Constitution, histoire et mémoire. Rapport français

Xavier Magnon, Ariane Vidal-Naquet

▶ **To cite this version:**

Xavier Magnon, Ariane Vidal-Naquet. Constitution, histoire et mémoire. Rapport français. Annuaire internationale de justice constitutionnelle, 2023, pp.403-422. hal-04229679

HAL Id: hal-04229679
https://amu.hal.science/hal-04229679

Submitted on 8 Jan 2024

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

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

Constitution, histoire et mémoire

France

Les termes du sujet confrontent une norme, la *Constitution*, à deux types de discours sur le passé, la *mémoire* et l'*histoire*. Le *passé* apparait comme le terme manquant de l'équation, permettant de relier mémoire et histoire à la Constitution.

Ainsi, le sujet renvoie la Constitution à trois objets distincts, qu'il convient de brièvement définir de manière conventionnelle :

- *le passé*, en tant qu'événements factuels intervenus antérieurement au discours qui le prend pour objet,
- *l'histoire*, qui est un discours objectif portant sur le passé, répondant à des exigences scientifiques d'un point de vue méthodologique et substantiel[1],
- *la mémoire*, qui apparaît comme un discours subjectif sur le passé, empreint de la relativité de celui qui le développe[2].

Cette distinction terminologique posée, il convient d'expliciter de manière plus précise ce qui caractérise l'histoire ainsi définie (1), avant d'envisager comment la Constitution saisit le passé, sous la forme de l'histoire ou de la mémoire (2) et comment, à leurs tours, ces discours saisissent la Constitution (3).

(1) *Concernant le discours historique*, il convient de s'interroger sur sa spécificité, sous l'angle épistémologique. L'antériorité des faits objet du discours à celui-ci ne saurait suffire à clairement identifier ce discours. Tout discours porte, par définition, sur le passé puisqu'il ne peut porter que sur un objet déjà constitué au moment où il se développe. Par voie de conséquence, la plupart des discours sur le *passé*, toute chose étant égale par ailleurs, sont des discours qui relèvent de l'*histoire*,

---

1 Sans entrer ici dans une discussion complexe sur l'objet de la discipline historique, à distinguer d'une approche historique susceptible d'être réalisée sur n'importe quel objet, c'est-à-dire un objet autre que le passé.
Pour E. Cartier, « l'histoire » peut être définie comme « la combinaison intelligible de faits ou d'événements appuyant une démonstration au service de la connaissance » (« Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC*, 2006/3, n° 67, p. 509).
Pour A. Macaya Lizano : « l'histoire serait un procédé de connaissance et de reconstruction narrative du passé qui obéit à une méthodologie prédéterminée et qui aspire à une certaine objectivité. » (*Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne, Paris 1, 2014, dact., p. 29).

2 Sur cette relation, voir notamment J. Le Goff, Histoire et Mémoire, Gallimard, 1988 ; P. Ricoeur, La Mémoire, l'Histoire, l'oubli, Point seuil, 2033. Pour K. Picard, « l'apport de la science historique est alors considérable pour le comprendre. Celle-ci prend soin de dissocier la mémoire de l'histoire. La première est réputée plus partielle et partiale que la seconde, souhaitée complète et neutre. Ainsi, la mémoire est parfois considérée comme un mythe par opposition à la réalité historique » (*La responsabilité de l'État du fait du préjudice historique. Réflexion sur la possible reconnaissance d'un dommage constitutionnel*, IFJD, Collection des thèses, 2019, p. 33). Selon A. Macaya Lizano, encore : « Plus précisément, par rapport au passé, si toutes les deux sont des représentations et des reconstructions de ce passé, l'histoire l'appréhende par la connaissance plus ou moins objective, tandis que le rapport au passé entretenu par la mémoire est plus subjectif, lié avec l'identité du groupe où la mémoire s'enracine ». (*op. cit.*, p. 30). Aristote consacra ainsi un des traités du Parva Naturalia à la mémoire et la réminiscence. Il distingue alors entre la mémoire qu'il définit comme « la présence dans l'esprit de l'image, comme copie de l'objet dont elle est l'image » (Chap. 1, § 11 [451 a], trad. Barthélemy Saint-Hilaire)
Pour H. Rousso, « la mémoire est un vécu, en perpétuelle évolution, tandis que l'histoire – celle des historiens – est une reconstruction savante et abstraite, plus encline à délimiter un savoir constitutif et durable » (H. Rousso, *Le syndrome de Vichy. De 1944 à nos jours*, Paris : Points, Coll. Histoire, 1987, p. 10).

en tant que discipline scientifique portant sur le passé, ou de la *mémoire* dès lors qu'il s'agit de développer un discours axiologique sur le passé. La question qui se pose en substance est celle de savoir comment le discours historique se singularise en tant que discours scientifique sur le passé.

Cette difficulté pourrait être contournée, sans être véritablement affrontée, pour les juristes dans la mesure où l'on peut considérer qu'un discours sur le droit relève de l'histoire (du droit) s'il porte sur du droit qui n'est plus en vigueur. Le critère est objectif même s'il ne manque pas de soulever des questions lorsque certains manuels s'intitulent « histoire constitutionnelle de la V^{ème} République », ce qui selon notre critère imposerait de n'étudier que les dispositions constitutionnelles qui ne sont plus en vigueur. Sans doute, de manière plus cohérente, une « histoire constitutionnelle de la V^{ème} République » renvoie à une narration chronologique, factuelle mise en forme de manière cohérente, du régime politique et constitutionnel de cette République. La question de la spécificité du discours historique apparaît ici. L'histoire, ayant pour objet la Constitution, aurait alors un objet spécifique, le droit constitutionnel, entendu comme un fait, sous réserve de la spécificité de l'histoire du droit, et d'une méthode particulière, une approche causale des évènements factuels relatifs au droit constitutionnel, ce qui impose un choix des évènements factuels permettant de construire cette causalité au service d'une lecture cohérente d'une série d'évènements, ainsi qu'une mobilisation particulière des sources pour établir de manière objective ces évènements.

