1935 et 1938. De façon notable, la plupart des rapports sont rendus sur des projets de lois et à la demande expresse du gouvernement. Leur objet principal a trait aux politiques publiques. Les statistiques livrées par José Luís Cardoso et Nuno Ferreira s'avèrent éclairantes : en répartissant, comme eux, les avis en six catégories (économie et finances, système politique et administration, corporatisme, colonies, éducation et culture, santé et assistance), nous observons une nette attention portée sur les questions économiques et fiscales (281 avis, soit 52,7 % du total), suivies de loin par les thèmes constitutionnels et administratifs (111 avis, soit 20,8 % du total) ; les autres grands thèmes oscillent entre 5,4 et 9,6 % du total.

21 Le travail abattu par les cathédocrates est enfin conséquent : le dernier doyen de la faculté de Coimbra avant la révolution des Œillets, Afonso Rodrigues Queiró, signe 109 rapports, mais l'effort fourni par Fezas Vital (98), José Pires Cardoso (67), Fernando Andrade Pires de Lima (52), Marcello Caetano (30), João de Matos Antunes Varela (20) ou encore Inocêncio Galvão Telles (20) renforce le sentiment d'une œuvre doctrinale collective, peut-être unique et incomparable dans l'histoire et dans le monde. La plupart des avis sont d'ailleurs signés par plusieurs plumes, mettant juste en exergue le nom du rapporteur appelé à les défendre. Enfin, d'un point de vue formel, rien ne manque, certains poussant le mimétisme jusqu'à inclure des notes de bas de page, reléguées en fin d'avis, prenant appui sur la bibliographie correspondante tant nationale qu'étrangère

(anglaise, française, allemande, italienne, espagnole…) [69]. Une déformation professionnelle, diront les députés, qui ne disposaient ni du temps, ni des lumières pour consulter les « traités » des rapporteurs de la Chambre corporative, suivant la critique du cathédocrate Albino dos Reis [70] ; un gage de solidité scientifique, rétorquent les universitaires, consolidant les fondations du régime. Ces précautions scientifiques ne furent toutefois pas sans impact sur le service universitaire, nonobstant la compatibilité constitutionnelle et pratique entre les fonctions de procureur et de professeur [71]. Caetano explique ainsi qu'il a parfois dû se consacrer à temps plein à la confection des avis, eu égard au délai constitutionnel de 30 jours pour les rendre. Pour y parvenir, ses cours à la faculté de droit de Lisbonne ont dû parfois être suspendus, afin de lui permettre d'éplucher la littérature dédiée et de consulter des spécialistes de plusieurs disciplines parfois extérieures au droit [72]. Les plus consciencieux effectuaient ainsi une enquête de terrain, complétant leur savoir livresque par des données empiriques.

22 *Brevitatis causa*, nous n'insistons pas sur les rapports portant sur les thèmes économiques et financiers, au cœur de l'attention de José Luís Cardoso et de Nuno Ferreira [73]. En examinant leur contenu, ceux-ci ont pu observer la liberté de ton des critiques formulées par d'anciens dignitaires du régime, tel Pedro Teotónio Pereira, contre l'évolution dirigiste du système salazariste. Ils ont aussi pu souligner l'implication accrue des ingénieurs et des gestionnaires diplômés d'instituts techniques, dont deux futurs ministres : José de Nascimento Ferreira Dias [74] et José Gonçalo Correia de Oliveira. Ainsi fut scellée l'alliance entre cathédocrates et technocrates en 1958, guidée par la foi en la planification [75], qui caractérise la dernière phase de vie de l'*Estado Novo* suite au déclin irrémédiable de la « phalange » professorale [76].

23 Nous préférons ouvrir le dossier des avis liés à la sphère constitutionnelle et administrative. Deux traits caractéristiques de la cathédocratie peuvent ici être observés. D'un côté, la mainmise attendue des professeurs de droit, en particulier sur tous les rapports relatifs aux révisions constitutionnelles : chasse gardée de Fezas Vital entre 1935 et 1938, elles sont ensuite rapportées par Caetano en 1951 [77] et par Rodrigues Queiró en 1959 et 1971. Quoique technique, leur contenu abrite une franchise d'expression peu banale dans un

régime autoritaire, où s'amoncellent les disputes doctrinales visant expressément un collègue de l'autre faculté de droit [78]… La survie du constitutionnalisme atypique de l'*Estado Novo*, qui se dit limité par « la morale et le droit » (art. 4 de la Constitution), motive sans doute ces querelles [79]. De l'autre, une implication des hauts magistrats – également observable au Brésil, du temps de l'*Estado Novo* (1937-1945), période de vie de « l'oligarchie de la toge » [80] – pour les sujets en lien avec l'application quotidienne du droit. Ceci explique leur sollicitation pour évaluer la création du tribunal de famille en 1970 ou encore la réforme du droit pénal en 1973, restée inaccomplie faute d'accord sur un nouveau code : sa gestation bien compliquée n'a pu aboutir qu'en 1982, via des disciples (pas forcément renégats) des cathédocrates déchus [81].

24 Faute d'espace, nous n'analyserons qu'un seul avis de cet ensemble, le plus atypique au prisme du droit comparé européen : celui sur le Code administratif de 1936 [82]. Son rapporteur s'avère juge et partie, puisqu'il s'agit de Fezas Vital, qui a rédigé ce code avec Caetano… La forme du rapport, tout d'abord, est fidèle aux convictions doctrinales des cathédocrates : d'un format copieux de 37 pages, il comporte 51 notes de bas de page mobilisant les textes de lois en vigueur, les archives parlementaires, la jurisprudence et la doctrine, tant contemporaine (M. Caetano, Machado Villela, Alberto Sampaio, Salazar…) qu'ancienne (Lôbo de Ávila). Le droit comparé n'est pas en retrait ; sont ainsi cités le traité de droit administratif du professeur espagnol José Gascón y Marín, les principes du régime municipal du professeur argentin Rafael Bielsa, le droit administratif du professeur italien Luigi Raggi, le droit politique et administratif du juriste galicien Leopoldo Calvo Sotelo et le rapport sur le régime municipal dans divers pays, rédigé à l'issue du III^{e} congrès international des villes (Paris, 1925) par George Montagu Harris. La profusion d'œuvres en d'autres langues, habituelle chez les cathédocrates et en particulier chez le francophile Fezas Vital [83], n'en demeure pas moins relative, compte tenu de l'absence de codification administrative dans le reste de l'Europe. En France, par exemple, nonobstant quelques essais privés (Bonnin, Gérando et Blanchet), l'idée fut abandonnée à la fin du XIX^{e} siècle [84] : « on ne peut codifier un droit en formation », trancha Théophile Ducrocq [85], qui se disait renforcé par l'absence de code administratif dans le monde [86]. D'autres n'en souhaitaient pas,

tels Foucart et Schützenberger, qui redoutaient la tentation exégétique accompagnant toute adoption d'un code, avec le risque d'étouffer la science du droit.

25 Dans sa brève introduction mêlant idéologie et histoire du droit, Fezas Vital célèbre donc la singularité portugaise. Le Portugal adopta en effet neuf codes depuis 1836, d'abord dans une optique libérale [87] : l'objectif premier fut de prévenir l'arbitraire des administrateurs, en souvenir des épisodes de contrôle du pays pendant l'exil des rois (1807-1820), du temps de Junot et de Beresford [88]. Il convenait d'enserrer leur action, plus redoutée que celle du juge, au rebours du cas français qui préféra s'armer d'un Code civil plutôt que d'un Code administratif. Ducrocq ne pouvait donc pas saisir la finalité des codes portugais, en affirmant qu'ils ne sont pas de vrais codes, étant limités à l'organisation administrative et par conséquent proches de la loi du 28 pluviôse an VIII qui leur servirait de modèle [89]. Sa mésentente provient des buts assignés à un code administratif et, à travers lui, de la double raison d'être d'un droit administratif dissocié du droit civil. Fezas Vital rappelle l'évidence : collé au politique, le droit administratif soutient une idéologie, légitimant ainsi les expérimentations en des sens divers (centralisateur ou non, reconnaissant ou non des juridictions spécialisées *etc.*). Loin de renforcer l'État, la codification vient affermir les droits des administrés, en respectant l'héritage médiéval des « libertés ibériques ». Loin de satisfaire les technocrates, la codification sert de propédeutique aux administrés dans leur accès à la vie politique. Fezas Vital en vient donc au point d'importance : dans la continuité des précédents codes portugais, le Code de 1936 propose de « codifier le droit administratif local ou, mieux, le droit relatif à l'administration locale » [90]. Pas de « code de l'administration centrale » donc, car l'objectif est de s'intéresser aux « personnes administratives territoriales » et aux « corporations administratives » [91].

26 Fezas Vital appuie la méthode du gouvernement, réduisant les idéaux des cathédocrates en deux points. D'abord, l'absence de confiance en des assemblées politiques incompétentes, toute grande norme devant être élaborée dans la sérénité par un groupe restreint d'experts ; ensuite, le rejet de « l'esprit de système » [92], c'est-à-dire des réformes conçues sans prise en compte des données historiques

et sociologiques du pays, fidèles en cela à l'esprit des siècles défendu par Salazar et hérité de Montesquieu et de Portalis [93]. À l'aune de ces guides, Fezas Vital livre un rapport passant en revue les thèmes et principes directeurs du nouveau code. Au-delà d'un examen de la constitutionnalité de certaines dispositions, s'y love aussi un jugement en opportunité [94], qui prône la mise en conformité de l'armature et du droit administratifs avec les valeurs de l'État corporatif de la Constitution de 1933. L'immaturité reconnue du système corporatif portugais ne saurait néanmoins autoriser la mutation du projet de corporatisme d'association en un corporatisme étatique, quand bien même nul ne songe désormais à « placer la *démocratie* au-dessus de l'*efficacité*, ou les intérêts municipaux au-dessus du bien commun et de l'intérêt national » [95] ; raison pour laquelle le code est vu comme une nécessité, permettant aux collectivités territoriales de participer, sur une base juridique renouvelée mêlant élection et nomination des équipes et dirigeants locaux, à la régénération corporatiste des institutions. La conclusion du rapport reste fidèle à cet état d'esprit, en condensant sur deux pages des suggestions de modifications, tantôt techniques, tantôt idéologiques.

27 Cet échantillon peint les traits saillants du rôle de conseiller dévolu aux rapporteurs de la Chambre corporative. Sous couvert d'une représentation des intérêts d'entités collectives, nullement réduites aux groupements professionnels, cette institution présente avant tout deux intérêts pour le pouvoir en place. D'une part, elle sert d'antichambre voire de propédeutique de la cathédocratie : les professeurs et les ingénieurs les plus prometteurs, pourvu qu'ils soient ouverts à une collaboration politique future, y faisaient leurs gammes, avant de pouvoir prétendre à une place au gouvernement si leur travail et leur personnalité répondaient aux attendus de Salazar. De l'autre, elle se présente comme un sénat doté de l'*auctoritas* : un lieu de retraite pour cathédocrates (momentanément) usés par l'exercice du pouvoir, qui n'hésitaient pas, en retour, à livrer le fond de leur pensée sur les réformes proposées par leurs successeurs au gouvernement. À croire qu'un bon conseiller est forcément un bon gouvernant en puissance, autrement dit son *alter ego*…

NOTES

1 A. Viala, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ? La tentation de l'épistocratie*, Paris, Dalloz, 2024.

2 Discours du 22/11/1951 en ouverture du III[e] Congrès de l'*União Nacional* : A. de Oliveira Salazar, *Discursos e notas políticas. 1928 a 1966*, Coimbra, Coimbra editora, 2015, p. 751. Il détourne une expression attribuée à des critiques étrangers. Les traductions sont nôtres.

3 O. Ferreira, *L'Universitaire au pouvoir. Le discours juridique du professorat salazariste (1926-1974)*, Paris, Classiques Garnier, 2023. Le terme cohabite avec l'expression « fascisme de la chaire » lancée dès les années 1930 : J. Pais de Sousa, *O fascismo catedrático de Salazar*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2011.

4 Y. Léonard, *Salazar. Le dictateur énigmatique*, Paris, Perrin, 2024. Sur le discours de légitimation des dictatures militaires, voir O. Ferreira, F. Hoarau (dir.), *Les forces armées, gardiennes des institutions et des libertés*, Paris, Classiques Garnier, 2023.

5 A. Araújo, *A lei de Salazar. Estudos sobre a Constituição política de 1933*, Lisbonne, Tenacitas, 2007.

6 A. Costa Pinto, « Os ministros portugueses 1851-1999 », in P. Tavares de Almeida *et al.* (dir.), *Quem governa a Europa do sul ?*, Lisbonne, ICS, 2006, notamment p. 37-44.

7 L. Reis Torgal (dir.), *Brandos costumes… O Estado Novo, a PIDE e os intelectuais*, Lisbonne, Temas e Debates, 2022.

8 O. Ferreira, « De la "loi à la main" à la loi dans la main. La mobilisation des cathédocrates portugais en faveur de la foi catholique », *Cahiers Jean Moulin*, n° 10, 2024 [en ligne] ; O. Ferreira, « Un jumeau régaliste de la loi de 1905 : la "loi" portugaise de séparation des Églises et de l'État de 1911 », *Annuaire Droit et Religions*, n° 7, 2013-2014, p. 211-248.

9 N. E. Ferreira, *A Câmara corporativa no Estado Novo*, thèse Université de Lisbonne, 2009 ; J. L. Cardoso, N. E. Ferreira, « A Câmara corporativa », in P. Tavares de Almeida (dir.), *O Parlamento Português – vol. III : Estado Novo*, Lisbonne, Assembleia da Repńblica, 2023, p. 105-183.

10 D. Musiedlak (dir.), *Les expériences corporatives dans l'aire latine*, Berne, Lang, 2010.

11 Sur l'évolution de l'institution dans les projets conçus par Salazar et ses lieutenants : N. E. Ferreira, *A Câmara corporativa*, *op. cit.*, p. 13-54.

12 *Brevitatis causa*, et compte tenu de l'angle prôné par le dossier d'études, notre propos n'abordera pas de front le fonctionnement institutionnel de la Chambre corporative. Nous renvoyons ici encore à la thèse de Nuno Estevão Ferreira.

13 J. Tavares Castilho, *Os procuradores da Câmara Corporativa* (1935-1974), Lisbonne, Assembleia da República e Texto editores, 2010.

14 Cette subordination initiale explique une singularité maintenue jusqu'en 1954 : le registre officiel de la Chambre corporative est inséré au *Diário das Sessões* de l'Assemblée nationale [désormais cité : DS]. Créés par le décret-loi nº 39487 du 29/12/1953, les *Atas da Câmara Corporativa*, illustrant l'indépendance de l'institution, débutent leur publication en 1954. Ils remontent jusqu'au 25/11/1953, date du début de la VI^e^ législature.

15 J. L. Cardoso, N. E. Ferreira, « A Câmara Corporativa (1935-1974) e as políticas públicas no Estado Novo », *Ler História*, nº 64, 2013, p. 31-54 [en ligne].

16 F. de Arede Nunes, *A construção jurídico-política do Estado social em Portugal durante o Estado Novo* (1933-1974), Lisbonne, AAFDL, 2018.

17 P. Caridade de Freitas, A. Caldeira Fouto (dir.), *A lei da boa razão de 18 de Agosto de 1769 : 250 anos depois*, Lisbonne, AAFDL, 2022.

18 R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 215. Voir J. Esteve Pardo, *La pensée antiparlementaire et la formation du droit public en Europe*, Paris, L'Harmattan, 2025.

19 « Beaucoup de gens rient, car il semble extraordinaire, pour nombre d'entre eux, qu'en d'autres temps, quelqu'un ait eu la compétence de gouverner parce qu'il était oint du Seigneur. Mais dans le régime démo-libéral, c'est pareil. Untel est élu ; le voilà aussitôt compétent ». M. Rodrigues Jr, *Política, direito e justiça*, Lisbonne, Emprêsa Jurídica, 1934, p. 22.

20 Selon Rodrigues Jr (*ibid.*, p. 24), en un siècle d'histoire parlementaire portugaise, seul le Code de commerce fut le fruit de l'assemblée ; les autres grandes lois et codes furent engendrés par des dictatures (au sens romain).

21 Fr. Perfetti, *La Camera dei fasci e delle corporazioni*, Rome, Bonacci, 1991.

22 Suivant le témoignage de M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, Lisbonne, Verbo, 1977, p. 337.

23 A. Chatriot, *La démocratie sociale à la française. L'expérience du Conseil national économique 1924-1940*, Paris, La Découverte, 2002.

24 A. Chatriot, « Enjeux historiques et contemporains du CESE », in M. Cretin Sombardier, Cl. Saunier (dir.), *Anatomie et fonctions des corps intermédiaires*, Paris, Dalloz, 2025, p. 47-55.

25 J. Trigo de Negreiros, *A ordem jurídica e a revolução*, Lisbonne, Panorama, 1966, p. 28-29.

26 Cl. Benelbaz, *Les doctrines du corporatisme : Vichy et les Républiques*, Paris, L'Harmattan, 2025.

27 St. Kaplan, Ph. Minard (dir.), *La France, malade du corporatisme ?* XVIII^{e}-XX^{e} *siècles*, Paris, Belin, 2004.

28 Voir par exemple la lettre de Brèthe de La Gressaye adressée le 07/02/1938 à M. Caetano, reproduite en annexe dans O. Ferreira, « De la "loi à la main" à la loi dans la main », art. cit.

29 « En résumé, le marxisme est matérialiste et le corporatisme spiritualiste ; le premier croit en la domination, presque absolue, des forces matérielles, le second en la primauté des forces spirituelles ». D. Fezas Vital, *Curso de direito corporativo*, Lisbonne, s. e., 1940, p. XX.

30 O. Ferreira, *L'Universitaire au pouvoir*, *op. cit.*, p. 201-227.

31 L. Bély, « Corps, compagnies, communautés », in L. Bély (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Paris, PUF, 2^{e} éd., 2003, p. 343. De nos jours, leur définition reste imprécise : P. Rosanvallon, *Le modèle politique français*, Paris, Seuil, 2004, p. 11.

32 D. Fezas Vital, *Curso de direito corporativo*, *op. cit.*, p. 45-46. Il insiste sur leurs divergences de doctrine, ne reconnaissant que la récupération de la technique juridique.

33 *Ibid.*, p. 61-66.

34 Á. Garrido, « Le corporatisme de l'État Nouveau portugais », *Storicamente*, n^{o} 11, 2015, p. 6.

35 Art. 1 du décret n^{o} 24362.

36 M. Caetano, *Lições de direito corporativo*, Lisbonne, Moraes, 1935, p. 102. Ses mémoires reviennent sur le fonctionnement de la Chambre corporative, du temps où il en fut procureur (dès sa première session en 1935-1936, en tant que membre élu, puis de nouveau en 1942-1944) puis président (de 1949 à 1955).

37 A. Moreira, *Direito corporativo*, Lisbonne, ISEU, 1951, p. 142.

38 Fort impliqué dans la désignation des procureurs, comme en témoigne sa correspondance, au contraire de Caetano : N. E. Ferreira, A *Câmara corporativa*, *op. cit.*, p. 212-232.

39 *Ibid.*, p. 83-84.

40 *Ibid.*, p. 192-203.

41 Les statistiques (*ibid.*, p. 325-326) ne mentent pas : le groupe des rapporteurs comporte 32,5 % de professeurs d'université. Des chiffres extravagants pour une chambre censée représenter tous les intérêts du pays.

42 Décédé le 06/08/2025, ce professeur d'histoire du droit était le dernier cathédocrate encore vivant.

43 Seul le général Eduardo Augusto Marques, président de la Chambre corporative entre 1935 et 1944, fait figure d'intrus ; un choix stratégique, consolidant la collaboration avec les militaires. En pratique, lors de ce mandat, la Chambre corporative était toutefois aux mains de son vice-président : Fezas Vital.

44 Voir la lettre justifiant son refus aux archives de Salazar déposées aux Archives nationales Torre do Tombo, présente sous la nouvelle cote AOS/PC-48A, cx. 519, pt. 10, feuilles 235-238 (lettre désormais numérisée, en ligne : < https://digitarq.arquivos.pt/fileViewer/143fba0dc49943d08e796905f65e9d65 ?isRepresentation =false&selectedFile =64828830&fileType =IMAGE >). Nous remercions Ana Isabel Fernandes et l'équipe des conservateurs des Archives nationales portugaises pour l'aide apportée à l'actualisation de ces données (en plus du travail de numérisation d'une bonne partie de ce fonds).

45 O. Ferreira, « De la "loi à la main" à la loi dans la main », art. cit., §22, 27-28 et 34.

46 M. Matos e Lemos, 1945 – *Estado Novo e oposição. O Movimento de Unidade Democrática e o inquérito às suas listas*, Coimbra, Palimage, 2018, Créé en 1945, le M.U.D. sera dissout en 1947. Deux professeurs de droit (Manuel de

Andrade et Teixeira de Ribeiro) et deux aspirants professeurs (Eduardo Correia et António Ferrer Correia) ont rejoint ce mouvement politique alternatif ; seuls les candidats au professorat auront une sanction, en étant, pendant un temps, interdits de se présenter au concours.

47 Lettre du 04/11/1950, archives Salazar, disponible sous la nouvelle cote AOS/CP-235, cx. 1092, feuilles 553-554 (lettre désormais numérisée, en ligne : < https://digitarq.arquivos.pt/fileViewer/d53227d591304efb9c0c3319495a1602 ? isRepresentation =false&selectedFile =11696004&fileType =IMAGE >).

48 O. Ferreira, *L'Universitaire au pouvoir*, *op. cit.*, p. 138-142.

49 Lettre de Caetano à Salazar, 07/05/1951, in J. Freire Antunes (éd.), *Salazar/Caetano. Cartas secretas (1932-1968)*, Lisbonne, Circulo de leitores, 1993, p. 292.

50 D. Deroussin, « L'idée corporative saisie par les juristes : de la corporation au pluralisme juridique ? », *Les Études Sociales*, n° 157-158, 2013, p. 172-173.

51 St. Pinon, *Les réformistes constitutionnels des années trente*, Paris, LGDJ, 2003.

52 E. Quinart, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Paris, Dalloz, 2021.

53 O. Ferreira, *Histoire contemporaine des sources du droit*, Paris, Ellipses, 2e éd., 2023, p. 78-83.

54 N. Roussellier, *La force de gouverner*, Paris, Gallimard, 2015, p. 474-486.

55 A. de Oliveira Salazar, entretien avec A. Ferro, *Diário da Manhã*, 23/10/1938, reproduit dans A. Ferro, *Salazar, o homem e a sua obra*, Lisbonne, Pereira, 1982, p. 274.

56 La même thèse se rencontre à maintes reprises sous la plume des cathédocrates et de leurs anciens élèves. En 1945, le licencié en droit Carlos Alberto Lopes Moreira, devenu haut fonctionnaire et député, affirma lors du IIe congrès de l'*União Nacional* (le « parti unique » du régime) : « La fonction législative doit relever essentiellement du Gouvernement, qui l'exercera sur la base de l'étude et des avis de la Chambre corporative, sauf en cas d'urgence reconnue », *Diário das Sessões*, supplément au n° 176, 16/06/1945, p. 6 et 13.

57 Ch. Toboul, *Légiférer et réglementer. Concevoir un texte normatif et comprendre la légistique*, Paris, Dalloz, 2024.

58 M. Milet, « La fabrique de la loi. Les usages de la légistique sous la III^e^ République (1902-1914) », in O. Ihl *et al.* (dir.), *Les sciences de gouvernement*, Paris, Economica, 2003, p. 123-141.

59 A. de Oliveira Marques (dir.), A *Liga de Paris e a Ditadura militar* (1927-1928), Lisbonne, Europa-América, 1976, p. 67.

60 M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, *op. cit.*, p. 55 et 337. Voir. O. Ferreira, « “Sauvons le parlementarisme.” Défense puis répudiation du corporatisme dans la revue progressiste *Seara Nova* (Portugal, années 1920-1940) », à paraître dans les actes du colloque sur le corporatisme de gauche que nous préparons pour 2027.

61 P. Amselek, « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz*, Chroniques, 1997, p. 337-342.

62 M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, *op. cit.*, p. 156-157 (heurtant de front Joaquim Diniz da Fonseca, alors sous-secrétaire d’État et disciple des cathédocrates coïmbriens).

63 Statistiques empruntées à J. Tavares Castilho, *Os procuradores da Câmara Corporativa*, *op. cit.* Même lors des rares débats à la Chambre corporative, la mainmise des cathédocrates fut évidente : « Bien sûr, ce sont les hommes de lois, et surtout les professeurs de droit, qui intervenaient le plus » (M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, *op. cit.*, p. 348).

64 J. Tavares Castilho, *Os procuradores da Câmara Corporativa*, *op. cit.*, p. 134-137.

65 N. E. Ferreira, J. L. Cardoso, « A Câmara corporativa », art. cit., p. 120-121.

66 *Ibid.*, p. 111.

67 *Ibid.*, p. 113. Voir aussi M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, *op. cit.*, p. 348, qui justifie la désignation des rapporteurs, du temps où il était président de la Chambre corporative, sur la base de leur « expérience juridique et administrative ».

68 L’intégralité des statistiques et des classements est empruntée à J. L. Cardoso, N. E. Ferreira, « A Câmara Corporativa (1935-1974) e as políticas públicas no Estado Novo », art. cit., §20-37. Nous y renvoyons pour les tableaux détaillés.

69 La pratique est très variable, mais nous la trouvons dès la I^re^ législature, par exemple dans l’avis sur la proposition de loi n^o^ 68 relative à la réforme du ministère de l’Instruction publique, dont le rapporteur est Gustavo

Cordeiro Ramos mais qui est aussi signé par Fezas Vital : DS, nº 72, 05/02/1936, p. 384-387. S'y rencontrent des références allemandes, anglaises et françaises (en l'occurrence, la traduction de *Le siècle du corporatisme* de l'économiste roumain M. Manoilescu, un incontournable des doctrines corporatistes).

70 Rapporté par M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, *op. cit.*, p. 359-350. Albino dos Reis présidait alors l'Assemblée nationale. Caetano assimile lui-même les avis à « [d']authentiques traités » (*ibid.*, p. 348), mais dans un sens laudatif, critiquant en retour la paresse intellectuelle des députés.

71 Soulignée par Caetano (*ibid.*, p. 455), par contraste avec les fonctions de député et de ministre.

72 *Ibid.*, p. 156 : l'anecdote a trait à un avis sur la réforme des services d'assistance sociale, qui l'a conduit à interroger de nombreux médecins et personnels des services hospitaliers. Le travail fut néanmoins récompensé : d'après Caetano, son rapport servit de base à l'action gouvernementale pendant plusieurs années.

73 J. L. Cardoso, N. E. Ferreira, « A Câmara Corporativa (1935-1974) e as políticas públicas no Estado Novo », art. cit., §59-87.

74 Auteur du livre *Linha de Rumo*, que M. Caetano surnomme la « bible des technocrates portugais » : *Minhas memórias de Salazar*, *op. cit.*, p. 402.

75 *Ibid.*, p. 403-409.

76 O. Ferreira, *L'Universitaire au pouvoir*, *op. cit.*, p. 492-495.

77 Il revient longuement sur cet épisode, eu égard à sa dimension politique, la révision impliquant l'insertion de l'Acte colonial dans la Constitution : M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, *op. cit.*, p. 353-358.

78 La franchise ne bénéficie pas uniquement aux professeurs et aux technocrates. L'avis livré par Humberto Delgado sur la création de l'armée de l'air prouve que tous les rapporteurs expriment le fond de leur pensée, quitte à se fâcher avec tout le monde… Voir M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, *op. cit.*, p. 351-352. Sur cette liberté de ton admise par Salazar (afin de légitimer des institutions décriées ?) : *ibid.*, p. 358-360.

79 O. Ferreira, « Un reliquat indicible du constitutionnalisme octroyé ? La doctrine constitutionnelle éclectique des cathédocrates sous l'État Nouveau portugais », *Jus Politicum*, n° 25, 2021, p. 27-64.

80 L. Rosenfield, « A encruzilhada da Justiça no Estado Novo (1937-1945). O Supremo Tribunal Federal e a idéia de Oligarquia da Toga », *Revista de*

direito da UFU, vol. 48, nº 1, 2020, p. 134-155. L'expression provient d'un professeur de droit, Oliveira Vianna, partisan et soutien de la dictature de Vargas.

81 O. Ferreira, *L'Universitaire au pouvoir*, *op. cit.*, p. 373-485.

82 DS, supplément au nº 75, 08/02/1936, p. 446-A à 446-LL.

83 Grand lecteur de Duguit, Fezas Vital adopte une lecture du droit administratif très française dans ses œuvres doctrinales.

84 Voir M. Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, MDD, 2009, p. 33-52 ; G. Guglielmi, « L'idée de codification dans la construction du droit administratif français », *Jahburch für Europaïsche Verwaltungsgeschichte*, nº 8, 1996, p. 109-133.

85 Th. Ducrocq, *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les Principes du Droit Public*, t. I, Paris, Fontemoing, 7e éd., 1897, p. XVI.

86 *Ibid.*, p. VI.

87 DS, supplément au nº 75, 08/02/1936, p. 446-A. M. Caetano en a conté l'histoire : A *codificação administrativa em Portugal (um século de experiência : 1836-1935)*, Lisbonne, ENP, 1935. Sur la codification administrative sous l'*Estado Novo* (un autre code venant dès 1940), voir O. Ferreira, *L'Universitaire au pouvoir*, *op. cit.*, p. 321-331.

88 P. Otero, « Revolução liberal e codificação administrativa: a separação de poderes e as garantias dos administrados », in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisbonne, Lex, 1995, p. 603-645.

89 Th. Ducrocq, *Cours de droit administratif…*, *op. cit.*, t. I, p. 471-472.

90 DS, supplément au nº 75, 08/02/1936, p. 446-A.

91 *Ibid.*, p. 446-B.

92 *Ibid.*, p. 446-D.

93 Voir O. Ferreira, *L'Universitaire au pouvoir*, *op. cit.*, p. 96-117.

94 DS, supplément au nº 75, 08/02/1936, p. 446-B et C.

95 *Ibid.*, p. 446-G. Il souligne. Ceci justifie aussi sa défense de la non-rémunération des conseillers locaux, ce qui évite de surcroît une « bureaucratisation trop grande de la vie administrative locale » et la surcharge des finances publiques locales. *Ibid.* p. 446-J.

ABSTRACTS

Français

L'article analyse la Chambre corporative sous l'*Estado Novo* portugais (1933-1974) comme organe consultatif au service de l'Exécutif. Initialement conçue comme institution représentative des intérêts corporatifs, elle s'est rapidement transformée en un instrument d'expertise juridique et technique au profit du gouvernement salazariste. L'auteur montre que cette évolution s'inscrit dans une logique de « cathédocratie », caractérisée par la prééminence des universitaires dans la production normative. La Chambre a progressivement perdu sa vocation corporatiste pour devenir un sénat consultatif. Ses avis, particulièrement nombreux en matière économique, constitutionnelle et administrative, ont contribué à la consolidation doctrinale et pratique du régime. L'étude met ainsi en lumière la fonction de la Chambre comme lieu de légitimation scientifique de l'action gouvernementale, mais aussi comme espace de sélection des élites appelées à exercer le pouvoir. Elle révèle enfin le passage d'un modèle mandarinal à une technocratisation croissante de la décision publique.

English

This article analyzes the Corporate Chamber under Portugal's Estado Novo (1933-1974) as an advisory body serving the executive branch. Initially conceived as an institution representing corporative interests, it quickly transformed into an instrument of legal and technical expertise serving the Salazarist government. The author demonstrates that this evolution fits within a logic of "cathedocracy", characterized by the preeminence of academics in the production of legislation. The Chamber gradually lost its corporatist vocation to become a consultative senate. Its opinions, particularly numerous in economic, constitutional, and administrative matters, were instrumental in the consolidation of the regime's doctrine and practice. The study therefore highlights the Chamber's role as a venue for the scientific legitimization of government action, but also as a space for selecting the elites destined to exercise power. Finally, it reveals the transition from a mandarin model to an increasing technocratization of public decision-making.

INDEX

Mots-clés

Estado Novo, Chambre corporative, Salazar, corporatisme, expertise juridique, technocratie

Keywords
Estado Novo, Corporate Chamber, Salazar, corporatism, legal expertise, technocracy

AUTHOR

Oscar Ferreira
Membre senior de l'Institut Universitaire de France – CREDESPO, Université Bourgogne Europe.
IDREF : https://www.idref.fr/156905418
ORCID : http://orcid.org/0000-0002-3336-7517
HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/oscar-ferreira

Conseils restreints et équilibres exécutifs sous la V^e^ République

Marcia Chevrier

DOI : 10.35562/droit-public-compare.909

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

I – Une évolution équipollente à la concentration du pouvoir
A. La fonction des conseils de la Présidence dans l'organisation exécutive
1. Le Secrétariat général de la Présidence : une fonction d'information
2. Les réunions en Conseils restreints : une fonction d'arbitrage
B. L'influence des Conseils restreints sur le travail gouvernemental
1. Le fonctionnement interne de la machinerie exécutive
2. Un marqueur de la concentration du système de gouvernement
II – Une institutionnalisation révélatrice de la pérennisation des équilibres
A. De l'évocation à la captation présidentielle
1. L'extension illimitée du « domaine présidentiel »
2. L'interférence avec les pouvoirs du Premier ministre
B. De la captation à l'institutionnalisation des équilibres
1. L'ouverture matérielle des Conseils de défense
2. L'effet « présidentialisant » du Conseil de défense écologique

TEXT

1 « Loin de réactiver la forme d'une tyrannie occulte, le monarque invisible illustre la transmutation juridique du corps royal, la séparation croissante de l'État avec la société, la concentration du pouvoir dans une machine administrative centralisée et, à un tout autre niveau, l'éloignement du divin (*Deux absconditus*) hors de l'espace des actions humaines [1] », écrit Michel Senellart en 1995 à l'issue de sa recherche sur les *arcana imperii*, ces fameux Mystères de l'État. Si la pensée politique de la publicité développée avec le libéralisme est venue tempérer cette assertion, elle demeure néanmoins justifiée au regard d'une conception de l'administration qui reste, malgré ses évolutions récentes tendant à plus de transparence [2], ancrée dans une certaine culture de l'opacité.

2 Le sujet des conseils de l'Exécutif est particulièrement lié à cette image de l'administration. Si la publicité de la décision politique est aujourd'hui admise comme exigence de l'État de droit, la fabrication, plus administrative que politique, de ces mêmes décisions demeure, elle, teintée de cet héritage administratif du secret. La question de la fabrique des décisions dans l'exercice de la fonction de gouvernement est, pourtant, profondément liée à celle de l'équilibre général des organes de l'État. Bien que l'on puisse entendre la nécessité d'une certaine part de secret dans l'élaboration des décisions prises par le pouvoir – notamment exécutif –, il apparaît important de comprendre les modalités selon lesquelles les différentes institutions interviennent dans ce travail le plus souvent commun. Cela est d'autant plus justifié dans un régime tel que celui de la V^{e} République, au sein duquel il est notoire que la décision politique se prend, majoritairement, au sein des organes du pouvoir exécutif.

3 L'organisation administrative du travail gouvernemental en vue de la prise de décision politique doit alors, en toute hypothèse, être considérée *a minima* comme révélatrice de certains équilibres institutionnels. Cette question mérite donc l'attention particulière du constitutionnaliste. Si l'on impute la décision finale au Gouvernement, s'exprimant de façon privilégiée dans sa forme collégiale au sein du Conseil des ministres, il est notable qu'à l'observation précise de la machine exécutive en action se dévoilent de multiples institutions plus ou moins formalisées et dont la notoriété est, pour sa part, toute relative. C'est sur ce point que nous souhaiterions nous arrêter, et plus spécifiquement sur l'une de ces institutions : les Conseils restreints.

4 Ces conseils sont, sous la V^{e} République, l'un des lieux de l'interministérialité [3]. Ils en constituent néanmoins une forme spécifique en ce que, à la différence des autres instances de travail du Gouvernement telles que les réunions ou comités interministériels et conjointement avec le Conseil des ministres, ils sont présidés par le chef de l'État et non par le Premier ministre. On touche là l'un des points d'achoppement de la petite révolution opérée par l'adoption en 1958 d'une nouvelle Constitution et par la pratique institutionnelle qui l'a suivie. Une doctrine autorisée affirme en ce sens que ces Conseils restreints sont intimement liés au caractère

« présidentialiste » de la V^e^ République [4] en ce qu'ils permettent au Président de tenir « de manière *spontanée* » des conseils dont la périodicité et la composition relèvent de sa seule appréciation. Ainsi, « [c]et *assemblage de lumières*, aurait opiné Louis XVI, lui confère le *dernier mot*, même si *l'Élysée n'est pas une instance d'appel des décisions prises par Matignon* (J. Chirac) » [5]. Ni lieu d'exercice d'une quelconque fonction présidentielle qui serait attribuée par le texte constitutionnel à cette institution, ni instance d'appel des décisions primo-ministérielles, quelle est donc la fonction de cette institution largement informelle et comment s'insère-t-elle dans l'équilibre des pouvoirs au sein de l'Exécutif ?

5 Si aucune considération de véritable « secret » ne semble présider à l'absence de connaissance générale de ces conseils, leur caractère principalement informel explique que cette pratique n'ait pas fait l'objet d'une analyse exhaustive couvrant l'ensemble de la V^e^ République [6]. L'accès aux sources en la matière se révèle particulièrement rude puisqu'il faut s'en remettre à la fastidieuse étude des documents conservés aux Archives nationales pour accéder aux détails de l'organisation de ces conseils [7]. Il convient également de noter que ce travail se trouve confronté au délai de déclassement des documents venant limiter temporellement l'analyse pouvant être menée. Concernant la V^e^ République, il est aujourd'hui possible de consulter les inventaires des fonds des présidences de Gaulle [8], Pompidou [9] et Giscard d'Estaing [10]. Les fonds des présidences Mitterrand, Chirac, Sarkozy, Hollande et *a fortiori* Macron sont pour leur part encore indisponibles à la consultation. Les propos tenus sur ces dernières présidences sont alors largement biaisés par le caractère personnel et subjectif des témoignages des acteurs sur lesquels ils sont fondés. En outre, l'absence d'étude exhaustive relative aux fonds des présidences de Georges Pompidou et de Valéry Giscard d'Estaing permet de comprendre pourquoi l'institution des Conseils restreints demeure encore largement méconnue.

6 Si la culture de l'élaboration des décisions administratives, encore largement attachée au secret, peut être partiellement tenue pour responsable de la méconnaissance des Conseils restreints, le déclassement d'une partie des documents des débuts de la V^e^ République permet néanmoins de faire l'esquisse des méthodes

administratives de préparation des normes au sein de l'Exécutif. À partir des données disponibles, il s'agit alors de vérifier l'existence et, le cas échéant, la ténacité du lien entre l'évolution des Conseils restreints et celle des équilibres institutionnels au sein de l'Exécutif de la V^e^ République. En poussant le curseur un peu plus loin, on peut s'interroger sur la possibilité de considérer le développement du recours à ces Conseils restreints et leurs modalités d'organisation comme un marqueur de l'évolution d'une certaine conception du régime, venant culminer dans l'institutionnalisation des conseils de la Présidence par le recours de plus en plus courant aux Conseils de défense et de sécurité nationale, également présidés par le chef de l'État. L'ouverture récente des domaines pouvant être pris en charge dans ces derniers Conseils dénote une forme de validation des acquis présidentialistes qu'avaient assurés les Conseils restreints, informels. S'il faut donc bien distinguer entre le type informel de conseil présidentiel qu'est le Conseil restreint, et le type institutionnalisé de cette même catégorie plus générale que sont les Conseils de défense et de sécurité nationale (ou, nous le verrons, les Conseils de défense écologique), tous ces formats relèvent des conseils *de la Présidence* et participent d'une dynamique générale engagée depuis les débuts du régime de façon informelle et qui tend aujourd'hui à s'institutionnaliser.

7 Ainsi, s'il est impossible d'affirmer que l'utilisation des Conseils restreints se pérennise dans sa forme observée durant les premières périodes du régime – à défaut d'accès aux documents d'archives sur les périodes plus récentes – il est, en revanche, patent que l'utilisation actuelle des Conseils de défense consacre une institutionnalisation de la logique du travail de l'Exécutif par le biais des conseils présidentiels.

8 À l'étude des fonds disponibles, d'une part, et de la littérature contemporaine, d'autre part, le constat est donc édifiant. Il est d'abord possible de remarquer une évolution parallèle de la concentration du pouvoir au niveau de la Présidence et de l'implantation de la forme du Conseil restreint en tant qu'instance ultime et suprême de décision exécutive (I.). Ensuite, le constat va dans le sens de l'observation d'une pérennisation de la logique des conseils présidentiels, ayant tendance à se généraliser, voire à

s'institutionnaliser aujourd'hui dans un cadre juridique précis, celui des Conseils de défense (II.).

I – Une évolution équipollente à la concentration du pouvoir

9 Le constat qui peut être dressé à partir de l'analyse des archives relative à la première période du régime correspond bien à cette idée d'une évolution parallèle et conjointe de l'organisation des instances de conseil de la Présidence de la République et de la concentration du pouvoir par la révision des méthodes de travail gouvernemental. Le renforcement de l'Exécutif voulu par les fondateurs de la V^{e} République trouve ainsi sa réalisation dans l'organisation exécutive. La fonction des conseils de la Présidence en général est redéfinie (A), permettant aux Conseils restreints d'exercer une influence réelle sur le travail gouvernemental (B).

A. La fonction des conseils de la Présidence dans l'organisation exécutive

10 Pour bien comprendre comment s'est mise en place la concentration de la prise de décisions sous la V^{e} République, il convient de s'intéresser aux instances de conseil entourant l'institution en ayant bénéficié. À ce titre, le Secrétariat général de la Présidence a vu sa fonction largement redéfinie dès les débuts du régime (1). C'est grâce à ce nouveau moyen de la Présidence de la République que l'institution put évoluer pour devenir un rouage déterminant de la prise de décision gouvernementale (2).

1. Le Secrétariat général de la Présidence : une fonction d'information

11 S'il existait un Secrétariat général avant 1958 [11], la Présidence vit ses services évoluer en même temps que sa fonction à partir de cette date. L'idée fut de donner au Président les moyens de se saisir des domaines sur lesquels il souhaitait exercer une influence directe. Ainsi, de onze membres sous la présidence de Vincent Auriol et douze sous celle de René Coty, les services de l'Élysée atteignent soixante-

treize membres en 1959 (tous services confondus). Une telle augmentation dévoile de manière claire la mise en place dès 1959 d'une Présidence capable de se saisir de tous les domaines de l'activité de l'Exécutif [12].

12 Dès 1963, une note d'un conseiller de la Présidence vint préciser le rôle du Secrétariat général. Après avoir affirmé qu'aucun texte ne réglementait l'organisation administrative des services de l'Élysée, l'auteur de la note précisait que le Secrétariat général « dispose d'une compétence d'ensemble sur toutes les questions politiques, juridiques, administratives, économiques et sociales » [13]. Il ne gère néanmoins, toujours selon la même note, aucun domaine en propre et « sa tâche consiste essentiellement à veiller au respect des directives émanant du Chef de l'État, tout en assurant son information quant à l'évolution des questions dont le gouvernement est saisi, et en appelant, le cas échéant, son attention sur les orientations de la politique gouvernementale qui mériteraient d'être *redressées* et sur les décisions à prendre » [14]. Ainsi le rôle du Secrétariat s'assimile au rôle de « mémoire » et de « conscience » du chef de l'État, assurant « une coordination entre les activités des différents ministères » [15]. Composé d'un secrétaire général ayant sous son autorité des chargés de missions spécialisés, disposant eux-mêmes pour la réalisation de leurs travaux de l'aide de divers conseillers techniques, le Secrétariat général avait donc vocation à constituer la source principale d'information et une instance essentielle de conseil du chef de l'État.

13 Le secrétaire général, ou des membres de son service, participait aux réunions interministérielles ou comités interministériels afin de rendre compte au chef de l'État de l'évolution des différentes politiques gouvernementales [16]. Plus qu'une interface gênante entre le Président de la République et les ministres, l'ensemble de ces acteurs constitue un véritable rouage de l'institution présidentielle en elle-même, permettant à cette dernière de s'imposer comme organe déterminant au sein des équilibres institutionnels.

2. Les réunions en Conseils restreints : une fonction d'arbitrage

14 C'est grâce à cette instance cruciale de conseil et à l'information permanente du Président de la République que, dès 1959, le chef de l'État a pu prendre la place conséquente que l'on sait. C'est, notamment, le secrétaire général de la Présidence qui organisait les Conseils restreints permettant au chef de l'État de rendre des arbitrages précis et informés relatifs aux sujets dont il souhaitait se saisir.

15 Les Conseils restreints remplissaient une fonction de centralisation de la décision favorisant une concentration du pouvoir autour de la Présidence. Si les commentateurs n'ont pas toujours orienté leurs analyses de la V^{e} République sur ces Conseils, la consultation des archives permet – ne serait-ce que d'un point de vue quantitatif – d'en saisir l'importance [17]. Par ailleurs, et pour ne prendre que cet exemple, Marcel Prélot dans les éditions de 1961 et 1963 de son manuel ne mentionnait que brièvement ce qu'il appelait encore des « comités » organisés par le Président [18]. Il consacrait toutefois plus de développements à leur analyse dans l'édition de 1969, démontrant l'importance qu'avait déjà acquise ce type de conseils [19]. Il écrivait, après avoir relevé la fonction informative des Conseils restreints et leur caractère informel, qu'ils pouvaient « en fait, déposséder le conseil des ministres, le chef de l'État apportant devant celui-ci une décision déjà acquise » [20]. L'arbitrage ayant déjà été rendu, la décision n'avait ainsi plus qu'à être entérinée.

16 Ces conseils étaient alors de véritables créations *ad hoc* [21] comprenant, en fonction des besoins concrets en matière de politique gouvernementale et des souhaits du chef de l'État, le Président ou le secrétaire général de la Présidence, les ministres intéressés par la matière traitée (ils pouvaient néanmoins ne pas être convoqués ou se faire remplacer par un membre de leur cabinet) et les directeurs des administrations centrales concernées. Par ce biais, le Président de la République, entendant chacune des personnalités intéressées, pouvait rendre ses arbitrages lorsque la matière, selon lui, le justifiait. Ainsi André Malraux, ministre des Affaires culturelles, demandait que les dossiers qu'il estimait importants soient traités au

« plus haut niveau » de décision, celui des Conseils restreints [22]. De même, Étienne Burin des Roziers, ancien secrétaire général de l'Élysée sous la présidence de Gaulle, témoignait de ce que « [p]our diriger la manœuvre, le conseil des ministres n'est pas le vrai poste de commandement. C'est bien là que les décisions se prennent. Mais c'est ailleurs qu'elles s'élaborent, au sein des Conseils restreints. » [23] Ces Conseils étaient alors le lieu des arbitrages présidentiels, notamment lorsque des conflits émergeaient entre plusieurs ministres, voire entre différentes institutions [24].

17 Informé par le Secrétariat général de l'Élysée, le chef de l'État pouvait, en Conseil restreint, prendre les décisions qui s'imposaient pour diriger la politique de la nation avec les membres du Gouvernement, en méconnaissance de ce que l'on aurait légitimement pu attendre de l'application de l'article 20 de la Constitution. Cette institution apparaît alors comme un véritable repère dans ce qu'il est convenu d'appeler la « présidentialisation » du régime. Si elle a pu se développer jusqu'à devenir « le plus haut niveau » de décision c'est en ce qu'elle s'insérait dans une doctrine nouvelle relative au travail gouvernemental dans sa généralité.

B. L'influence des Conseils restreints sur le travail gouvernemental

18 La centralité présidentielle permise par le développement du Secrétariat général de la Présidence et la mise en place des Conseils restreints s'insère en réalité au sein d'une réorganisation plus vaste de l'Exécutif visant directement les processus de décision. C'est l'ensemble du fonctionnement interne de la machinerie exécutive (1) qui fait des Conseils restreints l'instance majeure de la prise de décisions et érige ainsi l'institution en marqueur de la concentration du système de gouvernement (2).

1. Le fonctionnement interne de la machinerie exécutive

19 Sous les IIIe et IV^{e} Républiques, le travail gouvernemental était largement dirigé par le chef du Gouvernement et réalisé en interne au sein du Cabinet, comme cela est classiquement le cas dans les

régimes parlementaires – à l'image des *Kabinettsausschüsse* allemands ou du *Cabinet Committee System* britannique, présidés dans les deux cas par le chef du Gouvernement et non par le chef de l'État.

20 La V^e^ République est venue remodeler ces pratiques. Dans l'exercice de ses fonctions de Premier ministre, Michel Debré voulut conserver la pratique des conseils interministériels. Il organisait alors des réunions préparatoires aux Conseils des ministres et les présidait lui-même [25]. La centralisation progressive du pouvoir exécutif après la fin de la guerre d'Algérie vit toutefois ces réunions interministérielles reléguées au second rang. Elles ne préparaient, dès lors, plus les Conseils des ministres mais bien, lorsque le chef de l'État en décidait ainsi, les Conseils restreints au sein desquels étaient rendus les derniers arbitrages et dont le relevé de décisions correspondait aux textes qui étaient par la suite soumis pour approbation formelle au Conseil des ministres.

21 Michel Debré relevait en ce sens dans ses mémoires que « [p]armi les orientations [que de Gaulle] imposera à Pompidou, figurera en premier la disparition des conseils de Cabinet. Il lui demandera de limiter les comités interministériels au strict indispensable. » [26] Le rôle de Premier ministre endossé par son successeur fut en effet un rôle de coordination et de centralisation de l'action gouvernementale, marquant par là même un recul de l'interministérialité en son sens strict. Le travail interministériel devient alors un travail préparatoire à ces Conseils de la Présidence visant eux-mêmes à déterminer les décisions à entériner en Conseil des ministres. Ainsi se tiennent des comités interministériels « préparatoires » que l'on retrouve aux dossiers de préparation des Conseils restreints [27].

22 La présidence des comités interministériels par le Premier ministre demeure alors significative de son rôle central au sein de la prise de décision exécutive. Il est toutefois saisi en amont de la décision qui sera finalement arrêtée en Conseil restreint par le chef de l'État. Selon une circulaire de Georges Pompidou datant de 1964 [28], c'est après avoir pris en compte les directives du chef de l'État lorsque celui-ci en a émis que le Premier ministre organise le travail interministériel [29]. Des réunions interministérielles se tiennent donc, puis éventuellement un comité interministériel pour que les

arbitrages primo-ministériels soient rendus avant que le dossier ne soit traité en Conseil restreint où seront fixées les décisions avant leur transmission au conseil des ministres au sein duquel, selon le document type du premier Conseil des ministres tenu sous la Présidence de de Gaulle, aucun débat n'avait lieu [30].

2. Un marqueur de la concentration du système de gouvernement

23 Pierre Avril relève que les « conseils » de Cabinet disparaissent dès le mois d'août 1961 et progressivement, pour laisser place à de simples « comités » [31]. Le changement de vocabulaire n'est pas anodin. La Présidence, par l'intermédiaire de son conseiller technique Jacques Boitreaud, précisait en 1963 au Secrétariat général du Gouvernement qu'il convenait de distinguer clairement les réunions tenues sous la présidence du chef de l'État et celles tenues sous la présidence du Premier ministre, respectivement à l'Élysée et à Matignon. Les réunions tenues à Matignon devaient être appelées « comités », quand les autres, présidées par le chef de l'État ou le secrétaire général de la Présidence, devaient se voir réserver le terme « conseil » [32]. Quelques réunions du Premier ministre furent encore qualifiées de « conseils » après 1963, mais elles étaient généralement requalifiées en « comités » lorsque l'information parvenait à la Présidence. On trouve à l'inverse une correction de la main de de Gaulle sur la convocation à une réunion du « comité des affaires européennes » que le Président corrige en « conseil » en raison de sa tenue sous sa présidence à l'Élysée [33].

24 Le changement de terminologie avait vocation à lier les Conseils restreints tenus à l'Élysée au Conseil des ministres qui avait lieu au même endroit et sous la même présidence. Elle eut en parallèle l'effet de décorréler les arbitrages rendus dans les « comités » interministériels des décisions finales entérinées en Conseil des ministres. Ceci marque alors nettement la dépossession des compétences du Gouvernement dans la détermination de la politique de la Nation et la concentration parallèle du pouvoir entre les mains, en dernière instance, du chef de l'État.

25 Cela est vrai durant la période gaullienne du régime et se vérifie encore par la suite. En effet, l'augmentation du nombre des Conseils

restreints mentionnés aux inventaires des fonds des présidences suivantes apparaît marquer un mouvement constant vers cette concentration. De quatre-vingt-six mentions pour dix ans de présidence de Gaulle, les mentions atteignent quatre-vingt-trois pour moins de cinq ans de présidence Pompidou, doublant donc les occurrences. L'inventaire de la présidence Giscard mentionne, pour sa part, deux cent vingt-trois fois les conseils restreints durant son septennat, ce qui vient à nouveau représenter près du double des mentions à l'inventaire de son prédécesseur [34]. Une telle augmentation sous la présidence de Valéry Giscard d'Estaing est d'autant plus significative qu'on connait la relation difficile qu'il entretenait avec son Premier ministre gaulliste, Jacques Chirac [35]. Si l'on sait que des Conseils restreints continuent de se tenir sous les présidences suivantes il est impossible sans accès aux archives de déterminer avec précision l'ampleur du phénomène [36] – notamment en période de cohabitation, période durant lesquelles on imagine aisément une baisse du recours à cette institution en raison de l'inadéquation de cette institution supposant un travail conjoint minimal du Président et du Premier ministre.

II – Une institutionnalisation révélatrice de la pérennisation des équilibres

26 Outre le constat d'une pérennisation du passage des décisions gouvernementales par les Conseils restreints par-delà de la seule période de fondation du régime, il faut s'interroger sur les conséquences, déjà partiellement esquissées, que cela peut avoir sur les équilibres généraux du régime, notamment au sein de l'Exécutif. Selon des termes aujourd'hui largement admis, on peut avancer que la régularité ainsi que le caractère éclectique des matières traitées en ces conseils ont favorisé le passage de la seule « évocation » présidentielle des matières gouvernementales à une véritable « captation » [37] des compétences du Premier ministre par le chef de l'État (A). Par ailleurs, cette captation a, depuis, fait l'objet d'une forme d'institutionnalisation par la réglementation relative aux Conseils de défense (B).

A. De l'évocation à la captation présidentielle

27 Les Conseils restreints ont favorisé la concentration du pouvoir en permettant au chef de l'État de se prononcer de manière éclairée et par le biais d'arbitrages sur un grand nombre de matières. La diversification de ces matières implique un vaste pouvoir d'évocation présidentielle, menant à un sentiment d'extensibilité exponentielle de ce que l'on pourrait, par un abus de langage, appeler le « domaine présidentiel » (1). En ce « domaine présidentiel », s'observe une action du chef de l'État par les Conseils restreints qui semble interférer avec les compétences du Premier ministre (2), déséquilibrant ainsi l'agencement classique des pouvoirs en remettant en cause la possibilité même d'une responsabilité politique du Gouvernement.

1. L'extension illimitée du « domaine présidentiel »

28 Soulignons dès à présent que nous n'entendons pas par « domaine présidentiel » faire une référence à un quelconque « domaine réservé ». Celui-ci n'étant que théorique, sauf à considérer qu'il est constitué de l'ensemble des pouvoirs propres du Président prévus à l'article 19, nous nous intéressons plus précisément ici à l'ampleur du champ matériel couvert par l'incursion présidentielle au sein du travail du Gouvernement.

29 Les Conseils restreints permettent au chef de l'État de se saisir de toute matière qu'il estime suffisamment importante pour justifier son intervention. En ce sens, la méthode gaulliste d'un pragmatisme supposant une adaptabilité des institutions aux évènements trouve une réalisation dans la mutabilité du domaine présidentiel et dans l'éclectisme des matières traitées en Conseils restreints. Roger Belin, ancien secrétaire général du Gouvernement, écrivait que « la pratique des conseils restreints tenus [...] sur les sujets les plus divers était un moyen pour le chef de l'État d'obliger les ministres et le premier d'entre eux à se saisir d'une question, de suivre grâce à ses collaborateurs, la préparation et l'évolution du dossier et de lui donner la conclusion qu'il souhaitait » [38]. Ainsi pouvait-il se saisir de toute matière. Le même auteur ajoutait : « Il n'y a pas de domaine

réservé : la répartition est le fruit des circonstances, mais elle ressort, en définitive, de la seule décision du Président » [39].

30 Si les Conseils restreints entre 1959 et 1962 portaient majoritairement sur l'Algérie, ils se diversifient largement par la suite. Les collaborateurs du Général se remémorent un certain nombre de matières que pouvaient concerner ces Conseils présidentiels comme, entre autres sujets, les problèmes monétaires internationaux, les secteurs de pointe (espace, calculateurs, aéronautique, accélérateur de particules), les affaires économiques et financières, l'organisation de Paris, etc. [40]. Une telle accumulation – incomplète, au surplus – démontre par elle-même l'inexistence d'un « domaine réservé ». La présidence gaullienne n'est pas celle d'une distance par rapport à la contingence de la fonction gouvernementale, mais d'une implication réelle et concrète dans tous les domaines d'action. Le chef de l'État ne dispose pour ces interventions d'aucune compétence constitutionnelle, il n'est pas ici question de le remettre en cause. Le contreseing des ministres responsables (dont le Premier) demeure nécessaire pour l'ensemble de ses actes à l'exclusion de ceux visés à l'article 19 de la Constitution. Ce que révèlent toutefois ces interventions, c'est la nécessité de réévaluer, dès le début du régime – et par la suite également – l'équilibre s'instaurant entre la Présidence et le Gouvernement dans la détermination de la politique de la Nation (article 20 de la Constitution). En ce sens, pour Jean Rossetto, la pratique des Conseils restreints constitue l'une des « conventions consacrant l'orientation présidentialiste du régime » [41]. Sans créer de compétence propre du chef de l'État, elle n'est toutefois pas dépourvue d'effets sur la répartition des compétences au sein de l'Exécutif.

2. L'interférence avec les pouvoirs du Premier ministre

31 Il semble ici pertinent de rappeler l'évidence : si le Président de la République préside le Conseil des ministres (article 9 de la Constitution) au sein duquel s'exercent les compétences collégiales gouvernementales, il ne fait aucunement partie du Gouvernement (article 8). La distinction organique est essentielle. Membre à part entière de l'Exécutif en tant qu'il dispose d'une partie du pouvoir

réglementaire, il n'est toutefois pas responsable politiquement de l'activité de l'organe gouvernemental (articles 20, 49 et 50).

32 La distinction organique emporte avec elle une séparation des compétences. Par principe, le pouvoir réglementaire est exercé par le Premier ministre (article 21). La signature des décrets par le chef de l'État en tant qu'il préside le Conseil des ministres est en ce sens significative de l'existence d'un domaine partagé de compétence, auquel viennent s'ajouter les compétences prévues à l'article 13 de la Constitution – l'ensemble de ces pouvoirs étant soumis au contreseing du Premier ministre.

33 Cette répartition des compétences apparaît remise en cause par l'organisation des Conseils restreints. Le chef de l'État pouvant se saisir de toute matière, il paraît difficile de distinguer aussi strictement que le fait le texte constitutionnel les actes relevant du domaine réglementaire général du Premier ministre et ceux devant être « discutés » en Conseil des ministres. Sur l'ordre du jour précité du Conseil des ministres du 20 janvier 1959, on lit que la partie « A » portant sur les « projets de lois, d'ordonnances et de décrets », concerne les textes « pour lesquels l'accord des ministres intéressés est acquis et qui sont inscrits à l'ordre du jour sous réserve qu'il n'y aura pas de débat » [42]. Cela est favorisé par les arbitrages présidentiels rendus en Conseils restreints et permet la captation des compétences gouvernementales par le chef de l'État en ses Conseils [43]. Ainsi Edgard Pisani de témoigner : « Sous les IIIe et IVe Républiques, le conseil des ministres délibérait et décidait. Sous la Ve, seul le Président est, en fait, responsable » [44]. La présidence de ces Conseils par le chef de l'État et leur situation d'ultime rouage de la fabrique de la décision gouvernementale font en réalité obstacle à la détermination de la politique de la nation par le Gouvernement. En ce sens, ils interfèrent dans les compétences du Gouvernement et, *a fortiori*, dans les mécanismes de responsabilité politique, rendant celle-ci peu pertinente. Une telle modification des équilibres institutionnels résulte, au surplus, d'une réorganisation parfaitement autonome de l'Exécutif par lui-même. On perçoit d'ailleurs les rapports de force entre Président et Premier ministre dans l'organisation du travail des ministres eux-mêmes, par la multiplication des réunions interministérielles parallèle à l'implantation des conseils présidentiels [45].

34 Ces Conseils restreints agissent donc plus largement sur les équilibres généraux du régime en touchant directement la fonction parlementaire de contrôle. Le Gouvernement ne peut pas être tenu responsable de la conduite de la politique nationale, moins encore de sa détermination. Un autre type de conseils présidentiels vient, par ailleurs, s'ajouter à cette pratique informelle des Conseils restreints : les Conseils de défense (et de sécurité nationale ou encore écologique). La consécration textuelle de ces derniers conseils présidentiels paraît institutionnaliser des équilibres reposant jusqu'alors sur une captation pratique de compétences demeurant dans les textes celles du Gouvernement [46].

B. De la captation à l'institutionnalisation des équilibres

35 Initialement pensée comme essentiellement militaire, l'expansion des domaines couverts par des Conseils de défense spécialisés (1) apparaît élargir indéfiniment et durablement le pouvoir du Président de la République au sein du système de gouvernement. Cette extension se dévoile avec éclat dans le cas de la reprise de l'expression de « conseil de défense » pour la création du Conseil de défense écologique en 2019 (2).

1. L'ouverture matérielle des Conseils de défense

36 Les Conseils de défense ont d'abord été pensés comme des organes de synthèse et de coordination politico-militaires. Ils furent d'abord créés sous la forme du Conseil supérieur de la défense nationale [47] et trouvent aujourd'hui un fondement dans l'article 15 de la Constitution qui les rattache directement au chef de l'État [48]. L'article 15 dispose en effet qu'au titre de son rôle de chef des armées, le chef de l'État « préside les conseils et les comités supérieurs de la défense nationale ». Ce type de conseils a connu, entre sa création et sa forme de 1958, une évolution allant dans le sens d'un détachement de plus en plus prononcé du Gouvernement, jusqu'à devenir dans sa forme actuelle un véritable organe présidentiel [49].