Sous l'angle historique, il faut souligner ici que la Constitution, y compris dans ces ses ? énoncés prescriptifs, peut être envisagée en tant que fait. L'énoncé « le Président de la République signe les décrets et ordonnances délibérés en conseil des ministres » peut être appréhendé en tant qu'*énoncé prescriptif* et donc normatif et il s'agira alors d'établir ce que signifie cet énoncé pour en dégager une norme. Il peut être également envisagé comme un *fait* et donc comme un choix du constituant de la V^{ème} République, celui d'avoir exigé que les décrets et ordonnances délibéré en conseil des ministres soient signés par le Président de la République. Dans sa dimension factuelle, la Constitution est objet d'*histoire* ; dans sa dimension normative et factuelle, elle peut être objet de l'*histoire du droit*, cette discipline pouvant saisir à la fois les deux dimensions de la Constitution. La spécificité de la discipline, histoire du droit, semble pouvoir s'expliquer par cette double appréhension de l'objet, factuelle et normative.

D'un point de vue méthodologique, il faut encore insister sur la dimension causale de l'appréhension du passé par l'histoire, en tant que discours scientifique. L'histoire établit des rapports de causalité entre plusieurs évènements, envisagés dans leur dimension factuelle, alors que le discours sur le droit, précisément parce que son objet s'inscrit dans une logique d'imputation et non pas de causalité, ne saurait suivre cette logique[3]. Dans le domaine juridique,

[3] Voir mettant en évidence cette différence entre le discours juridique et le discours historique : E. Cartier, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », RFDC, 2006/3 n° 67, pp 509-534.
« L'histoire en tant que science permettant de reconstituer et de mettre dynamiquement en relation les événements du passé, selon une démarche impliquant une mise à distance, s'appuie sur les relations de causalité qu'entretiennent les faits entre eux, sans préjudice des choix opérés par l'historien quant aux faits retenus et aux sources documentaires attestant de leur existence. L'argumentation historique repose ainsi à la fois sur la preuve de l'existence de tel ou tel fait appuyée sur une documentation plus ou moins fournie et cohérente, dont l'origine et les supports peuvent être très divers, et sur la corrélation logique entre ces faits et les conclusions qu'en tire l'historien. La contestation du discours historique peut par conséquent porter soit sur l'existence matérielle de ces faits, en

l'on ne peut déduire de normes à partir de l'observation de faits. Ce qui *doit être* ne saurait déduit de ce qui *est* : ce n'est pas parce que, dans une société donnée, certaines personnes commettent des meurtres que le meurtre est permis, rendu obligatoire ou même interdit. En outre, les normes prescrivent des comportements, mais il n'est jamais certain que ces comportements prescrits se réalisent effectivement ; l'interdiction du meurtre n'empêche pas que des meurtres puissent être commis. Les normes prescrivent que, si certaines conditions sont réunies, quelque chose *doit* advenir (le meurtre est puni d'une peine de trente ans de réclusion criminelle), même si ce quelque chose pourrait, dans les faits, ne jamais advenir (la personne coupable d'un meurtre a pu disparaître et ainsi échapper à toute peine de réclusion criminelle).

Le droit, vu en tant qu'objet factuel et lu sous l'angle de la causalité, semble caractériser la spécificité du discours historique. Les discussions au sein de la discipline historique portent alors sur la véracité des faits étudiés et sur le lien de causalité établi entre eux ; celles des juristes autour de la signification des énoncés normatifs et de leur concrétisation dans des cas particuliers. Le droit et l'histoire n'appréhendent pas la Constitution de la même manière. Envisagée, en elle-même, comme un évènement du passé, la Constitution s'inscrit dans une perspective factuelle. Le passage obligé et convenu sur l'« histoire constitutionnelle » dans le cours de droit constitutionnel de première année de licence implique ainsi une description des Constitutions autour d'un sens plus ou moins général ou un découpage en période, permettant de mettre en cohérence ces différentes Constitutions et de situer, dans une logique de causalité et de mise en cohérence, porteuse de sens, telle ou telle Constitution par rapport à la ou aux précédentes. La Constitution de la V^{ème} République est ainsi présentée comme une réaction aux deux Républiques précédentes et les choix du constituant, rationalisation du régime parlementaire et revalorisation du rôle de l'exécutif, sont analysés comme la conséquence des textes antérieurs.

(2) *Concernant la manière dont la Constitution se saisit du passé, sous l'angle de l'histoire et de la mémoire*, il faut rappeler que la *Constitution* peut être définie comme une norme juridique élaborée et révisée selon une procédure spéciale, renforcée par rapport à celles utilisées pour les autres normes du système juridique. En tant que telle, elle peut parfaitement se saisir du passé, comme d'ailleurs de n'importe quel objet. Elle peut ainsi contenir le passé, de manière objective, à partir du discours historique sur celui-ci, ou, de manière plus subjective, en renvoyant à des éléments d'ordre mémoriel. Appréhendée d'un point de vue formel, et non pas matériel, la Constitution peut avoir n'importe quel contenu et proposer, ainsi, des dispositions relatives au passé. Ces dernières peuvent être très diverses : dispositions relatives à des faits précis, comme des guerres ou des évènements naturels, dispositions relatives à des personnes ayant existé, dispositions relatives à des périodes, plus ou moins précisément identifiées, dispositions se référant à des textes juridiques antérieurs, etc… Il reste que, en tant que norme juridique, la Constitution contient des énoncés prescriptifs qui entendent permettre, interdire ou rendre obligatoires des comportements, alors que le passé relève du fait. Elle se démarque donc, à cet endroit, du passé, constitué de données factuelles, la Constitution, en tant que norme juridique, étant prescriptive. Par la référence au passé, la dimension symbolique de la Constitution l'emporte sur son caractère normatif.

---

démontrant la fausseté du document qui en atteste ou en apportant par une autre documentation la preuve d'éléments contraires, soit sur les conclusions logiques et explications tirées de la corrélation entre ces éléments »

(3) Enfin, *l'histoire comme la mémoire, qui sont deux manières de rendre compte du passé, peuvent se saisir de la Constitution*. Déjà, la Constitution constitue, en elle-même, un événement du passé ; qu'elle soit perçue comme une norme ou comme un fait, elle est un élément du passé. Elle est ainsi objet d'un discours historique et d'une mémoire.

Selon qu'elle est saisie par l'histoire ou par la mémoire, la Constitution n'est pas perçue de la même manière. L'histoire sert à objectiver les comportements passés pour en rendre compte de manière objective, selon une perspective causale, cohérente et chronologique, quand la mémoire en livrera une autre lecture, de portée axiologique. L'histoire permet ainsi d'objectiver le passé, en particulier les comportements objets des normes, pour être mieux à même de les identifier, de le maintenir ou de le modifier. Le passé vient également troubler cette perception des évènements lorsqu'il n'est plus question d'histoire mais de mémoire. Une approche axiologique du passé peut constituer un éclairage de celui-ci à l'appui d'une certaine lecture de la Constitution. Sous ces deux angles, les discours sur le passé permettent de situer la norme dans son historicité et situer la norme dans la mémoire et, plus exactement, dans les mémoires. Histoire et mémoire, en tant que discours sur le passé, éclairent ainsi la norme au regard de la mise en évidence de ce qu'il convient de permettre, d'interdire ou de rendre obligatoire ; elles servent l'établissement de la signification de la norme. La mémoire transforme aussi la perception des Constitutions. La mythique Constitution française de 1793, jamais appliquée, est, ainsi, aussi bien objet d'histoire que de mémoire.

Il résulte de la confrontation des différents éléments du sujet et du sens que nous en avons retenus que la Constitution se rapporte au passé dans les deux dimensions que le discours sur ce passé est susceptible de revêtir, mémoire et histoire, dans un double mouvement. *La Constitution* est ainsi *saisie par l'histoire* (§ I) : le discours descriptif et objectif sur le passé éclaire la Constitution sur ce qu'elle est, dans une perspective temporelle, et sur ce qu'elle signifie, à travers l'interprétation. *La mémoire* est ensuite *saisie par la Constitution* (§ II), celle-ci mobilisant le passé à des fins axiologiques. La Constitution récupère le récit historique à des fins politiques ou établit des normes visant à obtenir des comportements face à des évènements historiques. Sous ce dernier angle, nous supposons, ce qui est une thèse forte, que la Constitution ne saisit pas le passé de manière objective, mais seulement dans une dimension axiologique ; elle ne fait pas l'histoire, elle est une histoire au sens courant d'une histoire, d'un récit, et use du passé de manière instrumentale.

§ I - La Constitution saisie par l'histoire

La Constitution est saisie par l'histoire de deux manières. Elle est d'abord, en elle-même, un évènement, factuel, du passé et elle est, à ce titre, l'objet même du discours historique. Celui-ci met alors en évidence cet évènement en tant que tel, dans une perspective chronologique, selon un schéma causal et une perspective logique ? de mise en cohérence. La Constitution est ainsi objet du discours historique, objet d'histoire pour les historiens (du droit ?) (A). Au-delà, et dans un rapport inverse, l'histoire peut être mobilisée pour interpréter la Constitution (B) selon des configurations différentes dont certaines sont spécifiques à la France.

A – La Constitution, objet d'histoire

La Constitution, en tant qu'évènement passé, est objet d'histoire et elle est alors, sous réserve, peut-être, de la spécificité du discours d'histoire du droit, envisagée comme un fait et un fait situé chronologiquement parmi d'autres faits, présentant des liens avec ceux-ci en termes de comparabilité je ne comprends pas causalité ?. La Constitution n'est pas envisagée dans sa dimension normative mais, seulement, de manière factuelle, en tant qu'évènement. Il en résulte une dimension causale de l'appréhension historique de la Constitution, avec un raisonnement du type si la Constitution contient ou ne contient pas telle ou telle norme, c'est parce que tel évènement, factuel, en est à l'origine.

Par exemple, la disparition dans l'histoire constitutionnelle française d'une norme offrant au Chef de l'État la possibilité d'opposer un veto législatif est le résultat de la pratique institutionnelle antérieure, à savoir l'usage fatal de celui-ci par le Roi dans le cadre de la Constitution de 1791. Des évènements factuels produisent des conséquences sur le choix des normes dans la Constitution. De la même manière, la rationalisation du régime parlementaire sous la V^{ème} République est présentée comme le résultat des échecs des deux Républiques précédentes. L'histoire propose ainsi une description causale et cohérente des constitutions.