37 Sous la V^e^ République, s'ils relevaient initialement de l'initiative du Premier ministre, les Conseils de défense ne sont plus, depuis 1962, organisés qu'à la discrétion du chef de l'État [50]. Ce dernier se voit ainsi reconnaître un véritable pouvoir de décision en matière de défense, qui est considérablement accru en 1964 avec l'attribution à ces Conseils de la maîtrise de la force de frappe nucléaire [51]. Par la suite, en 2004, le Conseil de défense se trouve codifié dans un titre spécifiquement dédié au « Président de la République, chef des armées » au sein du Code de la défense [52]. Il consacre alors à la fois la présidence de ce Conseil par le chef de l'État (L. 1122), la place suprême de ce dernier dans la détermination de la politique de défense et la prise de décision, et l'autonomisation de l'organisation de tels Conseils. La plupart des dispositions relatives à l'organisation de ces Conseils étant de nature réglementaire, la partie législative du Code de la défense ne prévoit sur ce point qu'un renvoi, pour leur organisation, à des décrets en Conseil des ministres (L. 1122-1). Ainsi, formellement, les questions de défense se présidentialisent par le truchement de ces Conseils de défense pouvant être organisés en formation plénière [53], restreinte [54] ou spécialisée [55] – la formation restreinte étant généralement privilégiée [56].

38 Du point de vue matériel, le basculement a lieu à partir de 2008 avec le Livre blanc de la défense intitulé « Défense et sécurité nationale ». Il donne lieu en 2009 à une modification du Conseil pour lui donner sa forme actuelle, celle du « Conseil de défense et de sécurité nationale » [57]. Malgré l'aspect anecdotique de la modification, l'adjonction de la sécurité nationale à la défense a pour effet d'élargir substantiellement le domaine couvert par ces Conseils de défense. Selon l'article L. 1111-1 du Code de la défense, « la stratégie de sécurité nationale a pour objet d'identifier l'ensemble des menaces et des risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation, notamment en ce qui concerne la protection de la population, l'intégrité du territoire et la permanence des institutions de la République ». Outre le rattachement évident, par les termes de l'article, de la sécurité nationale au domaine d'action présidentiel selon sa fonction définie à l'article 5 de la Constitution (intégrité du territoire et permanence des institutions), il est ici notable que ce qui touche à « la vie de la Nation » est bien plus large que la seule question militaire. De la même manière l'insertion de la justification de la tenue d'un Conseil

de défense et de sécurité nationale par une « crise majeure » [58] a pu interroger quant à l'extension de ces nouveaux Conseils présidentiels [59]. Qu'est-ce, en effet, qu'une crise majeure ? La réouverture du Puy du fou après la période de crise sanitaire justifiait-elle juridiquement la convocation d'un Conseil de défense et de sécurité nationale ? S'il est permis d'en douter, le chef de l'État l'a, lui, estimé nécessaire. Selon des propos rapportés, il aurait « pris la décision de rapatrier le dossier à l'Élysée et de le traiter en Conseil de défense parce qu'au Conseil de défense, c'est [lui] le patron » [60]. On peut alors estimer qu'il en fut de même pour les Conseils de défense restreints organisés concernant l'incendie et la reconstruction de Notre-Dame ou encore pour la gestion du Covid-19 [61].

39 Cet élargissement formalisé de la compétence présidentielle, se développant de façon autonome, est plus marqué encore dans un domaine ne relevant pas de la défense nationale : l'écologie.

2. L'effet « présidentialisant » du Conseil de défense écologique

40 Il est possible d'interroger le lien entre défense et écologie. Il aurait, d'ailleurs, au regard des risques énergétiques, des « crises majeures » liées notamment au changement climatique et autres problématiques intérieures et extérieures que cela peut engendrer, été possible de traiter les risques sécuritaires liés à l'écologie dans le cadre d'un Conseil de défense et de sécurité nationale, notamment spécialisé ou restreint. L'écologie aurait ainsi pu, dans une certaine mesure, s'inscrire dans le cadre des mesures de *sécurité nationale*. Il n'en a pas été ainsi, comme en témoigne la création d'un conseil présidentiel spécial, le Conseil de défense écologique [62].

41 Le décret relatif à la création Conseil de défense écologique ne vise, comme on pouvait s'y attendre, pas le Code de la défense mais celui de l'environnement [63]. Signé en Conseil des ministres, il ne fit l'objet que d'un rapport du « Premier ministre et du ministre d'État, ministre de la transition écologique et solidaire ». La fonction de ce Conseil, définie à l'article premier du décret, consiste à définir « les orientations en matière de transition écologique, et notamment de lutte contre le changement climatique, de préservation de la biodiversité et de protection des milieux et ressources naturels. Il fixe

les priorités dans ces domaines et s'assure de leur prise en compte dans l'ensemble des champs d'action de la politique du Gouvernement et du suivi de leur mise en œuvre » [64].

42 Ainsi le Conseil de défense écologique n'a pas de rapport avec la défense, si ce n'est dans sa forme qui, du fait de son nom et de la présidence du chef de l'État, le rapproche des Conseils de défense et de sécurité nationale [65]. De la même manière que ces derniers, par ailleurs, la concurrence qui a parfois pu être avancée entre cet organe et les instances ministérielles classiques [66] est tempérée par l'absence de compétence juridique propre du Conseil de défense écologique – Pierre Bourdon parle néanmoins de « droit souple » concernant la production « normative » du Conseil de défense sanitaire durant la crise du Covid-19 [67]. Les deux types de conseils sont à ce titre de même nature que leur jumeau informel qu'est le Conseil restreint : les décisions prises en Conseils présidentiels sont *a priori* injusticiables parce qu'elles doivent, pour acquérir une forme juridique propre, être entérinées en Conseil des ministres [68]. Une telle appropriation juridique et institutionnalisée des compétences gouvernementales par le chef de l'État dans des domaines transcendant désormais la distinction du civil et du militaire (justifiant auparavant la présidence des Conseils de défense par le chef de l'État, chef des armées) remet toutefois en cause, ici encore, la responsabilité politique du Gouvernement [69]. De la même manière que pour les Conseils restreints, si l'acte juridique relève du Conseil des ministres, l'élaboration administrative de la décision politique – celle comptable de la responsabilité politique en régime parlementaire – relève du chef de l'État rendant ses arbitrages dans des instances désormais formalisées. Par ailleurs, si l'on peut défendre – *a minima* concernant les « Conseils de défense » au sens générique – un potentiel contrôle juridictionnel des décisions par le juge administratif justifié par leur caractère d'acte de droit souple, il semble que le secret-défense par lequel elles sont protégées empêche la formation d'un quelconque recours [70].

43 Ce que l'on a appelé la « présidentialisation » du régime paraît bien en phase de formalisation. Ce qui fut considéré comme « pratique constitutionnelle » est en passe de devenir la norme par le truchement d'instances politico-administratives (Conseils restreints et Conseil de défense écologique) et politico-militaires (Conseil de

défense et de sécurité nationale). Un tel changement formel doit d'autant plus attirer l'attention qu'il n'est le fait que de l'Exécutif lui-même puisque l'organisation et le fonctionnement de ces Conseils, lorsqu'ils sont formalisés, est le fait du seul pouvoir réglementaire.

44 *

45 Il convient alors d'attirer l'attention sur un dernier point. Il apparaît ici pertinent de souligner, en conclusion, des rapprochements pouvant paraître troublants avec la doctrine américaine relative à l'Exécutif présidentiel, pourtant indépendant de l'organe législatif à l'inverse de notre Exécutif parlementaire. L'organisation par décret des Conseils institutionnalisés, leur présidence par un chef de l'État demeurant irresponsable et, enfin, leur existence même témoignant d'une forme d'assomption de cette concentration du pouvoir, mis en perspective avec l'ouverture matérielle exponentielle de ces conseils à la discrétion du Président apparaît donner lieu à une autonomisation du pouvoir exécutif, bien plus dangereuse en régime parlementaire qu'elle ne l'est aux États-Unis [71]. Sans contrepoids réel émanant d'un organe législatif indépendant, une autonomisation de l'Exécutif sous impulsion présidentielle, loin de s'arrêter à une doctrine de l'Exécutif unitaire [72], permet au chef d'État parlementaire de la V^e^ République d'imposer ses vues, par la maîtrise du Parlement par l'Exécutif à l'ensemble du système de gouvernement. Si l'existence des Conseils restreints informels devait permettre au chef de l'État de s'imposer dans le travail gouvernemental, l'autonomisation excessive et formalisée de ce travail doit être considérée dans ses conséquences ultimes, celles d'un risque de dépérissement de tout contrôle parlementaire et d'émancipation pleine et entière de l'Exécutif présidentiel.

NOTES

1 M. Senellart, *Les arts de gouverner, Du* regimen *médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil, 1995, p. 280.

2 Voir notamment, J. Marchand, « Réflexions sur le principe de transparence », *RDP*, 2014/3 mai, p. 677-703, ou, plus récemment, E. Aubin, « La protection constitutionnelle de la transparence administrative », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n^o^ 59, avril 2018, p. 35-45. Sur le

conseil de l'administration, on peut ici citer également la publication de plus en plus ouverte des avis du Conseil d'État rendus dans sa formation consultative ainsi que, *a fortiori*, la récente parution des premiers numéros de la *Revue des sections consultatives* du Conseil d'État, dont la ligne éditoriale au regard de ses deux premiers numéros n'est pas tout à fait claire, mais qui paraît avoir vocation à éclairer et rendre accessible cette fonction particulière de conseil, en ligne : < https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/analyses-des-sections-consultatives/le-premier-numero-de-la-revue-des-sections-consultatives-est-en-ligne >, consulté le 10 juin 2026.

3 Sur les différents lieux de l'interministérialité (notamment conseils interministériels, comités interministériels et réunions interministérielles « *RIM* ») voir M. Caron, *Droit gouvernemental*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2020, p. 92 et *sq*.

4 J. Gicquel et J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, coll. « Précis Domat », 38e éd., 2024, p. 767.

5 *Ibid.*, souligné dans le texte.

6 Voir néanmoins sur ce point, pour la seule période 1959-1969, notre étude doctorale : O. Beaud, D. Baranger (dir.), *La première décennie de la Cinquième République, contribution à une théorie de la concrétisation non juridictionnelle de la Constitution*, t. 178, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2025 (notamment p. 159 et *sq*.).

7 Notons ici que l'important travail des conservateurs aux Archives nationales facilite grandement cette épreuve (N. Even, *Archives de la présidence de la République, Général de Gaulle* (1959-1969), Paris, Archives nationales, 2012).

8 Archives nationales AG(5)/1.

9 Archives nationales AG(5)/2.

10 Archives nationales AG(5)/3.

11 Voir sur ce point les développements de N. Roussellier, *La force de Gouverner. Le pouvoir exécutif en France, XIXe-XXIe siècles*, Paris, Gallimard, coll. « NRF essais », 2015, p. 261 et *sq*.

12 E. Chiaradia, « L'entourage du général de Gaulle à l'Élysée (8 janvier 1959-28 avril 1969) », *Histoire@politique. Politique, culture, société*, n° 8, mai-août 2009, en ligne : < www.histoire-politique.fr >, consulté le 12 mai 2021.

13 Archives nationales AG5(1)/1959, Note M.D. à Bernard Ducamin, s .d.

14 *Ibid.*, nous soulignons.

15 *Ibid.*

16 Voir notamment Archives nationales AG5(1)/2028, « Relevé de décisions de la réunion interministérielle du 4 octobre 1968 » et développements in M. Chevrier, *op. cit.*, p. 164-165.

17 À la seule lecture des inventaires respectifs des trois premières présidences, on relève 86 mentions de conseil(s) restreint(s) pour le fonds de Gaulle, 83 pour le fonds Pompidou et 223 pour le fonds Giscard d'Estaing (respectivement Archives nationales AG(5)/1, 2 et 3).

18 M. Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 2e éd., 1961 et *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 3e éd., 1963.

19 M. Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 4e éd., 1969, p. 659.

20 *Ibid.*

21 E. Chiaradia, *L'entourage du Général de Gaulle, juin 1958-avril 1969*, Paris, Éd. Publibook, coll. « Sciences Humaines et Sociales, Histoire », 2011, p. 415.

22 Archives nationales AG5(1)/2260, Projet de lettre de Malraux du 26 avril 1967.

23 Cité in E. Chiaradia, *op. cit.*, p. 415.

24 Pour plus de développements sur ce point voir M. Chevrier, *op. cit.*, p. 170-171.

25 M. Debré, *Gouverner, 1958-1962*, Paris, Albin Michel, 1988, p. 29.

26 *Ibid.*

27 Archives nationales AG5(1)/2028, Note s. n., « Modernisation du service public de la justice. Note au sujet de l'ordre du jour » concernant un Conseil interministériel préparatoire, 15 octobre 1968.

28 Archives nationales AG5(1)/1973, Circulaire du Premier ministre nº 2.016/S.G., le 23 janvier 1964.

29 Nous nous permettons ici aussi de renvoyer, pour de plus amples développements relatifs à cette période, à notre recherche doctorale : M. Chevrier, *op. cit.*, p. 76 et *sq.*

30 Archives nationales AG5(1)/1629, « Ordre du jour du conseil des ministres du mercredi 21 janvier 1959 à 15 heures 30 », le 20 janvier 1959.

31 P. Avril, *La V^e^ République, Histoire politique et constitutionnelle*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e^ éd., 1994, p. 41.

32 Archives nationales AG5(1)/1953, Lettre de Jacques Boitreaud à Roger Belin, 23 septembre 1963.

33 Archives nationales AG5(1)/2493, Compte rendu du « Conseil des affaires européennes du 9 novembre 1962 », 13 novembre 1962.

34 Respectivement Archives nationales AG(5)/1, 2 et 3.

35 Il convient néanmoins de noter que l'ensemble du travail interministériel s'accélère à cette époque. Le nombre de réunions interministérielles (« RIM ») passe, à l'année 1979, de 603 à 1 002 pour se stabiliser depuis à un nombre oscillant entre « 1000 et 1400 par ans, soit en moyenne quatre à cinq réunions interministérielles par jour ouvré » (D. Dulong, P. France et J. Le Mazier, « À quoi riment les "RIM" ? Les réunions interministérielles ou l'ordinaire du travail gouvernemental », *Revue française d'administration publique*, 2019/3 n° 171, p. 697-712).

36 Selon Matthieu Caron, « les Conseils restreints ont été délaissés par François Mitterrand à partir de 1991, réhabilités par le président Sarkozy et de nouveau abandonnés par le président Hollande » (*op. cit.*, p. 169). Cela impliquerait que des Conseils restreints se soient tenus durant la première cohabitation. Des sources rapportent la tenue de Conseils restreints durant les années 1980, au début des années 1990 et encore aujourd'hui. On peut néanmoins s'interroger, au regard du croisement de ces sources avec les propos de l'auteur, sur l'existence de ces Conseils durant la présidence de Jacques Chirac.

37 A. Le Divellec, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? », *Jus Politicum*, n° 6, 2011, en ligne : < https://juspoliticum.com/article/Vers-la-fin-du-parlementarisme-negatif-a-la-francaise >, consulté le 10 juin 2026.

38 R. Belin, *Lorsqu'une République chasse l'autre, 1958-1962, Souvenirs d'un témoin*, Paris, éd. Michalon, 1999, p. 211.

39 *Ibid.*

40 B. Tricot, E. Burin des Roziers, et *alii*, *De Gaulle et le service de l'État. Des collaborateurs témoignent*, Paris, Plon, coll. « Espoir », 1977, p. 360-361.

41 J. Rossetto, *Recherche sur la notion de Constitution et l'évolution des régimes constitutionnels (1982)*, Paris, LGDJ, coll. « Colloques et essais », 2019, p. 338-339.

42 Archives nationales AG5(1)/1629, « Ordre du jour du conseil des ministres du mercredi 21 janvier 1959 à 15 heures 30 », le 20 janvier 1959.

43 Validée par ailleurs ensuite par le Conseil d'État (CE, Ass., 10 septembre 1992, *Meyet*, req. nº 140.376, 140.377, 140.378, 140.379, 140.416, 140.417 et 140.832, Rec., 328) et explicité dans les conclusions du commissaire du gouvernement (D. Kessler, concl. ss. CE, Ass., 10 septembre 1992, *Meyet et Galland*, *RDP*, 1992, p. 1807).

44 E. Pisani, *Le Général indivis*, Paris, Albin Michel, 1974, p. 127.

45 D. Dulong, « Les poisons et délices de la Cinquième République. L'histoire politique de la coordination du travail gouvernemental », *Revue française d'administration publique*, nº 171, 2019/3, p. 587-601.

46 On relève, en outre, la formalisation ponctuelle de ce type de conseils dans des « Conseils interministériels » spécialisés, créés par décret et présidés par le chef de l'États. Voir par exemple le Conseil interministériel de l'outre-mer créé par Nicolas Sarkozy en 2009 (Décret nº 2009-182 du 18 février 2009 portant création du conseil interministériel de l'outre-mer), et plus largement M. Caron, *Droit gouvernemental*, *op. cit.*, p. 92-93.

47 Décret du 4 avril 1906 portant création d'un conseil supérieur de la défense nationale.

48 O. Beaud, C. Guérin-Bargues et S. Benzina, *L'État d'urgence sécuritaire et sanitaire. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, Dalloz, coll. « Droit politique », 2023, p. 272.

49 Th. Desmoulins, « La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République : le Conseil de défense et de sécurité nationale », *Jus Politicum*, nº 25, janvier 2021.

50 Décret nº 62-808 du 18 juillet 1962 relatif à l'organisation de la défense nationale, art. 1.

51 Décret nº 64-46 du 14 janvier 1964 relatif aux forces aériennes stratégiques, art. 1.

52 Code de la Défense Titre II, Livre I^{er}, Partie I de la partie législative et, surtout, même titre de la partie réglementaire.

53 Art. R. 1122-2, Code de la Défense.

54 Art. R. 1122-3, Code de la Défense.

55 *Ibid.*

56 Th. Desmoulins, « La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République : le Conseil de défense et de sécurité nationale », art. cit.

57 Art. L. 1122 Code de la Défense.

58 Art. R. 1122-1 Code de la Défense : « Le conseil de défense et de sécurité nationale définit les orientations en matière de programmation militaire, de dissuasion, de conduite des opérations extérieures, de *planification des réponses aux crises majeures*, de renseignement, de sécurité économique et énergétique, de programmation de sécurité intérieure concourant à la sécurité nationale et de lutte contre le terrorisme. Il en fixe les priorités. » (nous soulignons).

59 Voir Th. Desmoulins, « La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République : le Conseil de défense et de sécurité nationale », art. cit., et, du même, *Pouvoir présidentiel et Covid. Crise sanitaire et mutation institutionnelle de la V^e^ République*, Paris, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2023.

60 P.-X. Bourmaud et Ch. Sapin, « Le Puy du Fou, théâtre d'une montée de tensions au sommet de l'État », *Le Figaro*, 24 mai 2020, en ligne : < https://www.lefigaro.fr/politique/le-puy-du-fou-theatre-d-une-montee-de-tensions-au-sommet-de-l-etat-20200524) >, consulté le 10 juin 2026.

61 Sur tous ces éléments voir Th. Mulier, « La présidentialisation de la V^e^ République à l'aune de la transformation du Conseil de défense et de sécurité nationale », *Le blog Droit administratif*, 9 juin 2020, en ligne : < https://blogdroitadministratif.net/2020/06/09/la-presidentialisation-de-la-ve-republique-a-laune-de-la-transformation-du-conseil-de-defense-et-de-securite-nationale/#_ftn2) >, consulté le 10 juin 2026 ; Th. Desmoulins, « La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République : le Conseil de défense et de sécurité nationale », art. cit.
Il faut ici noter un dissensus sur la qualification des Conseils de défense sanitaire. Sans s'opposer complètement à l'analyse précitée du Conseil de défense sanitaire comme Conseil de défense restreint, Pierre Bourdon analyse le premier comme une création de droit souple calquée sur le modèle du second (« Le "Conseil de défense sanitaire" : un variant institutionnel de la crise du Covid-19 », in X. Dupré de Boulois et X. Philippe (dir.), *Gouverner et juger en période de crise*, Paris, mare & martin, coll. « Collection de l'Institut des sciences juridiques et philosophiques de la Sorbonne », 2023, p. 60).

62 Décret nº 2019-449 du 15 mai 2019 relatif au conseil de défense écologique.

63 *Ibid.*

64 *Ibid.*, art. 1.

65 *Ibid.*, art. 2.

66 Ch. Geynet-Dussauze, « Le Conseil de défense écologique, quelle légitimité ? », *Le blog Droit administratif*, 9 mai 2022, en ligne : < https://blogdroitadministratif.net/2022/05/09/le-conseil-de-defense-ecologique-quelle-legitimite/#_ftn10). >, consulté le 10 juin 2026.

67 P. Bourdon, « Le "Conseil de défense sanitaire" : un variant institutionnel de la crise du Covid-19 », art. cit., p. 60.

68 Th. Desmoulins, *Pouvoir présidentiel et Covid. Crise sanitaire et mutation institutionnelle de la Ve République*, Paris, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2023, p. 108.

69 P. Bourdon, « Le "Conseil de défense sanitaire" : un variant institutionnel de la crise du Covid-19 », art. cit., p. 63.

70 *Ibid.*, p. 64 et CADA, avis nº 20210278, 4 mars 2021, Ministère des Solidarités et de la Santé.

71 Voir notamment sur ce point : S. Benzina, « Les executive orders du président des États-Unis comme outil alternatif de législation », *Jus Politicum*, nº 21, 2018, en ligne : < https://juspoliticum.com/articles/Les-executive-orders-du-president-des-Etats-Unis-comme-outil-alternatif-de-legislation >, consulté le 10 juin 2026, et pour l'organisation exécutive française M. Caron, *Droit gouvernemental. Finalités théoriques, pratiques et démocratiques*, Bayonne, Institut pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & Essais », p. 2023.

72 F. T. Davis, « Donald Trump et la doctrine de l'"exécutif unitaire" : quels sont les enjeux ? », *Le club des juristes*, 7 mars 2025, en ligne : < https://www.leclubdesjuristes.com/international/donald-trump-et-la-doctrine-de-l-executif-unitaire-quels-sont-les-enjeux-9659/ >, consulté le 10 juin 2026 ; S. Benzina, « Sur un ersatz de responsabilité politique : l'élection du président des États-Unis », *Jus Politicum*, nº 28, 2022, en ligne : < https://juspoliticum.com/articles/Sur-un-ersatz-de-responsabilite-politique-l-election-du-president-des-Etats-Unis >, consulté le 10 juin 2026, et « La présidence impériale ou les premiers executive orders de Donald Trump », *JP Blog*, 19 février 2025.

ABSTRACTS

Français
Sous la V^{e} République, les Conseils restreints sont des instances informelles présidées par le chef de l'État, qui lui permettent de rendre des arbitrages sur l'ensemble des matières gouvernementales sans fondement constitutionnel explicite. Progressivement, ils ont vidé le Conseil des ministres de sa fonction délibérative, captant en pratique les compétences du Premier ministre et fragilisant la responsabilité politique du Gouvernement. Cette logique informelle s'est ensuite institutionnalisée à travers les Conseils de défense et de sécurité nationale puis le Conseil de défense écologique (2019), dont l'élargissement matériel continu consacre une présidentialisation du régime susceptible de compromettre tout contrôle parlementaire effectif.

English
Under the Fifth Republic, the "restricted Councils" are informal bodies chaired by the head of state, which enable him to make decisions on all matters of government without any explicit constitutional basis. These councils gradually stripped the Council of Ministers of its deliberative function, effectively assuming the Prime Minister's powers and undermining the government's political accountability.
This informal arrangement was then institutionalised through the Defence and National Security Councils and subsequently the Ecological Defence Council (2019), whose ongoing expansion effectively enshrines a presidentialisation of the regime that risks undermining any effective parliamentary oversight.

INDEX

Mots-clés
conseils restreints, présidentialisation, équilibres institutionnels, conseil de défense, responsabilité gouvernementale

Keywords
select councils, presidentialisation, institutional balances, defence council, government accountability

AUTHOR

Marcia Chevrier
Docteure de l'Université Paris Panthéon-Assas.
IDREF : https://www.idref.fr/233457526

Actes de colloque

Drafting a Constitution in the 21st Century – Lessons from Chile

Hubert Alcaraz, Carolina Cerda-Guzman, Rym Fassi-Fihri, Maxime Millon and Yaodia Sénou-Dumartin

DOI : 10.35562/droit-public-compare.975

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Introduction
1. A Return to Chile's Constituent Process
2. The Scientific Journey of the CASA Project
3. Can Chile's constituent processes be considered a success?
4. Organization and Structure of the Symposium
5. Working Language and the Comparative Method

TEXT

Introduction

1 Since 1787, more than 500 constitutions have been drafted around the world.[1] Currently, the vast majority of the 193 UN member States are governed by a written constitution. These texts have been part of the legal environment for more than 200 years, to the point where they are considered to be a prerequisite for any sovereign State and one of the key elements of the modernity's "genetic code".[2] We should therefore know everything about these texts, from their birth to their death. However, more than 200 years later, constituent processes still hold many mysteries.

2 Between 2019 and 2023, Chile, a country located on the southern edge of South America, attempted to learn from all its past experiences with the aim of producing a democratic constitution that reflected the will of the people. As a result, this process has often been described as exemplary and even innovative. At first glance, it

appeared as the culmination of a new approach in drafting constitutions, which emerged at the end of the 20th century and sought to involve the people (or at least civil society) as far as possible in the drafting process.

3 This shift towards deliberation has been presented as necessary to ensure that the text is truly democratic [3] and to give it full legitimacy. [4] Moreover, this participation was said to increase citizens' acceptance of and attachment to the text, and even strengthen mutual trust between them and political actors. [5] Although modern constitutionalism, born at the end of the 18th century in the United States and France, had placed the people at the heart of the theory of constituent power, the people were not actively involved in the drafting of texts. They participated only through representatives who were ultimately unrepresentative (at least in terms of gender or socio-professional profile). The process of decolonization, the fall of the Berlin Wall, and the end of dictatorships and civil wars have led to the emergence of new participatory mechanisms, such as public hearings, consultations, and popular initiatives of a constitutional nature.

4 Chile wanted to build on this collective intelligence and tried to draft its own Constitution in the most democratic way possible. However, despite its apparent qualities, the result was particularly disappointing, since after four years of work, none of the texts drafted (two in total: one in 2022 and another in 2023) were ratified. How can we understand this outcome? What does it teach us about constitution-making processes? Beyond the failure, should the Chilean case be considered the paragon of constituent processes in the 21st century?

5 These questions were at the heart of a research project called CASA, which aimed to organize a series of symposiums and conferences to monitor and understand the Chilean process. The project concluded with a final symposium in Bordeaux on October 9 and 10, 2025. The following dossier aims to present the discussions that took place during these two days. But before inviting readers to discover the stimulating reflections of the contributors on constituent power in the 21st century, it is important to provide a little more context for

these reflections and, above all, to explain the philosophy that guided this symposium.

6 To do so, it is necessary to briefly return to the event that gave rise to the research project, namely the Chilean constituent process (1). Once this reminder is made, the CASA project and the contributions of the scientific events that preceded the 2025 symposium in Bordeaux will be presented in more detail (2). Since the Chilean experience was a failure, we also felt it necessary to explain the extent to which it can be instructive (3). Finally, in order to best reflect the proceedings of the symposium, we wanted to explain the choices that guided its structure (4) and working language (5).

1. A Return to Chile's Constituent Process

7 In Chile, it all began in an innocuous way, one day in October 2019, when Chilean high school students decided to block the capital's metro system to protest yet another increase in ticket prices. Very quickly, these high school students, or "*pingüinos*" as they are affectionately known in Chile (because of their uniforms), were joined by other segments of the Chilean population.

8 The demands grew (pensions, access to healthcare, access to water, etc.) and converged on one point: the need to change the Constitution. With one condition: the people must take the lead and participate in drafting it.

> "Esta vez la historia la escribimos nosotros" [6] (This time, we are writing history)

9 The fact that people wish to voluntarily change their Constitution is in itself quite extraordinary. But when you know Chile, you can appreciate even more the surprise generated by this "*estallido social*" (social upheaval). Chile was then living in a kind of torpor, under the rule of the Constitution bequeathed by Augusto Pinochet. Of course, since the dictator left power in the late 1980s, the Constitution drafted in 1980 was amended and refined several times to meet the standards of democratic States. [7] However, the text remained marked

by the context in which it was born and, above all, it still reflected the neoliberal and conservative ideology that characterized Pinochet's dictatorship. [8] While for many years this revised and amended Constitution had not posed any major problems, in 2019 it became the focus of all demands.

> "Chile se despertó y quiere una nueva constitución" [9] (Chile woke up and wants a new constitution)

10 This is how Chile's popular constitutional process began, initially through *cabildos ciudadanos* (i.e., meetings organized spontaneously by citizens to discuss common interests). During these meetings, constitutional proposals emerged, allowing the slogans chanted by protesters to be translated into words. The process then became more institutionally structured. A first referendum was held on October 25, 2020. 78 % of voters confirmed their desire for constitutional change, and 79 % expressed their wish to entrust the task of drafting the Constitution to a brand-new constituent assembly, elected solely for this task. This assembly known as the "*Convención constitucional*" was elected in May 2021. Of the 155 seats, 17 were reserved for representatives of indigenous peoples (a first for the country) and, above all, it was gender-balanced. In doing so, Chile made world history, with the first constituent assembly composed of equal numbers of men and women.

> "*Nunca más sin nosotras*" [10] (Never again without us [the women])

11 This assembly innovated in its deliberation processes. [11] It also drew on mechanisms already used in other constitutional processes abroad, such as public hearings and popular legislative initiatives. From a procedural perspective, it appeared that the Chilean process had learned from past experiences by combining all the best practices in this area. In one year, and under difficult conditions, a draft Constitution was drawn up. A draft that was too *avant-garde* for some, even "woke" for others. [12] It was ultimately rejected by a large majority in the referendum of September 4, 2022 (62 % of voters rejected the text). [13]

12 Despite this setback, the process continued, but with a different format and philosophy. This time, the people were less involved. The idea was to move faster, and a committee of 24 experts was appointed by the Chilean Parliament to draft a preliminary text. This was extensively amended by a new elected body: the "*Consejo constitucional*" (Constitutional Council). At the end of 2023, a second draft Constitution was produced, which was much more conservative than the previous one,[14] but which was also rejected by referendum on December 17, 2023 (by 55 % of voters).

13 Thus, contrary to expectations, the Chilean constitutional process ended in failure. A failure that, from the outside, astonishes, raises questions, surprises, and demands that we take a closer look.

2. The Scientific Journey of the CASA Project

14 The events unfolding in Chile since 2019 are anything but static. What was at work was a process, a dynamic, which, as we know, has not been without surprises. Given what was happening at the time, the context, the originality and innovation, the mechanisms and phenomena at work, all synonymous with disruption, could not remain without consequences. Regardless of the outcome, the traces would be lasting and profound. It was impossible to assess this situation without designing a research program around this process. That is why the CASA project was launched. While this project had a clearly identifiable beginning, it could not, strictly speaking, have a precise end. It was bound to spread beyond the completion date of the research project that supports it. Indeed, a first symposium was organized in Bordeaux in May 2023, in order to study the content of the first draft Constitution of 2022 and identify the reasons behind the rejection. After the results of the 2023 referendum concerning the second draft Constitution, another symposium[15] was organized in Pau in February 2024[16]. During this event, the entire Chilean constitutional process was examined. However, many questions remained unanswered. Above all, there was a desire to understand to what extent this process—despite its imperfections—could serve as a model for future constitutional processes in the 21st century.

15 That is why a third symposium was organized at the University of Bordeaux. This meeting does not mark an end but, on the contrary—and that's how it was designed—a beginning. An opening towards even broader horizons since it considers the revision of the constitution as such. From this perspective, there are currently considerable questions and a need for clarification. Indeed, any constitutional process essentially represents a moment of truth in which accumulated tensions must be expressed, confronted, and then resolved within a common framework. By its very nature, it requires a shift from confrontation to compromise. This observation has been severely tested by the Chilean experience. There is a real risk that this situation will ultimately disqualify all the efforts and innovations, all the renewed, original approaches imagined at the beginning of the process. In other words, are the innovations observed, their modernity, likely to prevail over polarization, which is synonymous with simplification in the face of a reality and a society that are becoming increasingly complex?

16 But the scope of reflection and research also had to be temporal and geographical, since beyond the period in question, it embraces the 21st century and extends far beyond the borders of Chile alone. Even though it failed, the Chilean constitutional process deserves to be studied from both a temporal and geographical perspective, because it functions as a "full-scale laboratory" for contemporary conditions for the creation (and non-creation) of constitutional compromise. From this point of view, failure is not a mere parenthesis, but an event that permanently reshapes political life. The temporal opening requires us to think of the process as a sequence and therefore to study the management of expectations, constitutional pedagogy, the temporality of deliberation, and the ratchet effects produced by initial procedural choices. This is even more important given that most democracies today face similar tensions: mistrust of representation, partisan fragmentation, polarization, competing legitimacies, and the impact of digital ecosystems on opinion formation. Opening the debate thus allows us to identify exportable patterns but also to consider universal questions: how to reconcile maximum inclusion with the ability to reach conclusions, how to integrate the need for recognition without making the text rigid. In

other words: how to build a constitutional “center of gravity” in pluralistic societies.

3. Can Chile’s constituent processes be considered a success?

17 Based on these considerations, it seems reasonable to ask whether or not the Chilean constitutional processes can be considered a success. Indeed, these attempts to adopt a new constitutional text deserve to be taken seriously, because they provide a number of legal lessons. In reality, everything depends on how the effectiveness of a process is understood, which can be viewed either narrowly, from the perspective of the formal success of the process, or more broadly, from the perspective of the interest that the process generates.

18 If constituent processes are viewed from the perspective of their formal success, they are undoubtedly a failure. The two proposals aimed at turning the page on the Chilean Constitution, adopted under the dictatorship of Augusto Pinochet, were rejected for very different reasons, the first being deemed too progressive and the second too conservative. The first draft Constitution proved to be particularly innovative, which logically led to this process being associated with the “world’s first attempt at popular constitutionalism”.[17] However, it has not always been welcomed by legal scholars, who remain fairly critical not only of the constitutional process,[18] but also of the draft Constitution.[19]

19 Furthermore, if the potential “success” of the process is considered from the perspective of its concrete repercussions around the world, it must be acknowledged that it has indeed been a failure. In practice, no other constitutional process in the world has yet been inspired by the Chilean constitutional process. Nevertheless, these elusive “legal borrowings” can undoubtedly be explained by the recent nature of the process, the numerous criticisms it has been subjected to, and its eminently contextual dimension, as it is linked to the country’s dictatorial past, thereby preventing other countries from drawing inspiration from it.

20 Conversely, if a process is viewed from the perspective of the interest it generates, the two constituent processes are far from being considered a failure. A number of press articles, [20] institutional opinions, [21] and academic works [22] have mentionned the Chilean constitutional experience, not only to analyze it, but also to draw a number of lessons from it in normative and institutional terms. The success of the process lies in the fact that the Chilean case has become the starting point for constitutional reflection, as evidenced by the symposium organized on October 9 and 10, 2025 at the University of Bordeaux to open a debate on future developments in the making of constitutions in this century. In this context, the Chilean experience is not necessarily seen as a normative model to be replicated through imitation, but rather as a legal model, i.e., as an object of theoretical and practical analysis.

21 The various studies of the Chilean constitutional process go so far as to open up reflection on comparative law itself, which has long been dominated by a Western view of law. This is particularly true of René David's book, *Les grands systèmes de droit contemporains* (The Great Contemporary Legal Systems), which, while seeking to classify laws into four legal families, establishes a form of implicit hierarchy between them [23]. Western systems, namely Roman-Germanic Law and Common Law, are considered rational systems, unlike non-Western systems (socialist and religious laws). As a result of this biased approach, countries in the "North" have often been seen as models for countries in the "South" to follow. [24]

22 One of the major strengths of the constitutional discussions surrounding the Chilean case is that it reverses this usual analytical framework. The publication of the proceedings of the symposium "Drafting a Constitution in the 21st century" appears to be an example of dialogue between the North and the South, rather than unilateralism in the circulation of legal norms and concepts. It thus fits into the perspective of "reverse legal transplants", i.e., the circulation or borrowing from a country in the global South to a country in the global North. [25] The contributions in this dossier demonstrate that a "small country" of 19 million inhabitants such as Chile can be not only a pioneer, but also an inspiration for the good and bad ways of writing a constitution in the 21st century. [26] In the words of Professor Boaventura de Sousa Santos, the contributions

gathered here make visible the “knowledge of the South” that has long been rendered invisible by colonialism and capitalism. [27]

4. Organization and Structure of the Symposium

23 It was with the logic of reverse legal transplant and with the aim of understanding the potential lessons that can be learned from Chile’s experience with constitutional processes that the CASA project organized the symposium on October 9 and 10, 2025 in Bordeaux. In order to analyze each of the elements, the symposium was structured around four sessions. [28] We chose to adopt an interdisciplinary perspective in order to avoid remaining confined to a strictly legal approach. By integrating insights from political scientists, economists, practitioners, and international actors, we aim to develop a broader and more nuanced understanding of the Chilean constituent process. Ultimately, an interdisciplinary framework allows for a more comprehensive analysis of how constitutional change unfolds in practice and how it is shaped by forces that extend beyond the legal sphere alone.

24 The first session focused on the Chilean experience, to determine whether it can serve as a model for future constitution-making processes or, on the contrary, whether it should instead serve as a warning about the limits of popular constitution-making. As mentioned previously, much has been written about the Chilean constitutional process. With more than 2 years’ hindsight since the last referendum, we can now attempt to draw new conclusions from this rejection and identify any shortcomings. Do these lie in the process itself, [29] in the role played by political parties, [30] or are the reasons to be found elsewhere?

25 The second session turned to the modalities of constitution writing: who writes, through which procedures, and with what degree of citizen involvement? Since the 18th century, particularly following the American and French Revolutions, constitutions have been conceived as the product of human will. Emmanuel Sieyès attributed original constituent power to the nation, laying the foundations of modern democratic constitutional theory. Within this framework,

constitutions are typically drafted by an elected assembly and subsequently approved by the people. Other procedures emerged in the late 19th and 20th centuries, such as national conferences in several African countries, which sought to include broad segments of society, as illustrated by the example of Benin. [31]

26 The Chilean experience belongs to this democratic tradition of constitution writing while also introducing other mechanisms such as the *Iniciativas Populares de Norma*. This example raises broader questions about the renewal of constitution-making procedures in the 21st century, suggesting that citizen participation may extend beyond the election of representatives or final approval by referendum. The early 21st century has witnessed experiments with digital participation, or e-participation. Although it ultimately did not succeed, the Icelandic constitutional process of 2011 remains a landmark example: a draft Constitution was developed on the basis of ideas proposed by randomly selected citizens, published online to allow public comments and revisions, and widely disseminated through social media platforms such as YouTube and Facebook. Similar dynamics of e-participation can be observed in the Egyptian (2012) and Tunisian (2011–2014) constitutional processes. This form of participation may represent a defining feature of contemporary constitution-making processes. [32]

27 The third session addressed the style of constitutions in the 21st century. Constitutional style is not merely a formal matter; it expresses a specific vision of the world and reflects the identity of the society from which a constitution emerges. In this sense, the study of style is necessary to understand the constitution. It can be observed in the language employed, the structure, the level of detail, and even the length of the text. All these elements shape the constitution's symbolic and identificatory function, influencing how people perceive the text. On the one hand, some constitutions adopt a restrained and strictly normative style, focusing primarily on the organization of power and the distribution of competences among constitutional institutions. On the other hand, certain constitutions incorporate symbolic references intended to foster adherence and reinforce constitutional identity, such as references to God, religion, shared values, national history, the flag, or the national anthem. [33] Legal culture plays a significant role in shaping these stylistic

differences. The different constitutional traditions, particularly between Civil Law and Common Law systems have led to various drafting approaches whether in terms of precision, generality, or the role left to judicial interpretation. Moreover, style evolves over time in response to social transformations: the constitutional scope is expanding to include new constitutional subjects and concerns. Another significant innovation of 21st century constitutionalism lies in the expansion of constitutional subjects. In this regard, the Chilean draft Constitution of 2022 was particularly noteworthy for recognizing nature as a subject of law. It is not only an enhancement of constitutional content but also a transformation of constitutional language, integrating environmental concerns into the grammar of constitutionalism.

28 The fourth, and final session, focused on constitutional content, that is, the substantive matters addressed by constitutions themselves. Is the 21st century reshaping not only how constitutions are written, but also what they are fundamentally about? Discussions explored emerging themes as well as the renewal of classic principles, such as the separation of powers. Under these new developments, constitution-making increasingly incorporates digital constitutionalism. This raises questions about the adaptation of rights and freedoms to digital environments, as well as the regulation of private actors. It thus invites a rethinking of the protection of fundamental rights in a context where threats to those rights no longer originate solely from the State.

5. Working Language and the Comparative Method

29 Finally, the decision to hold an international symposium in Bordeaux in English requires explanation—perhaps more so in France than elsewhere. This reaction is attributable neither to a mere “French touch” nor trivial. Rather, it reflects a structural tension within an academic space that remains deeply attached to its own language while being fully embedded in channels of knowledge production largely organized around English. This choice therefore had to be assumed without being neutralized, and explained without being celebrated. It would have been easy to turn linguistic justification into

a rhetorical ritual, at the risk of producing a detour that was more ceremonial than analytical. We sought to avoid this double pitfall: that of contrition—as though speaking English in France amounted to a form of renunciation—and that of naïve celebration, as though English mechanically guaranteed the universality of scholarly discourse. The use of English was thus conceived as a deliberate methodological decision, fully consistent with the very object of the symposium.

30 A first justification is pragmatic. English has become the shared language of communication in the international academic setting. This situation does not result from a normative hierarchy among languages, but from the current configuration of the field. In an academic space shaped by researcher mobility, the multiplication of transnational networks, and the internationalization of doctrinal debates, English functions as the most immediately accessible common medium for effective interactions among participants from diverse linguistic traditions. In this respect, it helps to reduce asymmetries of comprehension and to prevent discussions from fragmenting into parallel linguistic spheres. [34] Yet this pragmatic consideration would remain insufficient if it were not complemented by a more substantive one relating to the structure of comparative constitutional law as a field. The analytical categories mobilized to think about contemporary constitutional drafting—whether concerning the exercise of constituent power, forms of citizen participation, or mechanisms of procedural legitimacy—have largely been developed and stabilized within a predominantly English-language literature. Working in English does not entail granting this literature any epistemic privilege. Rather, it allows engagement with it without the distortions produced by improvised translations that, drafted in the course of writing, would introduce conceptual shifts incompatible with requirements of rigorous comparison. [35] In this sense, the choice of language directly contributes to the discipline of argumentation.

31 Moreover, the central object of the symposium calls by its very nature for a transnational approach. The Chilean case cannot be understood as a strictly internal phenomenon. It is embedded within a broader space of normative, institutional, and discursive circulations that extends well beyond the national framework. The cross-references to

African, Latin American, and European experiences that structured the programme presuppose the existence of a shared argumentative framework capable of rendering situated objects comparable. In this context, English operates less as a language of unification than as an instrument of connection. [36] The aim is not to flatten the singularities of constitutional experiences, nor to achieve a homogeneous understanding of them, but to make their reasoned confrontation possible within a common discursive space. The use of English was therefore conceived not as a language of unification, but as a mediating instrument enabling such confrontation, in line with the observation formulated by Hannah Arendt when she observed that "Greeks learned to understand—not to understand one another as individual persons, but to look upon the same world from one another's standpoint, to see the same in very different and frequently opposing aspects". [37]

32 A further justification lies in the vocation of an international symposium itself, and even more so in the publication of the proceedings that extend its work. A symposium is not merely a moment of discussion bounded in time; it forms part of a broader economy of scholarly production oriented toward dissemination, discussion, and critique. The use of English in oral exchanges was intended to situate the Bordeaux debates immediately within the international space of discussions on contemporary constitutional drafting, and to avoid confining the resulting contributions—by default of language—to a narrow circle of reception. In this sense, English also functions as a strategy of circulation: not to displace French as a language of scholarship, but to ensure that francophone contributions to a global debate do not remain, by linguistic default, peripheral.

33 These reasons, however, are not sufficient on their own. English is not a neutral instrument. Every language carries with it a history of categories, an economy of self-evidence, and an implicit hierarchy of objects deemed worthy of thought. Choosing a language therefore also means choosing—at least in part—the conditions under which discourse becomes possible. [38] As a *lingua franca*, English tends to generate expectations of readability, standardized argumentative formats, and, at times, effects of symbolic domination. Certain notions appear almost "natural" within its grammar, while others

become difficult to articulate without loss. [39] Acknowledging this non-neutrality does not imply abandoning English; rather, it requires heightened methodological vigilance. English was thus adopted only on the condition that it be compensated for by increased rigor. This discipline, familiar to comparative scholarship attentive to method, seeks less to protect original languages than to render traceable—and therefore criticizable—the paths by which concepts move from one intellectual space to another.

34 This linguistic unity was nonetheless strictly limited to the time of the symposium itself. The publication of the proceedings follows a different, deliberately more open logic. Recognizing that the language of oral discussion should not mechanically determine the language of written scholarship, we opted for complete freedom regarding the language of publication. The proceedings therefore include contributions written in English or French, without hierarchy or implicit preference. This editorial pluralism aims to preserve the conceptual precision specific to each doctrinal tradition, to allow authors to develop their analyses in the language most appropriate to their reasoning, and to avoid any artificial reduction of thought to a single language. The dissociation between the language of oral discussion and that of written publication reflects a deeper methodological commitment: the recognition that language is never a neutral vehicle of knowledge, but actively structures categories, orients reasoning, and shapes the very forms of demonstration. The resulting position is deliberately intermediate, rejecting both the neutralization of English as a supposedly universal language of knowledge and the opposite temptation of linguistic withdrawal. The balance struck seeks to ensure, for the duration of debate, the conditions of effective international exchange, while preserving, over the longer term of writing and publication, the linguistic plurality that remains constitutive of comparative inquiry.

35 Ultimately, the use of English fully participates in the methodological reflection that runs through the proceedings as a whole. Thinking about constitutional drafting in the 21st century requires attention not only to procedures, forms, and substantive content, but also to the languages in which these objects are conceptualized, debated, and transmitted. Only on this condition does comparativism cease to be an exercise in projection and become a genuine tool

of understanding.[40] If the language of Shakespeare prevailed at this Bordeaux symposium, it was neither out of worldly convenience nor out of indifference to the language of Molière. It was because the ambition was to create a genuinely international space of exchange around a transnational object, while fully acknowledging that a *lingua franca* is never innocent. The justification for choosing English thus functions not merely as an organizational preamble, but as an integral component of the comparative method itself—which always begins with a foundational, too often implicit question: in which language, and therefore within which categories, do we claim to understand the other?

36 Although the modern constitutional tradition has produced a remarkable number of constitutional texts over the past two centuries, the processes through which constitutions are imagined, negotiated, and sometimes ultimately rejected continue to generate as many questions as they resolve. Constitution-making thus remains marked by a persistent element of uncertainty. It is precisely this open and unresolved dimension that has guided both the international symposium held in Bordeaux and the broader research programme of which it forms part.

37 The pages that follow should therefore be read not so much as the exhaustive record of a symposium than as one moment within a collective and ongoing inquiry whose ambition necessarily exceeds the temporal limits of both the conference and the research programme that made it possible. In order to reflect the structure of the symposium itself, the proceedings have been divided into two successive issues. The present volume brings together the contributions corresponding to the first day of discussions, while the papers presented during the second day will be published in a subsequent issue. Taken together, these two volumes aim to offer a comprehensive account of the debates opened during the Bordeaux symposium.

38 If the Chilean experience reminds us that constitution-making remains an uncertain and contested undertaking, it also invites a broader reflection on the forms, methods, and languages through which constitutional agreements are imagined and negotiated in the 21st century. In this sense, the Chilean process appears less as a

closed chapter than as an invitation to continue thinking about constitution-making in our time. It is in this spirit—attentive both to constitutional practices and to the analytical frameworks through which they become intelligible—that we invite the reader to engage with the contributions that follow.

NOTES

1 Horst Dippel counted 511 in 2003. In their research project, and using a different definition of constitution, Zachary Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton counted 935 in 2009. See H. Dippel, "Constitutions of the World: 1776 to the present. Presentation of two publication projects", *Historia Constitucional*, nº 4, 2023, p. 437; Z. Elkins, T. Ginsburg and J. Melton, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 6.

2 L. E. G Manrique, "Las constituciones, el código genético de la modernidad", *Política exterior*, 1 October 2021, online: < https://www.politicaexterior.com/articulo/las-constituciones-el-codigo-genetico-de-la-modernidad/ > accessed on April 2, 2026.

3 L. Beckman, "Democratic Legitimacy Does Not Require Constitutional Referendum. On 'the Constitution' in Theories of Constituent Power", *European Constitutional Law Review*, nº 14, 2018, p. 568.

4 A. C Hutchinson and J. Colón-Ríos, "Democracy and Constitutional Change", *Theoria*, nº 58, 2011, p. 51.

5 A. Aydin-Cakir, "Duration of the Constitution-Making Process as an Indicator of Post-Constitutional Political Uncertainty: The Insurance Theory Revisited", *Global Constitutionalism*, nº 12, 2023, p. 300-307.

6 Example of slogan written on the protesters' signs during the 2019 social upheaval.

7 The most significant reform was implemented under the government of Ricardo Lagos. See C. Heiss and P. Navia, "You Win Some, You Lose Some: Constitutional Reforms in Chile's Transition to Democracy", *Latin American Politics and Society*, nº 49, 2007, p. 163; C. A Fuentes, "A matter of the Few: Dynamics of Constitutional Change in Chile, 1990–2010", *Texas Law Review*, nº 89, 2011, p. 1741.

8 B. Alemparte, “Towards a theory of neoliberal constitutionalism: Adressing Chile’s first constitution-making laboratory”, *Global Constitutionalism*, nº 11, 2022, p. 83.

9 Example of slogan written on the protesters’ signs during the 2019 social upheaval.

10 Example of slogan written on the protesters’ signs during the 2019 social upheaval.

11 C. Cerda-Guzman, “‘Nunca más sin nosotras’ ou l’écriture d’une Constitution au prisme du genre. Etude des projets de Constitution chilienne de 2022 et 2023”, *Intersections. Revue semestrielle genre et droit*, nº 2, 2024, DOI: < https://doi.org/10.64977/intersections.vi2.65 > accessed on April 2, 2026.

12 See “Chile writes a woke constitution. Are chileans ready for it?”, *Washington Post* (July 5, 2022), online: < https://www.washingtonpost.com/world/2022/07/05/chile-constitution-draft-boric/ > accessed on April 2, 2026; “Voters should reject Chile’s new draft constitution. It is a fiscally irresponsible left-wing wish list”, *The Economist* (July 6, 2022), online: < https://www.economist.com/leaders/2022/07/06/voters-should-reject-chiles-new-draft-constitution > accessed on April 2, 2026.

13 C. Cerda-Guzman, “Autopsie d’un échec. Retour sur le rejet du projet de Constitution pour le Chili”, *Jus Politicum*, nº 29, 2023, p. 111.

14 C. Cerda-Guzman, “D’un projet de Constitution trop ‘avant-gardiste’ à un projet ‘rétrograde’”, *MSH Hypothèses*, 2023, online: < https://hal.science/hal-04314020v1 > accessed on April 2, 2026.

15 In addition to this symposium, a conference-debate open to the public and supported by the Southwest branch of the *Institut des Amériques* also took place in Pau on May 30, 2023.

16 H. Alcaraz and C. Cerda-Guzman (eds), *Le pari constituant chilien ou la Constitution impossible* ?, Aix-en-Provence, DICE Editions, coll. “Confluence des droits”, 2025, DOI: < https://books.openedition.org/dice/18758 > accessed on April 2, 2026.

17 C. Cerda-Guzman, “Le processus constituant au Chili : l’échec d’un projet de constitutionnalisme populaire ?”, *Revue de droit public*, nº 4, 2023, p. 1075.

18 R. Gargarella, “Rejection of the New Chilean Constitution: Some Reflections”, *Oxford Human Rights Hub*, September 14,

2022; R. Gargarella, “From ‘democratic erosion’ to ‘a conversation among equals’”, *Revus*, nº 47, 2022.

19 R. Gargarella, “El Proyecto de dejar atrás la ‘Constitución de Pinochet’”, *La Nación*, July 16, 2022.

20 See for instance “‘The constitution of the dictatorship has died’: Chile agrees deal on reform vote”, *The Guardian*, November 15, 2019.

21 European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Chile, Opinion on the drafting and adoption of a new constitution*, Opinion nº 1075/2022, March 18, 2022.

22 See for example J. Couso, “Chile’s ‘Procedurally Regulated’ Constitution-Making Process”, *Hague Journal on the Rule of Law*, nº 13, 2021, p. 235; T. Ginsburg and I. Alvarez, “It’s the procedures, stupid: The success and failures of Chile’s Constitutional Convention”, *Global Constitutionalism*, nº 13, 2024, p. 182; R. P. Acevedo, “Toward a Constitution of Care: Lessons from the Chilean Constitutional Process of 2021-2022”, *Latin American Legal Studies*, nº 12, 2024, p. 279; E. Alemán and S. Soto Velasco (eds), *The Law and Politics of Constitution Making: Lessons from Chile*, London, Routledge, 1st ed., 2026.

23 R. David, M. Goré and C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 12nd ed., 2016.

24 Here, “North” and “South” refer less to geographical locations than to the differences between states with great economic power and those without. See S. Kalantry, “Reverse Legal Transplants”, *North Carolina Law Review*, nº 99, 2021, p. 49.

25 *Ibid.* The author distinguishes between reverse legal transplants and traditional legal transplants, also known as “horizontal transplants” from a country in the global North to another country in the global North or from a country in the global South to another country in the global South. According to the author, the latter are more numerous than the former for economic reasons.

26 This is obviously not the first time that Chile has served as a reference point, as demonstrated in particular by the Truth and Reconciliation Commission created in 1990 to shed light on the numerous human rights violations during the Pinochet dictatorship, which inspired the Truth and Reconciliation Commission in Canada.

27 B. de Sousa Santos, *Epistemologies of the South: Citizen Movements and the Controversy over Science*, preface and translation by J-L Laville, Paris, Desclée de Brouwer, 2016.

28 On this note, we would like to take the opportunity presented by the publication of these proceedings to thank and recognize the colleagues who agreed to chair the various sessions, namely: Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Thomas Acar, Marie Padilla, and Sébastien Platon.

29 T. Ginsburg and I. Alvarez, "It's the procedures, stupid: The success and failures of Chile's Constitutional Convention", *Global Constitutionalism*, nº 13, 2024, p. 182.

30 C. Cerda-Guzman, "Le processus constituant au Chili : l'échec d'un projet de constitutionnalisme populaire ?", *Revue du droit public*, nº 4, 2023, p. 1075.

31 F. Eboussi Boulaga, *Les conférences nationales en Afrique noire : une affaire à suivre*, Paris, Karthala, 1993; M. Kamto, "Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions" in D. Darbon and J. Du Bois De Gaudusson (eds), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 177.

32 A. Dziedzic, "Consultation, Deliberation and Decision-Making", Stockholm, International IDEA, 2020, online: < https://constitutionnet.org/sites/default/files/2020-10/consultation-deliberation-and-decision-making.pdf >, accessed on April 2, 2026.

33 E. Smith, "Les fonctions symboliques des constitutions" in M. Troper and D. Chagnollaud (eds), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, vol. 1, 2012.

34 On the role of the English language in the asymmetric structuring of transnational academic communities, and on the ways in which certain national approaches tend to present themselves as 'international' by virtue of their linguistic dominance, see A. E. Roberts, *Is International Law International*?, PhD thesis, Acton, The Australian National University, 2017, p. 544-559.

35 Comparative law is here confronted with what Marie-Claire Ponthoreau describes as the "language trap", namely the illusion of equivalence produced by the translation of legal concepts. See M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Paris, Economica, 1st ed., 2010, p. 90-94. This difficulty is classically captured by the Italian adage *traduttore, traditore*,

analysed in particular by Umberto Eco. Cf. U. Eco, *Dire Quasi La Stessa Cosa. Esperienze Di Traduzione*, Milan, Bompiani, 2003.

36 On the linguistic fragmentation of comparative constitutional law and the exclusionary effects generated by the centrality of English in structuring the field, see M. De Visser, "Towards a More Inclusive Constitutional Discourse: Overcoming Linguistic Barriers", I•CON*nect*, May 18, 2022, online: < https://www.iconnectblog.com/towards-a-more-inclusive-constitutional-discourse-overcoming-linguistic-barriers/ > accessed on January 27, 2026.

37 H. Arendt, *Between Past and Future*, New York, Viking Press, 1968, p. 51.

38 On the epistemic and institutional biases generated by the dominance of English in the production of international legal knowledge, see O. Ammann, "Language Bias in International Legal Scholarship: Symptoms, Explanations, Implications and Remedies", *European Journal of International Law*, nº 33, 2022, p. 821.

39 On the epistemic effects of the dominance of English as a lingua franca, see G. M. Lentner, "Law, Language, and Power: English and the Production of Ignorance in International Law", *International Journal of Language & Law*, nº 8, 2020, p. 50.

40 On the place of language as an epistemological, conceptual, and methodological object in comparative constitutional law, see E. Arban, M. De Visser and J.-I. Yun (eds), *The Language of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2025.

ABSTRACTS

English

This article examines the Chilean constitution-making process (2019–2023) as a key case study for understanding contemporary constituent power. Following the 2019 social uprising, Chile launched an ambitious and highly participatory effort to replace the Constitution inherited from the Pinochet era. Despite innovative mechanisms of citizen participation and institutional deliberation, the two successive draft constitutions adopted in 2022 and 2023 were both rejected by referendum. Rather than treating this outcome solely as a failure, the article analyzes the Chilean case as a laboratory for contemporary constitutional theory and comparative constitutional law. It highlights the tensions between democratic legitimacy, popular participation, procedural innovation, and the search for durable constitutional compromise in pluralistic societies. The Chilean

experience is thus approached less as a model to be replicated than as a critical analytical framework for reflecting on constitution-making in the 21st century.

Français
Cet article analyse le processus constituant chilien (2019–2023) comme un cas d'étude majeur pour comprendre les transformations contemporaines du pouvoir constituant. À la suite du soulèvement social de 2019, le Chili a engagé une démarche ambitieuse et fortement participative visant à remplacer la Constitution héritée de l'ère Pinochet. Malgré des mécanismes innovants de participation citoyenne et de délibération institutionnelle, les deux projets constitutionnels successifs adoptés en 2022 et 2023 ont été rejetés par référendum. Plutôt que d'appréhender ce résultat uniquement comme un échec, l'article examine le cas chilien comme un laboratoire pour la théorie constitutionnelle contemporaine et le droit constitutionnel comparé. Il met en lumière les tensions entre légitimité démocratique, participation populaire, innovation procédurale et recherche d'un compromis constitutionnel durable dans les sociétés pluralistes. L'expérience chilienne apparaît ainsi moins comme un modèle à reproduire que comme un cadre analytique critique pour penser l'écriture constitutionnelle au XXIe siècle.

INDEX

Mots-clés
Chili, processus constituant, pouvoir constituant, légitimité démocratique, droit constitutionnel comparé

Keywords
Chile, constitution-making, constituent power, democratic legitimacy, comparative constitutional law

AUTHORS

Hubert Alcaraz
Professor, Université de Pau et des Pays de l'Adour.
IDREF : https://www.idref.fr/ 077829875

Carolina Cerda-Guzman
Associate Professor, Université de Bordeaux.
IDREF : https://www.idref.fr/112921248
ORCID : http://orcid.org/0009-0000-5178-1108
ISNI : http://www.isni.org/000000012349374X
BNF : https://data.bnf.fr/fr/16576487

Rym Fassi-Fihri
Associate Professor, Université de Limoges.
IDREF : https://www.idref.fr/198723490
HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/rym-fassi-fihri

Maxime Millon
PhD Candidate, University of Bordeaux, CERCCLE, Co-Leader of the Civil and Political Rights Cluster of the UCD Centre for Human Rights.
IDREF : https://www.idref.fr/297978969

Yaodia Sénou-Dumartin
PhD in Public Law and researcher at IRSEM
IDREF : https://www.idref.fr/227496078
ORCID : http://orcid.org/0009-0000-1515-8407

Why write (or not) a constitution in the 21st Century?

Xavier Philippe

DOI : 10.35562/droit-public-compare.1046

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

I. Background reasons for writing (or not) a constitution
1.1. War, civil crisis, failed state with defeat of the previous ruler
1.2. No real loser(s) but everybody agrees on the necessity to set up a new contract for the society (a new constitution)
1.3. Accounts of the past have not (yet) been settled and need a constitutional answer: the existing constitution should be amended or changed
1.4. Putting existing facts & relations in accordance with texts (transitional arrangements, military regimes, non-written constitution)
1.5. For no specific reasons: technical writing
II. Elements to be taken in consideration when making the decision of writing or not writing a constitution?
2.1. The Time Frame
2.2. The pre-existing obligation to write a constitution in accordance with previous agreements
2.3. The nature of the process: what is possible and what is not possible? Design, Openness, participation
2.4. The involvement of the international community
2.5. The implementation: The day after
As Some Kinds of Final Thoughts: The changes to be brought (the rationale behind the choice of writing a constitution)

TEXT

1 “Writing or not Writing a constitution? That is the question!” Should William Shakespeare’s famous sentence in Hamlet (3rd Act, Scene 1) be reformulated to constitution-making processes and would it be relevant for the forthcoming discussions during this conference?

2 This is a rather difficult question as our understanding of the reasons for writing a constitution is usually shaped through our legal culture and our own understanding of the usefulness of the constitution as a legal tool. In short, there are as many answers as constitution-making processes or countries.

3 Asking the question “Why shall we write a constitution?” is nearly impossible to answer as the core elements of the answer are numerous, some non-legal and probably irrational if only seen from a lawyer’s perspective.

4 There are obviously a number of common reasons explaining why a constitution in a form or another is needed: they should be taken into consideration but also be mitigated by each and every context as no constitutional making-process looks like another.

5 Such a question “writing or not writing” cannot receive any answer if we are unable to preliminarily reply to two other questions: “In which context?” and “For what purpose?”.

6 So, it looks like an impossible task to find a global recipe to answer this question! However, we should try and find reasons why the organisers chose this topic as an introductory theme.

7 We can start by playing a rather common game nowadays, asking AI “why should we write a constitution?”. The answers are quite interesting and can help us to initiate a general discussion about these reasons. In a nutshell, the answer is “Writing a constitution gives clarity, legitimacy, and protection—but can also lock in rigidity and create new political struggles. Not writing one preserves flexibility and adaptation—but risks uncertainty and abuse of power”. The elements put forward for the writing of a constitution are: 1) the respect for the rule of law and limits on powers, 2) clarity and accessibility, 3) legitimacy and consensus, 4) protection of rights and 5) predictability for governance. The elements for not writing a constitution are: 1) rigidity, 2) illusion of stability, 3) conflicts in drafting, 4) risk of judicial overreach”. [1]

8 Looking at these elements is not unfamiliar for constitutional lawyers accustomed to constitutional drafting and a number of these elements are definitely entering into this debate. It even seems that

the key elements to be discussed lie more into the reasons for “not writing” than the elements in favour of “writing”.