Dans cette dimension causale, la vie politique et la pratique institutionnelle sont des objets décisifs dans de ? l'insertion de la Constitution dans le récit historique. Il convient d'établir des liens, de construire un récit causal et cohérent, entre la vie politique et la pratique institutionnelle, dans un rapport évènement/conséquence, et les normes constitutionnelles. L'histoire permet de proposer une explication de l'existence de la norme à partir d'évènements passés. Sous cet angle, *expliquer* les normes renvoie à la raison d'être de la norme, l'histoire ayant alors un rôle décisif pour identifier cette raison d'être, *décrire* les normes consiste seulement à en relever la signification. je trouve cette idée hyper intéressante. Reste que, et l'on y reviendra plus tard, l'histoire peut être utile afin précisément d'établir la signification des normes, permettant ainsi de réintégrer la dimension historique dans la démarche juridique.

L'appréhension de la Constitution par l'histoire implique la comparaison et la comparabilité des objets de cette comparaison. Il est donc nécessaire de créer des catégories d'analyse permettant de regrouper les objets observés afin de les étudier à partir de concepts communs. Toute comparaison implique la construction de concepts communs d'analyse : il n'est possible de comparer les différentes Constitution française depuis 1791 que si l'on dispose au préalable d'un concept de « Constitution » permettant d'identifier cet objet. La comparaison temporelle permet d'apprécier des éléments, selon une perspective classique, de continuité ou de discontinuité des constitutions. L'histoire implique donc la construction et la mobilisation de concepts théoriques d'analyse, c'est-à-dire susceptible d'identifier la même réalité quelles qu'en soit les contingences, y compris temporelles.

Il sera d'ailleurs tentant ici d'évoquer une éventuelle approche historique des concepts, pour établir comment ceux-ci évoluent, mais une telle histoire porte plus sur les discours sur le passé, qui vise à le décrire, que sur les évènements du passé eux-mêmes. L'évolution du concept de République dans l'histoire constitutionnelle française renvoie plus précisément à l'étude des discours d'analyse de cet objet, plutôt qu'à ce que les Constitution peuvent dire de la République.

L'analyse historique n'est pas seulement une narration chronologique des évènements du passé ; elle tend à faire sens, par exemple, dans la description de la succession temporelle des régimes politiques et des constitutions. L'ouvrage d'histoire constitutionnelle de la France de Marcel Morabito[4] met ainsi en évidence la « formation des traditions constitutionnelles françaises », pour en retenir trois : révolutionnaire, césarienne et parlementaire, lesquelles, tout en étant chronologiques, n'en correspondent pas moins à des traditions qui rencontreront des prolongements au-delà de leur mise en place. Des périodes peuvent également être chronologiquement présentées à partir de catégories qui permettent d'établir du sens. Le précis Dalloz de *Droit constitutionnel* présente ainsi trois périodes dans l'histoire constitutionnelle : l'instabilité constitutionnelle, longévité et paradoxes de la III[ème] République et une nouvelle période d'instabilité constitutionnelle[5].

Selon cette perspective comparée, la Constitution est alors envisagée par rapports aux autres constitutions. Là encore la dimension conceptuelle est décisive car elle est imposée par la démarche comparatiste. Cette comparaison temporelle permet d'apprécier des éléments, selon une perspective classique, de continuité ou de discontinuité des constitutions.

D'un point de vue méthodologique, ce regard de l'histoire sur la Constitution semble difficilement contournable pour une meilleure connaissance de cette dernière. L'histoire donne sens aux normes et aux régimes politiques dans lesquelles celles-ci s'insèrent. Parce que l'établissement des normes est une question de sens, le discours historique éclaire le sens de la norme, mais nous quittons, peut-être, déjà, la Constitution comme objet de l'histoire pour envisager la Constitution interprétée par l'histoire.

B – La Constitution, interprétée par l'histoire

L'histoire en tant que discours objectif sur le passé peut être précieuse dans la recherche de la signification d'énoncés prescriptifs[6]. Une question se pose cependant : l'identification d'une éventuelle méthode historique spécifique ou la dilution de l'histoire dans la mobilisation des différentes méthodes d'interprétation à savoir, en suivant Michel Troper, sémiotique, génétique, systémique et fonctionnelle[7].

Il semble que l'histoire puisse être mobilisée dans l'usage de chacune des méthodes d'interprétation possible, sans qu'elle puisse être identifiée comme une méthode autonome. Interprétation historique et interprétation génétique sont souvent considérées comme équivalentes, la recherche de la volonté de l'auteur de la norme impliquant le recours à l'histoire, par la consultation de documents susceptibles de témoigner de manière relativement objective de la volonté des auteurs de la norme (même si la démarche consistant à établir une volonté à la

4 M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Précis Domat Droit public, LGDJ-Lextenso, 17[ème] édition, 566 p.

5 L. Favoreu (al.), Droit constitutionnel, Dalloz, Précis, 2022, 24[ème] édition,

6 L'on peut également considérer que la mémoire, dans sa dimension subjective du regard porté sur le passé, peut être également un élément pris en compte dans l'interprétation, la rédaction ou l'adoption d'une Constitution. Le passé peut alors être instrumentalisé à l'appui d'une certaine lecture ou orientation constitutionnelles.