9 However, these answers are quite general and disconnected from any specific context. An interesting element lies in the first sentence given by AI when introducing the answer: “Great question—whether or not to write a constitution is one of the deepest debates in political and legal philosophy. A constitution is not just a legal document; it’s also a political, cultural, and symbolic choice”. It puts forward the idea that contextual elements are more important than the technical ones.

10 Leaving this first technological approach about the reasons for writing a constitution, it remains that the question “why” is deeply rooted in the legal culture and history of each country and every person approached to answer this question would probably have different explanations, depending from his or her angle of approach.

11 However, if such an issue has become a key question, this is partly because there has been a growing discrepancy between what we learnt from a theoretical point of view (especially when we were students and when we taught them late) deriving from Constitutional history of the 18th century and the changes brought by new ways of dealing with constitutional needs in many societies embarked in constitution-making processes. The idea of writing a constitution is not only based on the people’s will and the sovereignty of the people but has also become a strategy to resolve conflicts in divided societies, necessary in times of changes. From the second half of the 20th century, different waves of constitution writing took place, especially after WW2 and especially from the middle of the 1980’s until now, through what has been called the “third wave of constitutionalism”.[2] This is quite well known and I do not want to challenge that or deepen too much these explanations. This remains true for the beginning of the 21st century.

12 I would rather focus on what I do consider as a bundle of indicators for writing a constitution. and start by some reminders to put us in the situation of constitutional drafters and the reasons for making such a choice.

13 If one starts with the reasons classically used to explain why a (new) constitution should be written, there are a number of classical elements related to the substance of the constitution that could obviously be mobilised. The writing of a constitution is first and foremost a means to secure a number of rules and principles that are considered as key elements to be entrenched into the constitution. A constitution is comparable as "A rule of the game" for a given society that everybody has to respect in order to make the social and political life acceptable. Classical elements such as the separation or sharing of powers, the protection and securing of fundamental rights, a system of government, setting up procedures for establishing relationships between State organs, locally and internationally… all these elements remain but are rather focused on the substance of the constitutional text. In a nutshell this is what the discussions about constitution drafting will be about. Writing a constitution is logically seen as a means to protect the society and the individuals from abuse of powers offering them a peaceful and workable environment for their life. So, these classical reasons remain and should still be considered as part of the answer. But still there are a number of parameters that should be taken into consideration, going beyond these classical elements.

14 As previously mentioned, there is a need to understand what is the rationale behind the decision for embarking into the writing of a constitution. These elements are mainly contextual and subjective ones and will be discussed here after.

15 However, two preliminary issues should be pointed out.

16 The question of writing a constitution should be first defined. What do we mean by "writing a constitution"? Is a constitutional amendment part of "writing a constitution" or should these words only be kept for the complete renewal of a constitution, that is to say the writing of a complete new text? Logically, writing a constitution should be limited to the writing of a brand-new text and not to constitutional amendments. However, such a position can be dangerous as in some cases, amendments of the constitution will completely change the structure of the regime and could be evaluated as putting in place a new constitutional regime (See for instance Indonesia where three sets of constitutional amendments

have renewed the Constitution). [3] The same goes with the complete renewal of the constitution as changing words does not mean changing the institutions or their relationships. A new constitution can replicate—using different wording—what existed before… Was the writing in such a case useful and necessary or could it be considered as a faked process and a faked new constitution? Is it a real writing if nothing changes?

17 Another preliminary key point is to clearly know what elements should we consider as being included into the question? Writing a constitution is both a result (the text itself) and a process. What do we consider in such a question? The result or the process? And should the implementation be included into this writing process? A choice should be made and the answers can differ dramatically from one person to another or one situation to another. But what kind of credit do we give to the writing-process and the implementation? Should this be part of the reasons why a constitution should be written? This is an issue on which many different positions could be held and on which practical work in constitutional making processes gives some kinds of direction on what to do and not to do.

18 I would here rather focus on two aspects that the AI left aside for answering this question: What are the background reasons for writing a constitution in a given country? (I) And what are the elements to be taken in consideration when making the decision to write or not to write? (II)

I. Background reasons for writing (or not) a constitution

19 I would like to start mentioning the reasons classically or often used to explain why a new constitution should be written. I would say that under certain circumstances, writing is not an option; in some others cases this can be discussed, at least on how to write and what to write. This is obviously related to the context and what B. Ackerman called “The constitutional moment”. [4] Even though, every situation is unique, there are some classifications of situations [5] that we can try to identify to make things clearer.

1.1. War, civil crisis, failed state with defeat of the previous ruler

20 One of the first classical elements lies on a situation of chaos when a major crisis occurred, defeating the previous ruler and where a new constitutional dispensation is needed. This major change overturns the previous regime and the call for a new constitution is often the logical consequence of the end of the armed conflict or the crisis. There is a need for a new constitution because the old one is associated with the past—reminding times when the rule of law and fundamental rights were not respected. A new constitution is sought because nobody wants the old one to remain in force: there is a general agreement amongst the different branches of the society to change the constitution and to create a new constitutional framework. The need for a change is both psychological and legal. Whatever was the content of the previous constitution, it cannot carry on further. This need for a new constitution takes place in a general movement where the former rulers are sued in courts and usually takes place in a kind of chaotic transition where an agreement on a new constitution does not mean an agreement on its content. However, there is a need for a change and a general consensus occurs on the necessity to design a new framework with new principles. This is what Prof. Etienne Mureinik used to call a “bridge” between the evil past and a new society through a constitution. [6]

21 This situation is usually associated with peace processes, national conferences or other types of specific events often gathering those who will be in charge of writing a new constitutional charter. It usually comes in times of transition. The main specificity of this situation lies in the freedom of constitution-makers to decide upon the type of constitution they want to make. Quite often, peace or political agreements already contain a number of constitutional principles or values that the constitutional making-body will have to implement. So, the discretionary power is not complete even in these cases. One has also to take into consideration that the initial consensus amongst the drafters can quickly turn into tensions between them, leading to the necessity of finding compromises.

1.2. No real loser(s) but everybody agrees on the necessity to set up a new contract for the society (a new constitution)

22 A second type of situation is represented by the same outcome than the previous one but without official losers, meaning that the parties to the conflict (armed or no armed) have to broker a deal that should be reflected in the constitution. This situation is not linked *per se* to an existing physical crisis, but rather as a deadlocked situation where every party to the negotiations look after a political solution. As every party is still around the table, the need for a new constitution is not questioned but its content and balance can be a source of tensions and negotiations. In such a situation a new constitution is seen as a possible path to way out the crisis without turning the situation into a bloodshed. In other words, there is a need for a "new social contract" acceptable by all the parties, not necessarily the best one but at least an acceptable one: moving from a complete deadlock to a workable situation. [7] A new constitution is seen as a tool allowing for each and every party an acceptable solution. The constitution is the final act that should end the crisis and is seen as a kind of legal agreement sealing a deal. This situation usually goes through several steps including possibly a pre-constitutional agreement, an interim constitution… etc., in short, a number of different steps revealing the DNA of the future constitution and possibly an incremental process of writing.

1.3. Accounts of the past have not (yet) been settled and need a constitutional answer: the existing constitution should be amended or changed

23 Accounts of the past have received some kinds of solution but have not been enshrined into the constitutional text. This discrepancy between constitutional practice and the text of the constitution leads to a rethinking of the content of the constitution. Some amendments

can take place at one stage but there could also be a need to reshape or change the constitution. If a "constitutional moment" occurs, there could be a slot for writing a new text reflecting the existing social contract. In such a case, there could be a sufficient will for writing a new constitution. However, this situation can be tricky as there could be discussions and disagreements over the methodology that should be applied to the process (amendment or complete rewriting). One can see here an example of the controversies applying to the original question (writing or not writing) as it was the case during the recent constituent processes in Chile in 2022 and 2023.

1.4. Putting existing facts & relations in accordance with texts (transitional arrangements, military regimes, non-written constitution)

24 This situation can call for a constitution writing process in order to entrench into the legal framework what facts have already admitted as "law" and also what can be considered as "customary law" by the whole society (actors and spectators). Here the idea is to write a constitution to make things clearer or to establish a formal framework in order to settle an adapted constitutional design. This situation can arise from different perspectives and does not necessarily result from a kind of agreement between all the parties. There is no compulsory need for a dramatic change but for various contextual reasons there is a window for drafting a new constitution. The conditions are met for the adoption of a new constitution. This was for instance the case for former UK Colonies that drafted a constitution based on the Westminster model during the decolonisation process. Such a constitution is not necessarily revolutionary and can reproduce what already exists in terms of substance.

1.5. For no specific reasons: technical writing

25 Writing a constitution can also be a (rare) choice guided by no external specific reason except for the will of getting a new constitution for the better (or the worst) or to include more (or less) people into the process. This is probably the most challengeable category as such a process is not based on a specific event or a constitutional moment. This situation is rather scarce and risky for the promoters of such an idea. It can for instance happen when the Head of state and other powers want to secure an existing system. Quite often this is a closed process and the outcome does not necessarily reflect the general will of the society or their aspirations. It can also secure the power of an illiberal or authoritarian regime. Readers will probably have in mind many examples of such situations.

26 As one can imagine, the previous proposed classification bears its own limits. The idea here is rather dedicated at identifying situations when writing a constitution is the result of a mix of reasons leading to choose one of the options that seems acceptable to the parties or to the people. Obviously if one speaks in terms of processes, the need for a new constitution is greater where there is none or when the previous one has become unapplicable or unworkable. In most of the cases, the context and especially chaotic contexts explain the “why writing a constitution?” is a rather common shared idea. It is also generally accepted that constitutional moments will be a major element for such a choice. This does not predefine the type of constitution that will be written because the context is just the starting point to decide what to do and which route will be chosen.

27 It should also be noted that the context itself will shape a number of elements defining the process and the content. For instance, if the process is a multistep one, it will be difficult to avoid pre-constitutional agreements that would have already been brokered before.

II. Elements to be taken in consideration when making the decision of writing or not writing a constitution?

28 Making the choice of writing a constitution or changing the constitutional framework because of contextual reasons is obviously a first step. However, even though there could be a will for changing the constitution, some others reasons should be considered before embarking in such a process. “Think twice” could be the advice! The main question remains despite an agreement on changing the constitution (we write a new constitution because we want it) to determine if this is feasible. This is not just an issue related to technical capacity. Writing a text is a rather easy game as the exercise of asking students to write a constitution in a short amount of time proves it (the so-called “Google constitution”). However existing constraints that should be assessed before starting the process. There are a number of key elements to be looked at in order to avoid its failure: if too many negative elements are present, the question of writing a new constitution should be carefully thought at.

29 We can try to identify some key elements to be taken into consideration before making the decision of writing.

2.1. The Time Frame

30 Writing a constitution is not a race and the constitution-making body should be given enough time to design a balanced constitution. According to various sources, a constitution-making process (participatory ones) should take not least than 18 months and not more than 4 years. [8] It is difficult to find the ideal timeframe depending of the type of process used but this element should be carefully considered. It means that a too short allocated time to this process cannot lead to a reasonable and workable draft and creates a strong risk to fail the whole process. Sometimes it is even intentional, meaning that unrealistic deadlines will lead to stop the process or even if a text is adopted, a quite high risk of inapplicability. By the

same token, if the process appears highly conflictual and faces high controversies, the time constraint will lead to accelerate the failure of the writing process. In a nutshell, the time frame should be an indicator of feasibility of the process and if it appears impossible or leads to a faked result, serious doubts can arise about the process itself and the outcome of the constitution drafting. In such conditions, an interim process should be preferred, leading to reconsider the constitution writing process at another time.

2.2. The pre-existing obligation to write a constitution in accordance with previous agreements

31 Another key element of the process of writing a constitution rests on the overall process of transition in which it takes place. If the choice of writing a new constitution is a political (sometimes legal) commitment and derives from a larger process, then it becomes difficult to avoid such a decision. This is even more complicated when the process is split into different phases and when the parties strongly disagree between themselves. However, if the decision of writing has already been made by other parties than those sitting in constitution-making bodies (or assemblies), the process largely becomes driven from outside: the writing of the constitution is not made with free hands and becomes a quite complicated business (especially when the political agreement entails contradictory requirements).

32 Here it should be noted that the process of writing through pre-constitutional agreements between the parties can lead to a constitution-making body that does not involve at all the people—at least at the beginning in a number of cases—(reviving the myth of the “Sovereign People”). Writing a constitution in this case means resolving a deadlock or a crisis rather than writing a charter for the future of a given country.

2.3. The nature of the process: what is possible and what is not possible? Design, Openness, participation

33 The nature of the process is probably one of the most complicated key elements to analyse before answering to the cornerstone question “why?”. Rather than the result—the constitutional text—the nature of the process will determine the trust that people grant to the drafting of the constitution. Then several elements—to be developed further during this conference through the analysis of the Chilean case—will have to be weighted in order to understand if such a process has a reasonable chance to succeed. In other words, the analysis of the nature of the process will allow for evaluating the chances of success of the constitutional process and of the constitution.

34 The design itself, with questions such as the choice of the responsible body for drafting the text (expert body, constitutional assembly), the role of commissions, of the Chair of the process… What we can identify as the “constitutional engineering” is to be carefully evaluated. The whole process can fell down due to the lack of attention to these aspects, even though caution is exercised.

35 The openness of the process is also key as many constituent processes have a tendency to reduce their original openness to favour efficiency (even though in an abstract manner the two of them do not conflict). A constitution-making process has to find a way to include this aspect of opening the process to those who are not part of it. In other words, a constitution-making process has not only to be achieved but has to be seen and understood to be achieved.

36 Participation is also a key element—without participation there is no possible ownership and without ownership there is no constitution—just may be a constitutional text. This aspect is also to be carefully looked at as it is not just voting through a referendum that could constitute a participatory process but the true understanding of what is going on.

37 These elements are central to reply to the question and should be more developed.

2.4. The involvement of the international community

38 This is also a key element to reply to the question “why writing?”. The international community can have both positive and negative effects. In terms of feeding the process, the inputs of the international community can help to find new ideas, to avoid mistakes, to open new options, to offer an external eye on issues related to the challenge of writing a constitution. But the involvement of the international community can also have negative effects by imposing some solutions from outside.

39 However, the issue needs to pay attention to the nature of the international intervention as writing a constitution in times of crisis can be a choice to resolve the crisis or the conflict but not necessarily to set up a new political regime that will last for decades. The constitution is then rather dedicated to prevent the return of the past than preparing the future. In deeply divided societies, the constitution-making process can be helped through the implication of the international community provided that the final decision should always be the one of those to whom the constitution will apply. In a number of cases, the constitution has more modest ambition and is needed to stop a crisis rather than setting up a new constitutional dispensation for the future. However there is absolutely no guarantee of success. In a number of cases, the involvement of the international community has been rejected, seen as an intrusion into a purely domestic process.

2.5. The implementation: The day after

40 Even though the choice of drafting a constitution is focused on an apparently abstract situation (the future that is not yet known), the drafting process cannot ignore the impact of the constitution on daily lives of the population. There is a need to think in operational terms and beyond the drafting of the text, that is to say during the implementation phase of the constitution. This means that unworkable solution or too complicated processes should be avoided in order to avoid impossible implementation of the provisions of the new constitution.

41 So, the ultimate question here is not only “what to change?” but “will the constitution really change the existing situation and bring some solutions to previous problems?”. If the answer is no, it is better to avoid solutions that will create more problems than resolve the existing ones. The implementation phase should always be included at the beginning of the drafting process and not left aside for those who will have to work with the new constitutional text. This should also include aspects and mechanisms to resolve the deadlocks.

As Some Kinds of Final Thoughts: The changes to be brought (the rationale behind the choice of writing a constitution)

42 The writing process of a constitution cannot be simply summed up in a couple of principles and sentences. So many elements and options are left open that giving lessons or directions to those who are in charge to decide if they want a new constitutional dispensation or not is probably risky or hazardous. The choice of writing a constitution is sometimes an obligation deriving from the past, sometimes a restatement for a community to assert that they are still a Nation or want to be more inclusive. Writing or not a constitution should not just be a game played by academics with no consequence. Writing a constitution can be an act of faith that people want for changing their environment, to take into consideration the evolution of the society, to be part of a larger community. It can also be a means to impose more constraints and to worsen the situation? At the end of the day, the answer to the question “why” should maybe found in other questions such as “what to do for?”.

BIBLIOGRAPHY

Selected Bibliography

R. Albert, P. Daly and V. Mac Donnell, *The Canadian Constitution in Transition*, Toronto, University of Toronto, 2019.

S. Bookman, H. Wilberg, E. Willis and M. Harris, *Pragmatism, Principle, and Power in Common Law Constitutional Systems – Essays in Honour of Bruce Harris*, Louvain-la-Neuve, Insertia, 2002.

A. Bali and H. Lerner, "Constitutional Design Without Constitutional Moments: Lessons from Religiously Divided Societies", *Cornell International Law Journal*, nº 49, 2016, p. 227.

R. Dixon and T. Ginsburg, *Constitutional Drafting and Distrust*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

J. Elster, "Forces and Mechanisms of the Constitution-Making Process", *Duke Law Journal*, nº 45, 1995, p. 364.

J. Elster, "The Political Psychology of Constitution Making", in J. Elster, R. Gargarella, V. Naresh and B. E. Rasch, *Constituent Assemblies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, online: < https://www.ias.edu/sites/default/files/sss/pdfs/Rodrik/workshop %2014-15/Elster-CM_2015.pdf > accessed on April 4, 2026.

T. Ginsburg (ed), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

D. Landau, "Constitution Making Gone Wrong", *Alabama Law Review*, nº 64, 2013, p. 923.

M. Tushnet, Mark, *Why the Constitution Matters*, New Haven, Yale University Press, 2010.

NOTES

1 Accessed on August 30, 2025 on Chat GPT.

2 S. P. Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, University of Oklahoma Press, 1991.

3 D. L. Horowitz, *Constitutional Change and Democracy in Indonesia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; D. Indrayana, "In Search for a Democratic Constitution: Indonesian Constitutional Reform 1999–2002", *Journal Media Hukum*, nº 17, 2010, p. 115.

4 The wording "constitutional moment" is a "concept in constitutional law and theory that refers to a period of profound political and legal transformation during which a nation's constitutional order is

fundamentally reshaped, without necessarily following the formal procedures of constitutional amendment". B. Ackerman, *We the People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, vol. 1, 1991.

5 See on these different situations J. Zalaquett, "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints" in N. J. Kritz (ed), *Transitional Justice*, Washington D. C., United States Institute of Peace Press, 1995, p. 3.

6 E. Mureinik, "A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights", *South African Journal on Human Rights*, n° 10(1), 1994, p. 31.

7 E. Mc Candless, R. Hollender, M.-J. Zahar, M. H. Schwoebel, A. R. Menocal and A. Lordos, *Forging Resilient Social Contracts: A Pathway to Preventing Violent Conflict and Sustaining Peace*, New York, UNDP 2018, online: < https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/UNDP-FES-NewSchool_Forging_Resilient_Social_Contracts.pdf > accessed on April 2, 2026.

8 United Nations Development Programme, *UNDP Guidance Note on Constitution-Making Support*, New York, UNDP 2014, online: < https://www.undp.org/publications/undp-guidance-note-constitution-making-support > accessed on July 2, 2026; A. Aydin-Cakir, "Duration of the Constitution-Making Process as an Indicator of Post-Constitutional Political Uncertainty: The Insurance Theory Revisited", *Global Constitutionalism*, no 12, 2023, p. 300-307.

ABSTRACTS

Français

Cet article interroge la pertinence de la rédaction d'une constitution au XXIe siècle en mettant en lumière la diversité des contextes dans lesquels une telle démarche peut s'inscrire. L'auteur montre que la décision d'écrire une constitution ne saurait être appréhendée à travers une grille universelle, mais doit être analysée à l'aune des réalités historiques, politiques et sociales propres à chaque État. Au-delà de sa fonction normative, la constitution apparaît comme un instrument de transition, de légitimation et de refondation du contrat social, notamment en période de crise, de sortie de conflit ou de transformation démocratique. Le texte insiste également sur les conditions de faisabilité et de succès du processus constituant, telles que le temps, la participation, l'ouverture, la légitimité institutionnelle et les modalités de mise en œuvre. Il conclut que la question

fondamentale n'est pas seulement celle de l'opportunité d'écrire une constitution, mais surtout celle des finalités poursuivies par ce choix.

English
This paper examines the relevance of constitution-making in the twenty-first century by highlighting the diversity of contexts in which such a process may arise. The author argues that the decision to draft a constitution cannot be approached through a universal framework, but must instead be assessed in light of the historical, political, and social realities specific to each state. Beyond its normative function, the constitution is presented as an instrument of transition, legitimisation, and redefinition of the social contract, particularly in times of crisis, post-conflict settlement, or democratic transformation. The text also emphasises the conditions necessary for the feasibility and success of constitution-making, including time, participation, openness, institutional legitimacy, and implementation mechanisms. It concludes that the central issue is not merely whether a constitution should be written, but rather the objectives and transformations such a process is intended to achieve.

INDEX

Mots-clés
droit constitutionnel, processus constituant, transition démocratique, légitimité, contrat social, sortie de crise, participation, État de droit

Keywords
constitutional law, constitution-making, democratic transition, legitimacy, social contract, post-conflict transition, participation, rule of law

AUTHOR

Xavier Philippe
University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Sorbonne School of Law, Director of the ISJPS (Sorbonne Institute for Legal and Philsophical Sciences). CNRS UMR 8103 ISJPS and extraordinary Professor at the University of the Western Cape (Cape Town, South Africa): Dullah Omar Institute for Constitutional Law, Governance and Human Rights.
IDREF : https://www.idref.fr/029520479
ISNI : http://www.isni.org/0000000081299008
BNF : https://data.bnf.fr/fr/12113048

Reconfiguring the Constitutional Demos: Chile's Constitutional Cycle (2015-2023)

Catalina Lagos Tschorne and Natalia Morales-Cerda

DOI : 10.35562/droit-public-compare.987

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Introduction
I. Chile as a Constitutional Laboratory
II. Chile's Constitutional Cycle
  2.1. The Bachelet Process (2015-2016)
  2.2. The Constitutional Convention (2021-2022)
  2.3. The Constitutional Council (2023)
III. Gender and Democratic Legitimacy
IV. Territorial Mobilization and Participation
Conclusion: An Ongoing Constitutional Conversation

TEXT

Introduction

1 Between 2015 and 2023, Chile undertook three ambitious and markedly different attempts to replace the 1980 Constitution enacted under Augusto Pinochet's dictatorship. These processes—the participatory initiative launched by President Michelle Bachelet (2015-2016), the Constitutional Convention (2021-2022), and the Constitutional Council (2023)—constituted a sequence of democratic experiments through which Chile tested new ways of designing, organizing, and legitimizing constitution-making.

2 This recent decade of Chilean constitutional politics has been described as a "constitutional laboratory", a setting in which diverse models of participation and representation were explored in rapid succession.[1] Scholars such as Jorge Contesse,[2] Natalia Morales-Cerda,[3] Tania Busch,[4] and Yanira Zúñiga together

with Verónica Undurraga, [5] have emphasized that these experiences cannot be understood merely as isolated legal or political episodes. Rather, they should be seen as ongoing social experiments that prompted the Chilean political community to confront fundamental questions about who counts as part of the constitutional demos, who is entitled to speak, and under what conditions democracy itself is considered legitimate. This experimentation was particularly significant in a country where, since the democratic transition of 1990, the institutional framework inherited from the dictatorship had long limited citizens' opportunities to participate meaningfully in debates over constitutional change.

3 This article takes these questions as its starting point. It does not seek to explain why Chile failed to enact a new constitution, nor does it evaluate the technical merits of the proposed constitutional texts. Instead, it focuses on the processes themselves as sites of democratic transformation. It argues that Chile's recent constitutional experiences reconfigured in a deep and lasting way who is recognized as a legitimate subject of constitutional deliberation, expanding the constitutional demos beyond traditional forms of political representation.

4 Central to this transformation are two elements that structure the analysis developed in this article. First, the incorporation of gender as a democratic criterion—most visibly through gender parity—which evolved from a mechanism of inclusion into a structural standard of democratic legitimacy in constitution-making. [6] Second, the emergence of new patterns of territorial and social mobilization that reshaped expectations regarding participation in constitution-making processes. [7] Territorial and social mobilization shapes constitution-making processes not only by generating demands for institutional reform but by redefining the political geometry of constitutional moments, altering who is considered a legitimate participant in constitutional deliberation and how participation is institutionally organized. [8]

5 By tracing how participation, representation, and inclusion were successively reconfigured across these three constitutional moments, this article shows how Chilean constitutional democracy has been reshaped not through institutional closure, but through an open and

conflictive redefinition of its democratic boundaries. The article develops a situated analytic narrative of Chile's constitutional processes between 2015 and 2023. It is not conceived as a comparative study nor as a general theory of constitutionalism, but as a context-sensitive account that seeks to interpret how democratic meanings are produced through constitution-making practices. The analysis draws on a combination of institutional reconstruction, normative interpretation, and qualitative evidence. One of the authors participated directly in the 2021-2022 Constitutional Convention as a legal advisor and later served as a member of the Expert Commission during the 2023 process. The second author has conducted long-term research on constituent processes in Chile and, within that framework, carried out qualitative interviews with women members of the Constitutional Convention. This dual positionality provides access to deliberative dynamics, institutional practices, and actors' experiences that are often absent from external accounts, while also requiring reflexive awareness of the limits of insider perspectives.

6 The remainder of the article proceeds as follows. Section I introduces the interpretive lens of Chile as a "constitutional laboratory", clarifying how the notion of democratic experimentation helps to foreground shifting standards of legitimacy in constitution-making. Section II examines the three constitution-making episodes that are best understood as successive moments of a broader constitutional cycle unfolding in Chile between 2015 and 2023. Building on this account, Section III analyses gender parity and feminist constitutionalism as a transformation in democratic legitimacy, focusing on parity, feminist pluralism, and backlash. Section IV examines how territorial and social mobilization reshaped participatory expectations and reconfigured the relationship between representation and participation in constitution-making. The conclusion then returns to the article's central argument, reflecting on how these processes expanded and contested the democratic boundaries of constitutional legitimacy in Chile.

I. Chile as a Constitutional Laboratory

7 This article reads Chile's recent constitutional processes as successive democratic experiments rather than as isolated attempts at constitutional reform. Drawing on Domingo Lovera's characterization of Chile as a "constitutional laboratory", [9] the three processes can be understood as distinct institutional configurations through which different combinations of participation, representation, and institutional control were tested. The laboratory metaphor highlights not only the experimental character of these processes—marked by institutional innovation, trial, and adjustment—but also the existence of organized frameworks within which specific mechanisms and design choices were deliberately assembled in pursuit of constitutional change. In this sense, Chile offers a paradigmatic case of contemporary constitution-making not because it successfully produced a new constitutional text, but because it systematically explored alternative ways of structuring democratic legitimacy through varying institutional designs.

8 The notion of a "laboratory" also implies an organized structure within which experimentation takes place. While these processes involved institutional innovation, adjustment, and learning, they did not unfold as a linear progression toward a predetermined outcome. Rather, they were open, conflictive, and contingent experiments carried out within institutional frameworks that combined different mechanisms and design choices under varying political conditions. As the analysis of the following section will illustrate, each process redefined the boundaries of the constitutional demos in distinct ways: from the participatory emphasis of the Bachelet initiative, to the expansive inclusiveness of the Constitutional Convention, and finally to the more constrained and expert-driven architecture of the Constitutional Council. These shifts did not replace one another cumulatively; instead, they formed what Tania Busch has described as a constitutional pendulum, oscillating between moments of democratic expansion and phases of institutional retrenchment. [10]

9 This laboratory perspective becomes particularly illuminating when examined through the two analytical dimensions that structure this

article. First, the incorporation of gender as a democratic criterion evolved across the three processes in ways that reveal changing expectations about democratic legitimacy. Gender considerations played only a marginal role in the early participatory initiative, but gained institutional centrality during the Constitutional Convention, where parity rules and gender-sensitive deliberation reshaped both representation and agenda-setting. [11] In the subsequent process, although gender was no longer the organizing axis of institutional design, parity persisted as a baseline democratic requirement, less a contested innovation than a minimum standard whose absence would have been politically difficult to justify. In this sense, gender moved from being an external demand to becoming part of the emerging common sense of democratic constitution-making.

10 Second, the evolving relationship between territorial dynamics and constitution-making shaped how participation was institutionally imagined and organized across the three processes. Rather than remaining a stable procedural feature, participation was configured differently in each constitutional moment: initially articulated through institutional channels that sought to incorporate citizen deliberation, later driven more forcefully by territorially rooted social mobilizations that pushed participation to the centre of constitutional debate, and subsequently reframed within a more controlled institutional design that limited the scope of participatory influence. These shifts did not eliminate participatory expectations but redefined how, and through which institutional mechanisms, participation could be expressed and recognized as democratically legitimate.

11 Reading these processes as democratic experiments allows us to move beyond narratives that focus primarily on whether a constitutional text was ultimately adopted, and instead to examine how the Chilean constitution-making trajectory of the past decade reshaped the conditions of democratic legitimacy. What matters, from this perspective, is not simply whether a new constitution was enacted, but how each process reconfigured the spaces of constitutional deliberation: who was able to participate, how different voices were recognized, and which democratic standards came to be considered legitimate. The laboratory lens thus redirects attention from constitutional texts to constitution-making practices,

highlighting their ongoing reconfiguration through changing institutional designs and participatory mechanisms.

12 This interpretive framework provides the bridge to the analysis that follows. The next section examines three constitutional moments in which the constitutional demos was expanded, contested, and partially redefined, showing how gender, participation, and inclusion became central to contemporary understandings of democratic legitimacy in Chile.

II. Chile's Constitutional Cycle

2.1. The Bachelet Process (2015-2016)

13 The constitutional initiative launched under President Michelle Bachelet between 2015 and 2016 marked the first contemporary attempt in Chile to expand constitution-making participation beyond traditional political institutions. The initiative, called the Constitution-Making Process Open to Citizens (Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía), was designed as a nationwide participatory sequence that combined civic education, local deliberation, and the systematization of citizen inputs into a formal constitutional proposal. [12]

14 The process began with a national civic education phase aimed at familiarizing citizens with constitutional principles and institutional structures. This stage was followed by thousands of Local Self-Convened Meetings (*Encuentros Locales Autoconvocados*), organized in schools, community centres, workplaces, and private homes across the country. In these small deliberative forums, participants discussed constitutional values, institutional priorities, and rights frameworks, producing structured reports that were subsequently aggregated at provincial and regional levels. The results were later compiled by a Citizens' Council of Observers into the Citizen Bases Report, which served as the participatory foundation for the constitutional draft eventually submitted to Congress in 2018. [13]

15 Although the initiative remained institutionally controlled by the executive branch and did not culminate in legislative debate, its democratic significance lies in the participatory expectations it

generated. For the first time in the post-authoritarian period, constitution-making was publicly framed as a collective deliberative exercise rather than an exclusively elite-driven negotiation. Territorial forums and decentralized deliberation introduced new participatory repertoires that would later shape the social demands surrounding the subsequent constitutional processes. At the same time, gender considerations did not yet play a structuring role in the institutional design of participation, illustrating that the incorporation of gender as a democratic legitimacy criterion had not yet become an established expectation. [14] The Bachelet process thus inaugurated a participatory horizon that subsequent constitutional experiments would both expand and transform.

2.2. The Constitutional Convention (2021-2022)

16 The Constitutional Convention that followed the 2019 social uprising represented the most ambitious attempt to reconfigure constitution-making in Chile's recent history. After weeks of nationwide demonstrations demanding dignity, equality, and structural reform, political parties negotiated the Agreement for Social Peace and a New Constitution, which led to the 2020 plebiscite authorizing the drafting of a new constitution by a fully elected constitutional body. [15] Nearly 80 %of voters supported constitutional replacement, and 79 % chose a Constitutional Convention as the drafting mechanism. [16]

17 Elected in 2021, the Convention consisted of 155 members and became the first constitution-making body in the world to operate under a rule of full gender parity. Electoral rules required alternating male and female candidates on party lists, and a corrective mechanism adjusted results to ensure gender balance, resulting in a final composition of 77 women and 78 men. The Convention also included 17 reserved seats for Indigenous peoples and introduced accessibility rules requiring that candidate lists include at least 5 % of persons with disabilities. [17] Although the latter mechanism produced limited descriptive representation—only one person with a disability ultimately became a member of the Convention—these institutional arrangements collectively expanded the representational scope of the constitution-making process.

18 The Convention's work unfolded through thematic commissions, [18] extensive public hearings, and participatory mechanisms such as popular initiatives of norms, enabling civil society organizations and citizens to introduce proposals for constitutional deliberation. [19] The resulting draft constitution declared Chile a social and democratic state of rights, recognized plurinationality, strengthened gender equality guarantees, and incorporated commitments to ecological protection and territorial decentralization. [20] Despite the proposal's rejection in the September 2022 plebiscite, the Convention's institutional design significantly reshaped democratic legitimacy expectations. Gender parity became a defining criterion of representative legitimacy, while the strong presence of territorial and social mobilization embedded participatory expectations that would continue to influence subsequent constitutional processes.

2.3. The Constitutional Council (2023)

19 Following the rejection of the 2022 proposal, Chile initiated a new constitutional process under a more tightly structured institutional framework negotiated by Congress. The 2023 process was organized around three bodies: a Commission of Experts appointed by Congress to prepare a preliminary draft, an elected Constitutional Council tasked with revising the proposal, and a Technical Committee for Admissibility responsible for ensuring compliance with twelve pre-established constitutional principles. [21] This institutional architecture reflected a deliberate effort to introduce greater procedural control and reduce the level of institutional uncertainty that had characterized the previous process. [22]

20 While the Constitutional Council preserved gender parity—composed of 25 women and 25 men—it substantially reduced Indigenous representation to a single reserved seat and limited participatory channels compared with the Convention. The Council, politically dominated by conservative parties, produced a draft that emphasized institutional order, property rights protections, and a more limited conception of state intervention. [23] In December 2023, the proposal was rejected in a national plebiscite by 55 % of voters. [24]

21 Despite the contraction of participatory mechanisms, the persistence of parity rules illustrates the degree to which gender had become

embedded as a baseline expectation of democratic legitimacy in constitution-making. At the same time, although territorial and social mobilization played a less central institutional role in shaping the process, the participatory expectations generated during earlier constitutional moments continued to frame public debates regarding the legitimacy of constitutional change. Taken together, the three processes reveal not a linear trajectory but a sequence of differently configured institutional experiments through which the boundaries of the constitutional demos were repeatedly negotiated and redefined.

III. Gender and Democratic Legitimacy

22 The Chilean constitutional processes constitute both a global milestone and a revealing lesson about the limits of democratic inclusion. The introduction of gender parity transformed who could participate in constitution-making, while simultaneously exposing the depth of structural inequalities embedded in political institutions and political culture. More importantly, parity did not remain a mere mechanism of descriptive representation; it progressively evolved into a criterion through which democratic legitimacy itself came to be evaluated.

23 First, parity operated as a principle of democratic legitimacy. For the first time in Chilean constitutional history, women participated in constitution-making on equal institutional footing with men, not as a contingent outcome of electoral competition but as a structural requirement of institutional design. This transformation reshaped constitutional deliberation by altering who could speak, which experiences were recognized as constitutionally relevant, and how constitutional agendas were defined. As a result, parity began to function less as an inclusion policy and more as a normative benchmark against which the legitimacy of constitution-making processes would be assessed. [25] In the Chilean context, the expectation that a constituent body should be gender-balanced quickly became politically naturalized, rendering the prospect of a non-parity constitution increasingly difficult to justify. As scholars such as Yanira Zúñiga Añazco and Verónica Undurraga Valdés have

argued, parity has become embedded in Chile's democratic expectations, influencing legal frameworks, political discourse, and public understandings of equality. Even without constitutional adoption, the Convention succeeded in constitutionalizing a powerful democratic principle: democracy without women is no longer perceived as fully democratic. [26]

24 Second, the Convention revealed the emergence of a plural feminist constitutionalism. The presence of diverse feminist traditions—including liberal, radical, Indigenous, ecofeminist, and grassroots perspectives—enriched constitutional debate while also generating tensions between competing normative visions, such as those between universal equality and collective autonomy, or between individual rights and community-based claims. [27] Rather than weakening the process, these tensions reflected the richness of feminist constitutional engagement, demonstrating that gender parity does not produce a single ideological outcome but opens the institutional space for competing feminist perspectives to shape public law. [28]

25 Third, the Chilean experience also illustrates the coexistence of institutional transformation and political backlash. Conservative sectors frequently portrayed parity and feminist constitutional proposals as excessive or ideological, actively mobilizing this language to frame the process as exclusionary, radical, or disconnected from broader societal concerns. [29] This discursive strategy contributed to the politicization of gender equality and helped structure a polarized public debate around the legitimacy of the Convention itself.

IV. Territorial Mobilization and Participation

26 Alongside the institutionalization of gender parity, Chile's constitutional processes were profoundly shaped by changing patterns of territorial and social mobilization that reshaped expectations regarding participation in constitution-making. The constitutional cycle initiated in the mid-2010s unfolded in a political context marked by the increasing prominence of territorially rooted

movements, regional demands for decentralization, and local forms of collective organization that challenged traditionally centralized models of political representation. [30] These mobilizations did not merely generate claims for policy change; they transformed how participation itself was imagined and institutionalized within constitution-making processes.

27 Early participatory mechanisms, such as the local deliberative forums organized during the Bachelet initiative, introduced decentralized spaces of constitutional discussion but remained largely embedded within institutional frameworks designed from above. In contrast, the social uprising of 2019 and the territorial mobilizations that preceded it significantly altered the political conditions of constitution-making. Local assemblies, regional movements, and community-based organizations became central actors in shaping the constitutional agenda, pushing participatory expectations beyond consultative mechanisms toward more direct forms of citizen involvement in deliberative processes. These dynamics contributed to the adoption of participatory tools within the Constitutional Convention, including public hearings, [31] citizen initiatives of constitutional norms, [32] territorial dialogues, and the institutionalization of monthly territorial weeks, during which Convention members returned to their districts to hold meetings, gather citizen input, and report back to local communities. [33] Although the limited duration of these territorial periods constrained their full potential, they nonetheless reinforced an emerging expectation that constitutional representatives should remain in continuous interaction with their constituencies.

28 These practices also reshaped the meaning of representation itself. For many Convention members, territorial visits and local encounters transformed representation into a relational and socially embedded practice, in which representatives sought not only to speak for voters but to embody the experiences, demands, and histories of particular communities and social groups. The relationship between representative and represented thus became increasingly personalized and multi-layered, shaped simultaneously by territorial constituencies, social movements, thematic causes, and broader claims to represent “the people”. In this way, territorial engagement did not merely expand participatory channels; it contributed to

redefining who could legitimately claim representation and how representation itself was constructed within the constitution-making process.

29 Although the subsequent Constitutional Council operated under a more controlled institutional design, [34] the participatory expectations generated during earlier phases of mobilization did not disappear. Instead, they continued to inform public debates about the legitimacy of constitution-making procedures, illustrating how mobilization can reshape democratic standards even when institutional arrangements become more restrictive. In this sense, the Chilean experience demonstrates that the expansion of the constitutional demos is not driven solely by institutional engineering but also by broader transformations in the social and territorial organization of political participation. Territorial mobilization does not simply demand inclusion; it redefines who must be included and through which institutional mechanisms participation is recognized as democratically legitimate.

30 Taken together, the interaction between institutional innovation and territorial mobilization reveals that constitution-making legitimacy in contemporary democracies is increasingly shaped by participatory expectations that extend beyond traditional representative frameworks. The Chilean case shows how these expectations, once activated through sustained social mobilization, can persist across successive constitutional processes, redefining the democratic parameters within which constitutional change is debated and evaluated.

Conclusion: An Ongoing Constitutional Conversation

31 After a decade of intense debate, three national referendums, and three ambitious constitutional efforts, Chile continues to be governed by the 1980 Constitution. Yet the country that emerges from this constitutional cycle is not the same. The successive processes analysed in this article reveal that constitution-making should not be understood solely through the lens of institutional outcomes. Even in the absence of a new constitutional text, the

democratic parameters within which constitutional change is imagined and contested have been profoundly transformed.

32 Across these constitutional moments, the boundaries of the constitutional demos were repeatedly expanded, contested, and renegotiated. The institutionalization of gender parity reshaped expectations regarding democratic legitimacy, establishing gender-balanced representation as an increasingly taken-for-granted requirement of constitution-making. At the same time, territorial and social mobilizations transformed participatory expectations, embedding the idea that constitution-making must involve broader and more continuous interaction between representatives and society. Together, these developments contributed to redefining who is recognized as a legitimate participant in constitutional deliberation and under what conditions constitutional authority is considered democratically valid.

33 As Tania Busch has observes, Chile remains suspended between the aspiration of democratic refoundation and the stabilizing pull of institutional continuity. [35] Yet, as Yanira Zúñiga Añazco and Verónica Undurraga Valdés remind us, something irreversible has already occurred: the meaning of democracy itself has expanded. [36] Over the past decade, the central constitutional question has not only been how to replace an inherited constitutional order, but also who belongs, who speaks, and whose voices are heard in the process of defining the rules of collective life. Chile may not yet have enacted a new constitution, but it has already begun to rewrite the democratic standards through which constitution-making legitimacy is understood. In this sense, the Chilean experience illustrates that constitutional transformation may occur not only through the adoption of new constitutional texts, but also through the gradual redefinition of the democratic expectations that shape constitution-making itself.

NOTES

1 D. Lovera Parmo, “¿Y ahora qué? Forma es fondo: el laboratorio constitucional y el proceso constituyente en Chile”, *Revista de Investigações Constitucionais*, nº 12, 2025.

2 J. Contesse, “Constitutional Change from Afar Global Democratic Decay and the Rule of Law: The 2022 David J. Stoffer Lecture”, *Rutgers University Law Review*, nº 76, 2023.

3 N. Morales Cerda, “Separating the Wheat from the Chaff: Disaggregating Failure in Constitution-Making” [Manuscript in preparation].

4 T. Busch Venthur, “Proceso constituyente chileno entre el ensueño democrático latinoamericano y el péndulo”, *Verba luris*, nº 50, 2023.

5 V. Undurraga-Valdés and Y. Zúñiga-Añazco, “El proceso constituyente chileno 2021-2022: reflexiones desde el constitucionalismo de género”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, nº 37, 2024, 129.

6 *Ibid.*

7 G. Anderson *et al.* (eds), “Territorial Cleavages and Constitutional Transitions: Political Mobilization, Constitution-Making Processes, and Constitutional Design” in *Territory and Power in Constitutional Transitions*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

8 *Ibid.*

9 D. Lovera Parmo, “¿Y ahora qué? Forma es fondo: el laboratorio constitucional y el proceso constituyente en Chile”, *op. cit.*

10 T. Busch Venthur, “Proceso constituyente chileno entre el ensueño democrático latinoamericano y el péndulo”, *op. cit.*

11 J. M. Piscopo and J. Suárez-Cao, “New Institutions, New Actors, New Rules: Gender Parity and Feminist Constitution Writing in Chile”, *European Journal of Politics and Gender*, nº 1, 2024, p. 1.

12 See P. Figueroa Rubio and T. Jordán Díaz, “Convergencia Deliberativa: La Participación Ciudadana En El Cambio Constitucional, Chile 2016”, *Polis*, nº 20, 2021, p. 78; M. Henríquez Viñas and J. Francisco García, “El Proceso Constituyente de Bachelet En Chile (2015-2018): Razones de Un Fracaso (Previsible)”, *International Journal of Constitutional Law*, nº 21, 2023, p. 1496.

13 See P. Figueroa Rubio and T. Jordán Díaz, “El Proceso Constituyente Abierto a La Ciudadanía: El Modelo Chileno de Cambio Constitucional”, *Hemiciclo*, nº 16, 2017, p. 46.

14 It should be noted that the absence of a strong gender component in the Bachelet process must be situated in a broader historical context. Women’s political representation had long remained marginal in post-transition

Chile, and although the 2015 quota reform marked an important institutional shift, gender parity had not yet crystallized as a democratic imperative; nor had the feminist movement yet acquired the political centrality it would reach after 2018. See Y. Zúñiga Añazco and V. Undurraga Valdés, "The Role of Chilean Constitutional Law in Gender (In)Equality" in F. Pou Giménez, R. Rubio Marín and V. Undurraga Valdés (eds), *Women, Gender, and Constitutionalism in Latin America*, London, Routledge, 2024.

15 "Acuerdo Por La Paz Social y La Nueva Constitución", Biblioteca del Congreso Nacional, November 15, 2019, online: < https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf > accessed on June 14th, 2025.

16 See DecideChile, "Decide Chile – Plebiscito 2020", 2020.

17 Law no. 21,216 "Amends the Fundamental Charter to Allow the Formation of Electoral Coalitions of Independent Candidates and Guarantee Gender Parity in Candidacies and in the Composition of the Constituent Body to be Formed for the Creation of a New Political Constitution of the Republic" (available in Spanish only), 2020.

18 See Art. 61, "Unnumered resolution. General Rules of Procedure of the Constitutional Convention" (available in Spanish only), October 2021.

19 See "Rules on Mechanisms, Structure and Methodologies for Popular Participation and Constituent Civic Education" (available in Spanish only), 2021.

20 See Convención Constitucional de Chile, "Propuesta de Constitución Política de La República de Chile de 2022" (Available in Spanish Only), online: < https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-CPR-2022.pdf. >, accessed on June 14th, 2025.

21 See Law no. 21,533, "Amends the Constitution of the Republic with a view to establishing a procedure for the drafting and adoption of a New Constitution of the Republic" (available in Spanish only), 2023.

22 V. Undurraga Valdés, "The Chilean Constitutional Process: A Closed Chapter", ConstitutionNet, December 22, 2023, online: < http://constitutionnet.org/news/voices/chilean-constitutional-process-closed-chapter > accessed on March 17th, 2026.

23 C. Heiss, “El proceso constituyente en Chile: entre la utopía y una realidad cambiante”, *Nueva Sociedad*, nº 305, 2023.

24 V. Undurraga Valdés, “The Chilean Constitutional Process: A Closed Chapter”, *op. cit.*

25 V. Undurraga-Valdés and Y. Zúñiga-Añazco, “El proceso constituyente chileno 2021-2022: reflexiones desde el constitucionalismo de género”, *op. cit.*

26 Y. Zúñiga Añazco and V. Undurraga Valdés, “The Role of Chilean Constitutional Law in Gender (In)Equality”, *op. cit.*

27 See Y. Zúñiga Añazco, “Desafíos Del Feminismo En La Discusión Constituyente”, *CIPER Chile*, December 30, 2020, online: < https://www.ciperchile.cl/2020/12/30/desafios-del-feminismo-en-la-discusion-constituyente/ > accessed on March 18th, 2026.

28 In this regard, see the concept of feminist constitutionalism as a discourse of contestation. See S. Atrey, “Feminist Constitutionalism: Mapping a Discourse in Contestation”, *International Journal of Constitutional Law*, nº 20, 2022, p. 611.

29 See C. Ortega Gustavo, “Legítima inquietud”, *La Tercera*, February 23, 2022, online: < https://www.latercera.com/opinion/noticia/legitima-inquietud/FKSWDWT3ANHEFB4ZJFLTOBISEQ/ > accessed on March 31, 2026; M. Velásquez Loaiza, “Las Razones Detrás Del Rechazo a La Nueva Constitución de Chile y Lo Que Sigue”, CNN, September 5, 2022, online: < https://cnnespanol.cnn.com/2022/09/05/razones-rechazo-no-plebiscito-nueva-constitucion-chile-lo-que-sigue-orix > accessed on March 31, 2026; F. Mayorga and J. Carvajal, “Valoraciones negativas y llamados al Rechazo: las jugadas de la Iglesia Católica y los evangélicos ante el plebiscito”, *La Tercera*, July 26, 2022, online: < https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/valoraciones-negativas-y-llamados-al-rechazo-las-jugadas-de-la-iglesia-catolica-y-los-evangelicos-ante-el-plebiscito/C6O5C3MJ3ZDFPK3LD6HDUFE67A/ > accessed on March 31, 2026.

30 See J. Rozas-Bugueño, “Between Hope and Disaffection: The Chilean Constitution-Making Process and the Intermediation Crisis”, *PS: Political Science & Politics*, nº 57, 2024, p. 274.

31 Art. 42, “Rules on Mechanisms, Structure and Methodologies for Popular Participation and Constituent Civic Education” (available in Spanish only).

32 Art. 31-35, *ibid.*

33 Art. 49, *ibid.*

34 V. Undurraga Valdés, "The Chilean Constitutional Process: A Closed Chapter", *op. cit.*

35 T. Busch Venthur, "Proceso constituyente chileno entre el ensueño democrático latinoamericano y el péndulo", *op. cit.*

36 V. Undurraga-Valdés and Y. Zúñiga-Añazco, "El proceso constituyente chileno 2021-2022: reflexiones desde el constitucionalismo de género", *op. cit.*

ABSTRACTS

Français
Cet article analyse le cycle constitutionnel chilien entre 2015 et 2023 comme une succession d'expérimentations démocratiques ayant profondément reconfiguré les contours du *demos* constitutionnel. À travers trois processus distincts – l'initiative participative de Bachelet, la Convention constitutionnelle et le Conseil constitutionnel – les auteures montrent comment les critères de légitimité démocratique ont évolué. L'étude met particulièrement l'accent sur deux dynamiques majeures : l'institutionnalisation de la parité de genre comme standard structurel de légitimité démocratique, et l'émergence de nouvelles formes de mobilisation territoriale et sociale redéfinissant les attentes participatives. Au-delà de l'échec de l'adoption d'un nouveau texte constitutionnel, le cas chilien révèle une transformation durable des normes démocratiques encadrant les processus constituants. L'article soutient ainsi que le changement constitutionnel peut s'opérer non seulement par l'adoption d'un nouveau texte, mais aussi par la redéfinition progressive des critères de participation, de représentation et de légitimité démocratique.

English
This article examines Chile's constitutional cycle between 2015 and 2023 as a sequence of democratic experiments that profoundly reconfigured the boundaries of the constitutional *demos*. Through three distinct constitution-making processes—Bachelet's participatory initiative, the Constitutional Convention, and the Constitutional Council—the authors show how standards of democratic legitimacy evolved over time. The analysis focuses on two major dynamics: the institutionalization of gender parity as a structural standard of democratic legitimacy, and the emergence of new forms of territorial and social mobilization that reshaped participatory expectations. Beyond the failure to adopt a new constitutional text, the Chilean case reveals a lasting transformation of the democratic

norms governing constitution-making processes. The article argues that constitutional change may occur not only through the enactment of a new text, but also through the gradual redefinition of participation, representation, and democratic legitimacy standards.

INDEX

Mots-clés

processus constituant, Chili, légitimité démocratique, parité de genre, participation, mobilisation territoriale, représentation, demos constitutionnel

Keywords

constitution-making, Chile, democratic legitimacy, gender parity, participation, territorial mobilization, representation, constitutional demos

AUTHORS

Catalina Lagos Tschorne

Minister of the Constitutional Tribunal of Chile. She was a member of the Expert Commission on the 2023 Constitutional Process.
IDREF : https://www.idref.fr/297978993

Natalia Morales-Cerda

Postdoctoral Research Fellow, Global Centre for Democratic Constitutionalism, University College London.
IDREF : https://www.idref.fr/297979043

From the 1980 Constitution to the Democratic Constitution

Roberto Gargarella

DOI : 10.35562/droit-public-compare.1054

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

I. Dictatorship: *De Facto* Regulations
II. Democracy: The Use of Plebiscites
On the possibility of using a ratifying plebiscite
The “entry” and “exit” referendums and the “hourglass”
Conclusion

TEXT

1 In this brief essay, I would like to address a few of the many issues raised by the rich constitutional process that took place in Chile, since 2019. For now, I will focus on just two topics directly linked to this transition from the Constitution of the dictatorship to the Constitution of democracy. On the one hand, I will address what is being left behind—the 1980 Constitution—and from there discuss the legal validity of *de facto* norms. On the other hand, I will reflect on the role that referendums were intended to play during the (failed) constituent process.

I. Dictatorship: *De Facto* Regulations

2 One of the first issues that catches the attention of those of us who observed the Chilean constitutional process from the outside was the treatment of *de facto* regulations. One tended to wonder, then, what explained the weight that continued to be assigned to the legal framework originating during the years of the Pinochet dictatorship,

starting obviously with the most important text of all—and the one currently under discussion—namely, the 1980 Constitution. It was striking, in this regard, that this anti-democratic and illegitimate creation—which sought to legitimize itself through a referendum considered fraudulent by analysts—continued to enjoy the legal weight it possesses and continues to partly define the limits and obstacles facing the process of change. Questions such as the following then arose: Does Chilean democracy have its "hands tied" by that (so-called) "tricky Constitution"? Can it be understood that Pinochet's Constitution continues to constrain the scope of action for new generations? Could it be that the Constitution, as a prison of democracy as envisioned by Jaime Guzmán, continues to limit the room for maneuver of today's democratic actors, who seek to decide how to organize themselves, on their own, 40 years later? [1]

3 In fact, the discussion regarding the weight and value of *de facto* norms resurfaced in Chile, as soon as activists and legal scholars began to talk of the need for profound constitutional change. Thus, for example, when former President Ricardo Lagos spoke of a "new Constitution," alluding to the need to "start with a blank slate," or when constitutional scholar Fernando Atria referred to the importance of "starting from scratch" in constitutional matters (Atria, 2013). In principle, they spoke of this "new beginning" (from "zero" or from a "blank slate") to distinguish the coming initiatives from previous constitutional changes (i.e., the 2005 reform), and to assert —as Atria explicitly stated—that what was required was a "new constitution" and not merely a "constitutional reform".

4 However, the unquestioned centrality that the Constitution has had and continued to have was a cause for concern, as that was a document that, in principle, *lacked*—as I shall maintain—*a presumption of validity*. In practice, that constitutional text remained the anchor—the foundation upon which the Chilean legal system will continue to rest—to the extent that a new constitutional pact cannot be agreed upon. The 1980 Constitution—according to some—would continue to be the "common home" where the Chilean legal community would continue to reside, if a new text was not approved with the high quorum requirements that (in a manner difficult to explain, incidentally) were defined to deem the changes currently being promoted as approved.

5 The discussion at hand, regarding *de facto* norms, is linked to a long philosophical debate about what gives "validity" to the law—what provides, *prima facie*, reasons to obey the law. The starting point on this matter could be the following: the concept of *validity* does not overlap with that of *forcefulness*, and yet it is all too common for certain decisions to be considered valid simply *because* they emerge from the one who wields force, regardless of their origin and content. One of the most legally interesting controversies in this regard was the one between the analytical philosopher Herbert Hart and Judge Lord Devlin in England, concerning the *Wolfenden Report*, which in 1957 suggested decriminalizing homosexuality, contrary to what was customary practice in the country. Judge Devlin then justified the need to set aside the report's suggestions, citing in support of his position a variety of arguments related to the value of existing law, which he considered grounded in prevailing social morality. Hart then challenged these criteria, and the main line of reasoning on which he relied concerned the distinction between prevailing morality and critical morality; or existing morality and valid morality. Basically, what Hart argued is that, at best, Devlin was defending prevailing morality, but that this offered no reason to believe that it was a morality the state had grounds to adopt as its own and reinforce through the use of the state apparatus: prevailing morality and valid morality were different things that should not be treated as if they were synonyms.

6 The distinction proposed by Hart proved very fruitful, and has since become commonplace in discussions of law. It was not confined to issues related exclusively to the realm of private morality and its limits. In any case, his proposition helped recognize that the concept of validity, when used in a justificatory judgment, cannot be taken as a merely descriptive concept—for example, regarding the dominant values in a society, or regarding the fact that certain norms are obeyed, regardless of the reasons that may generate such obedience, i.e., fear or resignation. When we speak of validity in legal matters, we refer to a normative concept, which tells us that a norm has binding force because we have reasons to believe that it *ought to be* obeyed. Contrary to what some might argue (from positions we can associate with "ideological positivism"), this "ought to be" cannot be derived from the "fact" that the law is written or in force; nor from the mere

"fact" that other superior norms determine its binding nature; nor from the "fact" that many people obey it.

7 None of the *facts* described above—neither fear, nor custom, nor widespread practice, nor the certainty that it is written or existing law—give us, in and of themselves, reasons to believe that that norm *must be* obeyed. Therefore, in principle, *de facto* norms—current norms arising from an act of force—do not enjoy a presumption of validity. The case is different, however, for *de iure norms*, which result from a justified procedure, such as a democratic process, in which we directly, or our representatives on our behalf and with our authorization, enter into an agreement intended to apply to everyone. These norms may ultimately prove to be more or less justified, but they enjoy, in principle, a presumption of validity. If someone then asks about the reasons why a community should obey norms arising from a democratic process, the answer is now different: such norms deserve obedience, in principle, because they result from our will—because they have emerged from an agreement in which we have participated in a meaningful way. Of course, there are many reasons that may subsequently determine the greater or lesser validity of such agreements (i.e., the rule ends up being merely the expression of a group of lobbyists; or it is drafted and approved in contexts of severe social exclusion), but, in principle, in this case, we can say that *norms arising from a democratic process enjoy, in principle, a presumption of validity that norms arising from a* de facto *government lack.*

8 Carlos Nino, who studied this issue in the case of Argentina, examining the value of *de facto* legislation during the democratic transition that followed the end of the last military dictatorship (1976–1983), anticipated this very conclusion. In his work on *The Validity of Law*, and reflecting on how to respond to the "self-amnesty" law enacted in its own favor by the military government before leaving power, he argued that: "The norms enacted by a *de facto* government do not enjoy the presumption that what they prescribe is just, a presumption that benefits norms derived from a democratic process operating within the framework of certain basic rights" (Nino, 1985, 106).

9 In any case, Nino continued, the preservation of *de facto* regulations can be justified on grounds of "social peace and security". For example, following a regime change, a community may decide to keep part of those regulations in force, on the understanding that unnecessary and undesirable chaos would ensue if all marriages, leases, or contracts signed during the validity of those *de facto* regulations were declared invalid (i.e., if they automatically ceased to be valid or "lapsed" after the end of a *de facto* government). But the fact that the community decides, for prudential reasons, to keep such rules in force says nothing about the intrinsic value of those rules. Their validity depends on the will of the democratic community, which does not wish to be subjected to social chaos or major disorder, but there is no substantive reason to recognize in such rules the intrinsic validity that can be recognized, in principle, to democratic norms. We have *prima facie* reasons to obey democratic norms, but we lack such reasons when it comes to *de facto* norms. We maintain such norms in force only to the extent that we decide to do so, because it suits us to facilitate convenience. It is therefore in no way admissible for the democratic community to consider itself "trapped" or substantively limited by what is defined *by de facto* norms: in principle, these are invalid norms.

10 Hence, the "legal imprisonment" that many seemed to accept or recognize in the 1980 Constitution should not be considered as such: democracy must not feel constrained by the accumulation of legal limitations that a dictatorship sought to impose upon it. In this regard, it is surprising that a significant portion of the Chilean political class and legal community seems to share an agreement to the contrary: the *prima facie* validity of *de facto* norms, and the serious difficulties faced in implementing democratic norms. *Prima facie* validity is an exclusive and inherent property of norms that emerge from a democratic deliberative process, and does not apply to *de facto* norms. Ultimately, the democratic community that regains authority after a period controlled by a *de facto* government has every right and need to think freely about how to define the new norms that will organize communal life, and how to arrive at them—but not from the perspective that this is a labyrinth from which there is no easy escape, and in which democracy appears trapped, as if there were an actual normative value in the dictatorship's legislation.

II. Democracy: The Use of Plebiscites

11 The recent constitutional process in Chile began on November 15, 2019, with the "Agreement for Peace and a New Constitution" (*Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución*). Keen to ensure that the process (and, ultimately, the new Constitution) was built on solid democratic foundations, Chileans had several options to choose from: methods of constitutional drafting that gave a central role to the public (a *crowdsourcing* process, as in Iceland); a *Citizens' Assembly* in constant dialogue with the public (as in Ireland in 2018); a process of popular assembly-based discussion, such as the one Michele Bachelet herself had promoted toward the end of her term. In any case, the option chosen was different: they opted to organize two *referendums*, one at the beginning and another at the end of the constitutional process. Although alternatives such as those mentioned all have, to some extent, some positive aspects, I would suggest that their final assessment should depend on a more specific factor, namely, the ability of the mechanism in question to bring the constitutional process as close as possible to a "conversation among equals". My question would then be whether the selected mechanism would allow Chileans the draft of a document that they could reasonably consider their own.

12 Since the political and academic discussion that took place in Chile rightly assigned enormous centrality to that issue—the importance of referenda for providing the Constitution with popular legitimacy—in what follows I would like to offer some initial reflections on the subject. I will focus, in any case, only on one type of "constitutional democratization" initiative, namely those related to the use of popular referendums in the context of constitutional change. My intuition is that many of the arguments made regarding this issue imply an inappropriate "fetishization" of citizen referendums, as if they—in any of their forms—had an inherent "democratic cleansing" effect, capable of magically legitimizing, or "cleanse" of their troubling "impurities" of origin, rules that have not been the subject of an inclusive, profound, transparent, and diverse democratic agreement, as they deserve to be. In other words, I would like to

argue that the "democratic objection" that the law deserves—any law that has not emerged from a conversation among equals—is not resolved in just any way, nor is it "remedied" through any mechanism that merely gives citizens a voice. We need to take seriously the demand to democratize the law, rather than simply sidestepping the problem without confronting it.

On the possibility of using a ratifying plebiscite

13 The use of plebiscitary forms in constitutional creation has some relevant precedent within Chilean constitutionalism. There is already, for example, the important precedent of what occurred regarding the 1925 Constitution (which was replaced, during the Pinochet dictatorship, by the 1980 Constitution). The 1925 Chilean Constitution was created to "remedy" many of the problems inherent in the pioneering and authoritarian Constitution of 1833 (one of the most stable in the history of Latin American constitutionalism, Ruiz Tagle 2016). To achieve its goal, the 1925 Constitution was put to a plebiscite (in August 1925), held just a few weeks after the draft Constitution was completed (in July of that year). This background is interesting for highlighting several points. First, the drafting process for this constitutional document was highly elitist: it was written by commissions always appointed by President Arturo Alessandri (that is, they were not democratically elected commissions). Second, the subsequent plebiscite (and, as is often the case with popular referendums, as we shall see) barely allowed for any nuance regarding the crucial questions presented to the public. [2]

14 As I understand it, we democrats who conceive of democracy as a "conversation among equals" have reason to resist (at least in principle, and given their usual and expected form) these ratification plebiscites, even as we celebrate the gesture or "democratic disposition" that such popular consultations, at their best, offer us. This is because this type of constitutional referendum (as is often the case with referendums on broad and complex texts, such as the Peace Agreement in Colombia or the Brexit referendum in the United Kingdom) tends to subject the population to unacceptable "democratic extortion". I will illustrate what I have in mind with an

example that has become quite typical in the region (an example that oversimplifies a situation that is often much more serious and forced in practice). In 2004, in Bolivia, a 411-article Constitution was put to a popular vote, which included, among many other provisions, a clause favoring presidential reelection, and several provisions related to the social and multicultural rights of the most marginalized groups. An average voter—whether well-informed or not particularly knowledgeable about the Constitution, it makes no difference—might emphatically reject the former (re-election) but eagerly embrace the latter (the new rights). However, the referendum only allowed them to approve the "closed and complete package": all or nothing. Thus, in order to approve what they most desired, that voter was "blackmailed" into accepting what they most rejected. Much worse: after the plebiscite, the reelection that voter would have wanted to reject would be applauded and presented by the authorities in power as a simple product of the clamor of the "sovereignty of the people" (note that here we are conducting this exercise considering only 2 of those hundreds of articles put to a plebiscite as a "closed package"). The point is: plebiscites, on their own, cannot "repair" serious flaws in a constitutional drafting process (flaws related to the levels of inclusion and discussion inherent to the process); and, on the contrary, they may end up negating or exacerbating the legitimacy problems they were intended to remedy.