7 M. Troper, « Interprétation », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland et S. Rials, Lamy-PUF, 2003.

lecture de document censée l'attester, peut être, elle-même, discutée). La connaissance du contexte dans lequel la volonté s'est développée et donc, en particulier, le contexte historique qui permet de l'éclairer, notamment dans la signification que peuvent revêtir, à une époque donnée, certains concepts mobilisés par les énoncés normatifs. L'histoire peut également être mobilisée dans l'usage d'autres méthodes d'interprétation. En usant d'une interprétation sémiotique, qui s'appuie sur le sens courant ou technique des mots mobilisés par les énoncés normatifs, une histoire des concepts pourrait être ainsi utile pour interpréter les normes. L'interprétation systémique se prête encore au recours à l'histoire : l'interprétation d'une disposition constitutionnelle en vigueur pouvant être interprétée au regard d'une disposition constitutionnelle comparable dans une ancienne Constitution. L'interprétation fonctionnelle peut également impliquer la mobilisation de l'histoire, en particulier dans l'interprétation téléologique, la finalité poursuivie par un texte de la norme pouvant mobiliser des arguments de type historique. L'histoire peut donc être mobilisée dans toutes les méthodes d'interprétation. Dans toutes ces situations, le développement d'un discours scientifique sur des faits passés permet d'objectiver mais, aussi, de légitimer une interprétation.

Dans sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel n'utilise que très rarement le discours historique pour motiver ses décisions. Trois situations méritent toutefois d'être mises en évidence.

Le Conseil peut d'abord faire référence aux travaux préparatoires pour expliciter la volonté du constituant, ce qui témoigne d'une interprétation génétique s'appuyant sur l'histoire. Ensuite, une catégorie des normes constitutionnelles originale, à savoir les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR), emporte une dimension historique dans sa mobilisation par le Conseil constitutionnel lorsqu'il s'agit de consacrer un nouvel élément relevant de cette catégorie. Enfin, il est possible de discuter de ce que la catégorie constitutionnelle « règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle » aurait pu intégrer une dimension historique.

La première situation est visible dans la jurisprudence constitutionnelle par l'usage des termes « constituant », « pouvoir constituant »[8] et, également, « travaux préparatoires ». La référence au constituant se fait dans des cas dans lesquels il est nécessaire de soutenir une certaine interprétation de la Constitution, en particulier après une révision constitutionnelle[9]. Dans cette dernière situation, les termes de « travaux préparatoires de la révision constitutionnelle[10] ont pu être utilisés. L'expression de « volonté du constituant » peut encore être utilisée pour interpréter

8 Voir, en particulier, décision 312 DC, cons. 26

9 Voir à propos de l'article de la Constitution sur la parité : 686 QPC, 465 QPC, 667 DC, 475 DC, 429 DC ; à propos de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 nécessaire à la ratification du Traité de Maastricht en général : 312 DC, ; ou, plus particulièrement, à propos de l'art. 88-1 de la Constitution : 505 DC, 749 DC, 560 DC, 653 DC ; de l'art. 88-2 de la Constitution : 314 QPC ; de l'art. 74 C. de la Constitution : 2 LOM ; à propos de l'art. 72-1 de la Constitution : 687 DC ; des art. 11 et 61 de la Constitution modifiés : 681 DC ; de l'art. 48 modifié : 677 DC ; de l'art. 61-1 de la Constitution : 334/335 QPC, 16 QPC, 55 QPC, 595 DC ; de l'art. 42 modifié de la Constitution : 655 DC ; art. 24 modifié de la Constitution : 582 DC ; art. 24 et 35 modifiés de la Constitution : 581 DC ; de l'art. 44 modifié de la Constitution : 579 DC ; de l'art. 34 modifié de la Constitution : 577 DC ; de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 : 547 DC ; de l'art. 47-1 de la Constitution : 519 DC ; art. 72 modifié de la Constitution : 516 DC ; de l'art. 72-2 de la Constitution : 500 DC : de l'art. 39 modifié de la Constitution : 417 DC.

10 Sur la parité : 475 DC, 429 DC; sur l'art. 28 C. modifié de la Constitution : 712 DC ; sur l' art. 48 modifié de la Constitution : 705 DC ; sur l'art. 28 modifié de la Constitution : 366 DC, 368 DC

une disposition constitutionnelle originelle de la Constitution[11] ou du Préambule de la Constitution[12]. Ces illustrations n'en sont pas moins réduites en nombre et concernent des cas récurrents (droit de grève, parité, procédure parlementaire, clauses constitutionnelles européennes) et certaines situations toutes particulières (une révision de la Constitution). En outre, et surtout, le recours aux travaux préparatoires ou à la volonté du *constituant* (volonté qui est d'ailleurs, le plus souvent, dans les décisions, plus exactement, la volonté du *pouvoir de révision constitutionnelle*), apparaît plus comme un argument d'autorité que comme un argument démonstratif ou explicatif. L'on retrouve ici la carence de la motivation du Conseil constitutionnel, qui n'est pas là pour éclairer ses choix décisionnels, mais pour les (im)poser de manière péremptoire.

La catégorie des PFRL illustre de manière tout à fait originale la prise en compte de l'histoire pour interpréter la Constitution. Cette catégorie de normes constitutionnelles est consacrée de manière générique par le Préambule de la Constitution de 1946, sans que les éléments qui la constituent ne soient mentionnés. Le Préambule de 1946 reconnaît ainsi l'existence de PFRLR, sans en énoncer aucun. D'emblée, cette reconnaissance place la catégorie dans le passé. Si cette référence, éclairée par les travaux préparatoires de l'Assemblée constituante, ne visait qu'à permettre de consacrer constitutionnellement, implicitement et indirectement, une seule liberté, alors sensible, la liberté d'enseignement, le Conseil constitutionnel en a fait une catégorie ouverte. Il s'autorise en effet à consacrer d'autres PFRLR que la liberté d'enseignement. Dans cette démarche, il s'est progressivement astreint à encadrer l'exercice de son pouvoir créateur de normes constitutionnelles en s'inspirant, en partie, de la dénomination de la catégorie :

- les lois doivent être antérieures au Préambule de 1946 ;
- ces lois doivent être républicaines ;
- il doit s'agir, dans le sens dworkinien, d'un principe et non d'une règle ;
- le principe doit être d'une importance suffisante, d'un point de vue axiologique ;
- il doit exister une constance dans l'affirmation du principe dans la reconnaissance du principe par les lois républicaines ;
- ces principes ne sauraient concerner que certains domaines (droits et libertés, souveraineté nationale et organisation des pouvoirs publics)[13].