The "entry" and "exit" referendums and the "hourglass"

15 As anticipated, according to the "Agreement for Social Peace and the New Constitution," signed on November 15, 2019, the Chilean process for the new Constitution had to be preceded by, and followed by, two separate plebiscites. In the first, citizens will be asked whether they "want or do not want" a Constitution and (at the same time) what type of body should draft it (a Mixed Convention or a Constitutional Convention); and in the second referendum—to be held once the Constitution has been drafted—citizens will be asked, through a mandatory referendum, whether or not they wish to ratify the Constitution.

16 That model of constitutional creation appeared to follow, quite strictly, the recommendations of the specialist in the field Jon Elster (Elster, Gargarella, and *al*, 2018). Elster has illustrated what he considers the ideal form of constitutional design with the image of an "hourglass": broad and inclusive at the bottom (i.e., an initial plebiscite to gauge whether society supports constitutional change); narrow in the middle (i.e., the drafting of the Constitution by a commission of experts); and broad again at the top (i.e., the conclusion of the process through a new ratifying plebiscite). This approach recommended by Elster, which appears to have gained traction in Chile, partly corrects and partly improves the drafting process that culminated in the 1925 Constitution (i.e., through an initial plebiscite, and not just a final one, as is now proposed; or through a more legitimate and democratic drafting commission, that is, no longer—as in 1925—as the exclusive product of presidential will).

17 Once again, however, the reasons we had for resisting constitutional plebiscites are the same reasons we have for sounding the alarm about the "closed" forms of constitutional drafting, which later purport to "open up" (to a yes or no vote) to popular consideration. The objections arise "naturally," whether we start from the idea of democracy as a "conversation among equals" or whether we return to what Nino said regarding the "validity" of law. The fact is: norms must result from an inclusive discussion, not out of a whim but because, in multicultural societies marked (as John Rawls, 1991, would say) by the "fact of pluralism" and (as Jeremy Waldron, 1999, would say) by the "fact of disagreement," we need our most basic institutional arrangements to be informed by the needs, demands, and viewpoints of society as a whole. Any commission—small and/or closed; composed of technicians or experts; of specialists or politicians—tends to fail in its purpose of recognizing the diversity and reasonableness of existing claims, no matter how well-intentioned and lucid its members may be. Ultimately, these kinds of "epistemic" difficulties explain the historical struggles that all-male (even empathetic) parliaments have faced in addressing women's rights; or the struggles of Congresses without representatives from indigenous groups to address the rights needs of such groups (and hence, the wisdom of ILO Convention 169, which requires "prior and direct

consultation" with indigenous groups when discussing regulations that directly affect their interests).

Conclusion

18 In this brief essay, I wanted to revisit Chile's recent (and, in a sense, failed) constitutional process in order to reflect on two fundamental issues for constitutional theory. The first relates to the value—if any—that should be assigned to regulations enacted by a *de facto* government when democratically reorganizing society, whether through its laws or (as in the Chilean case) its constitution. The second relates to the value of popular consultations or referendums as mechanisms designed to enable or ensure that the creation of laws or (as in the Chilean case) the constitution is genuinely democratic in nature.

BIBLIOGRAPHY

Ouvrages (Books)

F. Atria, *La Constitución tramposa*, Santiago, LOM Ediciones, 2013.

F. Atria, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

J. Bassa, J. Ferrada Bórquez and C. Viera Álvarez, *La Constitución chilena*, Santiago, LOM Ediciones, 2015.

J. Elster, R. Gargarella *et alli.*, *Constitutional Conventions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

R. Gargarella, *Latin American Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

C. Nino, *The Validity of Law*, York, Astrea, 1985.

J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1991.

P. Ruiz Tagle, *Five Republics and a Tradition*, Santiago, LOM Ediciones, 2016.

J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Articles de revues (Journal Articles)

J. Guzmán, "The Political Path", *Revista Realidad*, n° 1(7), 1979, p. 13.

C. Heiss, “Participación política y elaboración constitucional: el caso de Chile,” *Derecho y crítica social* nº 4(1), 2018, p. 115-138.

D. Lovera, “The Constitutional Process in Chile: The Plebiscite as Institutional Transition”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, nº 16(2), 2015.

F. Muñoz, “Crítica del imaginario histórico del proceso constituyente de Bachelet,” *Derecho y Crítica Social* nº 4(1), 2018, p. 149-158.

C. Salgado, “The 1980 Constitution and the Demand for a Constituent Assembly”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, nº 16(2), 2015.

S. Verdugo and J. Contesse, “The Rise and Fall of a Constituent Process: Lessons from the Chilean Experiment and the Failure of Bachelet’s Project”, *Law and Social Critique*, nº 4(1), 2018.

NOTES

1 Guzmán stated in 1979: “The Constitution must ensure that if adversaries come to power, they are compelled to follow a course of action not so different from the one one would oneself desire, because… the range of alternatives that the playing field imposes on those who play on it is sufficiently narrow to make the opposite course extremely difficult” (Guzmán, 1979).

2 Article 2 of Decree-Law 462, signed by Alessandri, stipulated that each voter would receive three ballots: red, blue, and white. The first read: “I accept the draft Constitution presented by the President of the Republic without modification”; the second, “I accept the draft Constitution, but with a parliamentary system and the consequent power to censure ministries and postpone the discussion and passage of the law on the State budget and resources”; and the third, “I reject the entire draft”.

ABSTRACTS

English

This essay examines Chile’s constitutional transition from the 1980 Pinochet-era Constitution through the lens of two theoretical problems. First, the author argues that *de facto* norms—laws enacted by dictatorships—lack the presumption of validity enjoyed by democratically produced laws, since validity derives from legitimate deliberative processes rather than mere force or custom. Democracy should therefore not consider itself “trapped” by authoritarian legal frameworks. Second, he critiques the use of

ratifying referendums in constitutional processes, contending that plebiscites on complex texts force voters into “democratic extortion”—accepting or rejecting entire packages without meaningful deliberation on individual provisions. Drawing on Hart, Nino, and Elster, the authors maintains that genuine constitutional legitimacy requires inclusive, deliberative processes approximating a “conversation among equals”, which neither *de facto* origins nor ratifying plebiscites can adequately remedy.

Français

Cet essai examine la transition constitutionnelle chilienne depuis la Constitution de 1980 sous l’angle de deux problèmes théoriques. L’auteur soutient d’abord que les normes *de facto* – lois édictées par des dictatures – ne bénéficient pas de la présomption de validité propre aux lois démocratiques, car la validité découle de processus délibératifs légitimes et non de la force ou de la coutume. La démocratie ne devrait donc pas se considérer « prisonnière » des cadres juridiques autoritaires. Ensuite, il critique l’usage des référendums de ratification dans les processus constituants, arguant que les plébiscites sur des textes complexes contraignent les électeurs à un « chantage démocratique » – accepter ou rejeter des ensembles complets sans délibération significative. S’appuyant sur Hart, Nino et Elster, l’auteur affirme que la légitimité constitutionnelle exige des processus inclusifs et délibératifs, que ni les origines *de facto* ni les plébiscites ne peuvent véritablement garantir.

INDEX

Mots-clés

légitimité constitutionnelle, normes de facto, validité démocratique, référendums de ratification, démocratie délibérative, Chili, Constitution Pinochet

Keywords

constitutional legitimacy, de facto norms, democratic validity, ratifying referendums, deliberative democracy, Chile, Pinochet Constitution

AUTHOR

Roberto Gargarella

Pr Universidad Torcuato Di Tella

IDREF : https://www.idref.fr/067007481

ISNI : http://www.isni.org/0000000059296951

BNF : https://data.bnf.fr/fr/13618216

Ireland: Back to the deliberative drawing board?

David M. Farrell

DOI : 10.35562/droit-public-compare.1000

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

I. Ireland's deliberative decade, 2013-2023
II. The potential of "deliberative referendums"
Re-imagining deliberative democracy in Ireland

TEXT

1 A decade ago Ireland was being feted for its trailblazing efforts to use deliberative mini-publics (DMPs) as a means of progressing important social reforms. In 2015 Ireland was the first country in the world to legalise gay marriage by means of a national public vote. It was also the first country in the world to make use of a DMP to inform the political debate in advance of the referendum. Three years later, in 2018, Ireland legalised abortion, again on the basis of a national vote that followed a DMP. These two events attracted considerable international interest, including from leading scholars, such as David van Reybrouck who stated that he could "think of no better example of how deliberative democracy can make a difference to practical reality",[1] and Hélène Landemore who praised the Irish case as "the jewel in the crown of deliberative democracy".[2]

2 By then, Ireland was in the middle of a busy decade of deliberation, starting in 2013, in which a sequence of six DMPs produced a series of recommendations across a range of policy areas including: climate change, gender equality, blasphemy, electoral reform, the length of office of the Irish president, ageing, whether Dublin should have an elected mayor, and so on. It seemed as if there were no limits to the topics that might be given to a citizens' assembly to discuss;

politicians from all parties competed to suggest further citizens' assemblies; each successive government elected in that period set out plans to hold new ones. The strong sense was of citizens' assemblies becoming institutionalized in the Irish political system. [3] And, then, suddenly it all came to a shuddering halt. Following two failed referendums in 2024, both of them also associated with a DMP, a new government elected in 2024 made no reference to any new citizens' assemblies in its programme for government. The decade of deliberations had drawn to an end.

3 The purpose of this paper is to reflect on what might happen next. We start with an overview of the origins and use of DMPs over the decade from 2013-2023, and then discuss the reasons why DMPs appear to have lost their aura for Irish politicians. We then develop a proposal for an alternative role for DMPs in Ireland, set in the context of the country's regular use of referendums—referendums that face every growing challenges to succeed. We suggest two ways in which DMPs might help.

I. Ireland's deliberative decade, 2013-2023

4 Ireland's entry into the world of deliberative democracy was born out of the worst economic crisis in the country's history. The 2008-09 Great Recession impacted particularly badly on the Irish economy, and in turn on the political system, resulting in the election of a new coalition government in 2011 promising major political and constitutional reforms. At the end of 2012, the government established Ireland's first DMP, the Convention on the Constitution, and tasked it with considering a number of topics, most prominent among them the question of whether to legalise gay marriage. The Convention voted strongly in favour, galvanizing the government to call a referendum to amend the Constitution to permit this reform.

5 The 2013-14 Convention was perceived as a success in political circles, and thus over the course of the next ten years a further five DMPs were established: the Citizens' Assembly of 2016-18 (which was also given a number topics to consider, the most significant of which were abortion and climate change), the Citizens' Assembly on Gender

Equality (2020-21), the Citizen's Assembly on Biodiversity Loss and Citizens' Assembly on Dublin (which met in parallel throughout 2022), and the Citizens' Assembly on Drugs Use (2023).

6 Irish politicians' enthusiasm for DMPs was a product of three main factors. [4] First, there was the long-term legacy impact of the government's decision to make the first DMP, the 2013-14 Convention on the Constitution, a mixed-member deliberative process: two-thirds of its members were regular citizens selected randomly from the wider population; the remaining third were members of parliament. [5] Many of the latter readily admitted to being sceptics of such processes, but after months of involvement they were converts. [6] This resulted in a coterie of politicians from all parties with direct experience of the potential of deliberative processes, which undoubtedly was a major factor behind the decision to establish additional citizens' assemblies in the years that followed.

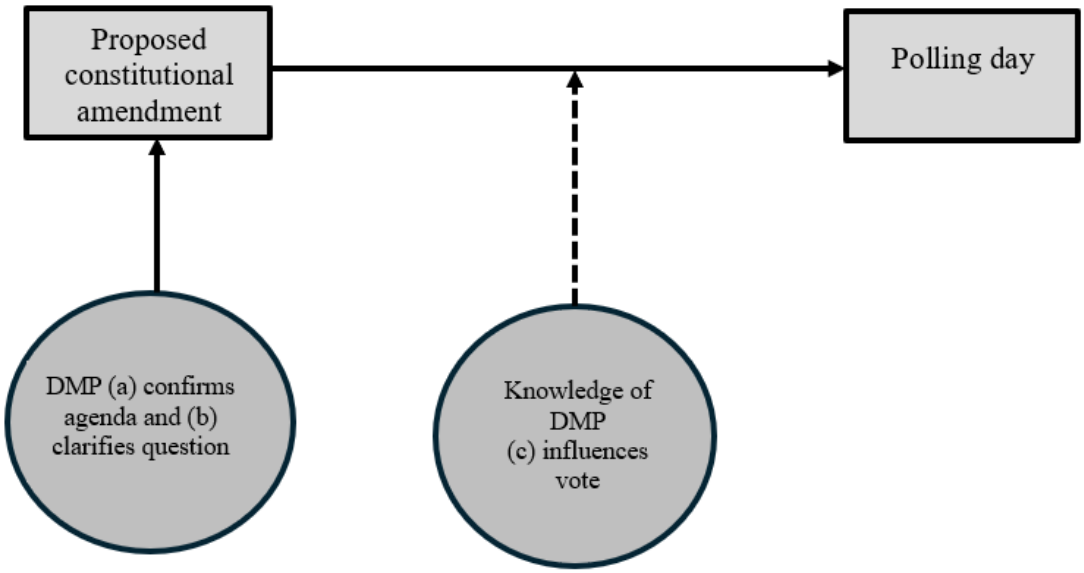
7 A second reason why DMPs became so popular among the Irish political elite was because they were able to organise them in a way that ensured that the legacy institutions remained firmly in the driving seat. The governments set the agenda and determined what actions would follow from DMP recommendations; and they selected the Chairs who were tasked with running the DMPs, working in hand with senior government civil servants seconded from other duties. In effect, what evolved in the Irish case was a process that was relatively safe for government, and certainly not one that presented too many challenges to it. For Curato and her colleagues, DMPs "are at their best when they maintain critical distance from power, able to make powerholders uncomfortable and confronted". [7] What developed in Ireland over time was arguably the antithesis of this.

8 Finally, the regular use of DMPs over this period was because they provided a useful vehicle for a series of coalition governments that prioritized an agenda of progressive reforms. As an illustration of just how crowded a reform period this was, it is noteworthy that the decade of the 2010s was to see a total of 11 constitutional referendums, the largest number of referendums in any decade in Irish history. [8] These included referendums on abortion, blasphemy, children, divorce, family and gay marriage. A marked feature of the three coalition governments elected during this period is that they

included the representation of progressive voices. The government elected in 2011 was a coalition of the centre-right Fine Gael party with the small centre-left Labour party. The latter had promised in its election manifesto to establish a Convention on the Constitution to consider a wide agenda of reforms, and it had also played a prominent role in pushing for a referendum to introduce gay marriage. The government elected in 2016 was an unusual minority coalition consisting again of Fine Gael, this time including a small number of independent parliamentarians as government ministers. One of these, Katherine Zappone, who had been a parliamentarian member of the Convention, made it a condition of her agreement to join the government that the first item to be considered by the proposed Citizens' Assembly established later that same year should be on abortion. The third election to occur during this period was in 2020, which resulted in the appointment of three-party coalition comprising the two main centre-right parties, Fianna Fáil and Fine Gael, and the small Green party. It was the presence of Green ministers in the cabinet that was the primary impetus for the Citizens' Assembly on Biodiversity, but also influenced the decision to establish citizens' assemblies on gender equality and drugs use.

9 Ireland's six DMPs resulted in a total of 335 recommendations, about a third of which have resulted in constitutional or policy changes. [9] The vast bulk of these recommendations could be dealt with by legislation: just 22 of them were of a constitutional nature, which would require referendums. This speaks to the point that referendums arise under very specific circumstances in Ireland: they can only be called by government and their sole purpose is to amend the Constitution. It also speaks to a particular feature of the use of DMPs in the Irish context in that it involves a blending of three forms of democracy: representative democracy (government and parliament), which is very much in the driving seat in setting the agenda and determining the outcome of the deliberative process; deliberative democracy (the DMPs), which considers the policy questions posed by government; and direct democracy (the referendums), which arise in those instances when a DMP's recommendations require constitutional change and the government agrees to call a referendum.

Figure 1. Deliberative referendums I: DMP in a partnership role



10 As noted, referendums have not featured that prominently in the Irish story to date: of the 22 referendums that were recommended by the six DMPs, six were called, of which three were successful. Nevertheless, most attention has tended to focus on the referendum outcomes, and especially the high profile constitutional amendments to legalise abortion and gay marriage. Undoubtedly, these were major reforms, and they demonstrated an important role for DMPs in the Irish referendum process, working in a partnership relationship with government (Figure 1), in which the DMP plays a "consensus clarifying role", (a) helping the government in deciding whether to call the referendum and (b) in clarifying the referendum question. [10] As indicated by the dotted line in Figure 1, the DMP can also indirectly (c) influence the referendum vote, playing "a significant role in the process of public will formation". [11] Survey-based research on the abortion and gay marriage referendum votes shows that those voters who had good objective knowledge of the DMPs that preceded the referendums were significantly more likely to vote "Yes". [12]

11 But this partnership between government and DMP doesn't always work as intended. The heavy defeat of two referendums held on the same day in early 2024, both of which had followed recommendations of the Citizens' Assembly on Gender Equality, heralded a change of

mood in political circles over the future of DMPs.[13] All of a sudden, the role of DMPs in guiding the politicians' hands on referendum proposals came into question. Then, later that same year a new coalition government was elected, again centred on the two centre-right parties, Fianna Fáil and Fine Gael, but this time including some independent parliamentarians as ministers who were also centre-right. There was no centre-left group anchoring this government, and thus no surprise when the government chose not to establish any new DMPs. Ireland's deliberative tide had gone out—for now at any rate.

II. The potential of "deliberative referendums"

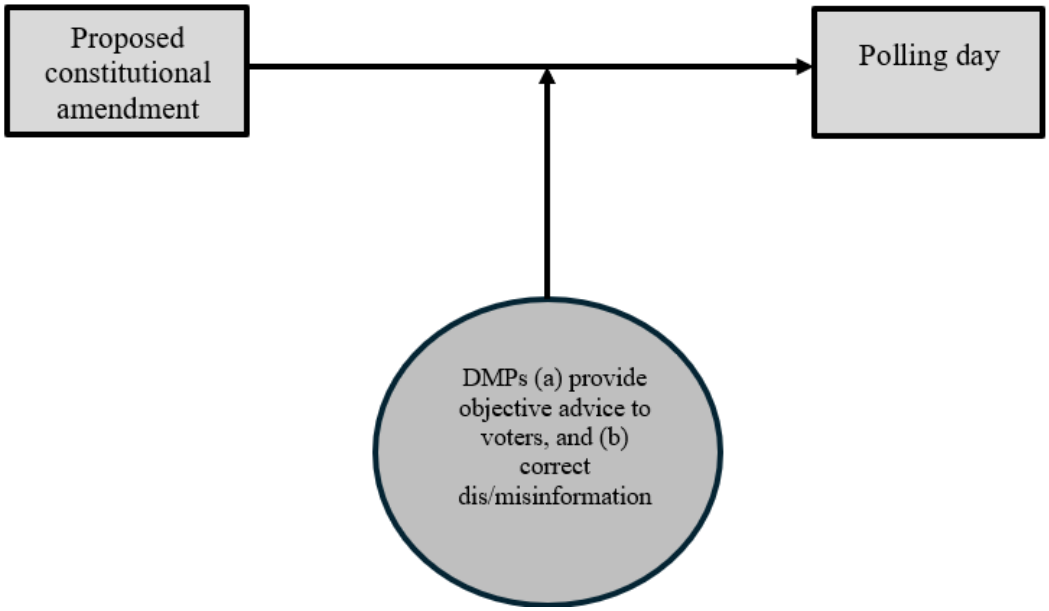
12 The lack of any new citizens' assemblies provides an opportunity to reflect on other potential ways of deploying deliberative processes in the Irish context. In a recent paper, Hendriks and Wagenaar explore the benefits of "deliberative referendums", where DMPs and referendums are linked in different ways (some of which we have reviewed above): they suggest that "the deliberative referendum seems an idea whose time has come".[14] This has a particular resonance in the Irish case, which is one of the most frequent users of referendums, ranked third in Europe after Switzerland and Italy.[15] By no means does this frequency in use reflect a burning desire to keep calling referendums by successive governments; rather, it is a consequence of the need to hold referendums to change the Constitution, combined with unremitting pressures to amend the Constitution (e.g. due to the agenda of progressive social reforms, European Union treaty reforms, etc.).[16]

13 But the calling of a referendum comes with risks. In the first instance, there is the question of whether the public have sufficient information in advance of the referendum vote. A prominent debate in European elections research refers to the phenomenon of the public treating referendums as a lower priority than national elections, investing less time in them. According to this argument, referendums are seen as "second-order" elections: they are not viewed as having the same importance for voters as "first-order" elections, such as national parliamentary or presidential elections.

This can result in lower levels of election turnout, and on occasions voters making use of their referendum vote to deliver a verdict on the performance of the government of the day, rather than to express an opinion on the issue being voted on. [17] Evidence of second-order voting occurring in practice is mixed: it tends to be less pronounced where there is greater public awareness of the issue at hand. [18] This is easy enough to envisage whenever the referendum question is about a hot topic such as abortion or gay marriage, [19] but not all referendum questions are that "hot", particularly when it comes to technical or complex issues, which can present governments with a dilemma over how to proceed with a constitutional reform that may well be of public significance, but not easy to sell to voters. And, arguably, this is becoming ever-more difficult in a time of increasing voter dis-engagement from representative politics. [20]

14 An additional factor that feeds into the process of voter dis-engagement is the growing phenomenon of disinformation and misinformation during election and referendum campaigns. In its global report on the year of elections in 2024, the Electoral Integrity Project found that over-half of the 74 elections it monitored saw instances of disinformation and misinformation during the election campaign, including prominent instances of hybrid attacks by foreign actors based in Russia, China and Iran that "undermined the credibility of political actors or the electoral process itself". One of its key recommendations was that Election Management Bodies (EMBs, such as Electoral Commissions) should be "proactive in their communications and promote transparency throughout the electoral cycle. It is no longer enough for EMBs to perform to a high standard; they also need to be seen to be doing so." [21]

Figure 2. Deliberative referendums II: DMP in a support role



15 In this section, we consider how DMPs could play a new role in Irish referendums that addresses these two problems by (a) providing objective, citizen-led advice to voters about the issue they have been asked to vote on, and (b) harnessing citizen voices to provide timely responses to instances of disinformation or misinformation in the heat of a referendum campaign. As we saw above (Figure 1), Irish DMPs have tended to operate in a *partnership* role with the legacy institutions. It may have been in a somewhat subordinate position to the legacy institutions, but nevertheless, the DMP had input in determining the agenda of the referendum, and in that sense at least had some skin the game. What is proposed in this section is a new role for DMPs in *supporting* the Irish referendum process. In this instance, the DMP plays no part in determining the question to be put to voters. The vote is called by the government in the conventional way. The DMP is then established in a support capacity to ensure that voters receive accurate information about the issue that they are about to vote on.

16 As outlined in Figure 2, there are two potential tasks that a DMP could play that are worth considering, in both instances, working under the auspices of Ireland's new Electoral Commission, which was established in early 2023 following recommendations of two DMPs. [22]

The Commission is a statutory, independent body, with responsibility over the main features of the Irish electoral process, including referendums, where its remit is to "prepare impartial and unbiased information about referendum proposals and make that information available to the public". [23] To that end, it produces an information booklet that is circulated to all voters in advance of polling day; it also publishes advertisements across all media platforms, and its spokespeople are regularly interviewed during the course of the campaign. In a national voter survey after the most recent referendums of 2024, 77 percent of respondents reported that they had received the Electoral Commission's information booklet. Just under a third of the respondents (32 percent) found the booklet helpful or very helpful, [24] suggesting that while the Commission is successful in its remit of providing information to voters, perhaps there is scope for improving the quality of that information.

17 One means of doing so would be to add an additional task to the Electoral Commission's remit, requiring it to establish and provide administrative support for the work of a what we might call a Citizens' Referendum Panel, a DMP comprising a small number (20-25) of participants who are randomly selected from the wider population. The proposal is that they are given four-to-five days to learn about and discuss the proposal that is to be voted on in the impending referendum, following the conventional practice in DMPs of hearing from experts and advocates and becoming informed on the matter. Their task would be to produce a one-page Citizens' Statement, that sets out the details of the proposal to be voted on, and summarizes the key arguments in favour of and against the proposal. This one-pager should then be included in the Electoral Commission's information booklet, and it should be made clear that it has been produced by fellow citizens in a deliberative process.

18 This proposal follows existing practice in a number of referendum contexts. Having originated in the US state of Oregon, where it referred to as a Citizens' Initiative Review (CIR, reflecting the fact that referendums there can originate from citizens' initiatives), the process has been trialled in other parts of the US, such as in Arizona, Colorado and Massachusetts, [25] and most recently in parts of Switzerland. [26] This form of DMP offers an interesting example of how it can provide important, carefully crafted information to aid the

voters in making up their mind on which way to vote, thus "facilitating linkages from the micro-level agenda-setting stage to the macro-level referendum campaign". [27] There is consistent evidence (from the Oregon case and in other cases) of voters becoming more knowledgeable and informed as a result of reading the information supplied by the CIR. [28] In their most recent assessment of the evidence, Gastil and his colleagues note that "the CIR model works as a means of improving public knowledge in advance of elections". [29] A survey experiment to coincide with a 2018 referendum in Ireland made just the same finding, [30] providing good evidence of the potential of this process in the Irish context.

19 The use of regular citizens to support the work of the Electoral Commission should not end there. To help counteract the growing instances of disinformation and misinformation in recent Irish elections, [31] an additional DMP could be tasked with providing a fast-track deliberative process ready to respond in a timely fashion to media broadcasts or articles where there are concerns over the veracity of the content. This is particularly urgent in the heat of a referendum campaign that occurs over just a few weeks, and especially so in the closing stages of the campaign. In order to facilitate a nimble and timely process, the proposal is to borrow from recent Belgian experience. In 2019, the tiny German-speaking region of Belgium established a permanently instituted citizens' assembly process, known as the "Ostbelgien model", whose role is to commission annual citizens' assemblies tasked with feeding in proposals for policy reform to the parliament. [32] A core feature of this process is that the body charged with establishing the citizens' assemblies is made up of a selection of citizens (drawn by lot) who were involved in one of the previous citizens' assemblies, the rationale being that their prior experience means that they are already familiar with how to operate in deliberative processes.

20 A similar logic could be deployed to establish a process designed to respond speedily to instances of disinformation and misinformation during Irish referendums, by recruiting a small panel (perhaps this might be called a Citizens' Campaign Panel) comprising a subset of participants—perhaps five—from the Citizens' Referendum Panel who had produced the one-page information sheet on the referendum proposal. Given their small number, their prior experience of being

involved in deliberative processes, and their prior knowledge of the subject-matter of the referendum proposal, the Citizens' Campaign Panel would be well-placed to quickly consult relevant experts and produce a timely response to support the work of the Electoral Commission in countering the attempt to distort the referendum campaign by spreading inaccurate information.

21 These proposed Citizens' Referendum and Citizens' Campaign Panels have the merit that they place citizens front and centre in the process of referendums, giving them a key role in providing objective and accurate information to the wider body of citizens and helping to counteract the malign efforts of bad actors seeking to spread false information. This is all the more important in a context in which referendums are becoming more common while their potential for success is becoming more challenging.

Re-imagining deliberative democracy in Ireland

22 One thing that is clear from the experience of deliberative democracy in Ireland to date is that Irish politicians in general hold a positive disposition towards DMPs, but this is combined with a reluctance to cede influence to them. The "partnership" model that operated over a busy decade from 2013-2023 may have had its day: at this point it is hard to tell. But the fact that deliberative democracy has had such a proven success in Ireland makes it all the more imperative that the experience should not be allowed to end there. That plus the fact that, like it or not, future Irish governments will need to call further referendums in a time in which referendum campaigns are becoming more challenging, means that thought should be given to new ways of engaging deliberative processes in a "support" role to ensure the provision of accurate information before and in the heat of a referendum campaign. This paper had suggested two options for re-imagining deliberative democracy in Ireland that merit consideration, perhaps allowing the country to retain its status as "the jewel in the crown of deliberative democracy".

NOTES

1 D. Van Reybrouck, *Against Elections: The Case for Democracy*, London, Bodley Head, 2016, p. 130.

2 H. Landemore, *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century*, Princeton, Princeton University Press, 2020, p. 152.

3 D. Farrell, J. Suiter and C. Harris, "Systematizing constitutional deliberation: The 2016-18 citizens' assembly in Ireland", *Irish Political Studies*, nº 34, 2019, p. 113.

4 D. Farrell, "Ireland's decade of deliberation", draft chapter for forthcoming edited book, 2026.

5 C. Harris, D. Farrell and J. Suiter, "Mixed-member deliberative forums: Citizens' assemblies bringing together elected officials and citizens" in M. Reuchamps, J. Vrydagh and Y. Welp (eds.), *De Gruyter Handbook of Citizens' Assemblies* , Berlin, de Gryuter, 2023.

6 T. Arnold, D. Farrell, and J. Suiter, "Lessons from a hybrid sortition chamber: The 2012-14 Irish Constitutional Convention", in J. Gastil and E. O. Wright (eds.), *Legislature by lot: Transformative designs for deliberative governance*, London, Verso, 2019.

7 N. Curato, M. Hammond and J. Min, *Power in deliberative democracy: Norms, forums, systems*, London, Palgrave Macmillan, 2019, p. 84.

8 M. Gallagher, "The politics of referendums", in D. Farrell and N. Hardiman (eds.), *The Oxford Handbook of Irish Politics*, Oxford, OUP, 2021.

9 D. Farrell, "The Irish model of democratic innovations", in C. Wagenaar, T. Sipma and F. Hendriks (eds.), *Connecting Deliberation and Voting in Democratic Innovations: Variations and Perspectives on Hybrid Designs*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2026.

10 E. Carolan and S. Glennon, "The consensus-clarifying role of deliberative mini-publics in constitutional amendment: A reply to Oran Doyle and Rachael Walsh", *International Journal of Constitutional Law*, nº 22, 2024, p. 191-193.

11 O. Doyle and R. Walsh, "Constitutional amendment and public will formation: Deliberative mini-publics as a tool for consensus democracy",

(2022) 20 *International Journal of Constitutional Law*, nº 20, 2022, p. 398.

12 J. Elkink, D. Farrell, T. Reidy and J. Suiter, "Understanding the 2015 marriage referendum in Ireland: context, campaign, and conservative Ireland", *Irish Political Studies*, nº 32, 2017, p. 361; J. Elkink, D. Farrell, S. Marien, T. Reidy and J. Suiter, "The death of conservative Ireland? The 2018 abortion referendum", *Electoral Studies*, nº 65, 2020, 102142.

13 S. Glennon and D. Farrell, "The failure of Ireland's 2024 'Family' and 'Care' referendums: What does this mean for citizens' assemblies in the Irish constitutional amendment process", in M. Fatin-Rouge Stefanni (ed.), *Constitutional Reform Processes in Ireland, Iceland and France: Methods, Difficulties and Potential to Institutionalize Citizen Empowerment*, London, Routledge, forthcoming.

14 F. Hendriks and C. Wagenaar, "The deliberative referendum: An idea whose time has come?", *Administration & Society*, nº 44, 2023, p. 569-584.

15 D. Farrell and L. Field, "Beyond electoral representation: Direct and deliberative democracy", in R. Costello and N. Robinson (eds.), *Comparative European Politics: Distinctive Democracies, Common Challenges*, Oxford, OUP, 2nd ed, 2024, p. 109.

16 M. Gallagher, "The politics of referendums", in D. Farrell and N. Hardiman (eds.), *The Oxford Handbook of Irish Politics*, Oxford, OUP, 2021.

17 M. Franklin, M. Marsh, and C. van der Eijk, "Referendum outcomes and trust in government: Public support for Europe in the wake of Maastricht", *West European Politics*, nº 18, 1995, p. 101.

18 S. Binzer Holbolt, *Europe in Question: Referendums on European Integration*, Oxford, OUP, 2009; L. Leduc, "Opinion change and voting behaviour in referendums", *European Journal of Political Research*, nº 41, 2022, p. 711.

19 D. Farrell, J. Suiter, K. Cunningham and C. Harris, "When mini-publics and maxi-publics coincide: Ireland's national debate on abortion", *Representation*, nº 49, 2023, p. 55.

20 P. Mair, *Ruling the void: The hollowing of Western Democracy*, London, Verso, 2013.

21 T. James, H. Ann Garnett and E. Asplund, *Review of the 2024 Super-Cycle Year of Elections: Trends, Challenges and Opportunities*, Stockholm, Electoral

ntegrityproject.com/eip-blog/2025/6/9/electoral-integrity-idea-report-published-on-review-of-the-2024-super-cycle-year-of-elections-trends-challenges-and-opportunities > accessed on March 17, 2026.

22 The Citizens' assembly, "Report on the Electoral System", in Convention Reports & Recommendations 2013-2014 – Convention on the Constitution, report on the Electoral System, online: < https://citizensassembly.ie/previous-assemblies/2013-2014-convention-on-the-constitution/reports-recommendations/ > accessed on March 17, 2026; The Citizens' assembly, "Report and Recommendations of the Citizens' Assembly—On the fourth and fifth topics: the manner in which referenda are held & fixed term parliaments", 2018, online: < https://citizensassembly.ie/previous-assemblies/2016-2018-citizens-assembly/reports/ > accessed on March 17, 2026.

23 Irish Electoral Commission, "Referendum", online: < https://www.electoralcommission.ie/referendums/ > accessed on March 17, 2026.

24 Ipsos, B&A, "Family and Care Referendum Voter Survey: A Review of Findings" (National Election and Democracy Study), March 2024, online: < https://www.electoralcommission.ie/app/uploads/2025/07/NEDS-family-care-post-referendum-report.pdf > accessed on March 17, 2026.

25 J. Gastil, E. Rosenzweig, K. Knobloch, and D. Brinker, "Does the public want mini-publics? Voter responses to the Citizens' Initiative Review", *Communication and the Public*, no 1, 2016, p. 174.

26 N. Stojanovic, "Citizens' assemblies and direct democracy", in M. Reuchamps, J. Vrydagh and Y. Welp (eds.), *De Gruyter Handbook of Citizens' Assemblies*, Berlin, de Gruyter, 2023, p. 183. For interesting analysis of how the basic CIR model can be adapted to differing circumstances, see A. Heimann, D. Kübler, V. Sanchez-Mazas, N. Stojanović, F. Veri, "Deliberation before voting: Citizens' Initiative Review (CIR) in Switzerland", in C. Wagenaar, T. Sipma and F. Hendriks (eds.), *Connecting Deliberation and Voting in Democratic Innovations: Variations and Perspectives on Hybrid Designs*, *op. cit.*

27 S. Tierney, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford, OUP, 2012, p. 288.

28 J. Gastil and K. Knobloch, *Hope for democracy: How citizens can bring reason back into politics*, Oxford, OUP, 2020.

29 J. Gastil, K. Ársælsson, K. Knobloch, D. Brinker, R. Richards, J. Reedy, S. Burkhalter, "Deliberative panels as a source of public knowledge: A large-sample test of the citizens' initiative review", *PLoS One*, nº 18(7), 2023.

30 J. Suiter, L. Muradova, J. Gastil and D. Farrell, "Scaling up deliberation: Testing the potential of mini-publics to enhance the deliberative capacity of citizens", *Swiss Political Science Review*, nº 26, 2020, p. 253.

31 For discussion, see E. Culloty, C. O'Connor and J. Suiter, "Digital media trends and testing regulatory structures", in M. Gallagher, E. O'Malley and T. Reidy (eds.), *How Ireland Voted 2024: The New Normal?*, London, Palgrave Macmillan, 2025.

32 H. Marq and V. Jacquet, "Institutionalising participatory and deliberative procedures: The origins of the first permanent citizens' assembly", *European Journal of Political Research*, nº 62, 2023, p. 156.

ABSTRACTS

English

This paper examines Ireland's decade of deliberative democracy (2013-2023), during which six deliberative mini-publics (DMPs) produced 335 recommendations leading to landmark reforms including the legalisation of same-sex marriage and abortion. The author analyses why DMPs gained political traction and why enthusiasm waned following two failed referendums in 2024. He proposes reimagining DMPs in a "support" rather than "partnership" role, suggesting two innovations: a Citizens' Referendum Panel to produce impartial voter information sheets (modelled on Oregon's "Citizens' Initiative Review"), and a Citizens' Campaign Panel to rapidly counter disinformation during campaigns. Both would operate under Ireland's Electoral Commission, addressing challenges of voter disengagement and misinformation while preserving citizen-centred deliberation in an era of increasingly contested referendums.

Français

Cet article examine la décennie délibérative irlandaise (2013–2023), durant laquelle six mini-publics délibératifs ont produit 335 recommandations menant à des réformes majeures, notamment la légalisation du mariage homosexuel et de l'avortement. L'auteur analyse les raisons du succès politique des mini-publics et leur perte d'attrait après l'échec de deux référendums en 2024. Il propose de réinventer leur rôle en passant d'un « partenariat » à un « soutien », suggérant deux innovations : un Panel citoyen référendaire pour produire des fiches d'information impartiales (inspiré de l'Oregon), et un Panel citoyen de campagne pour contrer rapidement la désinformation. Ces dispositifs, placés sous l'égide de la Commission électorale irlandaise, répondraient aux défis du désengagement électoral et de la mésinformation.

INDEX

Mots-clés
mini-publics délibératifs, assemblées citoyennes, référendums, Irlande, innovation démocratique, désinformation, Citizens' Initiative Review, Commission électorale

Keywords
deliberative mini-publics, citizens' assemblies, referendums, Ireland, democratic innovation, disinformation, Citizens' Initiative Review, Electoral Commission

AUTHOR

David M. Farrell
Full Pr. of Politics at the School of Politics and International Relations of University College Dublin
IDREF : https://www.idref.fr/069755302
ORCID : http://orcid.org/0000-0002-0528-4335
BNF : https://data.bnf.fr/fr/15002233

Le recours au référendum dans un processus constituant : quand, pourquoi et comment ?

Marthe Fatin-Rouge Stefanini

DOI : 10.35562/droit-public-compare.959

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

1 – Quand recourir au référendum ?
2 – Pourquoi recourir au referendum ? La question de l'opportunité
3 – Comment organiser un référendum ? L'attention portée à la qualité du processus
  3.1 – Les conditions juridiques
  3.2 – Le temps d'un processus politique de qualité

TEXT

1 Rares sont les constitutions qui, adoptées à partir des années 1990, ne prévoient pas de mécanismes référendaires. En effet, le mouvement de démocratisation des États qui s'est intensifié à cette époque s'est accompagné d'une ouverture accrue de l'exercice du pouvoir, en accordant une place plus importante à la participation citoyenne, notamment au moyen de ce procédé. Le référendum a ainsi, durant plusieurs décennies, pu être identifié comme un instrument lié au développement des démocraties [1], alors même que son caractère démocratique est, de nos jours, de plus en plus contesté face au risque d'instrumentalisation populiste, aux dangers liés aux algorithmes et à la diffusion massive d'informations fausses ou trompeuses sur internet ou les réseaux sociaux.

2 Bien que le mécanisme référendaire fasse l'objet d'une attention soutenue dans la littérature juridique, en science politique et dans les médias, son recours reste exceptionnel au niveau national et fédéral, sauf en Suisse, au Liechtenstein et en Italie, où son usage est

fréquent, voire très fréquent, selon le classement proposé par Laurence Morel [2]. La plupart des pays n'organisent pas de référendums ou le font rarement. Le recours au référendum est souvent réservé à des moments exceptionnels ou à des conditions particulières, comme dans le cas de l'Espagne, où il est obligatoire pour la révision totale ou pour la révision de certains chapitres de la Constitution [3], et il est consultatif et facultatif sur les décisions politiques de grande importance d'après l'article 92 de la Constitution.

3 L'adoption d'une nouvelle Constitution ou la révision d'une constitution font partie de ces moments exceptionnels qui peuvent justifier le recours au référendum pour obtenir l'adhésion du peuple souverain aux réformes proposées. Tout en permettant aux citoyens de ratifier directement le texte fondamental, il contribue à renforcer la solennité de l'évènement eu égard à la légitimité particulière attachée à l'expression directe du peuple souverain.

4 Un processus constituant, expression par nature du pouvoir constituant originaire, ne permet pas en principe de prévoir par anticipation le recours au référendum. Sauf si l'élaboration de ce nouveau projet de constitution intervient dans un cadre préétabli par des dispositions transitoires (Chili), par une révision totale du texte initial (Suisse) ou encore suite à l'activation d'une procédure constitutionnelle de convocation d'une assemblée constituante devant se solder par un référendum sur le texte élaboré par cette dernière (Bolivie, Équateur). La procédure de révision partielle d'une constitution peut, en revanche, prescrire le recours au référendum de manière obligatoire ou facultative. D'ailleurs, la moitié des États dans le monde ont des dispositions qui permettent ou obligent à recourir au référendum en cas de révision constitutionnelle [4]. Cependant, dans la plupart des constitutions, le recours au référendum reste une option et non une obligation [5], ce qui en limite, de fait, la pratique.

5 D'après une étude menée par Zachary Elkins and Alexander Hudson, en 2018, soixante-neuf des cent quatre-vingt-quatorze constitutions en vigueur avaient été approuvées par référendum [6], soit 35,6 % [7]. Les auteurs estimaient que cette propension à recourir au référendum allait s'accroître. En effet, sur les quarante-six constitutions adoptées

entre 2000 et 2025, vingt-cinq ont été approuvées par référendum (soit 54,34 %) [8]. Le référendum semblait devenir une modalité à la fois privilégiée et banalisée d'approbation des constitutions. Cette option référendaire était d'autant plus facilement choisie que, dans la grande majorité des cas, jusqu'à une période récente, le taux d'approbation de référendums constituants était très élevé [9].

6 Cette banalisation du recours au référendum pour adopter une nouvelle constitution, sans en faire pour autant un standard international, a conduit dans le même temps à une désacralisation progressive de cet instrument en démocratie au point d'être remise en cause dans sa capacité à véhiculer une légitimité particulière, une forme de plus-value de légitimité, aux décisions concernées.

7 D'ailleurs, le recours au référendum a parfois été clairement écarté pour ne pas mettre en péril un compromis difficilement construit au sein de la société civile et par les partis politiques, comme ce fut le cas en Tunisie en 2014. En outre, les échecs successifs des référendums chiliens, qui constituent des exceptions aux succès précédemment constatés, contribuent désormais à alimenter les critiques sur l'utilisation du référendum en général et dans un processus constituant en particulier. La remise en cause de l'instrument référendaire s'est amplifiée en Europe à la suite de la consultation sur le Brexit, ainsi qu'avec la montée des partis extrémistes et populistes qui associent le référendum à l'exercice d'une démocratie majoritaire directe par le peuple contre les élites, accusées de confisquer le pouvoir de ce dernier à leur avantage. Parallèlement, et en contrepoint des théories et pratiques de démocratie directe, les théories de la démocratie délibérative, présentées comme plus vertueuses, ont gagné en visibilité et se sont concrétisées par la multiplication des mini-publics délibératifs dont les conventions citoyennes constituent une modalité. La démocratie dite délibérative est un modèle de démocratie fondé sur une délibération de qualité faisant appel à une intelligence collective informée et non sur la simple loi de la majorité. A *contrario*, le référendum est perçu par beaucoup comme un instrument brutal et archaïque, car souvent binaire et susceptible de faire l'objet de manipulations. En caricaturant les procédés, le choix raisonné des citoyens dans une procédure de démocratie délibérative est en quelque sorte opposé au caractère passionnel du vote référendaire.

Pourtant, rejeter catégoriquement le référendum en le qualifiant systématiquement d'instrument défectueux paraît excessif et reflète une forme d'élitisme, puisqu'une telle posture prive les citoyens de la possibilité d'être consultés sur des enjeux importants, alors même que leur aspiration à une participation directe aux affaires publiques ne cesse de croître. À l'inverse, sacraliser le référendum, quel qu'il soit, comme forme d'expression la plus authentique de la volonté du peuple, ne doit pas faire oublier que, dans une démocratie, un cadre rigoureux de garanties est indispensable pour assurer la régularité et la sincérité de cette procédure. Le référendum peut en effet être instrumentalisé pour aboutir à certains résultats visant, par exemple, à renforcer l'exécutif au détriment du parlement ou à porter atteinte aux droits de minorités. Les manipulations peuvent notamment concerner la formulation de la question, la diffusion de fausses informations dans la période précédant le vote ou encore, plus classiquement, des irrégularités dans le décompte des votes.

8 Ces constats ne doivent pas nécessairement conduire à exclure le recours au référendum pour adopter une nouvelle constitution ou réformer le texte constitutionnel. La décision d'organiser un référendum relevant du choix politique, le regard du juriste ne peut porter que sur les conditions de réalisation du processus dans son ensemble, la méthode utilisée et l'observation d'un certain nombre de garanties nécessaires dans une démocratie.

9 De ce fait, à la question de savoir quand (1.) et pourquoi (2.) recourir au référendum, s'ajoute surtout celle du comment garantir un processus de qualité (3.).

1 – Quand recourir au référendum ?

10 La ratification d'une réforme constitutionnelle par référendum est parfois obligatoire, comme en Irlande pour toute réforme constitutionnelle ou en Espagne pour certaines dispositions constitutionnelles prévues par l'article 168 de la Constitution. À l'inverse, en Allemagne, en Belgique, aux États-Unis, en Grèce ou en Inde, par exemple, le recours au référendum n'est pas prévu pour réviser la constitution, à la faveur souvent d'un parlementarisme

supposé plus consensuel. La révision de la constitution par référendum est parfois clairement interdite dans certains États, tels que le Portugal [10].

11 Dans un processus constituant, le recours au référendum de ratification peut être programmé par les dispositions transitoires, comme ce fut le cas au Chili [11], ou par les dispositions organisant le processus constituant comme en Équateur dès 2007, ou encore il peut être décidé par une autorité qui dispose de la compétence d'enclencher le processus de réforme constitutionnelle, comme ce fut le cas au Maroc lors de la réforme de 2011 [12]. Lorsque le recours au référendum est obligatoire, et d'autant plus lorsque la participation au vote est obligatoire dans le cadre d'un référendum de ratification, les risques d'échecs sont plus importants [13]. Toutefois, le risque peut être anticipé par les constituants. Marku Suksi souligne ainsi qu'en principe, la certitude d'un référendum à l'issue d'un processus influence la manière dont le texte est élaboré et son contenu [14]. On peut ainsi supposer qu'un processus constituant avec un référendum à son issue pourrait être plus participatif dans son élaboration, conduire à de nombreuses consultations et être accompagné d'une campagne d'information importante des citoyens tout au long du processus afin de minimiser le risque d'échec [15].

12 Le déclenchement d'un moment constituant est parfois directement inscrit dans la Constitution et le processus lui-même peut indiquer qu'il y aura un recours au référendum.

13 Le déclenchement du processus est décidé le plus souvent par le haut, à l'initiative des autorités politiques, parfois en réponse à un mouvement populaire contestataire comme ce fut le cas en Égypte, en Islande, au Maroc ou au Chili. Il peut intervenir pour faire face à une situation de crise (France, 1958), pour tourner la page d'un régime autoritaire (Espagne, 1978) ou tout simplement parce que l'évolution des rapports de force politiques requiert un changement institutionnel nécessaire à la mise en place d'un nouveau régime.

14 Ce déclenchement peut également être demandé par les citoyens de manière institutionnalisée lorsqu'un droit d'initiative populaire est prévu, que ce soit pour proposer une réforme de la constitution ou demander la convocation d'une assemblée constituante. Dans ce cas-là, le déclenchement de la réforme constitutionnelle ou du processus

constituant peut être considéré comme ouvert s'il peut être à l'initiative des citoyens et réduit si les citoyens en sont exclus. Toute initiative populaire, cependant, ne débouchera pas nécessairement sur un référendum. Encore faut-il que le référendum fasse partie des étapes obligatoires d'un processus constituant ou de révision de la Constitution. Ainsi, la procédure suisse de l'article 138 de la Constitution, concernant la révision totale du texte, peut être considérée comme particulièrement ouverte, car les citoyens peuvent, par initiative populaire, demander l'organisation d'un référendum sur l'opportunité d'une révision totale de la Constitution. Le taux de soutien est peu élevé puisqu'il suffit que cent mille signataires, soit un peu moins de 2 % du corps électoral actuel, soutiennent la proposition du comité d'initiative.

15 Dans d'autres États, l'initiative populaire peut porter sur la mise en place d'une assemblée constituante, comme en Bolivie (art. 411 de la Constitution) ou en Équateur (art. 444 de la C.) ou au Panama (art. 314 de la C.). Dans tous ces cas, un référendum obligatoire doit être organisé sur le projet élaboré par l'assemblée constituante [16] et parfois sur l'opportunité même d'entamer ce processus constituant (Bolivie et Équateur). Les taux de soutien de l'initiative populaire demandant la mise en place d'une assemblée constituante sont généralement élevés : 20 % du corps électoral en Bolivie et au Panama, mais seulement 12 % en Équateur, ce qui semble plus raisonnable et admissible pour déclencher un processus constituant.

16 Les citoyens peuvent également proposer des révisions de la constitution par initiative populaire, ce qui peut conduire à un référendum obligatoire dans un certain nombre de pays tels que la Croatie, l'Uruguay ou encore la Suisse.

17 Le référendum peut également être demandé non plus pour proposer, mais pour éventuellement s'opposer à une réforme souhaitée par le gouvernement et la majorité parlementaire. En Italie, par exemple, l'article 138 de la Constitution prévoit qu'un texte de réforme constitutionnelle adopté à la majorité de chaque chambre peut faire l'objet d'un référendum à la demande d'un cinquième des membres d'une des deux chambres législatives, cinq cent mille électeurs ou cinq conseils régionaux. La demande minoritaire vise à empêcher l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle [17].

Cependant, le référendum n'a pas lieu si la réforme est approuvée par chaque chambre à la majorité des 2/3. Un tel référendum a eu lieu les 22 et 23 mars 2026 à propos de la réforme de la justice et s'est soldé par un échec pour le gouvernement de Giorgia Meloni.

18 En définitive, quatre moments référendaires peuvent être identifiés :

19 – un référendum sur le choix de réformer la constitution, d'adopter une nouvelle constitution, ou sur l'opportunité de convoquer une assemblée constituante (Bolivie, Lettonie, Venezuela, Suisse) ;

20 – un référendum sur les différentes orientations du projet constitutionnel avant même qu'il soit précisément rédigé ;

21 – un référendum de ratification sur le texte élaboré par l'assemblée constituante *ad hoc*, le comité ad hoc, l'assemblée ou les assemblées parlementaires (France, 1958) ;

22 – un référendum de confirmation sur un texte adopté par une assemblée parlementaire ou les assemblées parlementaires constituantes (Italie).

23 Dans la majorité des situations, le référendum ne sera organisé que dans la mesure où il est obligatoirement attaché à la procédure de réforme dans laquelle il s'inscrit, comme c'est le cas en Irlande ou en Suisse. Toute réforme constitutionnelle est obligatoirement soumise au référendum. En revanche, dans d'autres pays, comme la France, le recours au référendum pour réviser la Constitution, voire changer de Constitution, a toujours relevé d'un choix et non d'une contrainte. L'article 89 de la Constitution n'oblige en effet à recourir au référendum que si la proposition de révision émane des parlementaires. Dans ces conditions, l'organisation d'un référendum pour faire adopter un texte relève de l'opportunité et contient un risque lié à l'incertitude d'un scrutin qui échappe à toute possibilité de s'appuyer sur une majorité solide ou de constituer une majorité de circonstances comme au sein des assemblées.

2 – Pourquoi recourir au referendum ? La question de l'opportunité

24 Dans un processus constituant, le choix de recourir au référendum vise à faire émerger une majorité valant consensus sur une évolution souhaitable, si le référendum intervient en début de processus, ou sur le texte proposé à l'issue des travaux constituants, et rendre cette décision acceptable par tous. Ce choix peut répondre à plusieurs objectifs : tout d'abord, il permet de véhiculer l'idée que l'évolution démocratique du pays naît d'un processus lui-même démocratique ; plus spécifiquement, ensuite, il peut répondre au souhait de recueillir l'adhésion du plus grand nombre par un processus incluant les citoyens. Si le processus constituant s'inscrit dans un contexte indépendantiste, le référendum portant sur la constitution du nouvel État peut se fonder sur le droit à l'autodétermination des peuples. Le recours au référendum dans un tel contexte semble d'ailleurs être progressivement devenu un standard international en matière de sécession [18], bien qu'aucun texte n'impose ce procédé.

25 Tout en recherchant la légitimation ultime du peuple souverain, le recours au référendum dans un processus constituant représente également un pari dont l'issue demeure incertaine, tant au regard du contexte dans lequel le vote intervient que des différents éléments factuels et émotionnels susceptibles d'orienter les choix des citoyens.

26 Dans un processus transitionnel, le vote peut en effet accentuer les tensions au regard de la manière plus ou moins consensuelle, inclusive et transparente dont le texte aura été élaboré, et en raison du choix binaire proposé qui ne laisse pas de place à la nuance. On peut comprendre que certains États soient méfiants au regard du risque d'instrumentalisation possible du scrutin, particulièrement dans les sociétés fortement divisées. Bien que la vigilance à l'encontre des référendums ait progressé, en ne considérant plus systématiquement ce mécanisme comme démocratique par essence, les risques de manipulation des résultats se sont encore accrus ces dernières années par l'influence des algorithmes sur les choix des

votants, la création de bulles de filtre sur les réseaux sociaux et les tentatives d'ingérence étrangère.

27 En Tunisie, en 2014, les autorités ont choisi de ne pas soumettre le projet de constitution à référendum, par crainte que la population ne rejette un texte résultant de compromis politiques âprement négociés [19]. Le référendum n'est pas jugé opportun, car il risquait de fragiliser le processus de transition par la crainte d'un vote négatif [20]. Ce fut également le cas en Afrique du Sud où il y a eu un référendum, réservé aux électeurs de la population blanche, sur le choix d'entamer un processus de réforme constitutionnelle par la négociation [21], mais, à l'issue de la procédure constituante, le choix a été fait de ne pas soumettre le texte au vote de l'ensemble des citoyens. Cette prudence peut d'autant mieux se comprendre lorsqu'un processus de transition s'étire sur plusieurs années et qu'il est primordial de maintenir une certaine stabilité politique indispensable à la reconstruction de l'État, en particulier sur le plan économique. Renoncer au référendum revient toutefois à douter de la capacité des citoyens à saisir pleinement les enjeux du scrutin au risque de saper les efforts consentis pour instaurer une stabilité politique durable. Une telle décision sous-entend aussi la crainte que des frustrations accumulées, tant pendant la transition que durant les périodes antérieures, resurgissent lors du vote, compromettant ainsi l'intérêt de tous à approuver le projet constitutionnel.

28 Le rejet par référendum des deux projets constitutionnels présentés aux citoyens chiliens en 2022 et 2023 peut d'ailleurs laisser penser que le recours au référendum n'est pas toujours une bonne idée dans un processus constituant, malgré le taux de succès important relevé en introduction. Ce serait pourtant faire abstraction du contexte dans lequel ces référendums se sont déroulés et qui peut expliquer l'échec des projets présentés.

29 Dans ce processus, plusieurs référendums ont été organisés à différents moments : en premier lieu, un référendum d'entrée pour savoir d'une part si les citoyens souhaitaient convoquer une assemblée constituante et pour déterminer d'autre part quelle forme elle allait prendre. La participation à ce vote était facultative pour les citoyens chiliens ; en second lieu, un référendum de sortie pour ratifier ou rejeter les projets élaborés en 2022 et en 2023. Dans ces

cas, la participation des citoyens au vote était obligatoire. Il convient également de souligner la rapidité avec laquelle les différentes étapes d'élaboration et d'adoption se sont enchaînées dans le processus chilien [22]. Dans le premier cas (2022) comme dans le second (2023), la procédure d'élaboration et notamment les phases de consultation ont été précipitées et, de ce fait, négligées, ne permettant pas la construction d'un texte consensuel. Il est difficile d'imaginer qu'un sujet aussi important et complexe qu'une nouvelle constitution puisse être préparé en quelques mois seulement, et que les changements radicaux proposés soient immédiatement acceptés sans que les citoyens appelés à voter aient eu le temps de comprendre le texte, de se l'approprier et de faire suffisamment confiance à l'assemblée qui le propose pour le soutenir [23].

30 Les détracteurs des mécanismes référendaires ont pu trouver dans ces échecs une nouvelle raison de dénigrer cet instrument et a minima de le trouver inadapté. D'ailleurs, selon certains auteurs, dans la plupart des cas, les autorités recourent au référendum lorsqu'elles sont presque certaines du succès de la proposition lors du scrutin [24]. Elkins et Hudson notent également que le succès d'un référendum portant sur un nouveau projet de constitution est lié au fait que le texte proposé est généralement consensuel, ce qui, de fait, n'était pas le cas au Chili [25]. Lorsque le recours au référendum est facultatif, organiser un référendum après l'adoption d'un texte par une assemblée représentative élue est un moyen de vérifier que ce consensus est également présent dans la société à plus grande échelle. Il permet également de donner la parole aux opposants qui peuvent essayer de mobiliser l'électorat contre le texte [26] en remettant en cause la solidité du consensus majoritaire affiché.

31 Le fait que le texte soit porté par un leader politique à la suite d'élections a également son importance, notamment lorsqu'une majorité politique réformatrice émerge de ces élections. Dans ce cas, le référendum peut confiner au plébiscite. Le leader ou le parti majoritaire peuvent chercher à travers le référendum à légitimer leur pouvoir et leur programme politique. Le référendum peut d'ailleurs intervenir avant l'élaboration du projet de constitution afin de demander aux citoyens s'ils sont favorables à la mise en place d'une assemblée constituante (Venezuela, 1999). Face à la complexité intrinsèque d'un texte abordant par nature une grande diversité de

sujets, le scrutin référendaire qui clôt ce processus peut également s'apparenter à un vote de confiance. D'ailleurs, on peut s'interroge sur la pertinence de soumettre au référendum un texte aussi complexe qu'une constitution. En effet, dans la plupart des cas, une question simple est soumise aux votants concernant l'acceptation globale du document auquel elle renvoie. Les citoyens ne disposent ni de la possibilité d'amender le texte, ni de préciser quels aspects leur conviennent ou suscitent des réserves, voire de franches oppositions. La réponse demeure souvent binaire, oui ou non, et il est rare que plusieurs questions distinctes soient proposées pour un même texte, permettant ainsi aux votants de se prononcer séparément sur les points les plus importants – comme ce fut le cas en Islande, par exemple, lors de la consultation du 20 octobre 2012 [27]. Cette configuration ordinaire du référendum de ratification renforce la perception que le vote référendaire se résume à un vote de confiance adressé à l'autorité qui porte le sujet. Les promoteurs d'un référendum peuvent d'ailleurs être tentés d'en abuser, voire d'exploiter la légitimité que ce type de vote est censé conférer pour accroître leur pouvoir. Par exemple, en 2022 en Tunisie, à l'inverse du processus de 2014, le texte renforçant les prérogatives de l'exécutif a été soumis au référendum. Malgré une participation limitée (30 % du corps électoral), les résultats ont été validés et considérés comme une victoire éclatante par le Président. Pourtant, la nouvelle constitution confirmant le tournant autoritaire du régime a été soutenue par une minorité. Dans un tel cas, le recours au référendum vise à donner l'illusion d'un choix relevant du peuple souverain. Ce message jouant sur les apparences est à la fois adressé à la communauté internationale, en simulant le respect de règles du jeu démocratiques, et vise en interne à légitimer les orientations politiques adoptées, y compris dans leur dérive autoritaire, en s'appuyant sur un mécanisme réputé démocratique. L'utilisation de l'instrument référendaire se fonde ainsi sur l'idée que toute expression des citoyens par cette voie révélerait l'authentique volonté du peuple, l'objectif étant de convaincre de la légitimité du processus. Toutefois, un référendum n'est pas un instrument démocratique si des garanties démocratiques n'entourent pas son utilisation. Cela pose la question essentielle du comment recourir au référendum dans un processus constituant pour assurer en particulier la sincérité du processus.

3 – Comment organiser un référendum ? L'attention portée à la qualité du processus

32 Dans une démocratie, un processus référendaire de qualité suppose à la fois le respect d'un cadre juridique préétabli (3.1), garant de la sincérité de l'ensemble du processus, et la nécessité de laisser au politique le temps nécessaire à la formation d'un consensus autour du texte (3.2).

3.1 – Les conditions juridiques

33 À l'échelle internationale, des standards ont été élaborés en matière électorale et référendaire destinés à assurer la loyauté des processus dans leur ensemble et la sincérité des scrutins en particulier. Toutefois, aucun texte contraignant ne vise spécifiquement les référendums et les grands textes internationaux ou européens font avant tout référence à un droit à des élections libres, honnêtes [28] et périodiques. Certains de ces standards démocratiques concernent cependant le suffrage en général, qui doit notamment être libre, égal et secret. Bien évidemment, la liberté de vote suppose, outre la possibilité de former librement son opinion et la liberté de faire ses choix, la garantie de la liberté d'aller et venir, de la liberté d'expression et d'information pour disposer d'un choix éclairé, l'organisation et le respect du pluralisme des courants d'expression ainsi qu'un contrôle de la régularité du scrutin assuré par des instances impartiales. Cela pose la question du rôle des autorités au pouvoir dans un scrutin qui porte sur un texte constitutionnel : il n'est pas nécessairement attendu des autorités qui organisent un référendum sur l'adoption d'une nouvelle constitution, qu'elles restent neutres. Au contraire, il semble logique qu'elles soutiennent le texte, car porté par leur majorité [29]. En revanche, comme en Suisse, on peut exiger qu'elles fassent preuve de transparence et qu'elles adoptent une attitude objective, notamment dans les informations transmises aux citoyens. Au principe de liberté et de secret du vote, s'ajoute également le principe d'égalité dans le vote et notamment le respect du principe « un homme, une voix ». Toutefois, les seuils de

participation ou/et d'adoption pour valider un scrutin, présents dans de nombreux systèmes en cas de recours au référendum, peuvent porter atteinte à ce principe en donnant en pratique plus de poids au vote négatif ou d'opposition qu'au vote positif.

34 À l'échelle européenne, même si la Cour EDH considère que les référendums ne relèvent pas du champ de l'article 3 du Protocole n° 1, le Conseil de l'Europe, sous l'impulsion de la Commission de Venise et du Conseil des élections démocratiques, a adopté en 2007 un Code de bonne conduite en matière de référendum. Dans ce Code figure expressément la référence à l'application en matière référendaire des règles ci-dessus énoncées et constituant un « patrimoine électoral européen » [30], ainsi que des garanties nécessaires à la mise en œuvre de ces principes, dont le respect des libertés et droits fondamentaux, la stabilité du droit référendaire, une organisation et des observateurs impartiaux, le droit au recours… Le Code contient également un certain nombre de règles spécifiques aux référendums, notamment d'initiative populaire (unité de matière, de forme et de rang), très inspirées du système suisse. Ce Code a été révisé en 2022 [31], suite à l'inquiétude manifestée par la Commission de Venise face à des référendums organisés dans le but de « contourner d'importantes garanties constitutionnelles » ou à réduire les compétences du parlement. Face à ces risques, les institutions du Conseil de l'Europe sont devenues plus méfiantes et ont posé un certain nombre de règles complémentaires, notamment dans le but de préserver les organes de la démocratie représentative et les votants. Parmi celles-ci, trois peuvent être soulignées au point 3 de ce Code révisé :

> 3.1 les référendums devraient s'inscrire dans le processus de démocratie représentative et ne pas être utilisés par l'exécutif pour passer outre la volonté du parlement, ni être organisés dans le but d'éviter les freins et contrepoids habituels ;

> 3.2 les propositions soumises à référendum devraient être aussi claires que possible et avoir fait l'objet d'un examen préalable minutieux, y compris par le parlement, afin de garantir qu'elles reflètent les préoccupations des électeurs et qu'elles expriment leur volonté ;

> 3.3 la campagne devrait garantir l'équilibre entre les parties et permettre aux électeurs d'accéder à des informations équilibrées et de qualité afin de faire un choix éclairé.

35 À côté de ces standards internationaux, qui ne sont pas contraignants, il est important qu'existe en interne un corpus de règles juridiques adaptées aux procédures prévues, dont le respect est obligatoire et garanti par une autorité impartiale. Outre la nécessité de se protéger des dangers liés aux réseaux sociaux et à l'intelligence artificielle pour orienter les résultats des référendums, une réflexion devrait notamment porter sur le recours au vote obligatoire, qui peut conduire à survaloriser les oppositions à un texte faute d'en comprendre clairement la portée, et sur la nécessité ou non de quorums de participation en matière de révision constitutionnelle ou d'adoption d'une nouvelle constitution dans l'objectif de recueillir l'expression d'une majorité « claire » [32].

36 Au-delà des conditions d'une légitimité juridique, permettant de garantir la sincérité du processus, la manière dont il se déroule met en lumière l'importance du temps politique, c'est-à-dire l'attention particulière accordée à la construction d'un texte reflétant un véritable consensus.

3.2 – Le temps d'un processus politique de qualité

37 La question du temps du politique semble très importante dans un processus constituant, en particulier lorsqu'il porte un projet souhaitant s'inscrire en rupture par rapport au régime antérieur. Accorder au processus politique un temps suffisant pour permettre un débat approfondi entre les différents intérêts en jeu, afin également de s'entendre sur les questions les plus délicates, de forger un consensus, de bâtir la confiance des citoyens sur le texte et les forces politiques qui le portent, de favoriser l'acceptation de son contenu pour en faciliter la mise en œuvre et le respect. Ce temps plus ou moins long consacré à l'élaboration du texte dépend nécessairement du contexte plus ou moins conflictuel dans lequel le processus constituant ou la révision constitutionnelle d'ampleur interviennent, avec la nécessité, toutefois, d'éviter l'enlisement. De ce

point de vue, le temps d'élaboration des projets constituants de 2022 et 2023 au Chili [33] peut être considéré comme bien trop court au regard de l'ampleur de la tâche à réaliser. En Tunisie, plus de deux années ont été nécessaires pour élaborer un texte (2011-2014) dans un processus marqué notamment par l'improvisation et le manque d'expertise juridique [34]. En Afrique du Sud, le processus global de transition constitutionnelle a duré près de six ans et plus de deux années ont été nécessaires à la rédaction formelle du texte adopté en 1996.

38 Le temps des négociations et de l'élaboration de compromis entre les diverses forces politiques et les différents intérêts en présence, y compris ceux des minorités, suppose que le processus soit suffisamment représentatif et inclusif. L'inclusivité nécessite que des règles du jeu soient posées, notamment pour déterminer comment faire émerger des propositions suffisamment claires et représentatives d'une opinion largement partagée. Lorsque le processus est ouvert à la participation citoyenne, ce qui peut être considéré comme un gage de qualité, cette participation doit être organisée de manière à faire ressortir les propositions les plus soutenues et partagées par de nombreux citoyens et éviter qu'il s'agisse simplement de consultations ou réunions publiques sans influence. L'organisation d'une participation citoyenne de qualité suppose elle aussi que suffisamment de temps soit consacré notamment à l'écoute, au débat et à la détermination d'idées-forces, et que les consultations opérées puissent s'adapter aux usages des populations concernées [35].

39 Ce temps plus ou moins long de consultations et négociations dans l'élaboration du texte, voire un temps de formation des citoyens [36], notamment aux questions constitutionnelles, comme ce fut le cas au Kenya [37] ou en Afrique du Sud [38], par exemple, peut favoriser l'acceptabilité du texte par la population avant le référendum, son appropriation par son acculturation.

40 La transparence du processus dans son ensemble nécessite également que les différentes étapes, notamment les consultations diverses et les auditions d'experts, ne soient pas organisées dans la précipitation. L'information du public sur la procédure suivie, même en dehors d'un processus participatif, ainsi que le temps et les

moyens consacrés à expliquer le texte élaboré, ses principales orientations, sont un moyen de connecter les constituants en tant que mini-public représentatif des intérêts en présence au maxi-public constitué par le peuple dans son ensemble. Le fait de laisser du temps pour qu'un véritable débat ait lieu au sein de la société avant que le texte soit soumis au vote par référendum, et au-delà de la courte période de campagne référendaire, permet également aux citoyens appelés à voter de s'approprier le texte, d'en comprendre les enjeux et de se forger leur propre opinion. Cela n'exclut pas toutefois que certaines questions étrangères au contenu du texte viennent polluer la campagne référendaire. De même qu'il est difficile d'éviter des présentations tronquées, caricaturales, voire mensongères, de certaines dispositions. Toutefois, les autorités menant le processus constituant et référendaire doivent être en mesure de recadrer le débat et dénoncer les fausses informations, en diffusant des informations claires et vérifiables sur l'objet du scrutin. L'éducation des citoyens au débat démocratique et la culture de l'esprit critique face à une multitude de sources d'information, font d'ailleurs partie des défis majeurs de nos démocraties.

41 En somme, il existe différents moments référendaires possibles dans un processus constituant : en premier lieu, lors du déclenchement ; en second lieu au moment d'approuver les lignes directrices ; en troisième lieu au moment de ratifier le texte ; ou, enfin, pour soutenir ou repousser un texte déjà adopté par une assemblée représentative. Le plus fréquemment, le référendum est organisé à la fin du processus pour valider le texte proposé. Dans ce cadre, le recours au référendum dans un processus constituant permet d'une part aux constituants de prendre en considération les différents intérêts en présence, le plus largement possible, et d'anticiper la nécessité de s'adresser à l'ensemble de la population. La certitude d'un référendum peut avoir un effet sur l'écriture du texte constitutionnel par les constituants. Le recours au référendum permet également à chaque membre du corps électoral de s'impliquer dans le processus. Le référendum de ratification, bien qu'étant la dernière étape d'un processus, doit ainsi s'inscrire dans une construction collective et consensuelle afin de favoriser l'adhésion du plus grand nombre. Prévoir un référendum dès le début du processus constituant, sous la forme d'un mandat accordé ou non à une assemblée constituante ou

à un comité constitutionnel chargé d'élaborer un texte, peut également constituer une solution pour éviter que le vote final échoue à cause de détails techniques ou de confusions sur le texte proposé. Cependant, le vote final joue aussi un rôle crucial en conférant une légitimité populaire au texte, et en permettant aux citoyens de sentir que leur voix est importante dans ce processus. Cette adhésion doit néanmoins perdurer au-delà de la génération initiale, ce qui implique que le texte puisse évoluer, soit par des révisions formelles, soit par l'interprétation des autorités chargées de son application. Cependant, toutes les modifications ou interprétations ne peuvent pas nécessairement faire l'objet d'un référendum. Toutefois, un système permettant aux citoyens, via une initiative populaire, ou à leurs représentants élus, de proposer des évolutions du texte constitutionnel, semble constituer une voie efficace pour assurer une adaptation continue et réfléchie de la constitution, sans précipitation.

NOTES

1 Commission européenne pour la Démocratie par le droit, « Le référendum en Europe – Analyse des règles juridiques des États européens », Étude nº 287/2004, CDL-AD(2005)034.

2 Voir L. Morel, « Les référendums nationaux dans le monde » in R. Magni-Berton et L. Morel, *Démocraties directes*, Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 130-131.

3 Articles 167 et 168 de la Constitution.

4 D. Anckar, « Why referendums: on apparences and absences », in L. Morel and M. Qvortrup (eds), *The Routledge Handbook To Referendums and Direct Democracy*, Londres, Routledge, 2018, p. 119 (étude de 2014).

5 Laurence Morel relevait en 2016, que vingt-neuf sur soixante-cinq pays « libres » prévoyaient un référendum obligatoire en matière constitutionnelle, mais avec un champ plus ou moins large : L. Morel, « Types of referendums, provisions and practices at the national level worldwide », in L. Morel and M. Qvortrup (eds), *The Routledge Handbook To Referendums and Direct Democracy*, *op. cit.*, p. 39-43, Table 2.5.

6 Z. Elkins and A. Hudson, « The constitutional referendum in historical perspective », in D. Landau and H. Lerner (eds.), *Comparative*

Constitution Making, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, p. 142.

7 D'après Stéphane Pinon, au sein de l'Union européenne, le nombre de Constitutions adoptées par le peuple est encore plus faible : S. Pinon, « La participation populaire directe au pouvoir constituant. Regards sur le droit étranger », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 1, 2017, p. 7.

8 Calcul effectué par nos soins à partir notamment des données sur les constitutions fournies par le site < constituteproject.org >.

9 Quatre-vingt-quatorze pour cent (94 %) sur la période 1789-2016, d'après l'étude de Z. Elkins et A. Hudson, « The constitutional referendum in historical perspective », *op. cit.*, p. 142 et 155. À la différence des référendums portant sur des révisions de la Constitution subissant un taux d'échec proche de quarante pour cent (40 %), *ibid.*

10 Article 115 de la Constitution.

11 Accord politique pour la paix sociale et la nouvelle constitution du 15 novembre 2019, et loi constitutionnelle n° 21.200 du 24 décembre 2019.

12 Décret royal du 17 juin 2011.

13 Z. Elkins and A. Hudson, « The constitutional referendum in historical perspective », *op. cit.*, p. 156.

14 M. Suksi, « Referendums in constituent-making processes », in *Constitution-making in Focus*, Genève, Interpeace, 2010, p. 6 (disponible en ligne).

15 L'échec peut cependant être l'occasion de proposer un texte amélioré comme ce fut le cas en France du projet de Constitution rejeté en mai 1946 mais une nouvelle version, sans doute plus consensuelle, a été acceptée en octobre 1946.

16 Pour le Panama, voir l'article 314 de la Constitution et plus généralement sur cette procédure : S. Sánchez González, « Constituyente Paralela (Comentario sobre el artículo 314 de la Constitución de 1972) », *Revista Ratio Legis*, n° 8, 2024, p. 217-279.

17 On retrouve ce type de référendum d'opposition au Costa Rica (art. 195 de la Constitution), en Espagne (art. 167 de la Constitution) ou encore au Luxembourg (art. 114 de la Constitution). Au Costa-Rica et au Luxembourg le referendum intervient après l'adoption du texte en première lecture, ce qui est une modalité encore différente de celle existant en Italie.

18 E. Castellarin, « Le referendum, nouvel outil du droit international pour les aspirants sécessionnistes ? », in O. Lecucq (dir.), *Sécession et processus sécessionniste en droit international, européen et constitutionnel*, Clermont-Ferrand, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 63-79.

19 G. Weichselbaum, X. Philippe, « Le processus constituant et la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 : un modèle à suivre ? », *Maghreb – Machrek*, n° 223, 2015/1, p. 49-69.

20 Le référendum était optionnel dans le cas où l'Assemblée nationale constituante n'aurait pas atteint une majorité des 2/3.

21 La question était : « Do you support the continuation of the reform process witch the State President began on 2 February 1990, and which aims to develop a new constitution through negociation ? » (24 janvier 1992).

22 Voir C. Cerda-Guzman, « Autopsie d'un échec. Retour sur le rejet du projet de Constitution pour le Chili », *Jus Politicum*, n° 29, 2023 (disponible en ligne).

23 Rappelons d'ailleurs que la première assemblée constituante, appelée Convention constitutionnelle, avait été spécialement élue à cet effet et était composée de nombreuses personnes de la société civile novices en matière constitutionnelle.

24 Z. Elkins and A. Hudson, « The constitutional referendum in historical perspective », *op. cit.*, p. 159.

25 *Id.*, p. 154.

26 A. Lijphart, *Patterns of Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1999, p. 231.

27 Six questions étaient posées dont une générale (« Souhaitez-vous que les propositions du conseil constitutionnel forment la base d'un nouveau projet de constitution ? ») et cinq portants sur des points particuliers.

28 Voir les articles 21 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'article 25 du Pacte sur les droits civils et politiques ou encore l'article 3 du Protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme. Voir M. Gudzenko, *L'élection libre et honnête en droit international*, thèse dactylographiée, Marseille, Aix-Marseille Université, 2024.

29 Voir M. Fatin-Rouge Stefanini, « Ignorance et procédures référendaires. Quel rôle pour les autorités publiques dans l'information des citoyens ? », in

Cahiers Droit, Sciences & Technologies, Dossier spécial « Savoir, incertitudes, ignorance », nº 19, 2025, p. 251-262.

30 Principes d'universalité, de liberté, d'égalité et de secret du suffrage.

31 CDL-AD(2022)015.

32 Par référence à la « loi sur la clarté référendaire » adoptée par le parlement canadien en 2000 à la suite de l'avis rendu par la Cour suprême concernant le Renvoi sur la sécession du Québec, le 20 août 1998 (2 R.C.S. 217).

33 Une fois installée, la Convention constitutionnelle a travaillé à peu près une année et, après l'échec du référendum de septembre 2022, un nouveau processus a été entamé aboutissant à un second projet radicalement différent présenté au référendum à la fin de l'année suivante.

34 Voir G. Weichselbaum, X. Philippe, « Le processus constituant et la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 : un modèle à suivre ? », *op. cit.*, p. 50 et 57.

35 Voir par exemple, le cas des consultations menées en Mélanésie : C. David, « Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du "jour d'après" en Nouvelle-Calédonie », *Revue française de droit constitutionnel*, nº 110, 2017, p. 367-386.

36 Voir A. Saati, *The participation myth: Outcomes of participatory constitution building processes on democracy*, Umeå, Umeå University, Department of Political Science, 2015, p. 307-318 citant notamment les efforts déployés pour l'information et la formation des citoyens lors de processus constituants au Brésil, en Afrique du Sud, en Érythrée, au Kenya ou encore au Zimbabwe.

37 *Ibid.*

38 En Afrique du Sud, le processus a été très participatif mais la Constitution n'a pas été soumise au référendum.

ABSTRACTS

Français
Ces dernières décennies, le recours au référendum dans un processus constituant est de plus en plus fréquent. Jusqu'à une époque récente, le taux de succès de tels référendums était très élevé. Toutefois, au regard des échecs enregistrés ces dernières années, une tendance croissante à

remettre en cause la pertinence de recourir à un référendum se dessine. Cette étude présente les cas dans lesquels un référendum est prévu, de manière obligatoire ou facultative, dans un processus constituant originaire ou de révision de la constitution. Elle s'interroge sur l'opportunité d'un recours au référendum dans le cadre d'une réforme constitutionnelle. Elle insiste, enfin, sur les conditions nécessaires pour assurer la sincérité du scrutin dans un État démocratique.

English

In recent decades, the use of referendums in constitutional processes has become increasingly common. Until recently, the success rate of such referendums was very high. However, in light of the failures recorded in recent years, there is a growing tendency to question the suitability of resorting to a referendum. This study presents cases in which a referendum is provided for, either as a mandatory or optional measure, in an original constitutional process or in the revision of a constitution. It examines the appropriateness of using referendums in the context of constitutional reform. Finally, it emphasises the conditions necessary to ensure the integrity of the vote in a democratic state.

INDEX

Mots-clés

constitution, réforme constitutionnelle, constituant, référendum, consultation, qualité, légitimité, souveraineté, transition démocratique, garanties

Keywords

constitution, constitutional reform, constituent assembly, referendum, consultation, quality, legitimacy, sovereignty, democratic transition, guarantees

AUTHOR

Marthe Fatin-Rouge Stefanini

Directrice de recherches CNRS, Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France. Marthe Fatin-Rouge Stefanini est spécialiste des mécanismes de participation citoyenne en droit comparé, elle a rédigé de nombreux articles et participe à plusieurs projets de recherches sur le sujet dont le projet DEFIDEM (Les défis d'une participation accrue des citoyens au fonctionnement des institutions) qu'elle dirige.

IDREF : https://www.idref.fr/081491948

ORCID : http://orcid.org/0000-0003-4543-9140

HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/marthe-fatin-rouge-stefanini

ISNI : http://www.isni.org/0000000049736183
BNF : https://data.bnf.fr/fr/14598279

How To Let the Citizenship Draft the Constitution?

Sumit Bisarya

DOI : 10.35562/droit-public-compare.1032

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Introduction
I. Why Public Participation?
II. Forms Of Participation
III. Public Consultations
IV. Conclusion

TEXT

Introduction

1 "A Constitution is not an Act of Government, but of a people constituting a government." [2] It is well over two centuries since this declaration of public ownership over constitution making by Thomas Paine, and we can now say that public participation in constitutional processes has become a norm. Even beyond democratic contexts where processes have been widely studied for their engagement with citizens, such as the three successive processes in Chile in the last ten years, even the government of Kazakhstan and the Palestinian Authority, neither known for their open, participatory form of law-making, embarked in recent months on constitution making processes which they claimed were based on broad inputs from the citizenry. [3]

2 Whether or not these processes are actually open and participatory, and whether or not participation made a significant impact on the text, that all governments now feel the need to *claim* popular ownership over constitution making reflects that it has indeed

become a global norm and expectation. Given this, “the key question for decision-makers is not whether to involve the public, but how and when to involve them and in what ways”. [4]

3 This paper examines the how question, looking at recent experiences of constitution making—both those that succeeded and those that did not—and provides some general reflections on different methods of citizen engagement, the challenges encountered and considerations for improving these practices in the future. Most of what follows is drawn from my own personal reflections as a constitutional advisor in over a dozen countries, situating my own experiences and observations within concepts and frameworks from the ever-expanding literature on participatory constitution making. While this experience is by no means a comprehensive account of constitution making processes, the reflections that follow are based on issues which have recurred commonly across these processes, taking place over four different continents, and in diverse contexts including fragile and post-conflict states (e.g. Haiti, South Sudan, Somalia), post-authoritarian democratic transitions (e.g. Tunisia, the Gambia, Ukraine), popular revolutions in democracies (e.g. Chile) and stable democratic contexts in the absence of crisis (e.g. Barbados, Belize, Ghana).

4 But before discussing the “how” it is important to ask whether citizens *should* be making constitutions, and if so what do we expect from them?

I. Why Public Participation?

5 The reasons given for public participation are well-known, and have been the focus of many studies of constitution making processes. [5] These include that it provides a forum for the negotiations of solutions to divisive or contested issues thus contributing to conflict resolution, [6] can lead to better democratic outcomes, [7] can result in citizens being better informed and more politically sophisticated in how their democratic system works [8] and can strengthen compliance with certain aspects of the constitution. [9]

6 At the same time, a number of studies have been skeptical of these claims, finding them to be generally overstated, highly dependent on

context and secondary to the role of political elites. [10] Several studies have also made arguments as to why public participation can actually be harmful to the overall goals of democracy, human rights and constitutional legitimacy that it is purported to promote. [11]

7 Beyond these differences in the teleological reasons for public participation in constitution making, there are also questions about what we are doing when we engage citizens, and who are the citizens? When we design participatory constitution making processes, we must answer the boundary problem raised by Sir Ivor Jennings. "On the surface it seemed reasonable: let the people decide. It was in fact ridiculous because the people cannot decide until somebody decides who are the people." [12]

8 When we say we have consulted the public, who are the public? Inevitably citizens will disagree on any constitutional design choice, so whose opinion counts? If one of the primary purposes of constitutions is to protect certain values and rights against the democratic power of the majority… how does this apply to participatory constitution making? If a majority of the citizenry favour a certain policy (for example the death penalty, or the exclusive use of a certain language) should that be seen as an imperative mandate for those sitting in the drafters' chairs? Clearly, in this case, public participation is not meant to be a mere poll of opinions, but something else.

9 Beyond the tyranny of the majority, there are also concerns of a tyranny of the minority. Even the processes most lauded for their broad participation, have involved a tiny fraction of the population in their consultations. For example, according to the OECD, Colombia in 1991 achieved 0.06 % citizen participation: Iceland in 2010 only 0.3 % and Tunisia in 2011 a similar 0.06 % of the population. Chile's case was extolled as being unprecedented because of its high rate of participation… which amount to only 1.13 % of citizens. [13]

10 And who makes up these tiny fractions of the population? The answer, very often, is not a representative sample of the citizenry. As discussed in more detail below, certain methods of public consultation result in strong self-selection by special interest groups with particular interests in specific provisions of the Constitution,

but perhaps little knowledge, interest or even curiosity about the rest of the text.

11 These dilemmas are common to all participatory processes of constitution making. But as stated in the introduction, given that participation has become an expectation, they are dilemmas all processes must address. This requires thinking carefully about what we are asking the public to do when we ask them to participate.

II. Forms Of Participation

12 In a previous paper,[14] Erin Houlihan and I identified four principal roles for citizens in constitution making processes, which I update here to five based on recent experiences. In rough chronological order as to when they might feature in the process, citizens can act as:

13 – Initiators/Agenda Setters. Here the role of the citizen comes in before the formal constitutional reform process starts. From the Arab Spring to the Maidan Revolution, and more recently in Chile and Bangladesh, mass protest movements have demanded not only a change of government, but also a change of system—including calls for a new constitution (as in Chile), and sometimes explicit, substantive demands (as in Ukraine). In some cases, citizens have made formal decisions at referendum to call for a constituent assembly (e.g. Colombia 1990, Chile 2021).

14 – Electors. Perhaps most commonly, the role of citizens is indirect—limited to electing representatives to serve on a constitution making body. This may be in the form of a regular legislature which assumes a constitution-making role (as in Kenya in 2007), or electing members to a constituent legislature or assembly with an explicit mandate for constitution making (as in South Africa in 1994 or Chile in 2021).

15 – Contributors/Advisors. Public consultations, increasingly common though not always significantly substantive, put the citizen in the role of a contributor or advisor. They provide opinions, but political elites decide what goes into the constitution. An innovative form of this was the citizen-initiatives in the Chile Constitutional Convention which is discussed further below.

16 – Authors. In certain, limited recent cases the citizens themselves can be said to have been authors of constitutional change. This would include Ireland, where randomly-selected citizens assemblies put forward proposals for constitutional reforms which were decided at referendum.

17 – Approvers/Rejectors. At the end of a constitution making process, citizens may be asked at referendum to give a thumbs up/thumbs down decision on the final text. Referendums are not ubiquitous, but where they are used they are thought to provide greater popular legitimacy, and are common in particular in Francophone countries where a new constitution signifies a new republic.

18 While there is much to say on each of these roles and how they are manifested in different constitution making processes, the major focus—and I would posit greatest area for improvement—in most processes has been around the area of public consultations, and that is the sole subject of Part III. However, before turning to public consultations, in this section I provide some brief reflections on the other roles listed above based on some experiences in recent processes.

19 Firstly, at a time when trust in political institutions globally continues to decline,[15] it should not be surprising to see mass protests demanding not only a change in personnel in political institutions, but also a change in the institutions themselves. However, in most cases where protestors are successful in removing the government and initiating a constitutional reform process, once the formal process begins it is commonly the case that it moves forward in seeming complete ignorance of the original reasons for its initiation, and revolves instead around the political divides inside the constitution-making body. A case in point is the Tunisia constitution making process of 2011-2014, where the revolution centered around social justice—captured in the slogan "Bread and Dignity"[16]—the debates in the Constituent Assembly, and resulting constitutional text, did little to seriously grapple with these demands, instead focusing on issues of religion and the state, gender and presidential powers—areas which were critical for the political parties, but perhaps not for the voters who had sent them there.

20 Recent, creative efforts in Bangladesh to address this challenge, and to safeguard the demands of the revolution through constitutional change also look to be in jeopardy. Following mass protests which forced the resignation of Prime Minister Sheikh Hasina in July 2024, a series of reform bodies were established during the transitional period, one of which was tasked with finding political consensus on a reform agenda. The resulting document—titled the "July Charter"—was released on October 25, 2025, and signed by 25 political parties, but with significant dissents and reservations to several key points. With reforms scheduled to be implemented by the parliament to be elected in February 2026, the transitional government sought to bind the parliament's hands by calling for a referendum on the "July Charter", whereby the people overwhelmingly approved a question asking them whether the parliament should implement the "July Charter" reforms. Nevertheless, once the Bangladesh Nationalist Party (BNP) won a sweeping landslide in elections, it wasted no time in asserting that the "July Charter" had no legally binding status, and it would be up to parliament (i.e. the BNP) to decide which reforms, if any, would be taken up.

21 This present a serious challenge in the light of the aforementioned distrust and disaffection of citizens in politics and political institutions—if citizens do not trust the public institutions meant to serve them, but also cannot change the institutions, what avenues for public frustration are left?

22 Secondly, a reflection on referendums. In my experience, I encounter two common misperceptions of constitutional referendums. The first is an assumption that a new constitution must be approved by referendum if it is to achieve enduring popular support and legitimacy. This is clearly not the case—a short list of prominent and long-lasting constitutions which were *not* approved by referendum but have achieved strong anchoring in public legitimacy includes Norway 1814, Netherlands 1815, the postwar constitutions of Germany, Japan, India and Italy, Brazil 1988, Colombia 1991, South Africa 1996 and Nepal 2015.

23 The second misperception is that there is something inherently unfeasible or even undemocratic about approving a constitution at referendum as it is a package of proposals for which the citizens only

get one vote, and should they be in favour of certain parts of the constitution, but a rejection of others, they cannot express these preferences. For example, this was a common critique of the recent "July Charter" referendum in Bangladesh. [17] While one might certainly argue, and argue convincingly, that in most constitutional referendums the voters do not read the text, and may not understand the details on which they are voting, the "single-purpose" criticism of constitutional referendums is mistaken in my view on two counts. Firstly, it is entirely expected that citizens may not be in favour of all the policies of a candidate for president or a political party at elections, [18] but we expect them to be able to weigh the pros and cons and vote accordingly for what is the best option which meets their preferences. The question before them at a constitutional referendum is between the new constitution and the *status quo*, not the draft constitution and their ideal constitution. In deciding between these two "packages" we should trust them to be able to make the same kind of judgment they make at elections. Secondly, many parts of the constitution are tied together as a holistic bundle. Voting for one part while rejecting another may undo the coherence of institutional design, as well as undoing a potentially significant political bargain upon which constitution making often depends. Thus voting on individual provisions would create perhaps more problems than it solves.

24 Thirdly, with regard to elections, with Kimana Zulueta-Fuelscher I have commentated elsewhere on the challenges and different modes of (s)electing constitution making bodies in fragile and conflict-affected settings, [19] and I have also written on the nature of elections as "upstream constraints" on constitution making in divided societies. [20] Here, I would like to mention one specific issue which recently arose in Chile.

25 In the Chile Constitutional Convention, one important innovation aimed at 'bringing the people in' was to allow independent candidates to run on lists, on an equal footing with political parties. This led to a large number (42 %) of the delegates being elected as independents, the vast majority of these on the left of the political spectrum and many who had run on one special interest. In speaking with colleagues who were working with some of the independents at the Convention, it was clear that many felt they were sent there for one

specific purpose (e.g. animal rights) and would vote for a constitution which protected this interest, and against a draft which did not. When asked about other critical issues—for example the powers of the president, decentralization or judicial independence—some explained that these issues were not their concern. This led to a somewhat unruly negotiation process, whereby "(m)ost independents were single-issue activists seeking to participate in the Convention as environmentalists, feminists, or traditionalists rather than as agents responsible for negotiating across multiple, complex dimensions". [21] In my view the experience of independent lists was perhaps a necessary product of the political context at the time in Chile, and one to learn from—but not repeat—in future processes.

26 Lastly, I touch only briefly here on the citizen "as author" as I have had no direct experience with such mechanisms as citizen assemblies, and the Ireland experience is covered elsewhere in this journal. [22] However, to the Irish experience I would add an interesting innovation from Mongolia where, under a 2017 Law on Deliberative Polling, a randomly-selected assembly of citizens must consider proposals, and can make proposals, for constitutional amendment to be placed before the parliament. This mechanism has been used twice, and both times was understood to be effective in either blocking amendment proposals, or suggesting amendment proposals. [23] While it may be too early to judge the effectiveness of this mechanism, it may be an important innovation in considerations of how to bring the citizens into politics with a view to preventing abusive constitutional amendments democratic backsliding, or "constitution unmaking" [24].

III. Public Consultations

27 Generally, when citizens, politicians or international advisors think about public participation in constitution making, they do not think about the roles and practices laid out above, they think primarily about public consultations. These may most often take the form of open townhall meetings (online or in-person); telephone/online/postal submissions or sectoral consultations, where the constitution-making body consults with a selected group (e.g. women, youth, business leaders, civil society leaders).

28 In many processes I have visited, these exercises are often not thoughtfully planned, with little clear strategy of how to engage ordinary citizens in a way which would make for meaningful consultation. If not carefully managed, in the best-case scenario, this results in a symbolic, box-ticking exercise, where the authorities can claim there was space for people to be heard. In other cases, the result can be delegitimization of the process as the public perceives the consultations as being superficial and unserious, or worse can result in polarization and conflict. [25] In this section I discuss some of the common weaknesses of these exercises, mainly because the means it is not matched to the ends, with some reflections on where how they can be improved, drawing on comparative good practice.

29 Firstly, town-hall meetings, which I would define as any meeting open to the public where views are heard and recorded by members of the constitution making body. These usually take the form of open, physical meetings around the country, often taking place in schools, municipal halls or open spaces, and recently increasingly also taking place online—for example the Ghana Constitution Review Committee and Barbados Constitution Review Commission both held "X-spaces" to engage thousands of youth citizens. [26]

30 As means to gather information, I have found such meetings regularly disappointing. Firstly, there is a self-selection bias in the citizens who attend. This not only means that the participants cannot be said to be a representative sample of the population, but also because those that 'self-select' are often from organized special interest groups which can sometimes lead to the degeneration of these meetings into shouting matches between opposing groups, rather than deliberative gatherings. The initial meetings of the Barbados Constitution Review Commission were dominated by LGBTIQ+ activists and conservative Christian groups who gave long speeches focused on the same issue, namely whether the Constitution should declare Christian values or whether it should recognize same-sex marriage. Indeed, some of the same individuals traveled to different consultations, repeating the same arguments and dominating the CRC's initial agenda. This experience is by no means limited to Barbados, and while this is certainly not to say that these groups did not have valid concerns and desires to contribute, that they should dominate the agenda was

counterproductive to the goal of understanding the general public sentiment.

31 Secondly, with little prior information or civic education, the general citizenry is often ill-prepared to discuss the constitution and propose changes. This not only decreases the value of the submissions, but it can also contribute to the spread of misinformation. Further, most submissions focus on perceived grievances with government, and often these shortcomings are not necessarily constitutional in nature. A memorable example from the Gambia came from a local farmer who complained to the Constitution Review Commission that he was no longer allowed to shoot hippopotamuses who were damaging his crops. It falls to the constitution making body to interpret these sentiments and determine how they might connect with the constitution, but as inputs are often contradictory and the list of complaints soon becomes very long, most do not feature in the constitution making body's recommendations.

32 Having said this, the advantage of town-hall meetings is that they are open to everyone, so all citizens know they have the opportunity to be heard. They also take the constitution making body around the country, rather than sitting in the capital city. This not only has a symbolic importance, it also helps raise the profile of the constitution making process in the consciousness of citizens, increasing the likelihood that they feel this is *their* process. Furthermore, from Fiji to the Gambia I have heard members of the constitution making body say that they learned a great deal about the state of their country by going to places they have never been to—and would never go to—in their lives.

33 Thus, town-hall consultations are by no means useless, but should be carefully planned to cater for their shortcomings, while maximizing their advantages. Barbados provides interesting insights here—after the first few meetings, the Constitution Review Commission changed its strategy in small but important ways: they produced an agenda for different meetings, so that one issue could not dominate all the discussions; they installed a large clock at the front of the room so that participants knew they had a limited time to speak in order to allow a larger plurality of contributions; and they brought independent experts to correct any glaring misinformation.

34 Another example of catering for the weakness of townhall meetings in terms of gathering information, while maximizing their communicative function, was in the Gambia. As village meetings would often be dominated by the voices of male heads of households, the Constitutional Review Commission (CRC), also sought to convene separate "focus group discussions" with women, youths, persons with disability in each locality. [27] They also accompanied the consultations with a broad communication plan—including a song, a music concert and an advance team which went ahead to each venue for consultations to receive the permission of local traditional leaders, and explain to the public what the process was for, and why it was important. At the very least, this gave more marginalized communities the opportunity to be heard in their own right, but also from what I witnessed, there ended up being clear links between these focus group discussions and the draft constitution produced by the CRC.

35 If townhall meetings are sub-optimal means of obtaining data/information during public consultations, what alternatives might be sought? From discussions with diverse constitution making bodies, sectoral consultations often arise as providing a targeted and informed forum for discussions. The disadvantage here is that they suffer from the Jenning "boundary problem" referred to above, in that the constitution making body must decide which sectors and which groups it will consult with. But if this is carefully and consultatively planned, and combined with open "townhall" meetings, sectoral consultations can be an invaluable form of bringing citizens' voices into the constitution making process.

36 On the issues that concern them, these groups are more likely to be informed to make prepared submissions, and the quality of information received by the constitution making body is likely to benefit as a consequence. Further, if the right sectoral leaders participate, this can greatly increase general public buy-in for the process, and the eventual constitution.

37 There are generally two different methods of sectoral consultations. One is to bring together a national convention, with delegates selected by different sectors. This has been common in Francophone Africa, as well as in examples such as the 2004 "Bomas Convention in

Kenya". Often consisting of thousands of participants, these can be unruly occasions, and of limited use in gathering reliable information. However, it is important to remind ourselves here that a democracy does not consist only of a multitude of individual voices. Democratic societies have always been made up of cross-cutting communities—from political parties to sports clubs, from church groups to trade unions. While these conventions may not be ideal for data gathering, having the leaders of these communities come together to discuss, debate and commit to a consensus deal can be a powerful means of donating societal ownership and legitimacy to the constitutional project.

38 The other form of sectoral consultation is to identify a particular sector or issue, and invite qualified individuals or groups to participate or make submissions. This was the approach taken recently in places such as Ghana [28] and Haiti [29], where—in the former in particular—the sectoral consultations were combined effectively with public "townhall" meetings, and consultations with state organs to generate a broad composite picture of the demands for change.

39 A third form of brining the people in through sectors is by having specific sectoral representation included in a constitutional reform commission itself, rather than it consisting solely of a group of experts. Thus, I have seen religious community leaders, trade unionists, business leaders, youth leaders, civil society representatives and many others included directly on relatively small constitution making bodies. Many of these had no prior experience or knowledge of constitutions, or even public law. Where organized well, and combined with the requisite expertise, however, these bodies can be effective ways to bring in the most important societal voices to the process.

40 Lastly, a major challenge with public consultations—in particular when conducted without careful planning—is they can be more detrimental than helpful in achieving objectives such as popular support and legitimacy for the constitutional project. [30] This occurs in particular when citizens feel they have been used to provide a veneer of inclusivity, but their opinions have not been listened to. There are three different approaches I have seen to thoughtfully

avoiding this trap, none of them remotely complicated, but all of them often ignored in many processes.

41 Firstly, many constitution-making bodies set out on public consultations without any system to gather, organize and analyze the data. The result is reams of paper, or terabytes of computer files, which are never considered in any systematic way. The benefit of having a team of data analysts on board from the start—as was the case in Kenya (both 2000-2004 and 2009-2010), Zimbabwe [31] (2013) and the Gambia (2019-2020) should not be underestimated.

42 Secondly, in its final report the constitution-making body should explain clearly how public submissions were considered, what the most common opinions were, and if they were not translated into recommendations, why this was. While consultation does not infer a duty to take all opinions on board, it should include a duty to listen and carefully consider, and demonstrating how this was done in a final report should be a regular practice. A good example is the final report of the Constitution of Kenya Review Commission of 2004, which not only included a specific chapter on "Owning the Process", explaining how the public were consulted, but also in each of its chapters containing recommendations, including a subsection with "What the People Said", before explaining how these views were incorporated or not in the final recommendations. [32]

43 Thirdly, the Constitutional Convention in Chile worked into its procedures a process for citizen initiatives whereby any petition—which had to include a concrete proposal, written in a particular format—achieved a certain number of signatures, it would be included and discussed in the agenda of the Convention. Again, there was no commitment that the proposal would be adopted, but citizens knew ahead of time how the procedure through which their submissions would be treated, and guaranteed to be considered and discussed in the constitution making body if it garnered sufficient public support.

44 None of these recommendations is particularly groundbreaking or innovative. Indeed, they all flow from the basic but fundamental principle of considering the purpose for public participation and adapting the most suitable means. Nevertheless, it is remarkable and

somewhat disheartening to see how many processes do not take this path.

IV. Conclusion

45 As stated at the outset, nearly all processes of constitution making in modern times utilize, or claim to utilize, some form of public participation. Thus, the practical consequences of the question of *whether* a process should be participatory seems to be redundant. As further detailed here, this participation can take up several different roles including the citizen as initiator, elector, advisor, author and approver. These roles can take different forms and often are combined in the same process.

46 One particularly visible and often-considered role is through public consultations. However, these are too often conducted without careful planning, and with little consideration of matching means and ends. I have sought to capture some practical considerations, drawn from recent comparative practice, as to where the relevant challenges were more considerately addressed.

47 I would end here with two general notes. Some critics of public participation have posited that, in the end, constitution making is actually dependent on an elite bargaining, and there is no constitution which is actually derived from the general will of the citizens. This may be true, to an extent, and thus the title of this paper (taken from the original talk upon which it is based), may be a utopian dream, as there is no possibility to actually let the citizens draft the constitution. However, I do believe that constitutional politics—like all politics—can be shaped and constrained by public pressure, and well-organized public participation can therefore shape, if not override, any eventual elite pact.

48 Secondly, given the number of recent constitution making processes which have been launched as a consequence of public pressure, but which have eventually stalled or failed,[33] more consideration needs to be given to alternative pathways for the citizen as 'initiator' role. If wholesale constitutional change is increasingly unlikely, what other means and processes might we conceive to meet the demands of the

increasing number of citizens who want to reimagine their political society?

NOTES

1 This paper is based on a talk given at the University of Bordeaux on October 9 and 10, 2025, at the symposium “Drafting a Constitution in the 21st Century”.

2 T. Paine, *Rights of Man*, London, Penguin Classics, 1984, pt. I.

3 Republic of Kazakhstan, “Regarding the New Draft Constitution of the Republic of Kazakhstan”, Astana, Government of Kazakhstan, 2026, online: < https://www.gov.kz/memleket/entities/mfa-skopje/press/news/details/1156921 >, accessed on April 1, 2026; “President Mahmoud Abbas receives draft of Palestine’s Interim Constitution”, WAFA News Agency, 2026, online: < https://english.wafa.ps/Pages/Details/167137 > accessed on March 24, 2026.

4 E. C. Houlihan and S. Bisarya, *Practical Considerations for Public Participation in Constitution-Building: What, When, How and Why?*, Stockholm, International IDEA, 2021.

5 For a summary of these arguments, divided into normative and sociological reasons, see A. Sethi, “Reassessing Public Participation in Constitution-Making Processes”, *Díkaion*, nº 32, 2023, p. 1.

6 K. Samuels, “Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making”, *Chicago Journal of International Law*, nº 6, 2006, p. 663.

7 T. A. Eisenstadt, A. C. LeVan and T. Maboudi, *Constituents before Assembly: Participation, Deliberation, and Representation in the Crafting of New Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

8 D. C. Moehler, *Distrusting Democrats: Outcomes of Participation in Uganda’s Constitution-Making*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

9 J. Bologna Pavlik and A. T. Young, “Public Participation and Constitutional Compliance”, *American Journal of Political Science*, nº 70, issue 2, 2025, p. 1-18.

10 E.g. see A. Saati, *The Participation Myth: Outcomes of Participatory Constitution Building Processes on Democracy*, PhD thesis, Umeå, Umeå

University, 2015; D. L. Horowitz, “Constitution-Making: A Process Filled with Constraint”, *Review of Constitutional Studies*, no 12, 2006, p. 1-17; G. Negretto, “Constitution-making and Liberal Democracy: The Role of Citizens and Representative Elites”, *International Journal of Constitutional Law*, nº 18, 2020, p. 206.

11 A. Sethi, “Reassessing Public Participation in Constitution-Making Processes”, *op. cit.*, p. 12-16.

12 Sir I. W. Jennings, *The Approach to Self-Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, p. 56.

13 OECD, *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions: Catching the Deliberative Wave*, Paris, OECD Publishing, 2020.

14 E. C. Houlihan and S. Bisarya, *Practical Considerations for Public Participation in Constitution-Building: What, When, How and Why?*, *op. cit.*

15 V. Orri Valgarðsson *et alii*, “A Crisis of Political Trust? Global Trends in Institutional Trust from 1958 to 2019”, British Journal of Political Science, 2024; M. Prats, S. Smid and M. Ferrin, “Lack of Trust in Institutions and Political Engagement”, *OECD Working Papers on Public Governance*, nº 75, 2024.

16 A. Bayat, *Revolution without Revolutionaries: Making Sense of the Arab Spring*, Redwood City, Stanford University Press, 2017.

17 “Why is Bangladesh holding a national referendum alongside its general election?”, *Reuters*, 11 February 11, 2026.

18 Termed “electoral extortion” by R. Gargarella in *The Law as a Conversation among Equals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, ch 8.

19 K. Zulueta-Fülscher and S. Bisarya, “(S)electing Constitution-Making Bodies in Fragile and Conflict-Affected Settings”, *International IDEA Policy Paper*, nº 16, 2018.

20 S. Bisarya, “Forces and mechanisms in plurinational constitution-building in South Asia” in B. Sumit, M. Crouch, K. Dobias, A. Dziedzic, T. Ginsburg, K. Opalo, W. Partlett, C. Saunders, *Annual Review of Constitution-Building Processes: 2015*, Stockholm, International IDEA, 2015.

21 G. Larraín, G. Negretto and S. Voigt, “How Not to Write a Constitution: Lessons from Chile”, *Public Choice*, nº 194, 2023, p. 233–247

22 Cf David Farrell paper on this issue, “Ireland: Back to the deliberative drawing board?”

23 S. Lee, *Deliberative Polling on Constitutional Reform in Mongolia*, Berlin, Democracy Reporting International, 2024, online: < https://democracyrd.org/wp-content/uploads/2024/08/PDF-Guia3-Case-Studies-1-Mongolia.pdf > accessed on April 2, 2026.

24 S. Bisarya and M. Rogers, “Constitution Making and Unmaking in a Democratic Recession”, in D. Landau and H. Lerner (eds), *Comparative Constitution Making*, Cheltenham, Elgar Publishing, forthcoming.

25 K. Samuels, “Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making”, *op. cit.*

26 See Report of the Ghana Constitution Review Committee 2026 (on file with author), and Barbados Constitution Review Commission, “Final Report”, 2022, online: < CRC+Report+2410v7+ONLINE.pdf > accessed on March 21, 2026.

27 The Gambia Constitutional Review Commission, “Report of the Constitutional Review Committee on the Draft Constitution for the Third Republic of the Gambia”, 2020, online: < https://constitutionnet.org/vl/item/gambia-final-report-constitutional-reform-commission-2020 > accessed on March 30, 2026.

28 Report of the Ghana Constitution Review Committee, 2026.

29 Workplan of the Comité Consultatif Independant (2020) On file with author.

30 A. Sethi, “Reassessing Public Participation in Constitution-Making Processes”, *op. cit.*

31 The Zimbabwe process actually used the same data analyst who had assisted the processes in Kenya.

32 Constitution of Kenya Review Commission, “Final Report of the Constitution of Kenya Review Commission”, 2004, online: < https://peacemaker.un.org/sites/default/files/document/files/2022/07/keckrcfinalreportckrc2005.pdf >, accessed on April 1, 2026.

33 K. Zulueta-Fülscher, *How Constitution-making Fails and What We Can Learn from It*, Stockholm, International IDEA, 2023.

ABSTRACTS

English

This paper examines how citizens can meaningfully participate in constitution-making processes, drawing on the author's experience as a constitutional advisor across four continents. The author identifies five roles citizens can play: initiators, electors, contributors/advisors, authors, and approvers. While public participation has become a global norm, the author critically assesses common methods—particularly town-hall meetings and public consultations—highlighting challenges such as self-selection bias, lack of representativeness, insufficient civic education, and the dominance of special interest groups. Drawing on experiences from Chile, the Gambia, Barbados, and Kenya, he offers practical recommendations: systematic data collection, sectoral consultations combined with open meetings, clear reporting on how submissions were considered, and citizen initiative mechanisms. He concludes that while elite bargaining ultimately shapes constitutions, well-organized participation can constrain and influence these negotiations.

Français

Cet article examine comment les citoyens peuvent participer de manière significative aux processus constituants, s'appuyant sur l'expérience de l'auteur comme conseiller constitutionnel sur quatre continents. L'auteur identifie cinq rôles possibles pour les citoyens : initiateurs, électeurs, contributeurs/conseillers, auteurs et approbateurs. Bien que la participation publique soit devenue une norme mondiale, l'auteur évalue de manière critique les méthodes courantes – notamment les réunions publiques et consultations – soulignant les biais d'auto-sélection, le manque de représentativité, l'insuffisance de l'éducation civique et la domination des groupes d'intérêts. S'appuyant sur les expériences du Chili, de la Gambie, de la Barbade et du Kenya, il propose des recommandations pratiques : collecte systématique des données, consultations sectorielles combinées aux réunions ouvertes, et mécanismes d'initiatives citoyennes. L'auteur conclut que si les négociations entre élites façonnent les constitutions, une participation bien organisée peut les influencer.

INDEX

Mots-clés

participation publique, élaboration constitutionnelle, consultations citoyennes, démocratie délibérative, assemblée constituante, engagement civique, réforme constitutionnelle, constitutionnalisme comparé

Keywords
public participation, constitution-making, citizen consultations, deliberative democracy, constituent assembly, civic engagement, constitutional reform, comparative constitutionalism

AUTHOR

Sumit Bisarya
Sumit Bisarya is the Head of Constitutional Governance and Rule of Law at International IDEA
IDREF : https://www.idref.fr/26720924X

Experience of the Citizens' Assemblies in Ireland

Referendums and Citizens' Assemblies in Ireland: Happy Coupling for the Constitutional Drafting Process?

Marie-Luce Paris

DOI : 10.35562/droit-public-compare.1018

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Introduction
1. Preliminary considerations: Alternative constitutional amendment means
2. The referendum: The indispensable half in the couple
   2.1. Facts and figures about Irish referendums
   2.2. The legal framework of the referendum process
   2.3. Citizen participation and the limits of referendums
3. Citizens' assemblies: The new dynamic in the couple
   3.1. The success of deliberative democracy in Ireland
   3.2. The problem with citizens' assemblies
Conclusion

TEXT

Introduction

1 The Irish Constitution (*Bunreacht na hÉireann*) is an old constitution. Drafted and approved by the Irish people in July 1937, it came into effect in December 1937. It is the longest serving republican constitution in Europe. [1] When adopted in the first half of the previous century, it asserted Ireland's status as an independent and sovereign nation. Novel provisions changed the nature of the state including the fact this constitution can only be amended by the people. Ireland is thus part of this small group of countries, such as Australia, Austria and Switzerland, for instance, [2] where a referendum is required for constitutional change.

2 Even though referendums represent “a very difficult and controversial democratic process”, [3] many have been held to amend the Irish Constitution throughout its nearly 90-year of existence. Up to March 2026, 43 constitutional referendums have been held—which is almost one referendum every two years since 1937—of which 31 resulted in amendments. This represents a 72 % of “success” rate. In the period from 1972 to 2025 inclusive, there were more votes cast at referendums (approx. 55 million votes cast in 43 referendums) than at general elections (approx. 27.6 million votes cast in 15 general elections). For those positive referendums, these have resulted in constitutional amendments as regards many topics. Referendums on, mostly European, treaties and agreements, and referendums on the domestic political process top the numbers. [4] Such variety and frequency of constitutional changes may suggest two contradictory ideas: firstly, that the Irish Constitution is no longer fit for purpose and that it should, perhaps, be completely redrafted; secondly, and on the contrary, that the Irish Constitution can keep being modified (i.e., some provisions revised or redrafted) to overcome, without a complete overhaul, the challenges of changing times under current processes. The second position might be the more plausible one especially since the Irish experience of constitution-making has been dynamised, in the last few years, by recourse to deliberative democracy processes. [5] Half a dozen of citizens’ assemblies has been held in the last decade or so, from the 2012-2014 Convention on the Constitution [6] to the 2023 Citizens’ Assembly on Drug Use. These experiences have resulted in major constitutional changes such as the legalisation of same-sex marriage following the 2012-2014 Convention on the Constitution, and the legalisation of abortion following the 2016-2018 Citizens’ Assembly. [7] Citizen participation, achieved through the coupling of deliberative democracy (deliberative mini publics) and direct democracy (referendums), has indeed emerged as a defining feature of Ireland’s approach to constitutional drafting.

3 However, the Irish experience is less straightforward than it seems. It cannot be reduced to successful and steadily paced referendums informed by the deliberative input from citizens’ assemblies. Besides, there are other ways to amend the Irish Constitution, such as through advocacy and strategic litigation. While certainly

paradigmatic, the Irish approach of combining referendums with citizens' assemblies has also exposed notable limitations. The decisive rejection of the double referendum held on 8 March 2024 illustrates this point. [8] The Irish voters not only opposed proposed constitutional changes—relating to the definition of the family and references to the woman's role in the home—but also effectively dismissed the recommendations of the 2019-2021 Citizens' Assembly on Gender Equality, which had informed the proposals put to the electorate, perhaps signalling the end of a successful coupling between the two processes.

4 The aim of this article is to revisit key aspects of the Irish experience by highlighting the limitations of referendums and citizen's assemblies. From this emerges a more nuanced account of popular participation in constitution-making. The article is divided into four parts. The first provides an overview of alternative processes for amending the Irish Constitution beyond referendums and citizens' assemblies. The second and third parts examine, respectively, referendums and deliberative mini-publics, focusing on their limitations. The final part ends on a more positive note by outlining a possible scenario for constitutional amendment under the current process, before concluding.

1. Preliminary considerations: Alternative constitutional amendment means

5 Other means of law reform exist in Ireland, primarily relating to legislative changes, though they may also involve amendments to the Constitution. Firstly, exploratory policy documents such as green and white papers, [9] as well as reports and consultation papers from the Law Reform Commission allow for public consultation in different forms and at various stages. [10] For instance, the 2013 Green Paper and 2015 White Paper on Defence initiated and shaped, respectively, policy in a major area where no policy review had been made in a long time. [11] The former started a broad consultative process that, in turn, informed the latter which was also shaped by "an extensive consultative process" with input from the public in the form of

written submissions, follow-on meetings with selected authors of those submissions and the setting up of various expert groups to refine the advice given to the Department of Defence. The 2015 White Paper set out a long-term framework for defence policy to around 2025 and continues to underpin subsequent reviews and updates. [12] Law Reform Commissions are typically found in common law countries. The Irish Law Reform Commission [13] aims to keep the law under review, that is to change, codify or consolidate it, as appropriate. Public consultation, allowed at various points in the reform process, from the first stage in the discussion to after the publication of the report by the Commission, is indeed "central to the work of the [Commission] (…) being neither an example of direct democracy nor deliberative democracy but [aiming to] capture public sentiment on the issues that the Law Reform Commission considers". [14] Despite allowing for some level of democratic participation in law reform, these mechanisms do not primary concern constitutional change.

6 Secondly, court mechanisms, especially through judicial review claims, represent another mechanism of law reform. These directly interest constitutional changes when challenging the validity of legislation, acts of the executive, or administrative decisions that applicants believe infringe upon their constitutional rights. In that (limited) sense, constitutional review can operate as a vital mechanism of democratic empowerment, albeit one which is outside of a constitutional reform process *per se*. Most constitutional challenges have arisen within ordinary litigation under Article 34 of the Constitution, [15] resulting in hundreds of notable cases that have had an impact on constitutional provisions and have shaped individual rights, including cases related to privacy, equality, and freedom of expression. [16] On example is the *Norris* litigation when homosexuality was decriminalised in Ireland. The *Norris* case contributed to a change in public opinion regarding LGBT people and, years later, assisted in another case—the *Zappone* case where the High Court refused to recognise a same-sex marriage that was contracted in Canada—to pave the way for the overwhelming support in the referendum on marriage equality in May 2015. [17]

7 These formal means would not work properly if it was not for a strong culture of advocacy and activism in Ireland. Such activism and

advocacy take different forms including “signing petitions, attending public meetings, letter writing, protect and formal lobbying of politicians in an attempt to change the law [including constitutional law]”.[18] Within this, strategic litigation plays a significant part. Citizens can use judicial claims to bring carefully selected cases to court to provoke a change by raising awareness, in the media and in the population, most of the time in the legislation but also possibly a change in the interpretation of the Constitution.

8 These alternative, or complementary, means of law reform, as reflections of a particular political culture, should not be overlooked when considering citizen’s participation in the context of constitutional reform process in referendums and within citizens assemblies.

2. The referendum: The indispensable half in the couple

9 Citizens participate directly in constitutional changes through referendums that give them, as a method of direct democracy, a voice by “aggregating individual expressions of opinion”.[19] The singularity of the Irish case is that it makes such citizens’ involvement indispensable since, under Article 46 of the Constitution, any constitutional amendment requires the approval of the people in a referendum.[20] This sets Ireland apart from other jurisdictions where the referendum is an option when it comes to amending the constitution (e.g., France under Article 89 of the Constitution, Chile under Articles 128 and 129 of the Constitution)[21] or where no referendum is required to amend the constitution (e.g., Iceland under Article 79 of the Constitution).[22] This section explores the central role of referendums in Ireland’s constitutional system, outlining key facts and figures, their legal framework and limitations as regards citizens’ involvement.

2.1. Facts and figures about Irish referendums

10 Not going as far as saying that Ireland is "governed by referendum", it is right to say that such instrument has acquired a major role "as a means of making political decisions". [23] As mentioned in the introduction, this is not only their frequency but also the range of areas in which referendums have been proposed and passed over the years that give the extent of the practice. Since the accession of Ireland to the then European Communities, a total of ten referendums were approved concerning European Union treaties, albeit not without difficulties for the 2001 Treaty of Nice (October 2002, Twenty-Sixth Amendment) and the 2007 Treaty of Lisbon (October 2009, Twenty-Eighth Amendment). [24]

11 Aside from EU treaties, a significant referendum was held in May 1998 on the British-Irish Agreement (the Good Friday Agreement). Concerned with removing the Republic's territorial claim over Northern Ireland, it was approved by an overwhelming majority of the Irish electorate. [25] Referendums about the confidentiality of government meetings (October 1997, Seventeenth Amendment), the abolition of the *Seanad Éireann* (October 2013, Thirty-Second Amendment, rejected), the age of the presidential candidate (May 2015, Thirty-Fifth Amendment, rejected), as well as several referendums about voting, especially about the proportional representation by the single transferable vote (or PR-STV) system, constitute the bulk of the more than ten referendums concerning the Irish political process. Another string of referendums has concerned court-related matters such as the referendum on the establishment of the Court of Appeal (October 2013, Thirty-Third Amendment), and the referendum allowing the ratification of the Rome Statute establishing the International Criminal Court (June 2001, Twenty-Third Amendment). Referendums on moral and societal issues have certainly been the most emblematic ones, including the six referendums on abortion which was a divisive issue until its legalisation in the May 2018 referendum. The most common societal issue has been, however, about families, "their form, rights and duties within them, and their dissolution". [26] Other miscellaneous issues

such as the removal of the special position of the Catholic Church (May 1972, Fifth Amendment), the abolition of the death penalty (June 2001, Twenty-First Amendment) and the removal of the offence of blasphemy (October 2018, Twenty-Seventh Amendment), complete the list.

2.2. The legal framework of the referendum process

12 Article 46 (the amending provision) and Article 47 (the referendum provision stricto sensu) of the Irish Constitution govern the referendum process. This is complemented by law, namely a series of statutes passed between 1994 and 2001 (Referendum Acts 1994–2001), and judicial decisions, that regulate how constitutional referendums are conducted. This body of legislation and cases set out rules in various matters, such as campaign funding, advertising, broadcasting, and the role of the state during referendum campaigns. Additionally, a series of recommendations about the organisation of referendums were made by the 2016-2018 Citizens' Assembly. The Assembly proposed, by a significant majority (98 %), that government should regulate spending and establish spending limits in campaigns, as well as should ban anonymous donations (72 %) and fund both sides of a referendum campaign to an equal extent (68 %). [27]

13 A constitutional referendum must be initiated, approved, voted upon, and eventually acted upon—hence several stages in the process. Firstly, every proposal for amending the Irish Constitution is initiated as a bill setting out the wording of the proposed amendment introduced in the *Dáil Eireann* (the lower house of Parliament). Although the bill may originate from the government, or from a member of the *Oireachtas* as a private member's bill, the executive's control of the legislature, means that the government effectively initiates the referendum proposal. Secondly, both the *Dáil Éireann* and the *Seanad Éireann* (the upper house of Parliament) must pass the bill and agree to put the specific proposal to the people. The Houses of the *Oireachtas* (the Irish Parliament) do not vote on the substance of the proposal but only decide whether to put the matter to the referendum. Once approved by the *Oireachtas*, the government makes an order specifying the polling day for the

referendum. Once the referendum campaign begins, the Electoral Commission (*An Coimisiún Toghcháin*) [28] provides impartial and unbiased information on the referendum proposal. This takes the form of statements on the main issues involved, statements that are subsequently disseminated to the public, through television, radio and other forms of media, with a view to encourage people to vote. Thirdly, the bill—formally titled "An Act to amend the Constitution" [29] —must be put to the Irish people within 30 days and 90 days following its vote by Parliament. All Irish citizens of voting age, who are resident and registered to vote, are entitled to vote in the national referendum. If the outcome is a "No" vote, the proposal fails and the process ends. [30] If a simple majority votes "Yes", the constitutional amendment is approved. In practical terms, a provisional certificate is published in the State Gazette (*Iris Oifigiúl*). If no petition challenging the result is lodged with the High Court within seven days of such publication, the certificate becomes final. The President of Ireland may then sign the amendment into law "… upon his or her being satisfied that the provisions of [Article 46] have been complied with." The Constitution is thereby duly amended.

2.3. Citizen participation and the limits of referendums

14 Referendums are widely recognised as democratic instruments that carry significant political risk. [31] They often oversimplify complex constitutional issues into binary choices and tend to polarise debates. This comes from flaws observed at both ends of those involved in the process, from citizens to political actors. Voters often lack detailed knowledge of the issues at stake due to persistent informational deficits despite the presence of institutional supports such as the Referendum Commission; at the other end, such deficit allows political elites to shape referendum outcomes through strategic framing, wording, and timing. Referendums also carry the inherent risk of majoritarian dominance as they allow a simple majority to determine outcomes that may affect minority rights.

15 Still, referendums, as instruments of direct democracy, empower Irish citizens in constitutional reform processes. However, this is *per se* "a narrow moment" of democratic participation. The

empowering factors can be found at multiple stages of the Irish referendum process. Firstly, the scope of the referendum is large since any constitutional matter can be amended. In a series of cases from the late 1980s, [32] the Supreme Court affirmed the supremacy of popular sovereignty by referendum as a key principle of the Constitution. If there are, in theory, no limits to the people's right to amend the Constitution by way of referendum, this means Ireland could legally abolish fundamental rights and judicial review, for example, although it would obviously be a no-go in political terms. In that sense, Ireland represents one of the most extreme examples of total constitutional amendability. [33] The Irish case resembles the Icelandic case whose constitution does not contain any provisions that are explicitly unamendable. However, as opposed to Ireland, constitutional amendments are hard under Icelandic constitutional law because of a very demanding amendment procedure which is also the case for the constitutions of the Netherlands, Belgium and the Nordic Countries (i.e., Denmark, Sweden, Norway and Finland), for instance. The Irish case contrasts with other jurisdictions whose constitutions contain material limitations on constitutional amendments such as France (Article 89 concerning the republican form of government), Italy (Article 139 concerning the republican structure of government), Germany (Article 7 concerning the federal form of government, the inviolability of human dignity and the protection of human rights), and Portugal (Article 290 concerning the republican form of government, the separation of church and state, the protection rights and freedoms, and the independence of the courts). Further, any constitutional amendment, no matter how minor or technical, requires approval in a referendum under Irish law.

16 Secondly, the requirements for the referendum vote are quite open. No minimum turnout, or any other threshold, is required, and a simple majority vote (i.e., more than 50 % of the votes cast) is sufficient for the amendment to pass. [34] Three referendums passed with a turnout lower than 35 %, namely the Sixth Amendment of the Constitution on orders made by the Adoption Board (July 1979, around 28.6 % turnout) and, on the same day, the Seventh Amendment on how certain university graduates elected members to *Seanad Éireann* (same), as well as the Twenty-First Amendment on

the prohibition of the death penalty (June 2001, turnout at about 34 %).