Ces conditions impliquent l'adoption d'une démarche historique de recherche des grands principes républicains contenus dans des lois.

L'existence de « règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », dégagés par le Conseil constitutionnel en tant que catégorie normative opposable au droit de l'Union,

---

11 Voir, à propos de l'art. 39 de la Constitution : 658 DC, 831 DC, 824 DC, 755 DC, 468 DC ; à propos de l'art. 34 de la Constitution : 151 L, 355 DC, 305 DC, 336 DC, 309 DC, 778 DC, 753 DC, 448 DC, 445 DC ; à propos de l'art. 8 de la Constitution : 676 DC ; de l'art. 27 de la Constitution : 609 DC ; du titre VIII de la Constitution : 566 DC ; de l'art. 61 al. 2 de la Constitution : 449 DC ;

12 À propos de l'al. 7 du Préambule 46 : 790 DC, 507 QPC, 650 DC, 569 DC, 556 DC, 230 DC, 217 DC, 117 DC, 105 DC.

13 Voir sur ces différentes conditions reformulées dans le corps de texte à partir d'orientations posées par le Conseil constitutionnel : 244 DC, 321 DC, 407 DC et 669 DC.

La dernière condition ne saurait d'ailleurs être rattachée à la dénomination de la catégorie « PFRLR ».

aurait pu soulever une question d'ordre historique. L'on sait que l'identité renvoie à la fois à ce qui est commun, l'identité *idem*, et à ce qui singularise, l'identité *ipse*. Si le Conseil constitutionnel ne retient qu'une identité *ipse*, une règle ou un principe est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France lorsqu'elle n'a pas d'équivalent en droit de l'Union[14]. Envisager une identité *idem*, aurait impliqué une démarche d'ordre historique pour établir ce qu'il y a de commun dans les différentes constitutions françaises, qui méritent, en conséquence, une protection particulière. Le fait d'avoir reconnu le principe selon lequel il est interdit « de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits »[15] comme relevant de l'identité constitutionnelle a de quoi décevoir tous les tenants d'une approche identitaire historique.

L'usage de l'histoire pour interpréter les normes présente une dimension originale en France pour les décisions du juge constitutionnel alors que les délibérations du Conseil constitutionnel sont publiées. L'accès à ces délibérations permet de développer une interprétation génétique des décisions du juge constitutionnel. Cette source documentaire, inédite pour un juge constitutionnel, offre des perspectives qui questionnent renvoient à ? l'appréhension des décisions du Conseil constitutionnel, même si l'on peut émettre des réserves sur l'usage de ces délibérations[16], notamment, selon une approche causale entre les éléments contenus dans les délibérations et le contenu de la décision rendue. Les commentaires doctrinaux des décisions, proposés au moment de la décision, peuvent ainsi être revus, à partir du compte rendu de la délibération, au moment où celui-ci est rendu public. Des divergences d'interprétation des décisions du Conseil constitutionnel peuvent ainsi voir le jour. Ce qui pose la question de l'interprétation « correcte » des décisions et, plus largement, de la pertinence de cette recherche d'une interprétation « correcte ». En outre, la qualité rédactionnelle des décisions peut être mise en doute dans la mesure où, au moins pour les éléments normatifs de la décision, la décision devrait se suffire à elle-même pour que l'on puisse en retenir le sens. Le besoin des délibérations pour interpréter les décisions soulève ainsi, plus ou moins directement, la qualité rédactionnelle de celle-ci.

Les exemples de divergence entre l"interprétation doctrinale et le choix du juge sont nombreux, mais l'exemple le plus significatif demeure sans doute la décision du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*. Cette dernière décision, fondatrice du bloc de constitutionnalité, conférant valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 contrôlant et censurant la loi pour violation d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, n'est pas, à la lecture des délibérations du Conseil, la décision dans laquelle ce choix a été fait, contrairement à ce que la lecture des décisions laissait entendre. Le choix est antérieur. Il s'est fait dans une décision du 19 juin 1970 et il est en partie, mais en partie seulement, visible dans la décision qui mentionne, dans ses visas, par la référence à « la Constitution et son préambule ». L'accès à des documents historiques permet une autre narration que celle qui résulte de la décision. Cet exemple témoigne, en l'occurrence, du décalage entre ce que dit la décision, le *locutoire*, et ce que le

14 Voir pour des décision explicites en ce sens : 966 QPC, 940 QPC, 810 QPC, 768 DC.

15 Voir : 940 QPC, § 15.

16 Voir en particulier S. Benzina, sous la thèse de S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016, *Jus politicum*, janvier 2018, n° 19 (*http://juspoliticum.com/article/Sylvie-Salles-Le-consequentialisme-dans-la-jurisprudence-du-Conseil-constitutionnel-Paris-LGDJ-2016-1191.html*).

juge a voulu faire, l'*illocutoire*. Le regard historique permet ainsi de restituer la réalité des choix du juge. Il ne permet pas d'éclairer la norme. Le sens des énoncés mobilisés par le juge constitutionnel doit pouvoir être établi à partir de sa décision seule. Avec les exemples des décisions de 1970 et de 1971, ce recours aux délibérations n'est ainsi qu'une aide dans la narration autour de la norme, et non pas une aide pour établir une norme, la norme en l'occurrence, dans cet exemple, qui pose le caractère obligatoire du Préambule de la Constitution, mais pour déterminer quand cette norme a été posée. je ne comprends pas cette phrase

II La mémoire saisie par la Constitution

Si la Constitution s'inscrit dans le passé, soit parce qu'elle est appréhendée comme un fait s'étant déroulé antérieurement, soit parce qu'elle est interprétée à la lumière du passé, elle offre également un certain discours – de nature constitutionnelle - sur le passé. Lorsqu'elle parle du passé, la Constitution ne fait pas de l'histoire, entendue comme la science proposant un discours explicatif portant sur les faits passés ; en revanche, elle propose une histoire au sens courant du terme, c'est-à-dire un récit, du passé. Ce faisant, elle constitue, elle-même, une forme de mémoire, entendue comme un récit, subjectif et sélectif, sur le passé, empreint de la relativité de celui qui le développe, en l'espèce le pouvoir politique. Cette référence constitutionnelle au passé est rarement neutre : la Constitution se saisit du passé à des fins axiologiques et le récupère à des fins politiques, conduisant ainsi à la construction d'une mémoire constitutionnelle (A).

À cette approche factuelle, qui appréhende la Constitution comme une donnée participant à la construction d'une mémoire commune, s'ajoute une approche juridique de la Constitution. Au-delà du discours politique, la Constitution est également une norme juridique qui prescrit un certain nombre de comportements en matière de mémoire. A cet égard, une norme juridique peut imposer un devoir de mémoire. C'est la logique des normes mémorielles : ces dernières, si elles relèvent, en France, du niveau législatif et non pas constitutionnel, posent néanmoins de sérieuses questions de constitutionnalité. Ce devoir de mémoire s'accompagne souvent de la tentation de poser des faits historiques voire d'imposer un discours officiel sur le passé : cette inscription du passé dans la norme juridique conduit, en conséquence, à une « normativisation du passé ». La question de la régularité constitutionnelle du devoir de mémoire se pose.

A- La construction d'une mémoire constitutionnelle

En tant que discours, la Constitution offre une certaine représentation du passé, que l'on pourrait qualifié de « mémoire constitutionnelle ». En effet, cette dernière n'a aucune prétention à l'exhaustivité, à la véracité ou à la scientificité : elle n'est qu'une vision du passé. A ce titre, la Constitution peut être considérée comme un « lieu de mémoire », entendue comme une construction intellectuelle permettant de recueillir, de conserver et de transmettre un passé commun.

D'un point de vue strictement formel, le processus de constitutionnalisation du passé désigne l'inscription du passé dans les dispositions constitutionnelles. Ce processus peut prendre plusieurs

formes. Il peut s'agir de dispositions constitutionnelles qui présentent une forte « épaisseur » ou « densité » historique, en ce qu'elles renvoient à des éléments qui s'inscrivent dans le temps long et dans l'histoire nationale. C'est le cas des symboles républicains que l'on retrouve, par exemple, à l'article 2 de la Constitution de 1958 : ce dernier fait référence à la langue de la République, à son emblème national, à son hymne, à sa devise et au principe démocratique, qui constituent une sorte « d'héritage républicain » . Il en va ainsi de la Marseillaise[17], du drapeau tricolore[18] ou encore de la devise de la République « Liberté, Égalité, Fraternité »[19]. Ces dispositions constitutionnelles présentent une forte dimension historique, en ce qu'elles témoignent des vicissitudes de l'histoire nationale et s'inscrivent dans un temps long. Elles ne sont pas uniquement symboliques mais ont des conséquences normatives comme en témoigne la consécration du principe de fraternité par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre*. S'appuyant que ses « racines historiques remontaient pour l'essentiel à la Révolution » (selon le commentaire officiel de la décision), le Conseil constitutionnel souligne son triple ancrage constitutionnel : le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 qui qualifie la fraternité, au même titre que la liberté et l'égalité, d'« idéal commun », l'article 2 qui pose la devise de la République et le premier alinéa de l'article 72-3 qui vise à nouveau « un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ». Il en déduit que le principe de fraternité constitue un principe de valeur constitutionnelle dont découle « *la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* » (paragr. 7 et 8).

Il peut encore s'agir de dispositions constitutionnelles qui visent à commémorer le passé. Le lien entre histoire, mémoire, fêtes nationales voire identité et patriotisme constitutionnel est illustré par la Constitution 3 septembre 1791 qui pose, dans son titre premier, parmi les « Dispositions fondamentales garanties par la Constitution » : qu'« il sera établi des fêtes nationales pour conserver le souvenir de la Révolution française, entretenir la fraternité entre les citoyens, et les attacher à la Constitution, à la Patrie et aux lois ». La construction de la mémoire peut également se traduire par l'établissement de nouveaux calendriers, par exemple les différents calendriers révolutionnaires, notamment celui posé par la Constitution de 1795 qui précise, dans son article 372, que « L'ère française commence au 22 septembre 1792, jour de la fondation de la République ». Pour sa part, la Constitution de 1958 ne contient pas de dispositions relatives aux commémorations ou aux calendriers. C'est la loi – et non la Constitution – qui fixe la fête nationale au 14 juillet : cette date commémore officiellement la fête de la Fédération, instaurée le 14 juillet 1790, mais renvoie également à la prise de la Bastille en 1789.