17 Thirdly, although no judicial review of the contents of a bill to amend the Constitution is allowed, [35] and an approved amendment approved by the voters is immune from challenge in the courts, there have been instances of such challenges at the initiative of citizens as constitutional litigants. [36] These judicial challenges have essentially dealt with the issue of government funding and of information provided to the public during the referendum campaign. While the courts have understandably been reluctant to interfere with the democratic process, [37] they have attempted to clarify what the government can and cannot do in the referendum context. Consequently, the government cannot be one-sided in a referendum campaign by publishing official information materials explaining the referendum in a non-neutral manner (i.e., advocating a "Yes" vote). This was held as unfair in a referendum. [38] On that occasion, Chief Justice Hamilton put significant emphasis on the democratic process involved:

> Once the Bill has been submitted for the decision of the People, the People were and are entitled to reach their decision in a free and *democratic manner* [our emphasis].

> The use by the Government of public funds to fund a campaign designed to influence the voters in favour of a "Yes" vote is an interference with the democratic process and the constitutional process for the amendment of the Constitution and infringes the concept of equality which is fundamental to the democratic nature of the State. [39]

18 However, also recognising that neutrality is difficult to achieve in such a context, since no referendum can be put to the people without the political support of the government, the courts later acknowledged that members of government could support referendum proposals in their private capacity or as members of government or political parties provided it stopped short of direct public expenditure to support one side—in other words, it is ok to take side in the referendum campaign but not with public money. [40]

19 Ireland has been widely viewed as a positive model of citizen involvement in referendums for approximately forty years, a trend that has been notably reinforced by the recent use of deliberative mini-publics in constitutional reform. On many occasions, Irish citizens have been, through their binding vote, the ultimate decision-makers on constitutional matters. However, the extent of their direct involvement stops here. Even though public discourse, lobbying and deliberative mini publics can influence political agendas, citizens do not initiate the referendum process. Other jurisdictions have explored extending the right of initiative of the referendum to involve citizens more directly. In France, for instance, if the option of a referendum at the initiative of the citizens (*référendum d'initiative citoyenne*), including for constitutional matters, has gone nowhere, [41] the possibility of a referendum called by a mix of parliamentarians (one-fifth of Parliament members) and citizens (one-tenth of the registered electorate) has been inscribed in the constitution since 2008 under the referendum of shared initiative (*référendum d'initiative partagée*) provision, albeit never used. [42] Such provision is somehow irrelevant in the Irish context given that the government *has* to consult the people on constitutional changes, thus conferring an automaticity to the constitutional referendum. Apart from having no part in initiating it, Irish citizens do not draft referendum proposals either even though, again, the recommendations of citizens' assemblies may influence their wording. The drafting process of the amendment bill [43] is done by Attorney's General Office, the legal adviser to the government. During this highly technical part of the referendum process, the Office [44] ensures that the wording is legally sound and consistent with the rest of the constitution, that it is unambiguous so that the courts can interpret it clearly in future; and limited to what is necessary to achieve the proposed change. In other words, the focus is on whether the phrasing of the amendment bill can withstand constitutional litigation. [45]

20 However, what has raised concern about the empowerment of citizens in the constitutional drafting process is the apparent erosion of a "referendum culture" in Ireland. [46] This interesting perspective taken by Kenny presupposes to look at the referendum through a more socio (cultural)-legal, rather than purely constitutional, lens.

Such “referendum culture” deems to exist thanks to the generally enticing and flexible environment surrounding the referendum process in Ireland, articulated around four major components: firstly, the no nonsensical approach to referendums adopted by Irish people who can display “a healthy scepticism of government proposals and vague referendum questions”; secondly, their equally sensible “ability to separate primary preferences about constitutional change from secondary preferences about likely subsequent legislative outcomes”; thirdly, a rather good “control of misinformation despite a lack of formal rules”; supported by, fourthly, “a robust role for civil society and citizen engagement to help limit elite dominance of the [referendum] process”,[47] hence the importance of highlighting the culture of activism and advocacy from the outset.

21 According to Kenny, such culture cannot be taken for granted. Because of its functional nature which is so dependent on the frequency of referendums (i.e., less referendum experience, less cultural solidification), this referendum culture is prone to disruption by various contingencies. This is different from saying that the referendum process is not perfect *per se* as indeed many referendums have had deep problems.[48] What is meant here is that “[t]here is no guarantee that such a [referendum] culture will not be radically disrupted or undermined at any point.”[49] And this point in time may have happened with the failed referendum of 2024. The double referendum, held on 8th March 2024, was about the expansion of the constitutional definition of the Family to include non-married families, on the one hand, and on the replacement of a long-controversial provision on the role of women and mothers within the home with a provision recognising the importance of care, on the other hand. Whatever the narrative was—either that, in this precise case, the proposals were badly drafted, badly argued and badly rejected as a rebuke of elite dominance or, more broadly, that the erosion of “a healthy referendum culture” was already under way[50]—Irish politicians will certainly think twice before using the referendum again. This is not necessarily disastrous *per se*. From an outsider’s perspective, it will probably change the perception—often tainted with a mix of admirative and intrigued sentiment—that other jurisdictions hold toward the Irish case; the decreasing use of referendums will arguably set aside Ireland as a *modèle du genre*.

Internally, it will signify that Ireland has reached a new stage in its political practice of direct democracy, coming to the realisation that things cannot perdure unless there is a strong need for constitutional change.

22 A related problematic question would be about the connection between the referendum process and the use of deliberative mini publics. In that regard, would the erosion of the former consequently reshape the role and relevance of the latter, thus weakening the dynamics of the couple referendums-citizens' assemblies in constitutional change?

3. Citizens' assemblies: The new dynamic in the couple

23 Deliberative mini publics have proven effective in recent years in empowering citizens in constitutional reform, thus making citizens' assemblies as the other dynamic half of this coupling in democratic practice. As an instrument of deliberative democracy, citizens' assemblies bring together randomly selected citizens to deliberate on issues of major national importance. Through the adoption of recommendations, they propose constitutional reforms and other policy responses. Here again, the Irish case is singular. Ireland not only has extensive experience with citizens' assemblies—having convened around half a dozen, from the 2012-2014 Convention on the Constitution to the 2023 Citizens' Assembly on Drug Use—but this experience has also resulted in major constitutional changes, including the legalisation of same-sex marriage and of abortion.

24 However, although citizens' participation in deliberative democracy has largely been successful, the process has not been without flaws and shortcomings.

3.1. The success of deliberative democracy in Ireland

25 The first two citizens' assemblies, namely the 2012-2014 Convention on the Constitution and the 2016-2018 Citizens' Assembly, were undoubtedly the most influential ones. They played a pivotal role in

shaping the debates that led to the Marriage Equality referendum legalising same-sex marriage in 2015, and the Repeal of the Eighth Amendment referendum legalising abortion in 2018. In this context, citizens' empowerment operated on three levels: direct participation, policy influence, and enhanced democratic legitimacy. Through sustained engagement with sensitive issues, ordinary citizens contributed, through their recommendations, not only to shaping policy but also to the process of constitutional drafting. This participatory dynamic conferred a strong popular mandate on the resulting reforms, grounding them in informed public opinion.

26 Instead of rehashing what has been presented elsewhere about these two assemblies, [51] a few pointers are given about the overall experience. Firstly, the experience of deliberative democracy in Ireland points towards the ambitious perspective that was taken from the start. Building on a limited previous informal experience that took place in a particularly difficult context (i.e., 2011 We the Citizens Assembly, in the aftermath of the economic crisis), [52] deliberative democracy was envisaged at national—and not local or regional—level, and for a multiplicity of topics. The first two assemblies were given a fairly broad mandate. The 2012-2014 Convention on the Constitution was entrusted with no fewer than eight topics, all with constitutional implications. These issues included reducing the presidential term, lowering the voting age, reforming the electoral system of the *Dáil Éireann*, granting voting rights to Irish expatriates, removing the constitutional provision on blasphemy, revising constitutional provisions regarding women's roles in the home and their participation in public life, and, of course, introducing same-sex marriage. The 2016 Citizens' Assembly had participants debate five topics, not all however with constitutional implications. These concerned institutional aspects (such as the length of parliamentary terms and the referendum procedure), a number of challenges in specific areas (such as the challenges related to an aging population and those related to climate change), and, of course, the amendment of the Eighth Amendment to the Constitution on abortion.

27 Secondly, various formats and working rules were tested, choices and improvements were made, without, so it seemed, too much apprehension towards trial and error. For instance, while there was initially a sense of bias due to the presence of political members

within the 2012-2014 Convention on the Constitution, it eventually seemed that the "mixed" composition did not allow politicians to exert undue influence on ordinary citizens. The mixed format was not repeated though, and the government subsequently opted for assemblies composed exclusively of ordinary citizens. In terms of improvements, the sortition process was refined, whether it was to change the company hired for that purpose in order to use a more elaborate process (starting from the 2019-2021 Citizens' Assembly on Gender Equality), or to open the selection criteria to ensure better representation (e.g., the inclusion of any adult citizen residing in Ireland from the 2022-2023 Citizens' Assembly on Biodiversity Loss). Similarly, governance structures and rules were fixed resulting in a now classic model of assembly, comprising a steering committee, an expert advisory group, and a secretariat assisting the chairperson. Apart from the ongoing consolidation of working rules, [53] improvements have included, for example, from the 2019-2021 Citizens' Assembly on Gender Equality, the involvement of independent researchers in charge of compiling and analysing the contributions received from the public and, generally, examining the effectiveness of the deliberative function. The consolidation of these rules and structures, together with a lengthy experience, have been undoubtedly an element of success, positioning Ireland as a specialist of coherently designed and efficient deliberative instruments.

28 Thirdly, and most of all, the success is measured by output, that is by the follow-up of the recommendations made by the citizens assemblies. [54] As said above, the 2012-2014 Convention on the Constitution and the 2016-2018 Citizens' Assembly were emblematic in that regard. The former recommended amending the Constitution to allow marriage equality which 62.1 % of voters approved in the May 2015 referendum, making Ireland the first country to legalise same-sex marriage through a popular vote. The latter recommended the repeal of the Eighth Amendment of the Constitution—that recognised the equal right to life of the pregnant woman and the unborn—which was approved by 66.4 % of voters in the May 2018 referendum, which subsequently led to the enactment of legislation permitting abortion services in Ireland. Both assemblies have enshrined the deliberative practice in the Irish political landscape by consolidating a follow-up process that has been roughly the same

since. Under this process, the assembly's report, which contains its recommendations, is submitted to the *Oireachtas*. The *Oireachtas* may then convene a debate and, where appropriate, vote to establish a joint parliamentary committee to consider whether, and how, to act on those recommendations. The committee then submits its own report to the *Oireachtas*, which transmits it to the government. The government, in turn, determines the appropriate moment to follow suit on the committee's recommendations. A key aspect is the way the deliberative mini public has allowed some original ways to play out in political practice. The 2016-2018 Citizens' Assembly is emblematic in that regard having established a sort of democratic continuum between the assembly's work and that of the national representation during the vote on abortion legislation. Such continuum was manifested by the recommendation proposing a 12-week period to allow abortion, proposal which eventually made its way to the *Oireachtas*, the Joint Committee on the Eighth Amendment to the Constitution and the government in the final draft bill. In this instance, the Citizens' Assembly clearly had a decisive influence on subsequent reform by introducing the 12-week period—an issue that the *Oireachtas* had not previously anticipated—into the political agenda. Scholars have argued that, through deliberate institutional design ("designed coupling"), [55] the 2016-2018 Assembly had a substantial impact on the outcome eventually adopted in Irish law. In other words, it was possible to identify a traceable connection between citizen input and legislative output in relation to the Eighth Amendment (abortion) referendum because the Citizens' Assembly's recommendations were taken up by the Joint *Oireachtas* Committee, which helped draft the proposals that were later put to the people. [56]

29 The solid foundation established by this initial experience paved the way for further experiments in deliberative democracy. Subsequent citizens' assemblies were thematic rather than generalist, having had to address one issue, or one area, only. Such change in approach was probably due to the difficulty of mobilising a group of citizens over a long period of time and on a variety of topics. At the same time, constitutional reform has become less prominent, as none of these later assemblies have resulted in a successful referendum. This was particularly evident in the failure of the 2024 double referendum, despite being informed by the noteworthy recommendations of

the 2019-2021 Citizens' Assembly on Gender Equality, including the proposed removal of the reference to "housewives" from the Constitution. Nevertheless, these assemblies have continued to advance deliberative democratic practices and have contributed to significant legislative developments beyond constitutional change, particularly in areas such as gender equality and climate action. However, these achievements have not eliminated persistent criticisms of citizens' assemblies.

3.2. The problem with citizens' assemblies

30 Citizens' assemblies face persistent criticism, particularly concerning their representativeness, effectiveness, and overall legitimacy. Various problems can be identified in that respect.

31 The first problem is that, although part and parcel of recent constitutional reform processes, the experience of deliberative democracy in Ireland has fallen short of a "legal systematisation". [57] Legal issues about the decision to establish citizens' assemblies, about their nature as public bodies, and about the nature of their rules of governance and of the acts they adopt, have not been clarified. [58] Citizens' assemblies have emerged outside any formal institutional framework and, so far, none has been established on a statutory or legal basis. [59] It is essentially a government decision, albeit with parliamentary endorsement. Each House of the *Oireachtas* is invited to adopt a resolution which approves the "calling", or "establishment", of such a body and those matters already decided upon by the government. What the government decision does is that it (only) sets out the responsibility of the citizens' assembly to report to the Houses of the *Oireachtas* and the ensuing government's obligation to respond to that report.

32 As for their legal status, citizens' assemblies are regarded as "emanations of the executive". It remains unclear, however, if the parliamentary resolution (approval) is there as merely an additional safeguard against the abuse of the power to establish a citizens' assembly, or whether such assembly is a collaborative venture by the two branches of power, executive and legislative. One of the recommendations of the 2016-2018 Citizens' Assembly supported

introducing citizens' initiatives that would allow citizens to bring questions either directly to the *Oireachtas* or to a referendum if a defined level of public support was achieved, thus strengthening direct democratic participation. This was not taken further. One can assume that this does not really matter as long the process is regularly used by the government and works well. Likewise, and as explained above, Irish citizens' assemblies have managed their own internal governance by incrementally refining a number of operational rules. However, this has been achieved without any legal basis as such with, perhaps, the exception of the 2019-2021 Citizens' Assembly on Gender Equality that published its rules of governance. [60]

33 Yet, the thorniest problem has been the effect attached to the recommendations. A total aggregation of more than 350 recommendations has been adopted by citizens' assemblies over the years. [61] Whether implementation has taken the form of constitutional amendment or the adoption of governmental policies, plans or other actions, approximately 150 to 160 of the 355 recommendations (around 42-45 %) have been implemented or have made significant progress to date. Only seven or eight recommendations have led to a formal constitutional change though, thus giving a realistic picture of the impact of citizens' assemblies in the constitutional reform process.

34 Overall, the issues of their ad hoc form, of their loose procedural framework, and of the uncertainty attached to their output make citizens' assemblies an uncertain instrument in terms of constitutional drafting. Should they gain further momentum as one of the chosen devices of deliberative democracy, there needs to be some degree of institutionalisation. This does not seem to have been the case despite the extensive experience. This is further compounded by another difficulty that relates to their articulation with the constitutional referendum process. As above explained, citizens' assemblies are arguably regarded as "a trusted forum of considered deliberation that voters felt they [can] heed", [62] thus reverberating on the referendum process and in the information that people receive during the process. Yet, the executive has control over the whole process—from the establishment of a citizens' assembly to the initiation of the referendum and the linkage between the two (i.e.,

which recommendations to take into account and in what form). [63] The ensuing concern is whether the suspected fading of referendums in the aftermath of the 2024 failures will also mean a certain irrelevance of the deliberative process in the context of constitutional change. In conclusion, while citizen assemblies have proven effective in certain contexts, these experiences underscore the importance of clear communication, public engagement, and political will in translating deliberative processes into successful constitutional reforms.

Conclusion

35 This article has shown that citizen empowerment in Irish constitutional reform does not reside in a single mechanism, but rather in a virtuous interaction between referendums and deliberative mini-publics, complemented by other means. Each avenue enables participation at a different stage and in a different form: referendums provide the people with ultimate decision-making authority, although with no initiative part while citizens' assemblies offer spaces for informed deliberation and agenda-setting, although with a limited scope. Taken together, these mechanisms form a distinctive, if imperfect, system of constitutional participation.

36 Yet, the coupling of direct and deliberative democracy might not be so enduring. Both referendums and citizen's assemblies reveal structural tensions. Referendums, while constitutionally central, are episodic and vulnerable to political miscalculation, public fatigue, and poorly communicated proposals, as illustrated by the 2024 double referendum. Citizens' assemblies, although widely praised for their deliberative quality and past successes, remain politically contingent, legally under-institutionalised, and dependent on executive follow-through. Neither of these two mechanisms, taken alone, can guarantee meaningful and sustained citizen influence over constitutional change. The Irish experience therefore suggests that citizen empowerment in constitutional reform is best understood as a dynamic process. Its effectiveness depends not only on institutional design, but also on political culture, trust, clarity of communication, and the willingness of political actors to respect and integrate citizen input which arguably remains the main bone of contention. The

recent setbacks in the referendum process do not negate Ireland's achievements, but they do underscore the fragility of participatory practices. Strengthening the coherence between deliberation, decision, and enforcement—while preserving democratic legitimacy—will be essential if Ireland is to maintain its distinctive model of citizen involvement in constitutional change. This is all the more relevant that recent discussions around citizen empowerment continue to evolve, notably around extending voting rights in presidential elections for the Irish diaspora (i.e., Irish citizens residing abroad) [64] or extending the judiciary's role in scrutinising executive actions, reinforcing the principle that governmental decisions, especially those with significant public impact (in that case, an alleged secret defence pact between Ireland and the United Kingdom, established post-9/11), are subject to legal accountability and governmental transparency. [65]

NOTES

1 The 1920 Austrian Constitution (Federal Constitutional Law) is the oldest republican constitution in Europe. Its application was, however, interrupted during the Second World War, before being reinstated in 1945.

2 Article 128 of the Constitution of Australia, Articles 44.3 (when the Constitution is fundamentally changed) and 60.6 (when removing the President) of the Constitution of Austria, and Article 140 of the Constitution of Switzerland.

3 D. Kenny, "How to lose a referendum (in Ireland) – challenges of practical and symbolic constitutional change", *Comparative Constitutional Studies*, n° 3(2), 2025, p. 238.

4 For figures and types of referendums, see T. Ní Mhuirthile, C. O'Sullivan, L. Thornton, *Fundamentals of the Irish Legal System: Law, Policy and Politics*, Dublin, Round Hall, 2025, p. 107 and *sqq.*; see also O. Doyle, *The Constitution of Ireland: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2018, p. 198.

5 T. Reidy and J. Suiter, "Direct and Deliberative Democracy" in J. Coakley, M. Gallagher, E. O'Malley and T. Reidy (eds), *Politics in the Republic of Ireland*, London, Routledge, 7th edn, 2024, p. 193.

6 The dates for each citizens' assembly show the year it was established and the year its meetings concluded.

7 For the reports of the different citizens' assemblies, see the official website at < https://citizensassembly.ie/ >, accessed on June 9th, 2026.

8 D. Kenny, "How to lose a referendum (in Ireland) – challenges of practical and symbolic constitutional change", *Comparative Constitutional Studies*, n° 3(2), 2025, p. 238. See also, M.-L. Paris, "Référendums en Irlande: le double non des électeurs doit être analysé comme un vote de protestation à l'égard du gouvernement", *Le Monde*, March 29, 2024.

9 Green papers aim at promoting discussion on an issue and are typically open-ended and exploratory, whereas white papers aim to present firm policy proposals and are typically more formal and conclusive. While the former are targeted at various experts and stakeholders, the latter are targeted at decision-makers, but both involve consultation of the public.

10 Reports of tribunals of inquiry are also cited as an example of a formal reform mechanism of law reform in T. Ní Mhuirthile, C. O'Sullivan, *Fundamentals of the Irish Legal System: Law, Policy and Politics*, *op. cit.*, p. 331.

11 Department of Defence, *Green Paper on Defence* (Dublin, 2013), and Department of Defence *White Paper on Defence* (Dublin 2015). This example is cited in T. Ní Mhuirthile, C. O'Sullivan, *Fundamentals of the Irish Legal System: Law, Policy and Politics*, *op. cit.*, p. 324-325.

12 The Commission on Defence Forces' report of 2022 represents another major step in the policy. See *Report of the Commission on Defence Forces*, February 9, 2022, available at < https://www.gov.ie/ >, accessed on June 9th, 2026.

13 Law Reform Commission Act, 1975.

14 T. Ní Mhuirthile, C. O'Sullivan, *Fundamentals of the Irish Legal System: Law, Policy and Politics*, *op. cit.*, p. 329.

15 Article 34.3. 2: "save as otherwise provided by this article, the jurisdiction of the High Court shall extend to the question of the validity of any law having regard to the provisions of this Constitution, and no such question shall be raised (whether by pleading, argument or otherwise) in any court established under this or any other article of this Constitution other than the High Court, the Court of Appeal or the Supreme Court."

16 G. Hogan *et al.*, *Kelly: The Irish Constitution*, London, Bloomsbury Professional, 5th edn, 2018, [7.1.01] *et sqq.*

17 *Norris v Attorney General*, 1984, IR, 36; *Zappone & Gilligan v Revenue Commissioners*, 2006, IEHC, 404.

18 T. Ní Mhuirthile, C. O'Sullivan, *Fundamentals of the Irish Legal System: Law, Policy and Politics*, *op. cit.*, p. 342.

19 P. Stone, "Democracy in Ireland: Theory and Practice" in D. Farrell and N. Hardiman, *The Oxford Handbook of Irish Politics*, Oxford, OUP, 2021, p. 89-103.

20 Article 46.2: "Every proposal for an amendment of this Constitution shall be initiated in Dáil Éireann as a Bill, and shall upon having been passed or deemed to have been passed by both Houses of the *Oireachtas*, be *submitted by referendum to the decision of the people* in accordance with the law for the time being in force relating to the Referendum." (our emphasis). Apart from the constitutional referendum, an ordinary referendum can be held, under Article 27 of the Constitution on *Reference of Bills to the People*. This happens should the President decide that a bill contains a proposal of such national importance that the will of the people should decide its outcome. No such petition has ever been presented to the President and all referendums—bar the one for the adoption of the 1937 Constitution—have been of the constitutional type.

21 Under Article 89 of the French Constitution, proposed constitutional changes must be approved by either a referendum or a three-fifths vote by Parliament convened as the Congress (i.e., both houses of Parliament). Under Articles 128 and 129 of the Chilean Constitution (of 1980), the only instance of binding referendums for constitutional reform is when the President vetoes the proposal that has been passed by Congress and re-approved by a two-thirds majority in both chambers; it that case, the President can either sign the reform into law or call for a referendum. This is different from the new provisions under Articles 130 to 143 about the *Procedure to prepare a New Political Constitution of the Republic* that started the constitutional reform process in 2020.

22 No referendum is required under the Icelandic Constitution, though referendums can be held politically.

23 M. Gallagher, "The Politics of Referendums" in D. Farrell and N. Hardiman, *The Oxford Handbook of Irish Politics*, *op. cit.*, p. 610-626.

24 Both EU Treaties were disapproved in a first referendum before being put to the people a second time. See G. Barrett, "Building a Swiss Chalet in an Irish Legal Landscape? Referendums on European Union Treaties in Ireland", *European Constitutional Law Review*, nº 5(1), 2009, p. 32.

25 94 % of the voters voted "Yes". Concretely, the Irish people agreed to multidimensional changes aimed at ending the Troubles in Northern Ireland. These changes concerned power-sharing government with the establishment of the Northern Ireland Assembly, consenting that Northern Ireland would stay in the UK unless a majority there votes otherwise, cross-border cooperation with the creation of formal institutions linking both parts of the island, disarmament and demilitarisation of paramilitary groups, prisoner releases, as well as the establishment of new legal safeguards as regards human rights and equality protection.

26 T. Ní Mhuirthile, C. O'Sullivan, *Fundamentals of the Irish Legal System: Law, Policy and Politics*, *op. cit.*, p. 109.

27 See The Citizens' Assembly, *Citizens' Assembly Report on the fourth and fifth topics, The Manner in which Referenda are held & Fixed Tern Parliaments*, June 21, 2018, online: < https://citizensassembly.ie/reports >, accessed on June 9th, 2026.

28 The establishment of a permanent electoral commission was also one of the recommendations of the 2016-2018 Citizens' Assembly. The Electoral Commission was established in February 2023 with responsibility for a broad range of electoral functions set out in the Electoral Reform Act 2022. See official website at <https://www.electoralcommission.ie/ >, accessed on June 9th, 2026.

29 The title of the proposed bill is printed on the ballot paper.

30 Twelve referendum proposals (if counting the double proposal of 2024) were rejected since 1937.

31 See M. Qvortrup, "The Perils of Referendums: A Review", *Irish Studies in International Affairs*, nº 32(2), 2021, p. 166, and D. Kenny and A. Kavanagh, "Are the People the Masters? Constitutional Referendums in Ireland" in R. Albert and R. Stacey (eds), *The Limits and Legitimacy of Referendums*, Oxford, OUP, 2022. See also J. Suiter and T. Reidy, "Does Deliberation Help Deliver Informed Electorates: Evidence from Irish Referendum Votes", *Representation*, nº 56(4), 2020, p. 539.

32 See *Crotty v An Taoiseach*, 1987, IR, 713; *McKenna v An Taoiseach* (No 2), 1995, IR, 10; also, *McCrystal v Minister for Children and Youth Affairs*, 2012, IESC, 53.

33 Another example is obviously the United Kingdom but for a different reason. In the absence of a codified constitution, everything is legally and constitutionally open to revision by virtue of the principle of parliamentary sovereignty.

34 Also, voting in a national referendum is not compulsory.

35 See *Re Article 26 and the Regulation of Information (Services Outside the State for Termination of Pregnancies) Bill* 1995, 1995, IR, 1; *Riordan v An Taoiseach (No 2)*, 1999, IR, 321. This is to be nuanced as questions may arise if the bill to amend the Constitution was not introduced in *Dáil Éireann* as required by Article 46.2; or if such bill was not expressed to be "An Act to amend the Constitution" as required by Article 46.3, or if the bill containing a proposal to amend the Constitution contained another proposal, contrary to Article 46.4—what would then be the attitude of the courts in these situations?

36 Challenges to referendum results must use the petition procedure under section 42 of the Referendum Act 1994, as amended. This is a fairly restrictive procedure because of strict time limits (within seven days of the official referendum result being certified) and because permitted grounds of challenge (i.e., irregularity in the conduct of the referendum, obstruction or interference with voting, incorrect or misleading official conduct as explained below) must show that the outcome of the referendum was materially affected.

37 See, for instance, *McKenna v An Taoiseach* (No 1), 1995, IR, 1, at p. 5-6 (Costello J).

38 See *McCrystal v Minister for Children and Youth Affairs*, 2012, IESC, 53, on the Children's referendum. See also, in the context of the 1995 referendum on divorce, *McKenna v An Taoiseach* (No 2), 1995, IR, 10, in which the plaintiff sought an injunction restraining the government from providing public funds to support the "Yes" campaign.

39 See *McKenna v An Taoiseach* (No 2), 1995, IR, 10, at p. 42 (Hamilton CJ).

40 See *Jordan v Ireland*, 2018, IEHC, 438, and on 2018, IECA, 291, in which the High Court decided that there was no constitutional impediment to a Minister campaigning in favour or against a proposal in the context of

the 2018 abortion referendum. See also *Hanafin v Minister for Environment*, 1996, IR, 321, and on 1996, IESC, 6, in which the Supreme Court clarified, in the context of the 1995 referendum on divorce, that while the use of public funds for a "Yes" campaign by the government was unconstitutional (as established in *McKenna v An Taoiseach (No 2)*, *op. cit.*), it was not enough to overturn the result since it had not been proven that such spending materially affected the outcome in that case.

41 See R. Magni-Berton and C. Egger, RIC *Le Référendum d'initiative citoyenne expliqué à tous : Au cœur de la démocratie directe*, Limoges (France), FYP Éditions, 2019; and M Fatin-Rouge Stefanini, "L'initiative populaire indirecte" in R. Magni-Berton and L. Morel (eds), *Démocratie directe*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Larcier, 2022, p. 149-159.

42 Article 11 paragraph 3 of the French Constitution: "A referendum concerning a subject mentioned in the first paragraph may be held upon the initiative of one fifth of the members of Parliament, supported by one tenth of the voters enrolled on the electoral lists. This initiative shall take the form of a Private Members' Bill and may not be applied to the repeal of a legislative provision promulgated for less than one year."

43 This is also the case for the drafting of ordinary legislation.

44 The Attorney General's Office comprises the Office of the Parliamentary Counsel which, staffed by specialist lawyers, draft legislation on behalf of the government to be introduced into the *Oireachtas*.

45 D. Kenny and C. Casey, "A One Person Supreme Court? The Attorney General, Constitutional Advice to Government, and the Case for Transparency", *Dublin University Law Journal*, nº 42(1), 2020, p. 90.

46 D. Kenny, "How to lose a referendum (in Ireland)", *op. cit.*, p. 238. See also D. Kenny, "The Risks of Referendums: 'Referendum Culture' in Ireland as a Solution?" in M. Cahill *et alii* (eds), *Constitutional Change and Popular Sovereignty: Populism, Politics and the Law in* Ireland, London, Routledge, 2022, p. 198-223.

47 D. Kenny, "How to lose a referendum (in Ireland)", *op. cit.*, p. 238, p. 243.

48 *Ibid*, p. 239.

49 *Ibid*, p. 243.

50 *Ibid*, p. 258 *et sqq*. See also S. Glennon, "The future for citizens' assemblies in Ireland", *I•CONnect*, April 3, 2024, online: < https://www.iconnectblog.com/the-future-for-citizens-assemblies-in-

ireland/ >, accessed on June 9th, 2026; M.-L. Paris, "Référendums en Irlande : le double non des électeurs doit être analysé comme un vote de protestation à l'égard du gouvernement", *Le Monde*, March 29, 2024.

51 D. Farrell and L. Field, "The growing prominence of deliberative mini-publics and their impact on democratic government", *Irish Political Studies*, nº 37(2), 2022, p. 285; D. Farrell, J. Suiter, C. Harris and K. Cunningham, "Ireland's deliberative mini-publics" in D. Farrell and N. Hardiman, *The Oxford Handbook of Irish Politics*, *op. cit.*, p. 627-643; A. Duffy-Meunier and M.-L. Paris, "Quelles règles de fonctionnement pour les assemblées citoyennes ? Regards croisés franco-irlandais" in M. Stefanini and X. Magnon (eds), *Les assemblées citoyennes : nouvelle utopie démocratique ?*, Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2022, p. 133-164.

52 D. Farrell, J. Suiter, E. O'Malley, and E. Byrne, *We the Citizens 2011 Report*, online: < https://www.atlanticphilanthropies.org/wp-content/uploads/2015/09/We-the-Citizens-2011-FINAL.pdf >, accessed on June 9th, 2026.

53 A. Duffy-Meunier and M.-L. Paris, "Quelles règles de fonctionnement pour les assemblées citoyennes ? Regards croisés franco-irlandais", *op. cit.*, p. 63-164.

54 Deliberative democracy research refers to input, throughput, and output. Input refers to the sortition process and the issue of representativeness; throughput is about the process and how deliberation is structured and facilitated through good information ; output refers to the effective change that results following the recommendations and raises the issue of legitimacy of the deliberative process. See, for instance, D. Farrell, J. Suiter, and C. Harris, "'Systematizing' constitutional deliberation: The 2016-18 citizens' assembly in Ireland", *Irish Political Studies*, nº 34(1), 2019, p. 113.

55 See C. M. Hendriks, "Coupling citizens and elites in deliberative systems: the role of institutional design", *European Journal of Political Research*, nº 55, 2016, p. 43; also, S. Glennon, *Deliberative minipublics as an instrument of legal reform? The impact of the Citizens' Assembly on the reform of Ireland's abortion law*, PhD, Dublin, University College Dublin, Sutherland School of Law, 2023.

56 While it is accepted that the Citizens' Assembly played a role in shaping the legal position that ultimately emerged in Irish law, opinions differ as to how this occurred, particularly regarding whether the assembly created a consensus that was lacking prior to its deliberations, or, on the contrary,

validated a consensus that already existed among the public. See O. Doyle and R. Walsh, "Assessing the Influence and Legitimacy of Citizen Deliberation on Abortion: A Rejoinder to Eoin Carolan and Seána Glennon", *International Journal of Constitutional Law*, nº 22, 2024, p. 204.

57 D. Farrell, J. Suiter, and C. Harris, "'Systematizing' constitutional deliberation: The 2016-18 citizens' assembly in Ireland", *op. cit.*

58 See J. O'Dowd and M.-L. Paris, "Reviving the Democratic Machinery via Deliberative Democracy: A Comparative Exploration of the Citizens Assemblies and their Legal and Constitutional Basis", unpublished paper, Dublin, Public Law Conference, UCD Sutherland School of Law, 2022.

59 There is a piece of legislation—the Citizens' Assemblies Act 2019—but it is concerned with the selection of the members of the citizens' assembly which is based on the register of electors, to ensure a representative sample of the population; it is to facilitate the formation of citizens' assemblies but does not guarantee their existence.

60 The only rule to be fixed by parliamentary resolutions is the provision, in their terms of reference, that they shall "determine all issues by a majority of the votes of members present and voting, other than the Chairperson, who will have a casting vote in the case of an equality of votes", and that they shall "operate in an open and transparent manner, including by live streaming public proceedings." See J. O'Dowd and M.-L. Paris, "Reviving the Democratic Machinery via Deliberative Democracy: A Comparative Exploration of the Citizens Assemblies and their Legal and Constitutional Basis", *op. cit.*

61 38 recommendations by the 2012-2014 Convention on the Constitution, 77 recommendations by the 2016-2018 Citizens' Assembly, 45 priority recommendations for the 2019-2021 Citizens' Assembly on Gender Equality, 159 recommendations by the 2022-2023 Citizens' Assembly on Biodiversity Loss, and 36 recommendations by the 2023 Citizens' Assembly on Drugs Use. The local 2022 Dublin Citizens' Assembly is excluded from this count.

62 D. Kenny, "How to lose a referendum (in Ireland) – challenges of practical and symbolic constitutional change", p. 238, 263.

63 *Ibid*, p. 258.

64 M. Paul, "Government fears referendum to give Irish diaspora vote in presidential elections 'could be lost'", *Irish Times Monday*, July 7, 2025.

65 C. Gallagher, “Secret Anglo-Irish air defence agreement dates back to the Cold War era”, *The Irish Times*, May 8, 2023.

ABSTRACTS

English

This article critically examines Ireland’s constitutional reform process through the coupling of referendums and citizens’ assemblies. While Ireland has held 43 constitutional referendums since 1937 (with a 72 % success rate) and convened six deliberative mini-publics producing over 350 recommendations, the author argues this model has notable limitations. Referendums, though constitutionally mandatory for any amendment, offer citizens only a “narrow moment” of participation—they cannot initiate proposals or influence drafting. Citizens’ assemblies, despite landmark successes on same-sex marriage and abortion, remain legally under-institutionalised, politically contingent, and dependent on executive follow-through. The decisive rejection of the 2024 double referendum signals potential erosion of Ireland’s “referendum culture” and raises questions about the future viability of this deliberative-direct democracy coupling. Paris concludes that citizen empowerment depends not merely on institutional design but on political culture, trust, and governmental willingness to integrate citizen input.

Français

Cet article analyse le processus de réforme constitutionnelle irlandais fondé sur le couplage référendums–assemblées citoyennes. Bien que l’Irlande ait organisé 43 référendums constitutionnels depuis 1937 (taux de succès de 72 %) et six mini-publics délibératifs ayant produit plus de 350 recommandations, l’auteur souligne les limites notables de ce modèle. Les référendums, bien que constitutionnellement obligatoires, n’offrent aux citoyens qu’un « moment étroit » de participation – sans pouvoir d’initiative ni influence sur la rédaction. Les assemblées citoyennes, malgré leurs succès emblématiques sur le mariage homosexuel et l’avortement, demeurent juridiquement sous-institutionnalisées, politiquement contingentes et dépendantes du suivi gouvernemental. Le rejet massif du double référendum de 2024 signale une possible érosion de la « culture référendaire » irlandaise et interroge la viabilité future de ce couplage démocratie délibérative-directe.

INDEX

Mots-clés
référendum constitutionnel, assemblées citoyennes, démocratie délibérative, démocratie directe, Irlande, amendement constitutionnel, souveraineté populaire, institutionnalisation

Keywords
constitutional referendum, citizens' assemblies, deliberative democracy, direct democracy, Ireland, constitutional amendment, popular sovereignty, institutionalisation

AUTHOR

Marie-Luce Paris
Associate Pr. in Law at University College Dublin Sutherland School of Law
IDREF : https://www.idref.fr/111026911
ISNI : http://www.isni.org/000000038811459X

Interview

Interviews Marie-Élisabeth Boggio Motheron

Nicolas Gabayet, Aurore Gaillet, Denis Jouve and Marie-Élisabeth Boggio Motheron

DOI : 10.35562/droit-public-compare.907

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

1. Présentation
Droit comparé/Droit public comparé
Royaume-Uni
Perspectives

TEXT

Marie-Élisabeth Boggio Motheron, *Les pratiques parlementaires-étude en droit constitutionnel franco-britannique*, 2024, Orléans, Direction V. Barbé. Qualifiée aux fonctions de maître de conférences. Maître de conférences en droit public à l'Institut Catholique de Paris (ICP).

1. Présentation

Pouvez-vous brièvement résumer l'objet et les résultats de votre recherche ?

Le droit parlementaire semble historiquement entouré d'une opacité naturelle qui le rendrait inaccessible dans son intégralité aux personnes extérieures [1]. Ce « mystère » résulterait de deux facteurs : d'un côté, la soumission à l'aléa politique (mais ce facteur n'est alors pas propre au Parlement), de l'autre, la part substantielle de règles non écrites qui régissent le fonctionnement des assemblées parlementaires. L'objectif principal de mes recherches était alors d'investir juridiquement ce « mystère » de la procédure parlementaire et donc de proposer une étude de droit constitutionnel sur ces règles

non écrites du droit parlementaire, que les auteurs regroupent assez consensuellement sous le vocable de pratiques parlementaires [2].

L'identification et la définition des « pratiques parlementaires » constituèrent donc mes premières cibles de recherche. Il faut d'abord entendre les « pratiques parlementaires » comme les règles de conduite qui s'appliquent habituellement au sein des chambres, et qui ne sont requis par aucune disposition écrite. À cet égard, une pratique parlementaire désigne alors aussi bien le comportement identifié que la règle de conduite (non écrite) dont il assure la mise en œuvre.

D'une part, la définition la plus large d'une règle de droit, entendue comme une règle de conduite générale, abstraite et obligatoire établie au sein des rapports sociaux, qu'elle soit écrite ou non par ailleurs, ne permet alors pas de considérer « les pratiques parlementaires » comme des règles de droit. En effet, il est apparu assez rapidement que les acteurs parlementaires conçoivent et expriment eux-mêmes une différence entre les règles de droit (obligatoires et effectivement/potentiellement sanctionnées) et les pratiques dont l'application est recommandée mais non obligatoire et dérogeable en tout temps. Divers entretiens et recherches menés dans les comptes rendus parlementaires m'ont donc conduite à réfuter l'existence d'un « droit parlementaire non écrit » [3] ou d'une « force juridique au moins relative » [4] à l'endroit de ces pratiques.

D'autre part, l'étude des divers termes utilisés pour les qualifier/catégoriser aussi bien en France qu'au Royaume-Uni m'a permis de faire trois observations. Certains termes utilisés en doctrine pour les qualifier devaient, à mon sens, être disqualifiés tant en raison de leur incohérence avec les caractéristiques retenues des pratiques parlementaires (le terme de coutume par exemple qui requiert l'existence de l'*opinio juris*) que de leur définition requérant une part importante de subjectivité (l'importance mineure de certaines pratiques les reléguant chez quelques auteurs au rang de simples usages). D'autres termes, en revanche, ont été retenus et ont permis de structurer l'étude : il en va ainsi des précédents (pratiques qui se fondent sur l'existence d'une règle écrite) mais également des conventions (pratiques qui bénéficient d'une existence autonome).

Partant, ont été distinguées dans un premier temps les pratiques accessoires permettant d'influer sur l'application des règles juridiques de toutes natures composant le droit parlementaire des deux États. D'une fonction de complémentation à celle d'une neutralisation en passant par le détournement ou l'expérimentation, les pratiques parlementaires permettent sous ce premier aspect de faire évoluer la portée des règles juridiques en faisant l'économie d'un formalisme parfois lourd. On constate alors un véritable enchevêtrement entre les règles sociales et les règles juridiques, une coexistence quotidienne au sein de mêmes procédures entre des règles qui n'appartiennent pas au même ordre normatif. Si le constat d'un déclin des pratiques accessoires doit être confirmé, il n'en reste pas moins que la persistance de quelques-unes ainsi que certaines oppositions marquées lors de la disparition d'autres, permettent d'attester la constance d'un certain attachement des parlementaires envers ce marqueur culturel propre à leurs enceintes, gain d'une souplesse particulièrement avantageuse face à l'aléa politique.

Dans un second temps, l'étude des pratiques autonomes contribue à interroger précisément la consistance de cette identité culturelle propre aux Parlements étudiés avec les notions d'« ordre parlementaire »[5], voire de « société parlementaire »[6] composés de nombreuses pratiques. Cette identité s'étend alors jusqu'à la réglementation des rapports entre les Parlements et les autres organes institutionnels, ce qui permet plus largement de constater l'admission et la protection de cette identité par le pouvoir exécutif lui-même. Si leur nombre a diminué depuis le milieu du XX^{e} siècle, leur étude permet d'éclairer les relations institutionnelles dans les deux régimes et plus précisément, de nuancer la thèse de la domination inconditionnelle de l'exécutif qui prévaut dans les deux États.

De ces recherches, j'ai alors pu tirer trois constats majeurs. D'abord, j'ai pu conclure à une identité fonctionnelle entre les pratiques parlementaires des deux Parlements. Il est alors possible d'isoler six fonctions communes réparties dans deux champs bien distincts. En ce qui concerne les dynamiques générales communes entre les procédures des deux Parlements, les pratiques parlementaires interviennent d'abord dans une première dimension assez discrète et permettent aux chambres de réglementer la conduite de leurs

membres, et, dans le cas particulier des chambres hautes, de s'auto-ordonner. Détenant peu de conséquences politiques, cette première fonction liée au fonctionnement des Parlements permet de caractériser leur identité particulière. Dans une seconde dimension, plus lourde de conséquences politiques, les pratiques permettent d'optimiser le travail parlementaire, d'augmenter les possibilités d'expression, de garantir le pluralisme au sein des assemblées et de déjouer certaines limites du droit d'amendement parlementaire avec l'objectif d'influer sur la fonction institutionnelle exercée par le Parlement. Ensuite, il faut nécessairement constater le déclin avéré des pratiques parlementaires, certes plus marqué en France qu'au Royaume-Uni, mais qui confirme la volonté majoritaire de revenir sur l'opacité historique du droit parlementaire pour l'amener vers plus de transparence. Enfin, et sans que cela ne soit contradictoire, il faut relever un attachement particulier pour les pratiques subsistantes, attachement propre à la classe politique dans son ensemble et qui excède alors les seuls parlementaires, puisqu'il offre à tous les acteurs politiques un espace de liberté et de consensus au sein des enceintes parlementaires.

Pouvez-vous spécifier les modalités pratiques de votre travail : modalités institutionnelles, codirection ou cotutelle, séjour sur place, intégration dans une université d'accueil, accès aux sources, etc.

La nécessité de faire un séjour de recherche au Royaume-Uni, évoquée en premier lieu par ma directrice de thèse, Madame le Professeur V. Barbé, a été confirmée très rapidement, dès l'élaboration de mon projet de thèse, et donc avant même le début de mes recherches doctorales à proprement parler. Mes deux premières années de thèse ont cependant été marquées par la crise du Covid, m'obligeant à me cantonner en grande partie aux ressources accessibles en ligne. Fort heureusement pour moi, c'était bien entendu le cas pour les comptes rendus des débats parlementaires (une de mes sources principales), mais aussi pour nombre d'articles et d'ouvrages de doctrine. Lors de ma deuxième année de thèse, j'ai pu commencer à envisager la perspective d'un séjour de recherche au Royaume-Uni, pour répondre à plusieurs objectifs. Je voulais d'une part mener des entretiens similaires à ceux que je menais en France avec des acteurs parlementaires mais je souhaitais d'autre part élargir

le champ de mes recherches doctrinales britanniques et j'avais pour cela besoin d'avoir accès à une bibliothèque universitaire fournie.

Ma candidature pour un séjour de recherche de trois mois a alors été retenue par la Maison Française d'Oxford, en partenariat avec l'Institut de droit européen et de droit comparé d'Oxford. D'octobre à décembre 2021, lors de ma troisième année de thèse, j'ai donc séjourné à la Maison française d'Oxford qui accueille des chercheurs désirant mener des recherches au sein de l'Université d'Oxford tandis que j'avais la chance de participer aux travaux de l'Institut de droit européen et comparé, tout en menant mes entretiens à Londres comme à Oxford. La *Bodleian Library* de l'Université d'Oxford accueillant presque la totalité des archives parlementaires du Parlement de Westminster, c'était alors le lieu idéal pour mener mes recherches.

Droit comparé/Droit public comparé

Quelles ont été vos motivations pour un travail doctoral en droit comparé ?

1 Au cours de mes deux Masters 2, j'avais déjà réalisé deux mémoires sur les pratiques parlementaires françaises à partir de deux angles différents. Lors de ces recherches, j'avais eu l'occasion d'observer l'existence des sources non écrites dans d'autres États, et plus particulièrement au Royaume-Uni, en Italie et en Espagne. Souhaitant continuer à travailler sur le sujet des pratiques au cours de ma thèse, c'est donc assez naturellement que l'idée d'une recherche comparée a émergé. Mon ambition était alors de livrer un travail de recherche qui ne se limite pas à inventorier les pratiques françaises mais qui permette, au contraire, de théoriser les modalités d'existence et les fonctions des diverses sources non écrites, en considérant les pratiques comme objet *per se*, en sortant donc du contexte historique et constitutionnel français. Cette perspective rejoint une théorie que partagent certains auteurs notamment en sociologie sur les caractères communs aux assemblées parlementaires quelles qu'elles soient, au-delà de leurs particularités culturelles [7].

Comment avez-vous abordé le droit comparé dans ce travail doctoral ? Avez-vous adopté une méthodologie particulière ? Y a-t-il des spécificités s'agissant du droit public comparé ?

La définition adoptée pour les pratiques parlementaires me permettait de caractériser leur présence en France comme au Royaume-Uni. C'est donc assez naturellement la méthode conceptuelle, méthode fondée sur la présence de concepts similaires dans différents ordres juridiques dont il revient ensuite de chercher les ressemblances et les différences, que j'ai adoptée. Je l'ai alors alliée avec la méthode dite du *Most Different Systems Design* (MDSD) issue notamment des travaux de John Stuart Mill qui consiste à mener des recherches entre deux terrains très différents, munis de très peu de points communs au nombre desquels se trouve alors le concept central de l'étude [8]. Dans la perspective des objectifs exposés précédemment, ces méthodes m'apparaissaient comme les plus pertinentes afin de mener une étude sur les pratiques parlementaires en tant qu'objet commun transculturel à deux cultures juridiques qui s'opposent en bien des points, j'y reviendrai. La spécificité principale de mes recherches consistait, en plus de l'approche comparée, à mener des recherches juridiques mais qui ne pouvaient pas entièrement faire abstraction de la science politique [9] et de la sociologie, ce qui démultipliait alors les éléments de comparaison.

Quelles ont été les difficultés éprouvées ? Avez-vous spécialement éprouvé des problèmes de traduction de notions ou concepts ?

A *posteriori*, j'identifie deux difficultés majeures rencontrées pendant mes recherches et qui comportent un lien avec la comparaison.

La première d'entre elles est de nature résolument matérielle. La comparaison a, *de facto*, doublé la difficulté de recherches déjà complexes à mener puisque portant sur des règles non écrites au caractère parfois très confidentiel. En dehors de quelques pratiques bien connues dans les deux Parlements, certaines sont parfois mal cernées et maîtrisées par les parlementaires eux-mêmes et jouissent dans le même temps d'un traitement doctrinal très limité. À cet égard, l'observation des débats dans les deux Parlements, la lecture des comptes rendus officiels, de la presse généraliste et des recueils de précédents mais également les discussions avec des parlementaires et des praticiens ont constitué des sources de

premier plan pour l'étude de nombreuses pratiques et la découverte de certaines autres. C'est d'ailleurs cette approche empirique, essentielle pour une recherche fondée sur la distinction du fait et du droit, qui m'a permis dans un premier temps de cerner définitivement la nature des pratiques parlementaires. Plus tard, les témoignages de parlementaires et de fonctionnaires sur divers supports ont grandement facilité la compréhension de certaines règles de comportement et la portée de leur utilisation. Sur ce point, l'exploitation des canaux de communication numériques largement utilisés par les parlementaires est alors venue compléter les entretiens menés en présentiel. Pour autant, la recherche s'est heurtée à certaines limites. L'ancienneté de certaines pratiques britanniques a par exemple rendu la recherche si complexe qu'il m'a fallu parfois renoncer à étudier leur apparition lorsque les auteurs britanniques eux-mêmes reconnaissaient unanimement l'absence d'informations en la matière. Les recherches menées à Westminster comme à la *Bodleian Library*, bien qu'essentielles et profitables, n'ont alors pas permis de combler toutes les zones d'ombre les concernant, ce qui demeure aujourd'hui encore un grand regret.

La seconde difficulté a résidé dans l'appropriation et la compréhension fine du système juridique britannique afin de mener des entretiens qui soient véritablement exploitables et profitables. L'intérêt comme la difficulté de comparer deux systèmes extrêmement différents tout en y étudiant le même objet suppose de comprendre comment s'insère cet élément dans l'autre culture juridique, et de l'y remettre en perspective. Le caractère non écrit, l'absence de sanction, la définition d'une source de droit sont des éléments que le constitutionnaliste britannique n'analyse pas du tout de la même façon qu'un constitutionnaliste français. À un certain stade des recherches, l'étude et la maîtrise du droit étranger, comme celle de la langue, ne suffisent plus, il me semble que la recherche en droit comparé suppose alors une forme d'acculturation qui est facilitée par un séjour plus ou moins long sur place.

Il ne me semble pas avoir rencontré de problèmes de traductions et de concepts particuliers. Le seul écueil que j'ai rencontré, mais il est purement formel, consistait à composer avec la fusion du Gouvernement et du Parlement britannique là où le régime français oppose les deux organes sur le fondement de l'article 23 de la

Constitution quand il s'agissait de rapprocher deux pratiques semblables élargissant certaines prérogatives des parlementaires.

Quel apport spécifique du droit comparé dans votre travail ?

La dimension comparée m'a permis de valider une hypothèse émise lors de la rédaction de mon projet doctoral : il est possible de considérer les pratiques parlementaires comme une catégorie autonome de règles de comportement propres aux assemblées parlementaires, qui transcenderaient alors les différences profondes entre les systèmes juridiques et les régimes politiques. L'idée ici est d'établir un lien entre la simple existence d'une assemblée parlementaire et l'existence de ces pratiques. Ce n'est pas négligeable quand on sait que les pratiques parlementaires sont souvent présentées comme des traditions ou usages propres aux cultures politiques et juridiques dans lesquelles elles émergent.

Royaume-Uni

Pourquoi la comparaison avec le Royaume-Uni ? Quels apports de la comparaison avec la France et/ou avec d'autres systèmes ?

Eu égard aux difficultés de la recherche sur les pratiques, le choix a été fait d'élaborer une comparaison entre deux Parlements uniquement et donc de choisir avec le plus grand soin le Parlement qui serait comparé au Parlement français. Le choix du Parlement britannique s'est alors imposé comme une évidence pour plusieurs raisons.

Considéré comme la « Mère des Parlements », le Parlement britannique a d'une part inspiré de par le monde les procédures des parlements républicains qui sont nés après lui (l'Assemblée nationale constituante française notamment, mais également le Congrès américain pour prendre les exemples les plus connus). Cette procédure originellement non écrite s'est ensuite trouvée confrontée à un large mouvement de codification à partir de la fin du XIX^{e} siècle, mouvement que l'on retrouve en France depuis le début du XX^{e} siècle et qui connut un paroxysme avec l'entrée en vigueur de la Ve République. On retrouve donc dans les deux Parlements la présence de pratiques parlementaires (dans une proportion substantiellement plus importante à Westminster) mais également le

mouvement de codification, ce qui permet et légitime l'application de la méthode conceptuelle.

Mais, d'autre part, ce mouvement de codification semblable s'inscrit dans des logiques systémiques très différentes. La tradition de *common law* fait de la règle non codifiée le principe, et de la codification l'exception, tandis qu'en France, la tradition de droit romain veut l'inverse. Cette différence permettait alors de dégager plusieurs interrogations et d'enrichir la problématique principale des travaux : comment analyser l'exception des pratiques parlementaires françaises dans un système de droit romain et leur déclin contemporain ? Comment analyser le virage codificateur britannique dans un système tourné originellement vers les règles non écrites ?

En d'autres termes, la convergence des trajectoires des deux Parlements malgré des systèmes juridiques opposés m'intéressait tout particulièrement. Elle permettait d'étudier les raisons du déclin des pratiques parlementaires au-delà des traditions juridiques, et donc de mieux appréhender l'objet central de l'étude.

Y a-t-il des spécificités à relever s'agissant spécialement du droit public comparé ?

Bien que la France et le Royaume-Uni partagent, en théorie, le même régime politique de nature parlementaire caractérisé notamment par l'existence, dans un contexte politique propice (c'est-à-dire représentatif, pluraliste et libéral), d'un organe gouvernemental responsable devant une assemblée élue ; peu de points communs semblent cependant unir les deux Parlements quand il s'agit d'étudier leur fonctionnement.

Les places et fonctions respectives du Président de la République et du Monarque et la fusion britannique entre les pouvoirs législatif et exécutif ont été ainsi des éléments majeurs à prendre en compte lors des recherches et emportent des conséquences non négligeables pour certaines pratiques. L'omniprésence fonctionnelle du pouvoir exécutif au sein des chambres britanniques induit alors un positionnement très différent des ministres britanniques avec une assiduité et une réactivité qui assurent, par exemple, une effectivité des pratiques encadrant le délai de réponses aux questions écrites, ce qui est loin d'être le cas dans les chambres françaises.

Pour le reste, certaines tendances politiques convergentes tels que le phénomène (plus marqué en France qu'au Royaume-Uni) de recomposition politique mais également la dynamique de reparlementarisation impulsée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et *le Fixed-Term Parliaments Act* en 2011 avec les résultats mitigés que l'on connaît, demeuraient des similarités dotées de conséquences non négligeables pour les recherches comme pour les résultats de celles-ci.

Perspectives

Quels conseils donneriez-vous à un étudiant entreprenant une thèse en droit public comparé ?

Mes conseils seront peu originaux : partir et se questionner sans relâche.

2 Partir d'abord, car il me semble que l'acculturation est essentielle pour mener des recherches rigoureuses et complètes en droit comparé. La visioconférence et l'accessibilité en ligne aux archives, ouvrages et documents (même si elles nous ont sauvés pendant les confinements) ne doivent pas être des excuses pour ne pas faire de séjour de recherche dans les pays concernés par l'étude menée. Ces outils ne permettront jamais de s'imprégner autant de la culture juridique que le fait de s'immerger totalement dans cette dernière pendant plusieurs semaines.

Se questionner sans relâche ensuite. Si elles ne doivent pas empêcher d'avancer, les interrogations sur la pertinence de la comparaison, le choix du/des pays choisi(s), la thèse retenue, mais surtout l'absence/la présence de biais nationaux doivent rythmer les recherches et les réponses apportées doivent permettre de les fortifier et de nourrir la réflexion et la démonstration.

Quelles sont les pistes en droit comparé que vous souhaitez explorer vous-même, individuellement et/ou collectivement ?

Depuis la fin de ma thèse, j'ai commencé à explorer plusieurs pistes que j'aspire à approfondir.

Le hasard du calendrier a voulu que je finisse la rédaction de ma thèse au début juillet 2024 alors que la XVII^{ème} législature française

s'ouvrait à peine. La nouvelle composition politique a redonné et redonne une nouvelle actualité à mon sujet de thèse que j'ai déjà partiellement étudiée par la suite, mais il reste tant à faire.

Une seconde perspective qui s'inscrit directement dans les conclusions de ma thèse serait d'élargir l'étude effectuée entre le Royaume-Uni et la France à d'autres États afin d'y tester la véracité des constats dressés à la suite de mes recherches doctorales, mais cela nécessite du temps.

Quelles perspectives / pistes pour la comparaison – les partenariats avec le Royaume-Uni ?

Deux éléments me viennent en tête assez rapidement à ce sujet, il s'agit de l'évolution de la Chambre des Lords qui touche peut-être à sa fin avec le Parti Travailliste de retour aux affaires mais aussi et surtout, l'absence de conclusions tirées du scrutin des *general elections* de 2024 et de son caractère peu représentatif des suffrages exprimés.

NOTES

1 Dès 1628, Sir Edward Coke (*Survey of the English Common Law*, 1re édition) caractérisait la procédure parlementaire britannique de « *omnibus quaeranda, a multis ignoranda, a paucis cognita* » (« si beaucoup cherchent à connaître les lois et les coutumes parlementaires, peu de personnes les connaissent et elles sont encore moins nombreuses à les comprendre »).

2 C'est un terrain d'étude largement abordé en sociologie, mais la doctrine juridique n'y avait pas encore consacré d'étude de grande ampleur.

3 J.-L. Pezant, « Quel droit régit le Parlement ? », *Pouvoirs*, nº 64, 1993, p. 70.

4 P. Bachschmidt, « De l'évolution de quelques usages parlementaires », *Constitutions*, nº 1, 2014, p. 42.

5 Voir notamment O. Beaud, « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire », *Droits*, nº 33, 2001/1, p. 73-96.

6 M. Rush, P. Giddings, *Parliamentary socialisation—learning the ropes or determining behaviour?*, Londres, Palgrave-Macmillan, 2011, p. VI-VII.

7 Voir notamment sur ce point : H. Bäck, M. Debus, J. M. Fernandes, *The Politics of Legislative Debate*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 892 p.

8 Voir notamment T. M. Meckstroth, « “Most Different Systems” and “Most Similar Systems”: a study in the logic of comparative inquiry », *Comparative Political Studies*, vol. 8, issue 2, 1975, p. 132–157.

9 C’est là tout l’enjeu de l’identification d’un « droit politique » en France.

AUTHORS

Nicolas Gabayet
Professeur à l’université Jean-Monnet de Saint-Étienne.
IDREF : https://www.idref.fr/178726877
HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/nicolas-gabayet
ISNI : http://www.isni.org/0000000436489098
BNF : https://data.bnf.fr/fr/17025394

Aurore Gaillet
Professeure à l’Université Toulouse 1 Capitole
IDREF : https://www.idref.fr/152349359
ORCID : http://orcid.org/0000-0002-1273-8366
HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/aurore-gaillet
ISNI : http://www.isni.org/0000000359408118

Denis Jouve
Denis Jouve est professeur de droit public à l'Université Reims Champagne Ardenne, au Centre de recherches Droit et Territoire.
IDREF : https://www.idref.fr/17622825X
HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/jouve-denis
ISNI : http://www.isni.org/000000042835621X

Marie-Élisabeth Boggio Motheron
Maîtresse de conférences en droit public à l'Institut Catholique de Paris
IDREF : https://www.idref.fr/285288784

Interview Romain Place

Nicolas Gabayet, Aurore Gaillet, Denis Jouve and Romain Place

DOI : 10.35562/droit-public-compare.921

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Présentation
Droit comparé/Droit public comparé
Royaume-Uni
Perspectives

TEXT

« La valeur d'égalité en droit public français et britannique », sous la direction de Peggy Ducoulombier, soutenue le 23 novembre 2023 à l'Université de Strasbourg. Parue en juin 2026 aux éditions LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », n° 349.

Présentation

Pouvez-vous brièvement résumer l'objet et les résultats de votre recherche ?

En droit public français, le principe d'égalité occupe une place prégnante dans les discours, les décisions juridictionnelles et les textes constitutionnels. Néanmoins, son interprétation concentre le débat doctrinal. Les difficultés proviennent notamment de ce qu'il n'est qu'une grille de contrôle portant sur des différences de traitement, qu'il faut évaluer à l'aide de jugements de valeur. Ainsi, l'égalité est souvent accompagnée de qualificatifs ayant pour objectif de préciser sa signification : l'égalité en droit ou en fait, devant la loi, dans la loi, par la loi, ou encore l'égalité formelle, concrète, matérielle. Cet état d'incertitude, qui obscurcit sa signification, ne peut être satisfaisant pour la recherche juridique. L'égalité semble donc être un terrain adapté à une confrontation avec un droit étranger à l'esprit et

à l'épistémologie distincts du droit français. La prise de hauteur et le potentiel critique de la comparaison des droits peuvent permettre d'en améliorer la connaissance en démystifiant ses fonctions et ses enjeux.

Le droit britannique a dès lors été choisi comme terrain de comparaison. Outre un regard original porté sur l'égalité « à la française », la comparaison contribue aussi à la connaissance du droit public britannique et des enjeux théoriques de l'égalité en droit public en aboutissant à l'identification de trois fonctions, distinctes et complémentaires. Alors même qu'au moment de choisir le Royaume-Uni comme terme de la comparaison, l'intuition menait plutôt à envisager un contraste avec la France, les deux droits manifestent en réalité de grandes ressemblances, en ce que la valorisation de l'égalité y remplit les trois mêmes fonctions. L'égalité légitime le pouvoir public, le contraint à considérer les individus comme des égaux, et lui confère la finalité de transformer la société dans un sens égalitariste.

Pour rendre les droits français et britannique comparables, la première étape de la recherche a consisté dans l'élaboration d'une interface, grâce à une approche philosophique du droit qui a mené à qualifier l'égalité de valeur. S'il existe une diversité de conceptions valides de l'égalité, sa signification est dépendante de plusieurs variables : « L'égalité, d'accord, mais entre qui, en quoi et sur quel critère ? »[1]. L'égalité ne doit pas être conçue comme un donné, mais comme un contenant admettant des contenus normatifs. Il est nécessaire d'évaluer ce qu'« être égaux » veut dire. Alternativement, l'égalité décrit une situation (les humains sont égaux d'un certain point de vue) et affirme des principes (les humains devraient être égaux d'un certain point de vue, mais ne le sont pas actuellement). Or, donner un sens à ces deux opérations nécessite d'évaluer le caractère bon ou mauvais d'un certain état de la société. La signification de l'égalité est dépendante de l'adhésion à une philosophie normative, à des principes politiques et moraux, des idéaux ou des jugements de valeur, sans lesquels elle reste incomplète ou fait l'objet de désaccords continus. L'égalité semble donc répondre à la définition de la valeur, c'est-à-dire un concept ou une croyance qui se rattache à des finalités désirables et qui guide les comportements. Elle peut être considérée comme un axiome à respecter et/ou une finalité à désirer. Considérer l'égalité comme une valeur place donc les enjeux

de sa définition dans les domaines de la morale et de l'éthique, dont les significations irriguent la sphère du droit public.

En tant que valeur, les rôles joués par l'égalité en droit public se montrent plus variés que le seul « principe d'égalité ou de non-discrimination ». Ses significations sont perméables aux représentations, aux revendications, aux héritages historiques et anthropologiques. Si l'égalité s'exprime différemment en France et au Royaume-Uni, du fait des différences de culture juridique, elle y est pleinement valorisée dans ses fonctions légitimatrices, déontologique et téléologique.

Premièrement, la valeur d'égalité est mobilisée pour légitimer le pouvoir politique en contribuant à l'adhésion au modèle de la démocratie libérale. L'établissement de la démocratie en tant que mode d'attribution du pouvoir repose sur l'individualisme philosophique en s'opposant à toute hiérarchisation qui fonderait l'attribution du pouvoir à un seul ou à une minorité. Alors que le droit public français s'est développé à partir de la réception historique d'une adhésion explicite à la valeur d'égalité individuelle, la démocratisation britannique ne s'est pas accompagnée d'une réflexion explicite autour de l'attribution égalitaire du pouvoir. Pourtant, son adhésion explicite à la démocratie parlementaire démontre une évolution vers la reconnaissance d'une idéologie constitutionnelle égalitaire. Plus encore, l'égalité contribue à justifier l'encadrement juridique de l'exercice du pouvoir politique. Elle crée une universalité entre tous ses destinataires et fonde la protection d'un ensemble de droits et libertés. Si la comparaison révèle en particulier un rôle implicite de l'égalité dans la philosophie du *common law*, l'internationalisation du droit public a considérablement renforcé ce rôle en plaçant les droits et libertés de l'individu au centre de sa justification. L'égalité est le pivot qui relie l'individualisme, la liberté et la dignité de l'être humain.

Deuxièmement, la valeur d'égalité fonde axiologiquement des normes juridiques particulières qui limitent ce pouvoir politique. Les individus doivent être considérés, aux yeux de la mesure édictée, comme ayant une valeur égale. Une première norme juridique remplissant cette fonction est le principe général d'égalité, qui consiste en un contrôle de l'adéquation entre les situations et les

traitements. Bien implanté des deux côtés de la Manche, ce principe reste toutefois implicite ou indirect au Royaume-Uni en se confondant avec la rationalité administrative. Par la suite, un second corpus de normes juridiques, ciblant les traitements défavorables au regard d'une ou plusieurs caractéristiques protégées, est venu préciser ce rôle déontologique de l'égalité. La comparaison révèle un développement commun du droit de la non-discrimination par une circulation internationale des concepts. Cet ensemble normatif manifeste, en particulier, une adhésion à l'égale valeur morale des vies individuelles qui se voit attribuer une signification normative autour d'un libéralisme égalitaire multiculturaliste.

Troisièmement, la valeur d'égalité est une finalité de l'action publique. Le point de départ de cette approche se fonde sur les conceptions idéalisées de l'égalité dans le cadre de la justice sociale en philosophie normative. D'une part, une conception distributive de l'égalité justifie l'adoption de mesures de redistribution et d'assurance économique et sociale afin d'assurer une société plus égalitaire du point de vue des besoins et de l'accès aux ressources. L'inégalité de distribution des richesses et des ressources serait injuste et contraire à l'égale valeur morale des vies individuelles qui dépend de la jouissance de certains biens matériels. D'autre part, une conception relationnelle de l'égalité justifie l'adoption de mesures de correction et de compensation des relations interindividuelles afin de forger une société de relations égales entre les citoyens. L'égalitarisme relationnel se fonde sur les concepts de respect et de reconnaissance pour s'opposer aux relations asymétriques entre les individus, notamment générées par le prestige, l'estime ou le pouvoir. Ce prisme éclaire notamment les enjeux de la pénalisation des comportements, de l'action positive, de l'accommodement raisonnable, des politiques publiques informationnelles et préventives, ainsi que par une obligation procédurale de promouvoir l'égalité.

En conclusion, la confrontation comparative avec le droit public britannique permet de s'extirper des réductions conceptuelles qui obscurcissent la signification de l'égalité. Elle aboutit à l'élaboration d'un « langage commun » dans lequel viennent se loger les observations comparées des droits publics nationaux. Tout l'enjeu de la valorisation de l'égalité en droit public consiste donc à clarifier la distinction entre ces fonctions, et à trouver un équilibre entre elles à

la lumière des spécificités des droits publics nationaux et de leur porosité aux idéaux philosophiques.

Pouvez-vous spécifier les modalités pratiques de votre travail : modalités institutionnelles, codirection ou cotutelle, séjour sur place, intégration dans une université d'accueil, accès aux sources, etc.

J'ai réalisé ma thèse à l'Université de Strasbourg, sous la direction du professeur Peggy Ducoulombier. L'accès à la grande majorité des sources britanniques était possible depuis Strasbourg grâce à l'outil numérique. Toutefois, un certain nombre de sources ne se trouvait ni en ligne, ni dans mon Université. Deux solutions m'ont permis d'élargir le champ de mes lectures.

Tout d'abord, j'ai décidé de m'inscrire à la bibliothèque interuniversitaire Cujas, à Paris, qui possède un fonds documentaire plus développé. Je m'y suis rendu régulièrement durant la première année de ma thèse.

Ensuite et surtout, en troisième année de thèse, l'opportunité m'a été offerte de partir en séjour de recherche au *King's College London*. J'y ai passé plusieurs mois sous la supervision du professeur Robert Blackburn. Ce séjour a été déterminant pour ma recherche, à deux égards au moins.

D'une part, toutes les sources bibliographiques auxquelles je ne parvenais pas à accéder depuis la France se situaient à la *Maughan Library* située sur le campus principal. La très grande qualité des infrastructures de recherche de cet établissement m'a permis d'accéder à des ressources inconnues jusqu'alors. Pendant ce séjour, j'ai également eu la chance d'être accueilli aux *Parliamentary Archives*, situées à l'époque dans la *Victoria Tower* du palais de Westminster[2], pour y consulter des travaux préparatoires, des rapports et des comptes rendus de réunion. Ces documents indispensables ont contribué à accréditer certaines explications historiques.

D'autre part, grâce au professeur Blackburn, j'ai pu rencontrer des acteurs des mondes universitaire et judiciaire britanniques. Je leur ai présenté mon projet et mes intuitions, recueillant leurs réactions, critiques et idées. À ce titre, je dois adresser mes remerciements

sincères aux professeurs Robert Wintemute et Catharine MacMillan qui ont accepté de consacrer du temps à la discussion de mon projet. Par ailleurs, ma rencontre avec Lord Igor Judge, ancien juge et *Lord Chief Justice of England and Wales*, a été déterminante. Je me souviens en particulier de sa réaction à l'écoute de mon projet, remarquant spontanément qu'« en droit public britannique, l'égalité n'existe pas ». Ces rencontres ont fait mûrir ma réflexion comparative en me menant à conclure que, loin d'être inexistante, la valorisation de l'égalité en droit public britannique était en réalité très implicite.

Droit comparé/Droit public comparé

Quelles ont été vos motivations pour un travail doctoral en droit comparé ?

J'ai découvert la comparaison des droits dans le cadre de mon mémoire de Master 2, réalisé sous la direction du professeur Gabriel Eckert. Il portait sur le droit administratif des biens et, en particulier, sur le régime juridique de protection du domaine public. Mon choix s'était porté sur une comparaison tripartite entre la France, l'Espagne et le Royaume-Uni. Ce premier travail de recherche, dont j'ai pu ultérieurement publier une partie des conclusions [3], m'a permis de découvrir les subtilités méthodologiques de la comparaison des droits.

En particulier, j'ai été très intéressé par l'élaboration d'un objet commun aux droits comparés qui soit suffisamment abstrait pour ne pas biaiser la comparaison, mais aussi suffisamment concret pour que chacun des droits puisse exprimer ses solutions locales. Cette réflexion conceptuelle relative à la comparabilité révèle tout le potentiel de l'outil comparatif. En droit administratif britannique, l'appropriation publique et l'affectation à l'utilité publique sont dissociées. J'ai donc choisi de ne pas parler de « biens publics » mais de recourir au concept de « chose publique », dont la soumission à un régime juridique spécifique est rendue nécessaire par sa fonction au sein de la société, sans présupposer une quelconque appropriation par une personne publique. Ce prisme d'étude a permis d'étudier autrement le droit public français, à la lumière des spécificités

britanniques. Ainsi, la comparaison permet à la fois un décentrement et une prise de hauteur qui changent le regard habituellement porté sur certains objets. Au moment d'élaborer un projet de thèse, l'idée est venue de porter ce « regard de droit comparé » sur un objet classique du droit public français, qui semblait déjà très exploré mais dont l'interprétation paraissait toujours débattue – le principe d'égalité.

À la lumière de la singularité du droit public britannique observée dans le cadre de mon mémoire de Master 2, j'ai décidé de consacrer ma recherche doctorale à une comparaison avec le Royaume-Uni. La confrontation des cultures juridiques française et britannique me paraissait particulièrement féconde, dans l'objectif d'approfondir d'une part, la connaissance francophone du droit britannique et d'autre part, d'apporter une pierre critique à l'édifice des débats sur l'égalité en droit français.

Comment avez-vous abordé le droit comparé dans ce travail doctoral ? Avez-vous adopté une méthodologie particulière ? Y a-t-il des spécificités s'agissant du droit public comparé ?

L'exigence méthodologique la plus importante a été celle d'éviter le biais dans la comparaison. En effet, les voies d'accès à la connaissance et à la compréhension d'un droit étranger sont nécessairement distinctes de celles de notre propre droit. Il était donc d'abord nécessaire d'évacuer tout élément de l'objet d'étude qui serait propre au droit français, dans le but de préserver l'intégrité des droits à comparer. Dans le même temps, la comparaison nécessite de construire un langage commun, capable d'accueillir le dialogue entre ces droits à comparer. La comparabilité consiste donc à la fois en la construction d'un objet commun et d'une épistémologie commune aux droits comparés. En ce sens, le comparatiste doit parler un « métalangage neutre, indépendant des langages-objets analysés, et capable de subsumer les catégories employées par chacun d'eux [...] sous des concepts théoriques plus généraux autorisant à les confronter sur le plan intellectuel dans une opération comparatiste »[4]. Il doit être conscient du fait que le droit qu'il étudie est enchâssé dans des structures institutionnelles de concepts et de pensée.

Par conséquent, la décision a été prise d'abandonner toute caractéristique formelle et juridique de l'égalité. Ne sachant pas d'emblée si un principe juridique d'égalité existait au Royaume-Uni, il ne me paraissait pas cohérent de conserver sa caractéristique de « principe ». Plus encore, je souhaitais dépasser l'idée même d'une norme juridique afin de ne rien présupposer quant aux solutions du droit étranger. Je me suis donc intéressé au seul concept d'égalité, à ses particularités et à ses significations. Sa nature évaluative et sa dépendance à des conceptions provenant de la philosophie politique et morale m'ont mené à la qualifier de valeur, après avoir vérifié qu'il était théoriquement possible d'étudier la présence d'une valeur en droit – et en droit public. Ce dernier semble être une branche du droit particulièrement disposée à accueillir des références axiologiques. Organisant la relation entre les gouvernants et les gouvernés, il contribue notamment à la légitimation du pouvoir politique et à son encadrement juridique. Tant dans son versant constitutionnel qu'administratif, il contient généralement de nombreuses références à des valeurs.

Armé de ces réflexions théoriques préalables, le choix de considérer l'égalité comme une valeur rendait comparables les droits publics français et britannique. Ce prisme d'étude ne présupposait rien quant aux résultats de la comparaison. La valorisation de l'égalité pouvait être tant omniprésente qu'absente dans un droit national.

À l'étape de la comparaison en tant que telle, ce prisme méthodologique imposait d'opter pour une interdisciplinarité assumée. Pour identifier le rôle de la valorisation de l'égalité en droit public dans chacun des droits comparés, il était nécessaire d'en comprendre la construction historique, de « mettre au jour la foultitude de traces discursives – historiques, épistémologiques, économiques, politiques, linguistiques, disons, *culturelles* » [5].

Quelles ont été les difficultés éprouvées ? Avez-vous spécialement éprouvé des problèmes de traduction de notions ou concepts ?

L'approche méthodologique construite a généré deux types de difficultés.

D'une part, était-il possible de choisir une valeur comme objet d'étude en droit comparé ? Est-il possible d'identifier les valeurs

portées par un discours ? Le droit est-il un discours qui véhicule des valeurs ? La comparabilité a d'abord été construite à l'aide de la philosophie du droit par l'intermédiaire d'une réflexion théorique préalable. Si la diversité axiologique contemporaine complexifie le processus du choix moral, il n'en demeure pas moins qu'il semble possible d'atteindre une connaissance pragmatique de ces valeurs en observant la teneur des discours qui y font référence. Observer les références discursives aux valeurs dans le cadre du droit nécessite cependant de ne pas perdre de vue la spécificité juridique. Il a donc fallu démontrer que le droit était susceptible de véhiculer des représentations et des valeurs, se nourrissant des sphères extra-juridiques comme la philosophie politique et morale et les enjeux politico-historiques. La théorie et la philosophie du droit ont été déterminantes dans la résolution partielle de ces questionnements liés à la méthodologie comparative. La pratique juridique exprime bien des valeurs et contient des raisonnements moraux, affectant la structure constitutionnelle et l'interprétation des normes juridiques.

D'autre part, le choix d'une valeur pour objet commun et de l'interdisciplinarité pour méthode ne pose-t-il pas la question de la posture du chercheur ? La question de l'objectivité a semblé devoir être résolue avant d'entreprendre la comparaison. L'objet de recherche porte sur « des systèmes de pensée normative » [6] qui questionnent la possibilité de s'en tenir à une stricte rigueur descriptive – si tant est qu'il soit possible de décrire une réalité de manière complètement objective [7]. En droit comparé, il n'est même pas certain qu'il soit envisageable d'accéder complètement à la connaissance du droit étranger, s'il est considéré que le chercheur est toujours soumis à un certain ethnocentrisme. Toutefois, un travail comparatif ne requiert pas une objectivité absolue. Il peut en revanche opter pour une neutralité de second niveau, reposant sur l'identification transparente des choix méthodologiques réalisés. Dans le cadre de cette recherche, le choix a été fait de s'immerger dans les représentations historiques, axiologiques et culturelles, tout en assumant que la lecture qui en est faite vise à convaincre le lecteur.

Concernant la traduction, l'observation du droit public britannique a rendu nécessaire d'expliciter la signification de certains concepts peu traduisibles et/ou à forte connotation culturelle, tels que le

common law, le *rule of law*, le *judicial review*, la *fairness*, le *non-partisanship*, la *prorogation*. D'autres concepts revêtent une signification juridique plus technique qu'il a fallu définir attentivement, comme *ouster clause*, *remedies*, *unreasonableness*, *irrationality*, *legitimate expectations*, *anxious scrutiny*, *equality duty*. Enfin, le concept de souveraineté paraît intéressant du point de vue de la traduction – très connu des deux ordres juridiques comparés, il y porte toutefois une signification très différente qui ne peut être comprise qu'à la lumière des spécificités de l'histoire constitutionnelle française et britannique. Tous ces concepts ont une signification proprement interne qui n'est pas immédiatement accessible à l'observateur étranger, qui doit être attentif au fonctionnement du « collectif de personnes ayant une expertise dans un domaine donné, [se traduisant] par des compétences reconnues et par une légitimité et une autorité en matière de production et de connaissances » [8].

Quel apport spécifique du droit comparé dans votre travail ?

L'originalité des conclusions de cette recherche est une conséquence directe du travail méthodologique préalable. Sans l'approche singulière de la comparaison des droits, l'égalité aurait conservé ses caractéristiques formelles propres au droit français. Le droit comparé a permis de s'en délier, de considérer autrement l'objet d'étude, de percevoir que le concept d'égalité en droit public ne fonde pas seulement une norme juridique particulière. Il s'exprime de manière plus large et transversale, et remplit diverses fonctions qui ne sont pas toujours étudiées ensemble.

Plus encore, le droit comparé contribue à l'amélioration de la connaissance du droit public britannique en tant que telle. Son étude permet de comprendre que la manière dont un ordre juridique se saisit d'une valeur et lui confère des significations, est fortement liée au partage d'une culture constitutionnelle et institutionnelle. Un même concept d'égalité revêt des significations fort différentes de part et d'autre de la Manche, même s'il y remplit des fonctions semblables.

Il faut également noter que la hauteur du prisme d'étude comparatif a permis de mettre en perspective les relations qu'entretiennent les ordres juridiques français et britannique avec les droits

internationaux et européens. Les conceptions de l'égalité portées par ces derniers sont directement confrontées aux conceptions nationales de l'égalité – ce qui a généré de nombreux débats doctrinaux en France comme au Royaume-Uni. Par exemple, la doctrine britannique continue de s'interroger sur la nature des droits fondamentaux. Sont-ils naturels, au sens où les individus en jouissent du seul fait qu'ils sont humains [9], ou sont-ce plutôt des standards de légitimité politique dont la protection est dépendante de circonstances institutionnelles et politiques [10] ? Si la protection internationale et européenne des droits de l'homme mobilise majoritairement la notion d'égale dignité des êtres humains, le sujet existe juridiquement par l'intermédiaire du *common law*, en tant que membre d'une communauté [11]. Au Royaume-Uni, le statut égalitaire des individus soumis au droit n'a donc pas été pensé à partir d'une conception préjuridique de l'individu titulaire de droits naturels, mais bien à partir d'une relation politique entre le sujet et le pouvoir. La liberté est *dans* le *common law* [12].

Royaume-Uni

Pourquoi la comparaison avec le Royaume-Uni ? Quels apports de la comparaison avec la France et/ou avec d'autres systèmes ? Y a-t-il des spécificités à relever s'agissant spécialement du droit public comparé ?

Le droit britannique est souvent décrit comme le représentant d'une famille juridique distincte, dont la manière d'appréhender les sources du droit, les méthodes et les techniques juridiques serait différente. La tradition de *common law* s'opposerait ainsi à la tradition civiliste. La première préférerait l'empirisme et l'induction et accorderait au juge un rôle prépondérant, alors que la seconde opterait pour la déduction, la systématisation et la codification. Si ces différences ne doivent être rendues ni statiques ni absolues, il n'en demeure pas moins que le Royaume-Uni est marqué par une tradition et une culture constitutionnelle qui y influencent la pratique juridique.

Le droit public britannique manifeste à cet égard des singularités particulièrement intéressantes pour le projet comparatif, dans l'optique d'être confronté au droit public français. Il s'est formé à partir d'un héritage culturel, au sein duquel a été conçue la relation

du pouvoir politique et du droit. Celui-ci repose sur l'esprit du *common law*. Ses différentes lectures et relectures historiques ont forgé des institutions, des règles et des principes présentés comme permanents. La liberté est perçue comme « l'œuvre » du *common law*. Elle n'est pas le produit d'une intervention volontaire mais la composante d'une culture juridique partagée. Par conséquent, la culture juridique britannique se caractérise par une résistance relative à l'idée de réforme. Elle adhère plutôt à l'incrémentalisme, reposant sur une préférence pour la correction plutôt que la redéfinition et manifestant une préférence pour la continuité historique [13]. Au contraire de la France, le Royaume-Uni n'a pas connu de moment de « fondation » ayant impliqué la rédaction d'un texte général organisant le pouvoir politique. Aucun des événements constitutionnels rencontrés n'a déclenché l'écriture d'un tel texte. Sa Constitution n'est donc pas codifiée, composée de sources à la fois écrites et non écrites. Contrairement à la V^{e} République française, l'un des piliers de la Constitution britannique est la suprématie parlementaire. Ce principe ne contredit pas l'autre principe fondamental, le *rule of law* qui, en tant que principe de légalité, prévient tout abus du pouvoir politique et dirige l'interprétation des lois. De manière générale, c'est assurément « la combinaison de règles juridiques et non juridiques (ou conventionnelles) qui fournit le cadre de gouvernement et réglemente le comportement des acteurs politiques principaux » [14]. Dès lors, ces singularités institutionnelles et culturelles font du droit public britannique un *comparandum* intéressant par rapport au droit français.

Du point de vue de l'égalité, le Royaume-Uni manifeste également des spécificités intéressant directement le projet comparatif, tant il peut sembler difficile d'y identifier un principe d'égalité. Comme le notait cyniquement George Orwell, « l'Angleterre est le pays le plus marqué par la domination de classe [...] elle est une terre de snobisme et de privilège » [15]. La forme monarchique paraît s'opposer, en elle-même, à l'idéal d'égalité en conférant un pouvoir important à un membre de l'État, et à ses héritiers, en vertu de leur naissance. Le bicamérisme du Parlement britannique repose sur une distinction d'ordre aristocratique, la Chambre des Lords étant composée de membres non-élus. Toutefois, la comparaison a montré que ces observations

ne résistaient pas à l'étude détaillée du droit public britannique. Malgré ces caractéristiques inégalitaires, l'évolution des principes du droit public britannique démontre en réalité une adhésion implicite et progressive à l'idéal d'égalité entre les individus.

Perspectives

Quels conseils donneriez-vous à un étudiant entreprenant une thèse en droit public comparé ?

Je lui conseillerais d'abord d'être très attentif à la construction méthodique de la comparabilité, et en particulier à la nécessité d'éviter tout biais dans la définition de l'objet d'étude. Arrivé à l'étape de la comparaison, je lui conseillerais de maintenir un regard interdisciplinaire sur son objet d'étude, en se rendant attentif aux subtilités culturelles, à l'importance des événements historiques et à la circulation des idées philosophiques. S'il ne faut pas hésiter à exploiter des sources qui ne sont pas strictement juridiques, car elles enrichissent la compréhension des solutions et débats juridiques, il faut le faire d'une manière méthodique et rigoureuse. Enfin, je lui conseillerais d'être complètement transparent sur les choix effectués au fur et à mesure de la démonstration.

Quelles sont les pistes en droit comparé que vous souhaitez explorer vous-même, individuellement et/ou collectivement ?

À partir des intuitions nées dans mon travail de thèse, je souhaite orienter ma recherche comparative autour d'un objectif général et d'autres objectifs plus spécifiques.

L'objectif général consiste à questionner les valeurs sous-jacentes aux discours des acteurs et aux normes juridiques qui en sont l'objet. Pour ce faire, je souhaite mobiliser l'outil de la comparaison des droits adossé à une réflexion théorique transversale sur les relations entre le droit public et la philosophie des valeurs. En particulier, je souhaite m'intéresser à la justification axiologique de la protection des droits et libertés de l'être humain en confrontant plusieurs ordres juridiques.

D'autres objectifs plus spécifiques concernent l'extension de la comparaison franco-britannique à de nouveaux objets. Dans la

continuité de travaux déjà consacrés à la procréation [16] ou encore à la liberté du commerce [17], je souhaiterais m'intéresser à d'autres objets à propos desquels une comparaison franco-britannique semble féconde. Pour ne citer que deux exemples, les droits publics français et britannique pourraient être confrontés à la question des conséquences de la période coloniale sur leurs concepts constitutionnels, ou encore à la question de la redistribution des richesses.

Quelles perspectives/pistes pour la comparaison – les partenariats avec le Royaume-Uni ?

Qu'elle soit comparative ou qu'elle porte sur le droit public britannique seulement, la recherche portant sur le Royaume-Uni est active et implantée en France. Les pistes, les perspectives et les objets d'étude potentiels paraissent nombreux et variés, ce qui devrait encourager de futurs doctorants à y consacrer leur recherche. La culture constitutionnelle britannique est passionnante et les occasions de la confronter avec les principes français semblent inépuisables, tant les deux droits publics font souvent face à des défis communs. Un premier exemple est celui de la fin de vie. En janvier 2026, les Parlements français [18] et britannique [19] examinent parallèlement des propositions de loi portant sur les conditions d'une fin de vie digne, et en particulier sur l'accès à une aide à mourir. Un autre exemple est la critique politique portant sur la légitimité de la protection internationale des droits et libertés. En particulier, la question migratoire est au centre de ce discours, remettant notamment en cause les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme [20]. Face à ces arguments, la recherche juridique franco-britannique est susceptible d'éclairer ces débats à l'aide d'une mise en perspective comparative.

NOTES

1 N. Bobbio, *Droite et gauche. Essai sur une distinction politique*, Paris, Seuil, coll. « Essais », 1996, p. 118.

2 Depuis 2022, les Archives parlementaires britanniques ont été déplacées et réunies avec les Archives nationales, à Kew.

3 R. Place, « Le régime juridique des choses publiques à l'épreuve de la comparaison avec le Royaume-Uni », *Droit administratif*, n° 6, 2018, p. 15-21. Dans l'optique de cette publication, j'ai choisi de ne conserver que le Royaume-Uni, eu égard aux grandes ressemblances identifiées entre la France et l'Espagne à ce sujet.

4 G. Tusseau, « Sur le métalangage du comparatiste », *Journal for Constitutional theory and Philosophy of Law*, n° 21, 2013, p. 91-115.

5 P. Legrand, « Au lieu de soi », in P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 2009, p. 18-19.

6 A. Supiot, « Ontologie et déontologie de la doctrine », *Recueil Dalloz*, n° 21, 2013, p. 1425.

7 H. Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and other essays*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, 190 p.

8 M. Meyer, S. Molyneux-Hodgson, « "Communautés épistémiques" : une notion utile pour théoriser les collectifs en sciences ? », *Terrains & Travaux*, n° 18, 2011/1, p. 141-154, p. 141.

9 J. Tasioulas, « Towards a Philosophy of Human Rights », *Current Legal Problems*, vol. 65, 2012, p. 1-30.

10 J. Raz, « Human Rights without Foundations », in A. Etinson (ed), *Human Rights: Moral or Political?*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 321-338.

11 G. J. Postema, « Philosophy of the Common Law », in J. L. Coleman, K. E. Himma, S. J. Shapiro (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 588-622.

12 C. Roynier, *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Bibliothèque de la pensée juridique », 2020.

13 M. Elliott, « The United Kingdom Constitution », in R. Masterman, R. Schütze (eds), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge, CUP, 2019, p. 74.

14 G. Marshall, « The Constitution: Its Theory and Interpretation », in V. Bogdanor (ed), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford, OUP, 2003, p. 31.

15 G. Orwell, *England Your England*, Londres, Renard Press, 2022 [1941], 96 p.

16 R. Place, « Les questions relatives à la procréation en France et au Royaume-Uni », in P. Ducoulombier, C. Haguenau-Moizard (dir.), *La protection des droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Paris, Société de législation comparée, 2022, p. 131-152.

17 R. Place, « La protection de la liberté du commerce au sein de la Constitution britannique », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 3, 2017, p. 567-583.

18 Proposition de loi relative à la fin de vie (n° 1100), adoptée par l'Assemblée nationale le 28 janvier 2026 et rejetée par le Sénat le 25 février 2026. Une Commission Mixte Paritaire doit bientôt se prononcer sur ce texte.

19 *Terminally Ill Adults (End of Life) Bill*, votée en troisième lecture par la Chambre des Communes le 20 juin 2025, actuellement en discussion devant la Chambre des Lords.

20 À ce sujet, voir par exemple A. Antoine, « Le gouvernement de Keir Starmer s'attaque à l'Europe des droits humains », *Le Monde*, 5 décembre 2025.

AUTHORS

Nicolas Gabayet
Professeur à l'université Jean-Monnet de Saint-Étienne.
IDREF : https://www.idref.fr/178726877
HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/nicolas-gabayet
ISNI : http://www.isni.org/0000000436489098
BNF : https://data.bnf.fr/fr/17025394

Aurore Gaillet
Professeure à l'Université Toulouse 1 Capitole
IDREF : https://www.idref.fr/152349359
ORCID : http://orcid.org/0000-0002-1273-8366
HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/aurore-gaillet
ISNI : http://www.isni.org/0000000359408118

Denis Jouve
Denis Jouve est professeur de droit public à l'Université Reims Champagne Ardenne, au Centre de recherches Droit et Territoire.
IDREF : https://www.idref.fr/17622825X
HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/jouve-denis
ISNI : http://www.isni.org/000000042835621X

Romain Place
Maître de conférences en droit public à l'Université Paris-Nanterre (CTAD, équipe CREDOF).
IDREF : https://www.idref.fr/232793840
ORCID : http://orcid.org/0009-0008-1044-9852
HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/romain-place

Interview Dylan Swolarski

Nicolas Gabayet, Aurore Gaillet, Denis Jouve and Dylan Swolarski

DOI : 10.35562/droit-public-compare.1044

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Présentation
Droit comparé/Droit public comparé
Royaume-Uni
Perspectives

TEXT

La Constitution composite du Royaume-Uni et ses évolutions récentes, 4 novembre 2024, Université Paris-Panthéon-Assas, sous la direction d'Armel Le Divellec.

Présentation

Pouvez-vous brièvement résumer l'objet et les résultats de votre recherche ?

L'objet de ma thèse consiste à présenter un concept de constitution permettant d'intégrer la Constitution du Royaume-Uni en son sein. Pour ce faire, il a fallu, d'une part, porter une étude du droit positif britannique notamment au regard des évolutions qui ont marqué le droit constitutionnel depuis l'intégration des Communautés européennes en 1973. D'autre part, en tirant toutes les conséquences de ces évolutions, l'ambition était de parvenir au concept de constitution composite dans le but de présenter la Constitution du Royaume-Uni autrement que par son caractère « non-écrit » ou « coutumier ». Le cas particulier du Royaume-Uni a ainsi ouvert la porte à une comparaison avec les constitutions écrites, et notamment celle de la France, grâce au concept de constitution composite.

L'intégration de l'ordre juridique européen, la mise en place de la dévolution, l'adoption du *Human Rights Act* 1998 et la tentative de rationalisation constitutionnelle des années 2000 ont ensemble révélé l'insuffisance de la théorie constitutionnelle pour penser la Constitution du Royaume-Uni. Tous ces changements ont amené les acteurs institutionnels, au premier rang desquels les juges, à penser le droit constitutionnel différemment, intégrant l'idée d'une Constitution mue non plus par la souveraineté du Parlement, mais par la *common law*. L'affaire *Miller* 2 de 2019 en est un exemple frappant. Face à cela, s'est développée une réponse parlementaire cherchant à renouer avec l'idée que la Constitution du Royaume-Uni dépendrait *in fine* des pratiques dites politiques définies comme étant des « conventions de la constitution ». Au regard de cette tension provenant des évolutions juridiques qui ont traversé le droit constitutionnel britannique, j'entends proposer une approche renouvelée de la Constitution du Royaume-Uni tendant à rendre compte de ces changements constitutionnels comme de ces tensions nouvelles. L'analyse du droit positif met effectivement en avant le fait que la Constitution du Royaume-Uni ne peut plus être simplement présentée par le principe cardinal canonisé par Albert Venn Dicey selon lequel le Parlement est souverain.

Afin de dépasser cette insuffisance, j'ai formulé le concept de constitution composite. Ce dernier, appliqué au cas du Royaume-Uni, se compose principalement des deux principes du cadre constitutionnel britannique que l'on retrouve dans toutes les strates du droit constitutionnel : le système de gouvernement parlementaire et la *rule of law*. Afin de parvenir à cela, l'étude a montré que le concept de constitution composite doit intégrer l'idée de culture constitutionnelle, qui a profondément évolué au Royaume-Uni en raison de la transformation du droit positif lors de ces cinquante dernières années. Il est ainsi possible d'affirmer que, loin d'être une remise en cause des données constitutionnelles, les évolutions récentes qu'a connues la Constitution du Royaume-Uni ne sont qu'une expression du concept de constitution composite. La dernière piste envisagée par ma thèse concerne l'exportation du concept. Parce que celui-ci ne se concentre pas sur l'aspect écrit – ou non – de la constitution, il peut alors être mobilisé pour penser les évolutions

constitutionnelles autres que celles du Royaume-Uni, et ce malgré la présence d'un texte formel.

Pouvez-vous spécifier les modalités pratiques de votre travail : modalités institutionnelles, codirection ou cotutelle ; séjour sur place ; intégration dans une université d'accueil ; accès aux sources, etc.

Bien que portant sur le droit constitutionnel du Royaume-Uni, ma thèse s'est inscrite dans le cadre d'une direction française, au sein de l'Université Paris-Panthéon-Assas. N'ayant pu faire de séjours dans les universités britanniques durant mon travail doctoral, notamment en raison de l'épidémie de Covid qui a marqué le début de mes recherches, j'ai néanmoins eu l'opportunité de prendre contact avec de nombreux constitutionnalistes britanniques avec lesquels j'ai pu échanger sur les enjeux de ma thèse.

Ayant eu la chance d'avoir accès à des bibliothèques disposant de fonds d'ouvrages étrangers conséquents, comme la bibliothèque interuniversitaire Cujas et la Salle de droit public de l'Université Paris-Panthéon-Assas, je n'ai pas eu de difficulté particulière pour accéder aux sources britanniques. J'ai également pu accéder tout le long de mon travail doctoral aux bases de données numériques essentielles pour le monde anglo-saxon, telles que Westlaw UK, Jstor ou encore l'ensemble des revues des Oxford University Press. De plus, les différentes institutions parlementaires et gouvernementales du Royaume-Uni ont une politique de numérisation des différents documents juridiques qui a grandement facilité mon travail de recherche.

Afin d'avoir un point de vue britannique sur ma thèse, était présent dans le jury de soutenance le professeur, et ancien membre du Parlement britannique, David Howarth qui m'a permis de diffuser mon travail auprès du corps professoral de l'Université de Cambridge.

Droit comparé/Droit public comparé

Quelles ont été vos motivations pour un travail doctoral en droit comparé ?

Après avoir rédigé un mémoire en Master 2 portant sur les *Lectures* d'Albert Venn Dicey publiées pour la première fois en 2013 aux presses universitaires d'Oxford, il m'est apparu que le cas de la Constitution du Royaume-Uni offrait des perspectives fertiles pour comprendre le cadre constitutionnel français.

Les difficultés théorique et juridique qui imprègnent le droit constitutionnel britannique sont autant d'enseignements qui offrent des manières originales de penser cette matière et ouvrent également les perspectives de compréhension des constitutions écrites. Les spécificités du droit d'outre-Manche sont alors des pistes de réflexion qu'il était nécessaire d'étudier plus profondément afin d'essayer d'en faire ressortir le noyau dur, ce qui conduit inévitablement à les comparer avec les notions qui ont cours dans nos systèmes de droit constitutionnel dit écrit.

Dès lors, afin de mettre en exergue ces spécificités, il était nécessaire de s'intéresser pleinement au cas britannique. Cette étude première était en quelque sorte la condition *sine qua non* d'une quelconque comparaison avec les systèmes constitutionnels continentaux dans leur approche du concept de constitution. En effet, dès le début de mon travail doctoral, la question centrale qui m'a occupé tout le long de la rédaction était la suivante : comment comprendre la manière dont on pense la constitution, si ce n'est par une enquête approfondie sur l'État à partir duquel nous partons toujours lorsque nous dressons une histoire du droit constitutionnel ?

Comment avez-vous abordé le droit comparé dans ce travail doctoral ? Avez-vous adopté une méthodologie particulière ? Y a-t-il des spécificités s'agissant du droit public comparé ?

La particularité de ma recherche doctorale était que l'aspect proprement comparatif ne pouvait intervenir qu'après une présentation et une compréhension abouties du droit constitutionnel britannique.

Dans un premier temps, il a fallu que je m'imprègne complètement du droit constitutionnel du Royaume-Uni, seul objet d'étude de ma thèse. Dès lors, ma position de juriste français a nécessairement impliqué que mon analyse du droit britannique soit comparée en ce que j'ai dû m'intéresser à un droit qui n'est pas celui que j'ai

initialement étudié. C'était donc là mon expérience principale du droit comparé. Dans un second temps, l'enquête a pu s'ouvrir à une perspective plus large envisageant les manières grâce auxquelles il est possible de partir du cas britannique pour étudier sous un nouveau regard le droit constitutionnel en général et plus spécialement la Constitution française.

Quelles ont été les difficultés éprouvées ? Avez-vous spécialement éprouvé des problèmes de traduction de notions ou concepts ?

La principale difficulté à laquelle j'ai été confronté est une difficulté à laquelle, je pense, tout juriste s'intéressant au Royaume-Uni fait face : la complexité du système juridique de *common law*. Il a été nécessaire de comprendre très rapidement l'ordonnancement juridique du Royaume-Uni avec toutes les spécificités qu'il contient. Cela impliquait donc d'apprendre en détail toutes les notions, catégories juridiques, et procédures qui traversent le droit britannique, et spécialement le droit public. Au-delà de la connaissance particulière de ces éléments, l'enjeu principal était de ne pas superposer les notions juridiques françaises sur les notions britanniques.

À côté de cela, la traduction des ouvrages comme des notions juridiques a constitué une difficulté propre au travail de rédaction. Si mes connaissances en anglais me permettaient largement de comprendre toutes les subtilités des notions et termes juridiques britanniques, leur traduction relevait d'un exercice tout autre. Il m'a alors fallu apprendre à faire des choix des termes que je laissais en anglais dans le texte et ceux que je devais traduire, notamment en ce que certains d'entre eux ne connaissent pas vraiment d'équivalent en langue française. Pour ceux que j'ai décidé de traduire, j'ai dû recourir à des lexiques, dictionnaires et sites institutionnels pour m'assurer de la justesse de mes traductions. En ce sens, les sites institutionnels canadiens étaient particulièrement utiles en ce que ce système constitutionnel, issu de Westminster, connaît deux langues officielles que sont l'anglais et le français, ce qui a en partie facilité mon travail de traduction.

Des termes tels que « *due process of law* », « *judicial review* », « *rule of law* », « *tribunal* » n'ont ainsi pas pu être traduits tant ils renvoient à des notions très spécifiques en droit britannique. De même, la variété lexicale par laquelle la langue anglaise permet de distinguer

entre les droits (*rights*) et le droit (*law*) a rendu l'entreprise de traduction parfois difficile. Plus encore, la distinction entre « *statute* », « *a law* », « *a Bill* », « *an Act* », si elle peut se comprendre dans le cadre de la langue anglaise, elle reste très difficile à traduire en français. La difficulté majeure était donc celle de savoir ce qui devait être présenté en anglais afin de ne pas en trahir le sens originel et ce qui pouvait faire l'objet d'une traduction.

Quel apport spécifique du droit comparé dans votre travail ?

L'apport principal du droit comparé dans mon travail doctoral est de contribuer à l'étude du concept de constitution. Le droit comparé permet d'apporter un regard neuf sur un système juridique étranger, ce qui permet de renforcer les connaissances que l'on a de ce système. Plus encore, au regard de la démarche adoptée au sein de mon travail, le droit comparé permet également d'élargir les perspectives de recherche au-delà du seul cas du Royaume-Uni pour l'application du concept de constitution composite. Ce que j'ai esquissé à la fin de ma thèse.

Royaume-Uni

Pourquoi la comparaison avec le Royaume-Uni ?

La raison de la comparaison avec le Royaume-Uni provient d'un triple intérêt. Le premier est de nature personnelle, concernant mon parcours. Le deuxième, de nature davantage historique, tient à l'histoire du droit constitutionnel. Le troisième, qui relève davantage de la théorie, provient des incertitudes doctrinales quant à la nature de la Constitution du Royaume-Uni.

Pour la première raison, il s'agit, comme je l'ai mentionné auparavant, du fait que j'ai rédigé un mémoire sur Albert Venn Dicey dans le cadre de mon Master 2 à l'Université Paris-Panthéon-Assas. Au cours de la rédaction de ce mémoire j'ai pu développer un goût prononcé pour le droit constitutionnel britannique, largement alimenté par mon attrait pour la culture anglo-saxonne dans son ensemble.

La seconde raison relève davantage de l'importance historique que représente la Constitution du Royaume-Uni. En effet, que cela soit les écrits de Montesquieu sur la Constitution d'Angleterre, les

interventions de Mirabeau au moment de la Révolution française, les écrits de Chateaubriand sur les révolutions, l'opinion de Tocqueville sur la Constitution britannique (ou plutôt son inexistence) ou encore la nécessité de présenter la Constitution du Royaume-Uni dans tout enseignement de droit constitutionnel, tous ces éléments démontrent l'importance que la construction constitutionnelle du Royaume-Uni a eue sur l'évolution de nos concepts de droit constitutionnel. Dès lors, partir du cas britannique actuel pour essayer d'ouvrir la discussion sur la manière dont fonctionnent les systèmes constitutionnels continentaux me paraissait fertile, en ce que nombre de notions de droit constitutionnel proviennent en partie de ce qui se trouve au sein de la Constitution du Royaume-Uni : le système de gouvernement parlementaire, la responsabilité ministérielle, les conventions de la constitution, etc. Tous ces éléments m'ont alors poussé à essayer de comprendre leur signification contemporaine afin d'étudier le concept de constitution composite.

La troisième raison, quant à elle, est proprement théorique en ce qu'elle tire son origine de l'incertitude doctrinale à propos de ce qu'*est* la Constitution du Royaume-Uni. Son aspect non-écrit, la place de la pratique « politique », l'existence de textes juridiques fort anciens, et son adaptation à des changements brusques comme le Brexit, constituent un matériau fondamental pour comprendre le concept de constitution et ses diverses manifestations dans des États disposant de textes constitutionnels récents. Tout cela permet, en outre, de dépasser la distinction entre constitution écrite et constitution non écrite. Ainsi, la difficulté du cas britannique est donc une source de réponses comme de nouvelles interrogations pour la théorie constitutionnelle.

Quels apports de la comparaison avec la France et/ou avec d'autres systèmes ?

Les apports de la comparaison entre le Royaume-Uni et d'autres systèmes constitutionnels, notamment ceux dotés d'une constitution écrite, apparaissent à la fin de mon travail. Ces apports proviennent principalement de la potentielle exportation du concept de constitution composite au-delà des frontières britanniques. En effet, les évolutions qu'a connues le Royaume-Uni depuis les années

soixante-dix, avec l'intégration des Communautés européennes puis la sortie de l'ordre juridique européen, le développement du processus de dévolution, l'intégration des droits de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ainsi que les profondes réformes constitutionnelles des années deux mille, tout cela invite à réfléchir sur les conséquences de changements si profonds sur un système constitutionnel. De la même manière, par la place qui est accordée à ces pratiques « politiques » nommées conventions de la constitution – qui ont une réelle portée juridique, ainsi que j'essaie de le démontrer dans mes recherches –, il est possible de partir du cas britannique pour envisager la place de ces mêmes pratiques dans des cadres constitutionnels qui sont pourtant organisés par un texte formel.

Il est par exemple intéressant, si l'on prend le cas français, d'intégrer la logique juridique des pratiques institutionnelles qui existent au Royaume-Uni dans l'analyse des pratiques au sein du cadre constitutionnel français. Ainsi, l'importance constitutionnelle des conventions de la constitution dans l'émergence et l'évolution du droit constitutionnel britannique peut être une ressource fondamentale pour envisager les pratiques parlementaires françaises comme un véritable droit parlementaire, comme l'avait déjà démontré Pierre Avril.

De même, au regard du concept de constitution composite formulé à partir du droit britannique, il est possible de chercher dans les Constitutions française ou allemande, par exemple, des éléments qui révèleraient l'existence d'un droit constitutionnel qui est, dans sa mise en œuvre, étranger au texte formel. C'est ainsi que l'on peut admettre que le cadre constitutionnel français, s'il intègre formellement un système de gouvernement parlementaire tel que cela ressort des articles 20, 49 et 50 de la Constitution, doit être compris au regard des relations interinstitutionnelles qui y ont cours et qui invitent à nuancer le constat selon lequel il s'agirait d'un régime parlementaire classique. La Constitution française, du fait de la pratique institutionnelle, intègrerait par exemple un élément administratif centré autour de la présidence qu'il est nécessaire d'inclure dans la recherche sur le concept de constitution composite appliquée au cas français. Bien entendu, ici, la comparaison obligerait à s'intéresser aux particularités de la culture constitutionnelle

française, qui part nécessairement du texte formel. Ce ne sont là que des pistes de comparaison.

Y a-t-il des spécificités à relever s'agissant spécialement du droit public comparé ?

Les spécificités du droit public comparé tiennent surtout au fait qu'il est impératif de tenir compte des particularismes juridiques de l'État que l'on souhaite étudier par voie de comparaison. Pour le cas spécifiquement britannique, cela se manifeste, à mon sens, de deux manières.

D'une part, le fait qu'il s'agisse d'un ordre juridique de *common law* implique que le juriste qui l'étudie ne soit pas tenté de le faire selon les données du droit de tradition « civiliste ». Il faut prendre en considération le poids de la *common law* dans le développement du droit qui est bien différent de celui de la jurisprudence dans les systèmes continentaux. Cela change profondément le sens qui peut être accordé à certaines notions qui paraissent transparentes *a priori*.

D'autre part, la manière dont est pensée la Constitution par les acteurs institutionnels ainsi que par la doctrine est profondément différente que celle à laquelle nous sommes habitués sur le Continent, du moins en France. Il est difficile de chercher à penser la Constitution du Royaume-Uni selon les critères par lesquels nous pensons les constitutions. L'absence d'un texte formel constitutionnel invite, en effet, à chercher plus loin la raison de l'existence de certaines règles juridiques, ce qui suppose très souvent un recours à l'histoire constitutionnelle bien plus important que ce qui peut être le cas lorsque l'on analyse une règle constitutionnelle présente au sein d'un texte formel. Dès lors, dans ce cas précis, le recours à l'histoire constitutionnelle est une nécessité, afin de ne pas prendre ladite règle constitutionnelle comme un simple donné. Plus encore que dans les États continentaux, les règles constitutionnelles qui ont cours au Royaume-Uni sont le fruit d'une histoire qui oblige à comprendre comment cette règle en est venue, du fait de la pratique très souvent, à devenir ainsi.

Tout cela implique par conséquent que la spécificité du droit public comparé réside dans la compréhension approfondie de l'histoire

constitutionnelle et administrative de l'État qui fait l'objet de la comparaison. Il est essentiel d'avoir toujours à l'esprit les raisons profondes qui sont à l'origine de la structure du droit public de chaque État, afin de ne pas appliquer nos propres conceptions à un droit public qui peut, dans certains cas, y être complétement hermétique.

Perspectives

Quels conseils donneriez-vous à un étudiant entreprenant une thèse en droit public comparé ?

Je pense que les conseils qui peuvent être prodigués à un doctorant se lançant dans l'aventure du droit public comparé peuvent se résumer en deux points précis.

D'une part, il est nécessaire que l'étudiant soit conscient des raisons pour lesquelles il cherche à comparer les droits publics qu'il a intégrés dans son sujet. En effet, le choix des États qui seront mobilisés révèle dès le départ la source de tension qui est inhérente à tout sujet de thèse. En ce sens, il faut comprendre que, pour la notion qui sera comparée au sein de ces différents États, la simple définition qu'elle recouvre dans ces systèmes juridiques constitue déjà une large part de la problématique.

1 C'est pour cette raison que, d'autre part, le deuxième point porte sur le fait qu'il est nécessaire d'envisager rapidement les différences qui existent dans l'économie générale des systèmes juridiques qui seront soumis à l'étude. S'il s'agit d'un système de *common law*, il faut comprendre les différences fondamentales entre les systèmes de *common law* et ceux de tradition civiliste. Mais, même au sein d'une comparaison entre deux États de tradition civiliste, il est essentiel de chercher à comprendre ce qui oppose les deux systèmes juridiques avant que de pouvoir les joindre dans une analyse comparative.

Outre ces deux éléments plus généraux, je pense que lorsque l'on se lance dans une étude d'un droit étranger, sans perspective immédiate d'une comparaison avec un autre droit, il faut être conscient que notre point de vue sur ce droit qui constitue le seul objet de la recherche est, au moins au début, assez imparfait. Il faut accepter

d'apprendre un nouveau droit, comme si l'on recommençait nos études de droit.

Malgré cette difficulté propre à l'étude d'*un* droit étranger sans perspective comparatiste, l'apport principal de ce travail tient en ce qu'on apprend, en tant que chercheur, à s'adapter aux évolutions juridiques de manière plus aisée : la recherche nous enseigne la relativité des connaissances, ce qui, *in fine*, permet d'apporter un point de vue nouveau sur des objets juridiques pourtant bien connus. En l'occurrence, dans mon cas, cela m'a permis d'intégrer la logique constitutionnelle britannique qui est différente de la nôtre, pour présenter la notion de constitution d'une manière renouvelée. Il faut donc, quand on se lance dans l'étude d'un droit étranger, garder à l'esprit que la recherche apportera non pas nécessairement des éléments de comparaison en soi, mais une nouvelle perspective, tirée d'une autre culture constitutionnelle.

Quelles sont les pistes en droit comparé que vous souhaitez explorer vous-même, individuellement et/ou collectivement ?

Les pistes que je souhaiterais explorer à titre personnel tiennent dans un premier temps dans une volonté d'approfondir davantage la possibilité d'exporter le concept de constitution composite pour chercher à le penser dans des systèmes qui ne sont pas de *common law*. Ces pistes sont envisagées à la fin de ma thèse, mais il serait intéressant de les développer davantage pour essayer d'affiner le concept de constitution composite et ainsi contribuer de manière plus importante à la recherche sur le concept de constitution et à la théorie constitutionnelle.

Dans un second temps, il serait intéressant d'essayer de comparer le fonctionnement administratif au sein de plusieurs États. La comparaison entre le *civil service* britannique et la fonction publique française serait ainsi une piste qui pourrait faire l'objet d'une future recherche, notamment à l'heure où les administrations sont en pleine transformation dans une recherche constante de l'efficacité. L'analyse du processus de transformation de l'administration centrale britannique trouve en ce sens une véritable utilité pour mieux comprendre les sources ainsi que les effets de la transformation administrative que l'on observe en France.

Quelles perspectives/pistes pour la comparaison – les partenariats avec le Royaume-Uni ?

Il semblerait que le droit public comparé ait, ces dernières années, retrouvé une vigueur qui en fait un objet d'étude indispensable au sein du droit public – que cela soit en droit constitutionnel, en droit administratif, etc. Dès lors, il me paraît opportun de le développer davantage afin de mieux comprendre les droits étrangers ainsi que le droit français.

Pour le cas spécifique du Royaume-Uni, il est intéressant de mieux diffuser au sein de la doctrine française les notions centrales du droit public britannique, par une analyse de certaines catégories juridiques qui sont, soit inconnues de notre droit, soit d'une portée différente à maints égards. Plus encore, le dialogue entre les doctrines française et britannique pourrait être renforcé par le recours prononcé au droit comparé. De cela pourrait émerger un élargissement des enjeux pratiques comme théoriques du droit public, par l'organisation de colloques ou l'écriture d'ouvrages franco-britanniques incitant la communication des connaissances.

AUTHORS

Nicolas Gabayet
Professeur à l'université Jean-Monnet de Saint-Étienne.
IDREF : https://www.idref.fr/178726877
HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/nicolas-gabayet
ISNI : http://www.isni.org/0000000436489098
BNF : https://data.bnf.fr/fr/17025394

Aurore Gaillet
Professeure à l'Université Toulouse 1 Capitole
IDREF : https://www.idref.fr/152349359
ORCID : http://orcid.org/0000-0002-1273-8366
HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/aurore-gaillet
ISNI : http://www.isni.org/0000000359408118

Denis Jouve
Denis Jouve est professeur de droit public à l'Université Reims Champagne Ardenne, au Centre de recherches Droit et Territoire.
IDREF : https://www.idref.fr/17622825X
HAL : https://cv.archives-ouvertes.fr/jouve-denis

ISNI : http://www.isni.org/000000042835621X

Dylan Swolarski
Enseignant-chercheur contractuel à l'Université Versailles – Saint-Quentin-en-Yvelines – VIP
IDREF : https://www.idref.fr/24194189X

L'esprit du droit... vu d'ailleurs

L’esprit du droit… vu d’ailleurs

Sylvain Soleil

DOI : 10.35562/droit-public-compare.1066

Copyright
CC BY-SA 4.0

TEXT

1 Entre, d’un côté, une conception normativiste européocentrée où seules les normes édictées par les institutions autorisées à le faire par l’État et les décisions des juges sont considérées comme du droit et, de l’autre, une conception anthropologique où tout est droit du moment qu’il s’agit d’une norme, il existe de multiples façons d’articuler règles, transgressions et sanctions.

2 Interroger l’esprit du droit tel qu’il est vu ailleurs, c’est explorer d’autres cultures juridiques à partir de manières différentes de lire le monde, ce qui y vit et ce qui le structure.

AUTHOR

Sylvain Soleil
Professeur d’histoire du droit et de droit comparé, Université de Rennes

Les effets juridiques de la rédaction des normes traditionnelles. Une approche comparative

Sylvain Soleil

DOI : 10.35562/droit-public-compare.923

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

Normes traditionnelles et transmission orale
La valeur juridique des traditions
Typologie et modélisation
1. Les mises par écrit à la suite d'une enquête scientifique
2. Les mises par écrit à la suite d'une enquête officielle
3. Les rédactions officielles organisées par l'autorité traditionnelle
4. Les rédactions officielles organisées par l'État
5. Les rédactions officielles organisées dans le cadre colonial
Conclusions
Annexe

TEXT

Article publié avec la labellisation de l'Institut Robert Badinter, en ligne : < https://institutrobertbadinter.fr/fr/ >.

1 En 2022, quatre partenaires français se sont associés pour offrir une base de données coutumières, à partir des normes traditionnelles rédigées à un moment ou à un autre de l'histoire. Il s'agit du projet Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers (BIDDC) conçu et animé par Sylvain Soleil (Université de Rennes) et Nicolas Cornu-Thénard (Université de Paris II, ex-secrétaire général de la Société de Législation Comparée)[1]. Il a mis en relation le laboratoire IODE – UMR CNRS 6262 (initiateur du projet), la Société de Législation Comparée (hébergeur de la base de données), l'Institut Robert Badinter (financeur du projet) et la société Boscop (chargée de la solution web). Il a agrégé une centaine d'universitaires d'environ

trente pays et propose désormais un corpus intéressant, mais non exhaustif, d'une petite centaine de coutumiers, officiels ou non [2]. Ce projet BIDDC avait quatre objectifs :

2 1. Proposer en libre accès des données coutumières, en langue originale, assorties de mots-clefs traduits en cinq langues (pour guider les recherches) et de notices elles aussi traduites en cinq langues (pour savoir quand, où, par qui et selon quelle procédure ces données ont été rédigées) ;

3 2. Accompagner la mise en ligne d'une réflexion épistémologique et interdisciplinaire sur les phénomènes qui sont à l'œuvre lorsque les traditions, par nature orales, deviennent des coutumes écrites, fixées, en partie dénaturées ;

4 3. Comprendre pourquoi certaines autorités politiques ont évité ou refusé la mise par écrit de leurs traditions juridiques ;

5 4. Réunir des chercheurs du monde entier autour de ce double enjeu documentaire et scientifique.

6 C'est avec cette base de données que j'aimerais proposer une typologie concernant la mise par écrit des normes traditionnelles, pour comprendre ce qui se joue lorsqu'un ensemble de traditions, par nature orales, sont mises par écrit. L'objectif visé n'est ni de situer chaque texte dans son contexte ni d'expliquer les dynamiques historiques qui sont à l'œuvre, mais de mettre de l'ordre dans la diversité des données coutumières qui nous sont parvenues en les classant, selon cinq modèles explicatifs, afin de pouvoir appréhender les effets juridiques de la rédaction. Il s'agit d'une démarche comparative qui exige, tout d'abord de comprendre ce que sont les normes traditionnelles, ensuite de s'entendre sur leur valeur juridique initiale, enfin d'expliquer la méthode de modélisation que nous avons mise au point.

Normes traditionnelles et transmission orale

7 Lorsqu'un juriste examine les traditions d'un peuple donné – celles qui, officiellement mises par écrit, vont devenir les coutumes –, que

constate-t-il à la lumière de l'expérience personnelle [3] et des travaux des anthropologues et des ethnologues [4] ?

8 Première donnée : *les traditions rassemblent des connaissances, des valeurs, des croyances et des règles de vie*. Pour le juriste, il s'agit donc de prendre les traditions dans un sens plus restrictif et normatif que celui, par exemple, d'Olivier Morin (« l'ensemble des pratiques et des idées qui parviennent à se maintenir dans le temps ou à se diffuser dans l'espace grâce à la transmission » [5]), parce qu'à travers la culture transmise, le juriste identifie non seulement une liste de comportements obligatoires ou interdits, mais aussi un encadrement, un contrôle social et des sanctions qui s'organisent tantôt avec la famille seule, tantôt avec les institutions supérieures (assemblées, chefferies, royautés, etc.). En d'autres termes, la tradition impose des normes et c'est pourquoi, dans les pages qui suivent, le terme *traditions* s'entend des *normes traditionnelles*.

9 Deuxième donnée : *les traditions reflètent une certaine façon de concevoir le monde et ce qui y vit, de façon visible et invisible*. « Il n'y a et ne peut y avoir de véritablement traditionnel, insiste René Guénon, que ce qui implique un élément d'un ordre suprahumain. » [6] C'est pourquoi, dans la majeure partie des cas, *connaissances, valeurs, croyances et règles de vie* font référence à Dieu, aux dieux, aux esprits, à un ancêtre commun, une mythologie qui donnent à tout ou partie des traditions un caractère sacré. Les enfreindre fait courir le risque d'un déséquilibre dans l'ordre du monde et nécessite des enquêtes, des sanctions et des rituels expiatoires pour rétablir l'harmonie.

10 Troisième donnée : *Les traditions forment un ensemble*. Pour ceux qui les suivent, elles ne sont pas sectionnées selon une logique moderne : le politique d'un côté, le religieux de l'autre, puis le juridique, l'économique, le culturel, etc. Elles forment un tout difficilement dissociable, un ensemble coordonné, un tissu inconsutil et non un patchwork dont chaque pièce pourrait être dissociée, recousue ou remplacée. Elles encadrent le tout de la vie humaine. De la conception jusqu'à la mort, et même avant la conception (la place dans le lignage, l'héritage, la situation que le fils ou la fille occupera dans la société), et même après la mort (les rituels funéraires, la place qu'il occupera auprès des ancêtres et dans les récits des vivants).

11 Quatrième donnée : chaque individu a peu d'emprise sur les traditions, pour la simple raison que la communauté et le lignage prévalent sur les personnes. Dans une société traditionnelle sacrée, l'individu, au sens moderne du terme, n'existe pas. Louis Dumont l'explique à sa façon [7] :

> « Deux configurations de ce genre s'opposent immédiatement, qui caractérisent respectivement les sociétés traditionnelles et la société moderne. Dans les premières, comme par ailleurs dans la République de Platon, l'accent est mis sur la société dans son ensemble, comme Homme collectif ; l'idéal se définit par l'organisation de la société en vue de ses fins (et non en vue du bonheur individuel) ; il s'agit avant tout d'ordre, de hiérarchie, chaque homme particulier doit contribuer à sa place à l'ordre global et la justice consiste à proportionner les fonctions sociales par rapport à l'ensemble. »

12 C'est d'ailleurs à l'occasion de cette comparaison que l'on comprend ce qu'est l'individualisme contemporain par opposition au système traditionnel : ici, l'individu est libre dans la gestion de ses relations conjugales, familiales, professionnelles ou sociales. Les procédures lui permettent de nouer des relations mais aussi de les dénouer. S'il souhaite divorcer, il le peut. S'il souhaite rompre avec ses parents ou ses enfants, il le peut. S'il souhaite démissionner, il le peut. S'il souhaite être incinéré plutôt qu'inhumé (ou l'inverse), il le peut. Dans le cadre traditionnel, rien de tel. Chacun reste lié aux normes et aux relations sociales dont il hérite et qui lui sont imposées par les traditions. Ces liens, difficiles à rompre, sont à la fois perçus comme une protection de la part du groupe et une contrainte dont il doit s'accommoder.

13 Cinquième donnée : *les traditions font l'objet d'une transmission d'une génération à l'autre, généralement de façon rituelle et orale*. Dans les langues romanes issues du latin, la tradition est ce qui est transmis, ce que l'on fait passer à un autre. Elle est, précise René Alleau, l'appel que le présent fait au passé, ou l'héritage par lequel le passé se survit dans le présent [8]. Chaque génération est comptable de cet ensemble à l'égard des générations qui l'ont précédée et des générations qui suivent. Les traditions se matérialisent et se transmettent de façon orale et ce, de diverses manières : à travers les mythes fondateurs et les hauts faits des ancêtres et des lignages, à travers les proverbes et

les récits de sagesse, grâce à l'instruction faite aux enfants, aux rituels sacrés et aux controverses judiciaires. Cela fonctionne plus ou moins bien ; l'anthropologue Hocart en 1927 à propos des populations des Fidji ou l'ethnologue Morris en 1936 à propos des Panderam du sud de l'Inde ont ainsi été surpris par l'ignorance ou les contradictions de leurs interlocuteurs à propos de leurs normes traditionnelles [9]. Toutefois, la comparaison permet de constater qu'il existe un consensus sur l'essentiel de ce qui doit être transmis.

14 Sixième donnée : *les traditions évoluent lentement*. Puisqu'il s'agit de transmettre un ensemble inchangé, les évolutions se produisent par des glissements insensibles dans les comportements ou par des décisions, souvent collectives, à partir d'un litige ou d'une crise. Dans ce cas, l'autorité assume le fait de modifier ou de corriger un élément de la tradition, par exemple en adoptant un compromis entre nomades et sédentaires, en imitant un modèle extérieur, en interdisant ce qui était permis ou, à l'inverse, en permettant ce qui était interdit. Par exception, les traditions peuvent parfois basculer, par exemple, à l'occasion d'une conversion religieuse collective, d'une invasion, d'une réduction à l'esclavage ; là, un peuple étranger impose tout ou partie de ses propres traditions au peuple vaincu qui abandonne tout ou partie des siennes.

La valeur juridique des traditions

15 Évidemment, pour le juriste, l'une des questions principales est celle de la valeur juridique de ces normes traditionnelles. Question aussi passionnante que stérile. Tout dépend évidemment des critères adoptés pour dissocier ce qui est juridique de ce qui ne l'est pas…

16 Si l'on adopte les critères kelseniens, post ou néo-kelseniens du droit, il y a, d'un côté les décisions du juge et les normes édictées par l'État et les institutions auxquelles l'État a délégué le soin de le faire, de l'autre les autres normes (sociales, religieuses, traditionnelles, morales, etc.). Les premières, seules, sont du droit parce que leur juridicité ne dépend pas de leur contenu mais de l'acte qui les a créées ; l'acte créateur du législateur, l'acte créateur du juge, l'acte qui leur donne leur validité juridique [10]. Selon cette définition, les traditions-coutumes ne sont pas du droit.

17 Si, à l'inverse, l'on adopte les critères de l'anthropologie du droit, on assume d'embrasser beaucoup plus large : « Il est indispensable, explique Boris Barraud, pour qu'une anthropologie du droit puisse exister, de s'accorder au préalable sur le fait que tout système normatif ou institutionnel serait un système juridique et sur le fait que les systèmes normatifs ou institutionnels occidentaux, reposant sur l'État, ne mériteraient pas seuls le nom de "droit". Partant, l'anthropologie juridique constitue nécessairement un objet-droit très différent de l'objet-droit défini par la plupart des juristes, qui amène à interroger la loi du Parlement et la jurisprudence des tribunaux. »[11] Selon cette conception, les normes traditionnelles sont évidemment considérées comme du droit.

18 Si, enfin, chacun choisit les critères qui lui conviennent, les normes traditionnelles sont des normes juridiques si le groupe social prétend les voir comme telles, et sont des normes autres que juridiques si le groupe social prétend les voir autrement. « Le droit, explique Brian Z. Tamanaha, est ce que les membres d'un groupe social conviennent de désigner et de traiter comme tel dans leurs pratiques sociales (le droit est un concept populaire). Ceci est une méthode conventionnaliste pour identifier le droit plutôt qu'une définition de celui-ci. »[12] Si l'on adopte ce point de vue, cela rend difficile, voire impossible, les approches comparatives d'une certaine envergure.

19 Les pages suivantes vont nous permettre de voir, sur le terrain, la confrontation entre ces trois approches. D'un côté, en effet, les populations soumises à leurs normes traditionnelles apparaissent moins préoccupées de savoir si c'est du droit ou pas que du risque de les voir s'affaiblir ou disparaître. De l'autre, l'État naissant (et plus encore l'État colonisateur), bien avant Kelsen, semble très préoccupé de modifier la nature des normes traditionnelles pour leur accorder la valeur juridique qu'il lui réserve. Et cela passe en premier lieu par leur mise par écrit.

Typologie et modélisation

20 La rédaction, qui s'est déroulée selon des dynamiques diverses, exige une méthode comparative particulière, la modélisation juridique, c'est-à-dire la méthode qui cherche à faire parler les phénomènes en les modélisant. Elle s'oppose à d'autres méthodes scientifiques, par

exemple la méthode déductive qui consiste à expliquer un phénomène en partant d'une hypothèse pour en tirer des déductions logiques, ou la méthode expérimentale qui consiste à tester la validité d'une hypothèse en reproduisant un phénomène, soit dans la réalité, soit en laboratoire [13]. Des modèles sont 1/ des représentations simplifiées de la complexité du réel, 2/ qui ne conservent que les critères jugés pertinents, 3/ afin d'en faire un usage scientifique [14].

21 Pour les fabriquer, le juriste commence par indiquer clairement l'usage qu'il veut en faire. Ici, il s'agit d'offrir une typologie pour rendre compte de la complexité des situations de mises par écrit des traditions ; l'usage est donc cognitif, explicatif, pédagogique. Le juriste poursuit en choisissant les critères les plus pertinents pour modéliser, c'est-à-dire les questions jugées les plus importantes qu'il va poser aux phénomènes décrits afin de les singulariser et de les regrouper. Dans notre cas, les trois questions majeures sont les suivantes : 1/ qui opère la mise par écrit : l'auteur rédige-t-il au nom d'une fonction officielle, d'une mission scientifique, d'un intérêt personnel ? 2/ quel est le mobile principal (connaître, informer, collecter, institutionnaliser, etc.) ? 3/ quel est l'effet juridique sur les traditions (nul, indirect, direct) ? Enfin, le juriste termine en matérialisant ces modèles qui assument le fait de représenter la réalité de façon simplifiée, donc de n'être ni la complexité du réel (sinon, ce ne serait pas un modèle…) ni un travestissement de cette réalité. Ici, nous proposons une typologie à partir de cinq modèles qui permettent de regrouper diverses expériences indépendantes les unes des autres, de cerner cinq modalités de rédaction voisines, comparables, et de saisir les effets juridiques de la rédaction des normes traditionnelles.

1. Les mises par écrit à la suite d'une enquête scientifique

22 L'immense majorité des mises par écrit l'a été en vertu d'un processus où le rédacteur n'agit pas dans le cadre d'une fonction officielle confiée par l'autorité traditionnelle, par l'autorité étatique ou l'autorité coloniale. Son mobile est de consigner par écrit des observations personnelles (voyage) ou scientifiques (anthropologie, sociologie, ethnologie, droit, etc.). Le projet BIDDC en offre plusieurs

exemples. En 2023, Sergio Lopez Pereira, philosophe du droit à l'Université nationale du Nord (Argentine), a mené une enquête sur les traditions des peuples Qom et Wichí, « deux des trois peuples – avec les Moqoit – qui habitent actuellement la province du Chaco, en Argentine, et font partie de la grande famille Guaycurú ». Il est parti de la façon dont ses interlocuteurs considéraient le langage pour comprendre comment les Qom et les Wichi pensent le cosmos, le monde des vivants, les relations familiales et les relations avec la terre. Puis, il a mis par écrit huit ensembles de traditions qui règlent la vie de la population [15]. En 2023, Léon Josse, professeur d'histoire du droit et doyen de la faculté de droit de l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin), a dirigé six enquêtes auprès de cinq groupes socio-linguistiques : les Fons et les Adja-Mina au sud-est du Bénin, les Bariba au Nord, les Peuhl (non sédentarisés) et les Yoruba-Nagot, auxquels il est lui-même apparenté. Pour réaliser l'enquête, Léon Josse s'est entouré d'enquêteurs pour aller interroger les sages : femmes et hommes âgés [16]. En 2025, Houda Alhoussari, Maître de conférences en droit privé à l'Université du Prince Sultan (Arabie saoudite) a mené une enquête sur les coutumes tribales saoudiennes en interrogeant deux spécialistes Zaki Channak et Samer Alqudah, eux-mêmes Maîtres de conférences à l'Université du Prince Sultan [17]. Sans même avoir à se pencher sur le contenu des enquêtes, on peut tirer plusieurs informations sur les effets de la mise par écrit des traditions qom, peulh ou saoudiennes.

23 La première, la plus importante, est que ces enquêtes n'ont évidemment aucun effet institutionnel ou juridique sur les traditions elles-mêmes. Les rédacteurs sont des chercheurs, des scientifiques, des universitaires dont le travail n'a pas de prise sur les règles de vie des peuples consultés. Il s'agit de connaître, de comprendre, de comparer, jamais d'officialiser, encore moins de valider ou réformer.

24 La deuxième est que ces enquêtes ont un effet révélateur au profit du monde extérieur. L'enquête fait sortir ces traditions de la confidentialité (sauf, évidemment, si elles avaient déjà fait l'objet de précédentes publications) pour les faire entrer dans le vaste champ des connaissances humaines. Désormais, ces règles traditionnelles et les peuples qu'elles régissent rejoignent la longue liste des traditions publiées, connues, éventuellement étudiées. Ce qui entraîne un risque : croire que l'on connaît la réalité de ces traditions, croire que

l'observateur en a pleinement rendu compte. C'est un tort. Il faut admettre que les personnes consultées ont trié entre ce qu'elles voulaient et ne voulaient pas dire. Joachim Agbroffi, à l'issue d'une enquête auprès des chefferies Abouré et N'Zima expliquait que jamais on ne raconte toute la vérité à l'étranger qui vient s'informer[18]. Il faut du temps, de la confiance et de la réciprocité pour obtenir des révélations cachées. Non seulement il faut être initié pour connaître certaines traditions cachées – l'observateur extérieur n'étant ni chef ni initié, il n'en saura jamais rien –, mais il existe toujours des faux-semblants. J'ai le souvenir d'une soutenance de mémoire où une jeune étudiante ivoirienne était extrêmement gênée lorsqu'en tant que président du jury, je l'interrogeai sur la tradition qui consiste à confier l'enfant tout juste né à une femme du village pour qu'elle l'ausculte et, en cas d'infirmité, qu'elle le « confie à la nuit » ; la vérité, sans fard, est que l'enfant infirme est étouffé parce que c'est l'âme d'un ancêtre qui est censé entrer dans le corps de l'enfant au moment de sa conception et que l'infirmité concrétise une malédiction, une erreur de conception. Jamais l'observateur extérieur n'aurait dû être au courant de cette tradition qui – appelons les choses par leur nom – est un infanticide.

25 La troisième est que l'enquête a aussi un effet révélateur à l'égard du peuple qui fait l'objet de l'enquête. Puisque l'observateur est étranger au peuple interrogé, il pose des questions qui sous-entendent d'autres façons de voir le monde, il matérialise d'autres conceptions, il permet donc, du côté de l'interrogé, de prendre conscience de l'existence et de la singularité de ses traditions. L'observateur est le miroir où l'observé est ramené à son identité. Il est le bromure d'argent (l'agent extérieur) qui sert de révélateur pour découvrir le contenu de la pellicule photo argentique (l'agent interne). Sans l'observateur extérieur, les traditions évoluent dans un monde clos. Avec l'observateur extérieur, elles se fixent par contraste avec le monde extérieur. Dans les trois expériences, Sergio Lopez-Pereira n'étant pas Qom, Houda Alhoussari n'étant pas Saoudienne, Léon Josse n'étant pas Peulh, ont servi de révélateurs à ceux qu'ils interrogeaient.

26 La quatrième est que ces enquêtes ont un effet clarificateur car, les questions étant pensées et ordonnées, elles invitent l'interlocuteur à mettre de l'ordre dans les traditions pour répondre aux questions

posées. Il est amené à distinguer ce qui, pour l'observateur, est juridique et ce qui n'est pas juridique. S'il est interrogé sur la façon dont les traditions régissent la cérémonie du mariage, l'interlocuteur doit exposer la cérémonie étape par étape, le cas échéant en étant complété, amendé, discuté par d'autres interlocuteurs. Il est d'ailleurs révélateur que chaque observateur offre son enquête non sous forme de récit, mais sous forme d'un plan, parce qu'il est un universitaire, qui plus est s'il est juriste. En d'autres termes, alors même que l'observateur n'a aucune prise sur les traditions elles-mêmes, sa présence et les discussions auxquelles il donne naissance obligent l'interlocuteur à un exposé, donc à une mise en forme des traditions, selon les questions posées.

27 La cinquième information est que l'on doit toujours interpréter la rédaction de l'observateur non officiel à la lumière d'une dynamique plus large. Parfois, ce genre d'enquêtes n'a pas d'autre mobile ni d'autres effets que de connaître et rendre compte. Mais il n'est pas rare que ce genre d'enquête précède ou accompagne une action plus officielle. L'observateur scientifique qui souhaite donner de la force à ces traditions, ou qui milite en faveur du pluralisme juridique, ou qui est simplement sensible à la façon dont la population est maltraitée par des agents publics ou des opérateurs privés peut en effet donner à son enquête une valeur qui dépasse le cadre ethnographique ou anthropologique. Prenons un exemple. Si Sergio Lopez-Pereira a diligenté son enquête auprès du peuple Qom, c'est qu'il poursuit deux objectifs. Le premier est d'ordre scientifique – nous en avons rendu compte. Le second est d'ordre politique et social. Puisque les Qom sont régis par des traditions qui n'ont pas été officialisées, des traditions que l'État voulait ignorer et que le juge ne considérait pas comme opposable, la question était de savoir comment la population pouvait défendre ses droits. En 1994, avec l'entrée en vigueur de sa nouvelle constitution, l'Argentine a adhéré au courant multiculturaliste, c'est-à-dire qu'elle reconnaît que peuvent coexister dans le même pays, plusieurs types de populations, chacune avec ses propres exigences spirituelles, culturelles, politiques, économiques, sociales et normatives. María Luisa Salazar (qui participe aux travaux sur le peuple Qom aux côtés de Sergio Lopez-Pereira) explique que la nouvelle constitution et la ratification de la convention 169 de l'Organisation internationale du travail, le 17 avril 2000, ont modifié

l'approche des droits des peuples autochtones [19]. Ils sont désormais défendus. C'est pourquoi les enquêtes menées auprès de la population Qom participent à un renversement des perspectives. D'un côté, on s'appuie sur les enquêtes non officielles qui permettent à l'observateur, en l'occurrence Sergio Lopez-Pereira et María Luisa Salazar d'affirmer, à propos des peuples du Chaco, notamment les Qom, que « les peuples autochtones de cette région, traditionnellement nomades, se déplaçaient au gré des saisons et des besoins liés à la chasse, la pêche et la cueillette. Ils se fixaient pour un temps variable et selon les besoins du groupe. Leur relation avec la nature dans son ensemble était (et demeure) une relation de coexistence avec l'habitat, ce qui, à leurs yeux, n'a rien à voir avec la propriété. » Les ressources naturelles, la terre, ne sont pas traitées comme *une chose* dont on peut user, jouir et disposer (comme l'indique le Code civil argentin), mais comme *une coexistence* et *un usage*. D'un autre côté, il revient au juge, à l'occasion d'instances intentées dans la province du Chaco, et de tirer les conclusions de cette conception de la terre au profit des peuples autochtones. Il faut en conclure que, dans un certain nombre de cas, les enquêtes même non officielles peuvent participer à une démarche qui dépasse le cadre de la connaissance et de la compréhension, bien qu'elles n'aient pas d'effet institutionnel ou juridique direct sur les traditions elles-mêmes.

2. Les mises par écrit à la suite d'une enquête officielle

28 Il est difficile, d'une part, de dissocier l'enquête scientifique de l'enquête officielle car les agents chargés d'une fonction officielle assument souvent un double objectif (leur objectif institutionnel et leur appétit scientifique), d'autre part, de dissocier l'enquête officielle de la rédaction officielle : la frontière est parfois floue entre le rapport d'enquête qui a pour objectif de rapporter ce que l'on sait des traditions de tel peuple et le coutumier officiel qui a pour objectif de fixer par écrit ces traditions. Néanmoins, lorsqu'on applique les critères pertinents (la nature de l'auteur, le mobile principal, l'effet juridique), ce deuxième modèle devient très clair. Il s'agit, au nom d'une autorité extérieure aux autorités traditionnelles, d'enquêter

pour consigner par écrit une liste de traditions, certaines ayant une valeur juridique aux yeux du peuple concerné.

29 Nous allons prendre ici le cas qui, dans le cadre du projet BIDDC, a posé le plus de problèmes : l'action des autorités coloniales espagnoles et portugaises en Amérique. Alors même qu'il existe plusieurs sociétés d'étude sur les droits indiens, de multiples initiatives et une foule d'ouvrages et d'articles sur les droits traditionnels, la question de la rédaction officielle de coutumiers n'a jamais vraiment été comprise ; certains interlocuteurs affirmaient qu'il n'y avait jamais eu de documents de ce type, d'autres que les droits des Indiens avaient été consignés dans une multitude d'ouvrages des XVI^e^-XVIII^e^ siècles [20]. L'ambiguïté vient, semble-t-il, du fait que si les mœurs, usages et coutumes des Indiens ont été effectivement documentés, ce n'est pas en réutilisant la matrice européenne qui consistait à opérer de vastes rédactions officielles des traditions (le quatrième modèle dans notre typologie : les rédactions officielles organisées par l'État). Le projet n'était pas d'institutionnaliser, avec des effets juridiques indirects, mais seulement de connaître pour mieux régir le territoire et les populations.

30 Nous devons, sur ce point, beaucoup aux éclaircissements de deux historiens du droit, Alan Wruck Garcia Rangel, chercheur de l'Instituto de Estudos Brasileiros de l'Universidade de São Paulo et Ralph Lévêque, maître de conférences à l'Université de Paris-Nanterre [21]. Le premier explique que la rédaction officielle des coutumes des Indiens n'entrait pas dans les programmes coloniaux espagnol et portugais : la démarche était considérée non seulement comme très difficile sur le plan linguistique, mais encore et surtout non souhaitable puisqu'elle aurait entraîné une reconnaissance officielle de traditions qui, pour certaines, ne devaient pas l'être puisqu'elles entraient en contradiction directe avec les normes morales et juridiques européennes, inspirées du droit royal, romain et canonique. Ce sont donc certains voyageurs, certains officiers et certains jésuites qui ont consigné par écrit les mœurs, parmi lesquels des traditions juridiques. Tout cela était publié et circulait en Amérique ou en Europe, mais n'avait rien d'officiel au sens d'une fonction institutionnelle confiée par la couronne, y compris les rapports des Jésuites qui, pour la plupart, considéraient les traditions

comme compatibles avec l'évangélisation, dès lors qu'elles auraient été purgées de leurs éléments condamnables (nudité, anthropophagie, polygamie, sacrifices, etc.). En revanche, explique Ralph Lévêque, le colonisateur a, parallèlement, mené des enquêtes officielles appelées *Visitas de Indios* : ce sont des visites réalisées par des fonctionnaires, des prélats ou des juristes espagnols, sous forme d'inspection et de recensement, où l'objectif est d'interroger les populations à partir d'un questionnaire préétabli. La plus célèbre de ces visites pour le monde andin est la *Visita General* ordonnée par le vice-roi Francisco de Toledo en 1571. Nombreuses au XVI^e^ siècle et dans le premier tiers du siècle suivant, les visitas déclinent par la suite.

31 Contrairement aux apparences, la mise par écrit à la suite d'une enquête officielle n'a pas pour objectif de rédiger officiellement les coutumes : ce type de démarche, comme l'enquête scientifique, a un double effet révélateur (au profit du monde extérieur, à l'égard de la communauté elle-même) et un effet clarificateur. Toutefois, dans une seconde approche, l'enquête officielle a un effet officialisant indirect, parce qu'elle conduit à rapporter et enregistrer certains droits traditionnels qui se trouvent désormais entre les mains de l'autorité extérieure qui a exigé l'enquête. Cela n'en modifie ni la structure, ni le contenu, mais leur donne une existence officielle ailleurs que dans leur espace d'origine : dans un ensemble de rapports, de registres, de procès-verbaux. On enregistre les usages communs et les droits de chacun, pour des raisons administratives, judiciaires et fiscales. On en conserve la trace pour des usages futurs, on s'appuie sur elles pour l'action.

3. Les rédactions officielles organisées par l'autorité traditionnelle

32 Les traditions mises par écrit par l'autorité traditionnelle ouvrent à un niveau très différent de changement de nature. Le projet BIDDC en donne plusieurs exemples. Retenons celui des tribus pachtounes qui, en 1938, dans le nord-ouest de la province de Kaboul, en Afghanistan, ont compilé, systématisé et officialisé la *Da paṣhtānī qabīlō iṣṭilāhṭ*, c'est-à-dire le recueil des coutumes pachtounes, antérieures à l'islamisation de la région. Antonio Torres Fernández

souligne « que l'Afghanistan a historiquement maintenu un système décentralisé, dans lequel les différentes tribus ont eu recours à ces droits coutumiers pour résoudre leurs différends, évitant ainsi de dépendre d'une autorité centralisée, à laquelle elles ont généralement opposé résistance et rejet » [22]. Le processus a consisté à confier la compilation puis la rédaction du texte à Moḥammad Ebrāhīm ʻAṭāyī. Il a voyagé pour interroger les communautés et s'est appuyé sur le centre pachtoune Narīwāl Markaz et l'école académique (afġānistān d ʻulūmū akādəmī). Le résultat est que les coutumes ont été extraites de la tradition orale pour devenir un socle de normes, écrites en langue pachtoune, mises en ordre, fixées et stabilisées, afin de les faire connaître et reconnaître par toutes les tribus, afin de pouvoir les opposer à toute ingérence étrangère, afin d'offrir le cadre des sanctions envisageables en cas de non-respect.

33 Chacun entrevoit les enjeux principaux qui conduisent les autorités traditionnelles à mettre par écrit et officialiser leurs coutumes. Il s'agit, premier effet, de donner une validité officielle aux règles traditionnelles en profitant des vertus de l'écriture [23] : dater l'homologation, fixer les règles pour minimiser les divergences d'application, pour les préciser et les définir ; utiliser la graphie parce qu'elle peut circuler d'un espace à un autre ; utiliser la graphie parce qu'elle conserve la mémoire de ce qui a été dit, négocié et validé. La mise par écrit a un effet officialisant direct. Les règles ont désormais une valeur institutionnelle et juridique, interne à la communauté. Il s'agit, deuxième effet, de consacrer et protéger le cadre traditionnel et le contenu des traditions contre l'emprise présente ou à venir, directe ou indirecte, réelle ou ressentie, d'une institution et d'une normativité extérieures. Les autorités traditionnelles n'y sont ni contraintes ni invitées à le faire par l'État, l'autorité externe. L'initiative leur revient seule ; elles agissent « librement ». C'est ce qui distingue cette démarche d'une autre dynamique, où c'est l'État qui a l'initiative, qui joue le rôle premier et principal dans la rédaction officielle des coutumes. Toutefois, cette officialisation met en scène l'État, l'autorité externe, et sa normativité, de façon indirecte. Il joue un rôle dans le conscient et l'inconscient collectifs. Il reste acteur. En effet, les autorités traditionnelles, en mettant par écrit de façon officielle leurs coutumes, manifestent le besoin de réagir devant une évolution qui met en danger le cadre coutumier de la vie en commun.

Et le premier facteur de risque, c'est l'État lui-même. Parfois rejeté car soupçonné de vouloir supplanter les coutumes ancestrales – c'est le cas en pays pachtoune –, parfois accepté mais jugé responsable d'avoir créé un cadre normatif différent et concurrent, il est toujours considéré comme l'institution de la modernité, l'institution qui focalise la crainte de voir disparaître les traditions.

34 Il s'agit, troisième effet, d'emprunter à l'État, l'autorité externe que l'on craint, sa façon de produire du droit. C'est un paradoxe apparent. D'un côté, il s'agit de protéger les traditions contre l'évolution institutionnelle et normative moderne incarnée par l'État. De l'autre, consciemment ou inconsciemment, on emprunte les voies de l'État pour produire une norme coutumière ancrée dans la modernité (l'enquête, l'écriture, le chapitrage, la publication). En d'autres termes, l'écriture et l'officialisation fonctionnent par imitation d'un modèle, celui du plus fort. Il est utile, à ce stade, de rappeler que la fabrication du droit ne part jamais de rien. Celui qui entreprend de produire des normes s'inspire toujours de quelque chose ; il s'inspire du passé, il imite ce qui fonctionne à l'étranger, il transpose, il greffe, il acculture, bref il utilise des modèles pour opérer une réforme. C'est qu'on peut appeler l'usage réformatif des modèles, un néologisme qui signifie : « en vue d'une réforme » et qui semble préférable à l'adjectif réformateur (qui ne convient pas sur le plan grammatical) ou à l'adjectif législatif (qui serait trop restreint)[24].

35 Si donc, on s'interroge sur la transformation qui s'effectue lorsque les règles traditionnelles sont mises par écrit sur l'ordre de l'autorité traditionnelle elle-même, il convient d'insister sur le fait que l'officialisation matérialise leur volonté de profiter des vertus de l'écriture, leur volonté d'importer la normativité juridique étatique au cœur même des traditions pour mieux les protéger à l'égard de l'autorité externe. Elles embrassent la forme des normes modernes pour mieux assumer et affirmer les normes traditionnelles.

4. Les rédactions officielles organisées par l'État

36 Les traditions mises par écrit par l'État, quelle que soit sa manifestation (cités-États médiévales, États européens naissants, États-nations nés au XIX^{e}-XX^{e} siècles), obéissent à une dynamique

inversée : il s'agit de mettre par écrit les traditions pour en faire des coutumes et en tirer toutes sortes d'avantages linguistiques, normatifs et politiques, y compris à l'égard des communautés traditionnelles qu'il s'agit d'incorporer au processus étatique. Pour le comprendre, il convient de revenir à Rome.

37 Pour toutes sortes de raisons, les juristes romains de la période classique (IIe avant J.-C.-IIe siècle après J.-C.) ont créé la catégorie et l'outil de la *consuetudo* (coutume) pour interpréter et absorber le phénomène des traditions. Cette source de droit leur permet de traduire les usages populaires contraignants avec les mots du *ius* (les mots du droit édicté), une langue écrite, technique, juridique qui n'était pas la leur [25]. Durant l'empire tardif, s'impose « une véritable théorie de la coutume » (Yves Mausen) par comparaison avec la législation de l'empereur [26]. Cette matrice romaine va évidemment resservir partout sur le continent pour traiter des traditions et des usages au moment où naissent les États européens.

38 Lorsqu'on compare les règles coutumières qui commencent à être formalisées et officialisées en Europe à compter du XIIe siècle – il ne s'agit plus d'ouvrages à usage professionnel, mais de coutumiers officiels –, on constate une double volonté : celle des autorités locales de consacrer et protéger leurs règles de vie, celle des princes et des agents publics de fixer ces règles dans des textes écrits, formalisés, officiels. Il y a ici conjonction, plus ou moins disputée, plus ou moins imposée, entre les intérêts locaux et les intérêts de l'État ; une conjonction dont témoigne la procédure de rédaction assez semblable d'un lieu à un autre : on confie la mise par écrit à un petit groupe de juristes, on remet la discussion et l'acceptation à l'assemblée, on recherche l'homologation du texte, d'abord par les parties, puis par l'autorité supérieure.

39 Parfois, le coutumier s'analyse comme une convention entre les populations soumises et l'autorité dominante. C'est le cas pour le *Kurländische Baueernrechte*, le coutumier de Courlande dans l'actuelle Lettonie. Lorsque l'ordre teutonique s'implante sur la côte orientale de la Baltique, il entreprend la christianisation des tribus livoniennes et baltes, avant d'imposer l'État de l'ordre de Livonie et la mise par écrit des usages qu'il s'agit de christianiser [27]. Parfois, le coutumier s'analyse comme une réactualisation, augmentée,

amendée, réformée, d'un texte ancien, afin d'en réaffirmer la validité, homologuée par le roi ou son représentant. En 1342, les coutumes locales de la ville d'Aveiro (Royaume-Uni) et de ses environs, qui avaient déjà fait l'objet d'un document antérieur dont la date n'est pas connue, sont présentées par les membres du conseil municipal au corregedor du roi, Afonso Eanes [28]. Parfois, le coutumier s'analyse comme une compilation d'ordonnances municipales. En 1551, la communauté de la paroisse basque de Ceanuri-Zeanuri (Biscaye) décide de compiler et ordonner un ensemble d'anciennes règles locales. La seigneurie de Biscaye, précise Maria-Rosa Ayerbe Iribar, est située dans un espace montagneux qui lui a longtemps permis d'affirmer son autonomie. Mais, incorporée à la couronne de Castille, puis à la monarchie du Royaume-Uni, elle subit désormais une pression nouvelle. D'un côté, depuis les Cortes de Tolède (1480), les rois veulent que les règles locales fassent l'objet de compilations parce que, vues de l'extérieur, elles semblent mal fixées et mal connues des étrangers qui s'installent. De l'autre, depuis la concession de *villazgos* (vingt localités et une ville) sous la protection de la charte de Logroño, un droit extérieur s'est imposé qui entre en conflit avec le droit ancestral. En 1551, il s'agit donc de rappeler les règles anciennes dans une ordonnance municipale qui a tous les attributs d'un texte écrit, fixe, propre à satisfaire les parties [29]. Parfois encore, le coutumier s'analyse comme un réordonnancement voulu et dirigé par l'État royal. En 1514, les trois états (clergé, noblesse et tiers-état) de la province de Poitou sont invités à compiler leurs coutumes sous le contrôle d'un commissaire du roi. Cette officialisation s'inscrit, explique Luc Guéraud, dans une dynamique qui trouve son origine dans l'ordonnance de Montil-lès-Tours de 1454, rappelée et modifiée en 1496 et 1506. En Poitou, auparavant, les règles locales avaient fait l'objet d'un coutumier privé, c'est-à-dire une rédaction non officielle par les magistrats de la ville de Parthenay (1417), comme on en trouve un peu partout en Europe ; l'idée étant d'aider à mieux embrasser les règles en usage et mieux rendre la justice. Cette compilation officielle de 1514 (suivie d'une réformation en 1559) permet non seulement d'absorber les usages locaux dans un coutumier plus ample (le Poitou), mais encore de clarifier, d'amender, voire d'abolir ce qui doit l'être aux yeux des commissaires : un magistrat du parlement de Paris et un membre du ministère public. « Il est clair que, dans l'esprit de ces commissaires, il s'agit d'une

remise en ordre du droit de la province afin de le rendre plus sûr et plus stable. » [30]

40 Bref, la rédaction officielle des usages et coutumes répond à des temporalités, des contenus, des rapports de force et des mobiles divers, mais, d'une part, les populations d'Europe sont tellement attachées à leurs traditions qu'elles donnent, partout, naissance à un esprit coutumier [31]. Cet esprit consiste, d'un côté, à soupçonner toute nouveauté, toute norme inconnue, de l'autre, à accepter les règles si on les leur présente comme anciennes, communes, revêtues d'une force juridique. Les princes et leurs agents doivent composer avec cet esprit coutumier : ils doivent respect aux coutumes, mais l'État a une dynamique qui exige la rédaction et l'officialisation des coutumes locales afin de connaître, de contrôler, d'abolir les mauvaises coutumes, de les faire évoluer selon l'intérêt de l'État. C'est une des dimensions de ce que Francesco di Donato appelle la civilisation étatique, c'est-à-dire une civilisation où le centre de gravité devient l'État qui entend, sinon régir, du moins contrôler les relations sociales, la conjugalité, la famille, les transferts de biens, l'économie, le commerce, les relations de travail, la culture, la foi, etc. [32]

41 Ce modèle européen a servi, beaucoup plus tard, au tournant des XIX^e^-XX^e^ siècles, lors de la grande mutation politique et sociale de la Chine et du Japon. En Asie de l'Est, le concept de droit coutumier, tel qu'il s'était développé en Europe aux XII^e^-XVI^e^ siècles, était inconnu. Coexistaient, d'un côté, les réglementations impériales appliquées par les fonctionnaires, de l'autre, les traditions que les populations observaient de manière collective, mais qui n'avaient aucune valeur juridique devant les tribunaux et qui ne pouvaient pas déroger au droit impérial. C'est le rapport de force introduit au XIX^e^ siècle en Asie de l'Est par les puissances occidentales qui ébranle l'ancien équilibre juridique. Les États-Unis, le Royaume-Uni, etc. imposent l'extraterritorialité par leurs traités [33] ; ce qui signifie que lorsqu'un citoyen d'une puissance occidentale est partie à un litige civil ou accusé dans une affaire pénale, c'est le juge occidental qui va juger, selon le droit et la procédure de son pays. Au Japon, comme en Chine ou au Siam, ce procédé va précipiter l'évolution juridique, non seulement parce que les juristes locaux vont apprendre les concepts juridiques occidentaux aux côtés des juges et des avocats français, anglais ou américains, mais encore et surtout parce que la

modernisation du droit japonais, chinois ou siamois devient une urgence absolue [34]. Le but étant de concevoir de nouveaux codes modernes, le moyen va consister à construire un nouveau droit coutumier, comme cheval de Troie pour les futures législations. Le calcul est le suivant : puisque la modernisation du droit est inévitable et que les populations risquent de résister aux nouvelles législations, il convient de passer par un stade où les fonctionnaires vont mener des enquêtes pour connaître et fixer les traditions locales, où le gouvernement va les officialiser en opérant une sélection (ce qui doit être maintenu, ce qui doit être aboli, ce qui doit être transformé) afin que ce droit coutumier s'accorde avec l'introduction à venir des nouvelles législations. Cette logique, expliquent Jérôme Bourgon, Éric Seizelet et Marie Seong-Hak Kim, conduit, dans les années 1870-1880, le Japon à lancer des campagnes de collecte de coutumes susceptibles d'entrer dans le projet plus vaste de Code civil [35], et, dans les années 1900-1930, la Chine des Qing puis des Républicains à faire de même [36].

42 Si l'on résume, le concept de coutume et la procédure d'officialisation sont un modèle européen médiéval qui a servi ailleurs et plus tard. De cette rédaction officielle organisée par l'État découle une multitude d'effets. On retrouve, tout d'abord, l'effet clarificateur et le double effet révélateur (vis-à-vis des agents de l'État, vis-à-vis de la communauté elle-même). On retrouve, ensuite, l'effet institutionnel et juridique direct et interne à la communauté. Une fois qu'elles ont reçu la double homologation locale et étatique (sous une forme ou une autre), les règles traditionnelles deviennent du droit auquel la communauté doit se plier, ce d'autant mieux qu'elle a été associée à la procédure de rédaction. Mais, enfin et surtout, on découvre plusieurs effets juridiques radicalement nouveaux. La rédaction officielle opérée par l'État ou sous son contrôle produit un profond changement de nature que l'on peut résumer dans une formule très simple : les traditions sont devenues des coutumes. Développons : les traditions étaient un ensemble de valeurs, de connaissances, de croyances et de règles de vie qui faisait l'objet d'une transmission d'une génération à l'autre de façon rituelle et orale et qui évoluait lentement. Devenues coutumes, elles ont fait l'objet d'une compilation, d'un tri entre ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas, entre ce qui est bonne ou mauvaise coutume, pour être mises par

écrit, pour être ordonnées, chapitrées, numérotées, pour être définies et précisées, pour être homologuées. Elles font l'objet d'un texte officiel, revêtu de l'autorité de l'État. Ces coutumes intègrent l'ordre juridique de l'État. Les coutumes ont donc une valeur juridique reconnue par l'État ; elles sont une source du droit, parmi d'autres sources du droit (lois, traités, jurisprudence). Les coutumes appartiennent maintenant à l'État souverain. C'est lui qui est à la manœuvre pour les absorber, parfois d'ailleurs pour d'excellentes raisons : la publicité des règles, la fin de l'arbitraire des puissants, la fixation des droits de chacun, la célérité des jugements sur la base d'une source du droit univoque et, en définitive, la recherche d'une bonne justice pour tous. Désormais, elles peuvent être utilisées par les agents de l'État, par les praticiens (notaires, juges, avocats). Désormais, elles peuvent être commentées, défendues, critiquées par les auteurs et les réformateurs. Désormais, elles peuvent faire l'objet de modifications régulières, soit par des processus de réformation, soit par des évolutions jurisprudentielles, voire d'abolition puisqu'elles ont été incorporées à l'État souverain.

5. Les rédactions officielles organisées dans le cadre colonial

43 Les traditions mises par écrit de façon officielle dans le cadre colonial ouvrent à un autre changement de nature qui s'effectue, certes dans la dynamique étatique, mais de façon plus complexe, plus subtile. Pour le comprendre, il faut revenir aux mobiles et aux méthodes qui ont prévalu lors de la grande vague de colonisation en Afrique et en Asie, dans le second XIXe siècle et le premier XXe siècle. Si l'on observe le Punjab britannique étudié par Amanjit Kaur Sharanjit, la Côte d'Ivoire française étudiée par Ferdinand Kouao Ahoussi et Bertrand Christian Koffi Kouakou et l'île de Formose (Taiwan) sous domination japonaise étudiée par Tzung Mou-Wu [37], c'est la même dynamique qui est à l'œuvre, avec, certes, des divergences de lieux, d'époques et de personnes : munis de questionnaires élaborés par l'autorité coloniale, les agents sillonnent le pays, rencontrent chefs et assemblées, font traduire questions et réponses, avant d'officialiser la compilation dans des rapports. Pour l'administration coloniale, militaire et fiscale, ainsi que les juges, il s'agit de connaître et comprendre les normes

coutumières qui régissent les populations locales, de les fixer afin de disposer d'une base commune, cohérente, publique, et leur donner une certaine forme de validité juridique. Essayons d'y voir clair.

44 Tout d'abord, la procédure a pour effet d'institutionnaliser les traditions et d'en faire des coutumes. Cela a un effet officialisant direct par l'enregistrement et la promulgation. Parler d'institutionnalisation permet de ne pas s'aventurer encore sur le terrain de leur valeur juridique – nous y reviendrons. Dans une première analyse, il s'agit pour l'État de modifier le rapport aux traditions : non seulement la rédaction *officielle* a un effet clarificateur et un double effet révélateur (vis-à-vis de l'administration coloniale et de la communauté), mais elle les *officialise*. Elle les institutionnalise au sens de Weber, c'est-à-dire qu'elle place le groupe et les coutumes sous l'autorité d'un corps de professionnels qui détient une autorité pour réunir le groupe, pour l'interroger, pour faire traduire questions et réponses, pour transcrire les données, pour les présenter par chapitres et par articles, et pour rendre un rapport officiel qui va emporter deux conséquences majeures sur l'institution comme sur le groupe interrogé. D'une part, parce que les questions et réponses ont porté sur les règles considérées comme obligatoires et sanctionnables par le groupe, les données réunies, compilées et publiées opèrent une séparation au cœur même de la tradition : le droit coutumier est extrait, séparé, distingué du reste (le langage, les proverbes, les mœurs, les usages, les habitudes, les pratiques religieuses, les rituels, l'histoire, les mythes, etc.). Avant l'opération, les traditions formaient un tout, un ensemble de règles de vie, une liste cohérente de comportements obligatoires ou interdits, eux-mêmes reliés à un ensemble de façons de concevoir le monde et ce qui y vit. Après l'opération, on recense ce qui est institutionnalisé et officialisé, mais coupé de sa matrice traditionnelle. D'autre part, parce que les données sont compilées et publiées avec le sceau de l'administration, on fait basculer les traditions dans un autre monde, celui de la normativité administrative et judiciaire. Les chapitres, les articles, les chiffres et les mots qui matérialisent le contenu de l'enquête en transforment la forme. Finies l'oralité et sa souplesse, finis les récits, les dits et non-dits, les silences et les obscurités : l'écriture les rationalise ; l'ordonnancement, la fixité et la complétude ont pris le relais. Tout

ceci rappelle la façon dont les États naissants d'Europe, puis le Japon et la Chine ont opéré vis-à-vis des traditions et des usages populaires de leurs espaces politiques respectifs.

45 Ensuite, la démarche poursuit un équilibre entre respect des coutumes et soumission des coutumes à l'État. Il s'agit en partie de faire plier les traditions, parfois pour de bonnes raisons, telles qu'abolir l'esclavage, les sacrifices humains, l'excision des jeunes filles, la torture, etc. Pour le Penjab, Amanjit Kaur Sharanjit insiste longuement sur les rapports de force entre ceux qui, comme Tupper, estiment que la compilation est nécessaire (aussi bien pour des raisons anthropologiques que politiques) et ceux qui s'en méfient. Dans un courrier de février 1881 cité par Tupper lui-même, le lieutenant-gouverneur Egerton s'exclame : « Toute tentative de figer et de perpétuer l'organisation tribale ainsi que la coutume tribale en sanctionnant ces institutions par le biais de la codification du droit coutumier va à l'encontre de sa propre finalité [...]. La tendance de notre administration est de dissoudre le lien tribal et de donner plus d'importance à l'énergie individuelle. » [38] En 1931, Brévié indique dans sa circulaire : « On a fait de la codification le reproche de fixer le droit indigène, de lui donner un caractère de rigidité qu'il n'avait pas auparavant et de retarder son évolution au contact de notre civilisation. Il y a dans ce grief une grande part de vérité. [...] Il sera donc nécessaire de mettre les magistrats indigènes en garde contre les routines infrangibles, [...] de laisser libre cours, en un mot, à l'éclosion d'une jurisprudence semi-prétorienne *dûment contrôlée* par les administrateurs – eux-mêmes éclairés par les conseils de notables – où seront puisés *les éléments que mes commandants de cercle devront annuellement communiquer au chef-lieu en vue de l'amendement des coutumiers.* » [39]

46 Enfin, la démarche a pour conséquence de modifier le statut juridique des traditions, devenues coutumes. Nulle part, on ne trouve indiqué que les coutumiers ont une valeur juridique *directe*. Chaque agent colonial s'empresse de le signaler. Au Penjab, Grant, qui a réalisé la compilation des coutumes du district d'Amritsar en 1893, signale : « Ce volume est publié sous l'autorité du Gouvernement du Punjab, lettre n° 780, en date du 27 novembre 1865 qui précise bien que l'enregistrement ne lie pas les juridictions et ne peut être que considéré comme un guide, *quod valeat* [tant que ça dure]. » [40] En

Afrique française, Clozel précise en 1904 à propos du coutumier du peuple agni : « Je dois ajouter qu'il ne s'agit pas là d'un code devant être rigoureusement appliqué. Si humaines, en somme, que soient les coutumes des Agni, elles contiennent encore des prescriptions trop éloignées de nos idées et de nos mœurs pour que nous puissions leur accorder une sanction définitive. Nous avons voulu faire un tableau clair et précis de ces coutumes au stade actuel de leur évolution sans arrêter les progrès de celle-ci. »[41] Dès lors, le statut juridique des coutumiers est double, mais indirect.

47 Sur le moment, la démarche consiste à poser des questions, à laisser les autorités débattre et répondre, ce qui revient à obtenir un accord qui va lier les membres du groupe quant au contenu des règles officialisées, mais sans lier les groupes voisins ou l'autorité coloniale qui, pour sa part, accepte de les respecter tout en souhaitant les voir évoluer. En d'autres termes, les coutumiers ont une valeur *inter partes* – elles lient les parties (les autorités, les lignages et les membres du groupe) –, mais elles n'ont pas de valeur *erga omnes* – elles ne sont opposables de façon générale et absolue ni aux tiers ni à l'administration coloniale. C'est ce qui justifie le fait que les juridictions indigènes et, en appel, les juridictions coloniales, vont pouvoir juger sur cette base coutumière puisque le groupe est considéré comme ayant validé son contenu.

48 À terme, ces coutumiers sont censés devenir du droit grâce à la jurisprudence. Au Penjab britannique, cette dynamique est facilitée puisqu'elle s'ajuste avec le système de *common law* : 1/ le juge s'empare d'une coutume à l'occasion d'un procès, 2/ il l'interprète à la lumière des principes véhiculés par le *common law*, 3/ il lui donne valeur juridique par sa décision judiciaire, le cas échéant en la précisant, en la modifiant, en abrogeant certains aspects. Au total, la coutume a été absorbée par la jurisprudence. Tupper, un agent colonial britannique, ne s'y est d'ailleurs pas trompé. Dans un mémorandum, il déclare : « La *common law* anglaise est devenue le droit de l'Angleterre à la suite de décisions de justice sur plusieurs siècles. […] Il appartient aux juridictions supérieures de faire un effort pour savoir quelles sont les coutumes auxquelles la population indigène est familiarisée qui sont nécessaires et qui vont de soi comme faisant partie du cours de la nature. »[42] La dynamique apparaît moins évidente dans un système de droit codifié, mais c'est

pourtant celle qui l'emporte. Clozel indique en 1904 : « Les tribunaux de cercle, institués par le décret du 10 novembre 1903, pourront, par leur jurisprudence, favoriser ces progrès, en rapprochant graduellement les coutumes des Agni des principes d'équité et de liberté dont sont pénétrés les peuples de civilisation occidentale. » Le rédacteur du coutumier du Dahomey ajoute en 1931 : « Une règle coutumière devra, en effet, pour être inscrite, d'une part, être supplémentaire, complémentaire ou rectificative d'une des règles existant au coutumier, d'autre part, avoir été invoquée et soutenue lors d'une instance, avoir servi de base à un jugement et avoir été homologuée par un arrêt du Tribunal colonial d'appel ou de la Chambre d'annulation. »[43] Dans les colonies japonaises de Taiwan et de Corée, la logique est identique. Marie Seong-Hak Kim explique que le gouvernement japonais a demandé aux juges de ses colonies de donner valeur juridique aux coutumes, jugement après jugement : « Au total, la coutume, terme qui recouvre à la fois les lois codifiées de Chosŏn [les compilations] et les usages populaires, offre une structure préfabriquée qui peut être reformulée et réassemblée par les tribunaux coloniaux selon les principes juridiques et la procédure de la métropole japonaise. Les coutumes coréennes considérées comme étant en conflit avec les dispositions du Code civil japonais ont été progressivement transformées par la jurisprudence. Les juges coloniaux, à l'instar des juges de *common law*, ont extrait des pratiques traditionnelles des règles générales et les ont déclarées droit coutumier de la Corée. »[44]

Conclusions

49 Tant que les communautés traditionnelles se développent à l'écart des États naissants, la transmission orale des normes traditionnelles prévaut. Seules les enquêtes des voyageurs, des ethnologues ou des anthropologues offrent des mises par écrit qui n'ont aucun effet institutionnel ou juridique sur la nature des règles traditionnelles.

50 Certes, ici et là, pour des raisons diverses, certains peuples décident d'utiliser l'écriture pour fixer une partie de ces traditions ; il s'agit alors d'emprunter la voie de l'écriture qui, selon les historiens du langage, apparaît avant tout au profit de la symbolique religieuse

et/ou de la spécificité de l'autorité et/ou de la conservation des contrats, des testaments et des comptabilités.

51 En revanche, à compter de l'apparition de l'État moderne, la rédaction des coutumes, avec son cortège d'effets institutionnels et juridiques, s'est mise en mouvement. Les enquêtes officielles, les rédactions officielles sous la pression de l'État lui-même ou dans le cadre colonial ont placé l'État au cœur de la dynamique. Mieux : l'officialisation par les autorités traditionnelles elles-mêmes ne peut se comprendre qu'à la lumière de la dynamique de l'État moderne occidental et de sa propension à absorber les traditions-coutumes des peuples de son territoire. En d'autres mots, il faut mettre en relation la mise par écrit des règles traditionnelles, la naissance de l'État moderne et les besoins de la civilisation étatique.

Annexe

Enquêtes scientifiques	Effet révélateur au profit du monde extérieur Effet révélateur vis-à-vis de la communauté Effet clarificateur vis-à-vis de la communauté Pas d'effet institutionnel ou juridique direct ou indirect
Enquêtes officielles	Effet révélateur au profit du monde extérieur Effet révélateur vis-à-vis de la communauté Effet clarificateur vis-à-vis de la communauté Pas d'effet institutionnel ou juridique direct Effet officialisant indirect par l'enregistrement
Rédactions officielles organisées par l'autorité traditionnelle	Effet révélateur au profit du monde extérieur Effet révélateur vis-à-vis de la communauté Effet clarificateur vis-à-vis de la communauté Effet juridique interne vis-à-vis de la communauté – Les règles sont protégées de l'autorité extérieure – L'écriture emprunte à l'autorité extérieure sa façon de produire du droit
Rédactions officielles organisées par l'État	Effet révélateur au profit du monde extérieur Effet révélateur vis-à-vis de la communauté Effet clarificateur vis-à-vis de la communauté Effet juridique interne vis-à-vis de la communauté Effet incorporateur : les coutumes intègrent l'ordre juridique étatique – L'État profite de l'homologation pour en modifier le contenu – L'État reconnaît leur valeur juridique – L'État les absorbe, peut les modifier, voire les abolir

Rédactions officielles organisées dans le cadre colonial	Effet révélateur au profit du monde extérieur Effet révélateur vis-à-vis de la communauté Effet clarificateur vis-à-vis de la communauté Effet officialisant direct par l'enregistrement et la promulgation – L'État profite de l'homologation pour en modifier le contenu – L'État valide leur valeur juridique *inter partes* – L'État ne reconnaît pas leur valeur juridique *erga omnes* – L'État en fait du droit coutumier grâce à la jurisprudence

NOTES

1 S. Soleil, N. Cornu-Thénard, J-P. Hias, *Mettre par écrit les coutumes, Constitution d'une base internationale de données sur les droits coutumiers*, Paris, Insitut Robert Badinter, 2026, en ligne : < https://institutrobertbadinter.fr/fr/publications/mettre-par-ecrit-les-coutumes-constitution-dune-base-internationale-de-donnees-sur-les-droits-coutumiers/ >.

2 « Recherche de coutumiers », Société de législation comparée, en ligne : < https://www.legiscompare.fr/web/?Base-Internationale-de-Donnees-sur-les-Droits-Coutumiers >.

3 L'auteur de ces lignes travaille avec des chefs traditionnels de Côte d'Ivoire depuis dix ans. Pour une illustration, S. Soleil et T. Hamon, « Pourquoi rédiger les coutumes en 2025 ? Entretiens en pays Abouré Ehivɛ et N'Zima (Côte d'Ivoire) », *Mélété - Cahiers d'histoire et d'anthropologie du droit*, 2026, à paraître.

4 J. Copans, et N. Adell, *Introduction à l'ethnologie et à l'anthropologie*, Paris, Armand Colin, 2019 ; M. Edjenguélé et P. F. Edongo Ntede, *Propédeutique à l'anthropologie sociale et culturelle*, Paris, L'Harmattan, 2017 ; O. Morin, *Comment les traditions naissent et meurent. La transmission culturelle*, Paris, Odile Jacob, 2011.

5 O. Morin, *Comment les traditions naissent et meurent*, *op. cit.*, p. 21.

6 R. Guénon, *Le règne de la quantité et les signes des temps*, Paris, Gallimard, 1945.

7 L. Dumont, *Homo hierarchicus. Essai sur le système des castes*, Paris, Gallimard, 1966, p. 23.

8 R. Alleau, *La Science des symboles*, Payot, Paris, 1976.

9 O. Morin, *Comment les traditions naissent et meurent*, *op. cit.*, p. 24.

10 H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1934), Neuchâtel, éd. de la Baconnière, 1988, Titre V, 34, b.

11 B. Barraud. « L'anthropologie du droit », *La recherche juridique – Science et pensée du droit*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 133.

12 B. Z. Tamanaha, « The Promise and Conundrums of Pluralist Jurisprudence », *Modern Law Review*, n° 82(1), 2019, p. 178, cité par V. Sabourin et G. Otis, « L'écriture juridique autochtone : manifestation et gestion du pluralisme juridique », *Revue Générale de Droit*, n° 52, 2022, p. 159.

13 J.-M. Nicole, *Histoire des méthodes scientifiques du théorème de Thalès au clonage*, Paris, Bréal, 2006 ; M. Chang, *Principles of Scientific Methods*, Boca Raton, CRC Press, 2016.

14 S. Soleil, *Les modèles juridiques. Histoire, Usages et Théorie*, Paris, SLC, 2023, p. 17.

15 S. López Pereyra, « Enquête – Costumbres de Qom (Chaco – Argentine) », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2024.

16 L. Josse, « Enquête – Coutumes des peuples Peulhs (Bénin) », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2023.

17 S. Alqudah, Z. Channak, M. T. Alkasabi et H. Alhoussari, « Enquête sur les coutumes tribales des peuples saoudiens (Arabie saoudite) », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2025.

18 S. Soleil et T. Hamon, « Pourquoi rédiger les coutumes en 2025 ? », *op. cit.*

19 M. L. Zalazar, « Les peuples indigènes du Chaco argentin et leur droit aux territoires ancestraux », *Droit Public Comparé*, n° 2, 2024, en ligne : < https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=417 >, consulté le 27/05/2026 ; M. L. Zalazar et S. López Pereyra, « Pueblo Qom: el nuevo código civil frente al convenio 169 de la OIT », Cum Laude - *Revista del Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas* UNNE, n° 5, 2019, en ligne : < https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/119638 >, consulté le 27/05/2026.

20 Les multiples appels de la part de notre collègue et amie Viviana Kruger, l'une des responsables de l'*Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho*, et la présentation du projet BIDDC (octobre 2023), dans le cadre d'une conférence à distance, n'a jamais permis de lever les ambiguïtés.

21 A. Wruck Garcia Rangel, « Ne pas rédiger les coutumes de façon officielle : le cas de l'Amérique portugaise », in S. Soleil (dir.), *Les coutumiers officiels sont-ils de la coutume ? Approche internationale et interdisciplinaire*, Congrès de clôture du projet Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers, Rennes, 3 et 4 juin 2025 ; R. Lévêque, « Notice sur les droits traditionnels andins », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2026, et du même auteur, « Le statut juridique des femmes incas à l'époque préhispanique au sein du Tahuantinsuyu », *Mélété – Cahiers d'anthropologie et d'histoire du droit*, nº 1, 2025. Voir aussi J. Barrientos Grandon, *Historia del Derecho Indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación*, Rome, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, et du même auteur, *El gobierno de las Indias*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

22 A. Torres Fernández, « Da paṣhtānī qabīlō iṣṭilāhī qāmūs. Ḥuqūqī, jazā'ī ū ta'āmlī », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2024.

23 S. Auroux, J. Deschamps et D. Kouloughli, *La philosophie du langage*, Paris, PUF, 2004, p. 49 *et sqq.*

24 S. Soleil, *Les modèles juridiques*, *op. cit.*, p. 75 *et sqq.*

25 S. Kerneis, « La coutume entre le ciel des idées et le gouvernement des hommes », in S. Kerneis (dir.), *Une histoire juridique de l'Occident. Le droit et la coutume (iii^e^–ix^e^ siècle)*, Paris, PUF, 2018, p. 352-356.

26 Y. Mausen et A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, Paris, Dalloz, 2019, p. 39.

27 S. Osipova, « Einleitende Notizen - Kurländische Baueernrechte (Lettland), 1267-1282, Ausgabe aus dem 19. », *Base internationale de données sur les droits coutumiers*, 2023.

28 J. Domingues, « Costumes de Aveiro (Portugal), 1342 », *Base internationale de données sur les droits coutumiers*, 2025.

29 M. R. Ayerbe Iribar, « Ordonnances municipales Zeanuri – Biscaye (Espagne), 1551 », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2023

30 L. Guéraud, « Notice introductive aux coutumes de Poitou (France), 1559 », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2023.

31 Y. Mausen et A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, p. 151.

32 F. di Donato, « La civilizzazione statuale: neologismo specialistico e strumento concettuale per la comprensione del pensiero moderno », in

M. T. Zanola, C. Diglio et C. Grimaldi (dir.), *Terminologie specialistiche e diffusione dei saperi*, Milan, EduCatt, 2016, p. 41-74, et du même auteur, « La civilisation étatique : ordre juridique et représentations sociales », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, Paris, Pedone, 2017, p. 163-183.

33 M. R. Auslin, *Negociating with imperialism. The Unequal Treaties and the Culture of Japanese Diplomacy*, Cambridge, Harvard University Press, 2004 ; H. O. Rotermund, « Occidentaux, Japonais et la révision des traités inégaux », in B. Lemoine, *Regards et discours européens sur le Japon et sur l'Inde au xix^e siècle*, Limoges, PULIM, 2000, p. 84 *et sqq.* ; S. Soleil, « Le privilège d'extraterritorialité des puissances occidentales dans les empires ottoman et asiatiques au xix^e siècle », in A. Hervé et C. Rapoport (dir), *L'Union européenne et l'extraterritorialité – Acteurs, Fonctions, Réactions*, Rennes, PUR, p. 21-39.

34 M. Tait Slys, *Exporting Legality. The Rise and Fall of Extraterritorial Jurisdiction in the Ottoman Empire and China*, Genève, IHEID, 2014, chap. 2, en ligne : < https://books.openedition.org/iheid/788 >, consulté le 27/05/2026.

35 J. Bourgon, « Le droit coutumier comme phénomène d'acculturation bureaucratique au Japon et en Chine », in J. Bourgon (ed), *La coutume et la norme en Chine et au Japon*, Saint-Denis, Presses Universitaires de Vincennes, 2001, p. 132.

36 J. Bourgon, « Rights, Freedoms, and Customs in the Making of Chinese Civil Law, 1900-1936 », in W. Kirby (ed), *Realms of Freedom in Modern China*, Stanford, Stanford University Press, 2004, p. 84-102.

37 A. K. Sharanjit, *Le droit coutumier du Punjab britannique - 1849-1947*, Thèse droit, Paris, Université de Nanterre, 2023 ; F. K. Ahoussi, « Notice introductive aux coutumes des Agni (Côte-d'Ivoire), 1904 », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2023 ; B. C. Koffi Kouakou, « Notice introductive aux Coutumes Bété (Côte-d'Ivoire), 1934 », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2024 ; T.-M. Wu, « Notice introductive aux Lois et coutumes de Formose (Taiwan), 1901-1910 », *Base Internationale de Données sur les Droits Coutumiers*, 2025.

38 H. D. Watson, « Note 26 février 1898 », in *Report on the Punjab codification of customary law conference*, septembre 1915, p. 56, cité par A. K. Sharanjit, *Le droit coutumier du Punjab britannique*, *op. cit.*, p. 355.

39 J. Brévié, cité par B. Maupoil, « L'étude des coutumes juridiques de l'AOF (étude administrative) », *Coutumiers juridiques de l'Afrique occidentale française*, 3 vol., t. 1, Sénégal/Paris, Larose, 1939, p. 11-12.

40 J. A. Grant, *Customary law of Amritsar district*, Lahore, Lahore civil and military gazette Press, 1893, p. 1, cité par A. K. Sharanjit, *Le droit coutumier du Punjab britannique*, *op. cit.*, p. 337.

41 R. Villamur et M. Delafosse, *Les coutumes Agni rédigées et codifiées d'après les documents officiels les plus récents*, Paris, Challamel, 1904, p. x-xi.

42 C. L. Tupper, « Memorandum on the means of ascertaining the customary law of the Punjab dated the 2nd June 1873 », cité par A. K. Sharanjit, *Le droit coutumier du Punjab britannique*, *op. cit.*, p. 327-328.

43 Gouvernement général de l'Afrique Occidentale Française, *Coutumier du Dahomey (circulaire A P. 128 du 19 mars 1931)*, Porto Novo, Imprimerie du gouvernement, 1933, Avertissement.

44 M. Seong-Hakzvào Kim, « Droit public colonial comparé, Est-Ouest. La construction du droit coutumier dans l'empire du Japon », *Droit Public Comparé*, nº 4, 2025, §32.

ABSTRACTS

Français

La mise par écrit des normes traditionnelles d'un peuple, par nature orales, opère une transformation. Pour en mesurer l'intensité de cette transformation, l'article propose des modèles explicatifs à partir de la base de données sur les droits coutumiers de trois critères déterminants. 1/ L'auteur rédige-t-il au nom d'un intérêt scientifique ou d'une fonction officielle quelconque ? 2/ Son mobile principal est-il de comprendre, d'enquêter et/ou d'institutionnaliser ? 3/ L'effet juridique de la rédaction sur les traditions est-il nul, direct ou indirect ? En fonction de ces trois critères, il existe cinq modèles selon que la mise par écrit est faite à la suite d'une enquête scientifique, d'une enquête officielle, d'une rédaction officielle organisée par l'autorité traditionnelle, d'une rédaction officielle organisée par l'État, d'une rédaction officielle organisée par l'autorité coloniale. Partant, ces cinq modèles permettent d'indiquer l'intensité de la transformation des normes traditionnelles lorsqu'elles sont mises par écrit.

English

The act of putting a people's traditional norms—which are, by nature, oral—into writing brings about a transformation. To gauge the extent of this transformation, this article proposes explanatory models based on three

key criteria. 1/ Is the author writing in the name of a scientific interest or in some official capacity? 2/ Is their primary motive to understand, investigate and/or institutionalize? 3/ Is the legal effect of the writing on traditions nil, direct or indirect? Based on these three criteria, there are five models depending on whether the writing is the result of a scientific investigation, an official investigation, an official writing organized by the traditional authority, an official writing organized by the state, or an official writing organized by the colonial authority. Consequently, these five models make it possible to indicate the extent of the transformation of traditional norms when they are put into writing.

INDEX

Mots-clés
Droit traditionnel, Droit coutumier, Oralité, Écriture, Droit comparé

Keywords
Traditional law, Customary law, Oral tradition, Writing, Comparative Law

AUTHOR

Sylvain Soleil
Professeur à l'Université de Rennes (France)Directeur de l'axe Théorie et Histoire des Systèmes Juridiques (IODE – CNRS 6262)

Varia

La réforme du *premierato* italien à l'épreuve du droit comparé : entre rationalisation de l'exécutif et persistance de l'instabilité institutionnelle

Francesco Natoli

DOI : 10.35562/droit-public-compare.934

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

1. La réforme du « *premierato* » dans la dynamique des révisions constitutionnelles italiennes
  1.1. Les tentatives de réforme du parlementarisme italien : entre aspirations semi-présidentielles et renforcement du Président du Conseil des ministres
    1.1.1. Les contraintes politico-constitutionnelles liées à la mise en place d'un régime semi-présidentiel à la française
    1.1.2. La justification politique du choix primoministériel par le constituant italien au prisme des enjeux électoraux
  1.2. Le texte voté par les Sénat : vers une réduction des prérogatives du Président de la République
    1.2.1. La méthode du « *premierato* » : fondements théoriques et justification technique de la réforme
    1.2.2. La réforme du « *premierato* » à l'épreuve de la comparaison fonctionnelle avec les modèles étrangers
2. Les enjeux systémiques du « *premierato* » : entre stabilisation de l'exécutif et fragilisation de l'équilibre institutionnel général
  2.1. La réception doctrinale du « *premierato* » : entre réserves théoriques et reconnaissance de certains apports techniques
    2.1.1. La réforme du « *premierato* » au-delà des enjeux méthodologiques
    2.1.2. La loi électorale : un remède illusoire à l'instabilité politique et au déficit de représentation
      2.1.2.1. La mise en place d'un scrutin hyper-majoritaire : une verticalisation potentielle du pouvoir en Italie
      2.1.2.2. La fin du compromis politique : l'apport de l'expérience française
  2.2. Des garanties constitutionnelles sous tension : les dispositifs anti-crises dans le projet du « *premierato* »
    2.2.1. Le refus des gouvernements techniques comme facteur de stabilité institutionnelle : les enseignements de la crise française

de 2024
2.2.2. Les outils technocratiques de gouvernance dans la Constitution française : une lacune du système italien

TEXT

1 Le 18 juin 2024, le Sénat italien a voté un projet de révision constitutionnelle (AS n° 935)[1], à l'initiative du Gouvernement Meloni, visant à modifier en profondeur les caractéristiques du régime parlementaire instauré en 1947. La mesure centrale consiste à faire élire directement par le corps électoral le Président du Conseil des ministres, pour une durée de cinq ans et avec une limite de deux mandats, tout en organisant, en concomitance, les élections des deux Chambres. Ce mécanisme s'accompagnerait d'une prime majoritaire attribuée nationalement aux forces politiques liées au chef du Gouvernement élu, ce qui lui permettrait, en théorie, de lui garantir une majorité stable au sein du Parlement.

2 À titre préliminaire, afin de situer brièvement le cadre institutionnel de cette réforme, il convient de rappeler que la procédure de révision constitutionnelle en Italie est régie par l'article 138 de la Constitution. Ce dernier prévoit que les lois de révision de la Constitution ainsi que les autres lois constitutionnelles soient adoptées à deux reprises par chaque branche du Parlement, avec un intervalle minimal de trois mois entre la première et la deuxième délibération. Les textes doivent être adoptés à la majorité absolue des membres de chaque assemblée lors de la deuxième votation. Si, lors de ce second vote, la majorité qualifiée des deux-tiers des membres de chaque chambre n'est pas atteinte, le texte peut être soumis à un référendum populaire à la demande d'un cinquième des membres de chaque chambre, de cinq cent mille électeurs ou de cinq Conseils régionaux.

3 En l'espèce, la réforme dite du « *premierato* » a achevé sa première étape institutionnelle. Le projet de loi a été transmis à la Chambre des députés où son parcours a connu des ralentissements au cours de l'année 2025 en raison de la complexité des débats parlementaires et de la priorité d'autres mesures urgentes[2]. Au début de l'année 2026, le texte est revenu en discussion dans l'hémicycle pour conclure la