[17] Composée par Rouget de Lisle en 1792, reprise par les Fédérés marchant sur les Tuileries le 10 aout 1792, déclarée chant national le 14 juillet 1795, interdite sous l'Empire et la Restauration, elle a été remise à l'honneur lors de la Révolution de 1830 puis déclarée hymne national en 1879, ainis que dans la Constitution de 1946 et dans celle de 1958

[18] Né sous la Révolution français, réunissant le blanc royal aux couleurs (bleu et rouge) de la Ville de Paris, signe de l'alliance du roi et du peuple, décrété par la convention nationale (27 pluviôse an II), il a été remplacé par le drapeau blanc lors du retour de la monarchie de 1814 à 1830, réapparu lors des Trois glorieuses de 1830, accepté par Louis Philippe, menacé sous la IIe République par le drapeau rouge, pour être posé comme emblème national par l'article 2 de la Constitution de 1946 puis de la Constitution de 1958

[19] Proposée par Robespierre dans son discours sur l'organisation des gardes nationales de décembre 1790, généralisée lors de la Révolution de 1848, elle a été constitutionnalisée dans le préambule de la Constitution de la Deuxième République (article IV), puis reprise par les Constitutions de 1946 et de 1958.

S'agissant d'ailleurs de la répartition des compétences normatives en la matière, la jurisprudence constitutionnelle suggère même que l'instauration de dates commémoratives devrait relever du domaine réglementaire plutôt que de celui législatif. C'est ce qui ressort implicitement de la décision 2012-657 DC du 29 novembre 2012, à propos de la disposition instituant une journée nationale du souvenir et de recueillement des victimes civiles et militaires de la guerre d'Algérie et des combats en Tunisie et au Maroc : tout en soulignant qu'une telle disposition relève davantage du domaine réglementaire que de celui de la loi, le Conseil constitutionnel n'a pas jugée utile, toutefois, de la déclasser.

Il existe encore des dispositions constitutionnelles qui s'inscrivent dans une continuité historique afin, notamment, de légitimer la Constitution ou certaines des institutions qu'elle met en place. C'est notamment le cas du préambule de la Charte de 1814, dans lequel le Roi soutient : « Nous avons enfin cherché les principes de la Charte constitutionnelle dans le caractère français, et dans les monuments vénérables des siècles passés. Ainsi, nous avons vu dans le renouvellement de la pairie une institution vraiment nationale, et qui doit lier tous les souvenirs à toutes les espérances, en réunissant les temps anciens et les temps modernes ». De même, la Proclamation du 14 janvier 1852 utilise le passé comme élément de justification du présent : Louis Napoléon Bonaparte explique qu'il a cherché « quels étaient dans le passé les exemples les meilleurs à suivre, quels hommes les avaient donnés, et quel bien en était résulté » et qu'il a « pris comme modèle les institutions qui, au lieu de disparaître au premier souffle des agitations populaires, n'ont été renversées que par l'Europe entière coalisée contre nous » ; parce que les institutions du Premier Empire ont fait preuve de leur longévité et de leur efficacité, il les reproduit sous le Second Empire.

La continuité historique peut également résulter de références à des textes. Le Préambule de la Constitution de 1958 affirme que « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ». De même, le préambule de la Constitution de 1946 précisait que le peuple français « réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », soulignant la volonté du constituant de s'inscrire dans un héritage constitutionnel, que concrétise la décision 71-44 DC, fondatrice du bloc de constitutionnalité[21].

Ce discours constitutionnel sur le passé présente des caractéristiques qui l'éloignent considérablement de l'histoire, traditionnellement présentée comme objective, commune et publique, plus encore comme « vraie », pour le rapprocher de la mémoire. En effet, ce discours constitutionnel n'a aucune prétention à l'exhaustivité, voire à la sincérité. Dans ses dispositions, la Constitution n'évoque qu'un certain nombre d'évènements, de textes, de personnages ou d'actions passés, de sorte que le passé est à la fois concentré sur certains épisodes et discontinu sur la durée, permettant, par exemple, d'occulter un certain nombre de faits ou de les présenter de façon biaisée.

[21] V. *supra*.

En témoigne, la rédaction du préambule de la Constitution de 1946 « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». Ce n'est que par une interprétation souple de l'histoire que la France peut être considérée comme faisant partie des vainqueurs de la seconde guerre mondiale, ce que suggère pourtant la construction syntaxique de la phrase.

Autrement dit, le discours de la Constitution n'est pas un discours historique, au sens scientifique du terme, mais un discours qui relève de la mémoire, un discours mnémonique. Aussi pourrait-on envisager une lecture « historienne » des dispositions constitutionnelles, permettant de confronter le discours constitutionnel à l'analyse historique, entendue ici comme l'analyse scientifique des historiens. Cette lecture « historienne », permettrait de vérifier la réalité historique des évènements posés par telle ou telle Constitution et d'identifier, ainsi, celles qui instrumentalisent la réalité historique, en la déformant, au profit d'un certain nombre d'objectifs politiques, par exemple, inclure ou exclure certaines parties de la population, réhabiliter ou condamner tel ou tel personnages ou partis politiques etc…

Cette mémoire constitutionnelle présente un certain nombre de caractéristiques, intimement liées à sa nature constitutionnelle. Résultat de l'intervention du pouvoir constituant ou du pouvoir de révision constitutionnelle, elle est une mémoire commune ou, plus exactement, collective au sens où l'entend Pierre Nora, c'est-à-dire comme « ce qui reste du passé dans le vécu des groupes, ou ce que les groupes font du passé »[22]. Elle est une mémoire institutionnelle et, plus encore, une mémoire d'État, qui permet de caractériser et de singulariser ce dernier, de sorte qu'il participe à la formation de l'identité constitutionnelle[23]. Ce faisant, la Constitution pourrait être rangée parmi les lieux de mémoire chers à Pierre Nora[24], encore, - « de l'objet le plus matériel et concret, éventuellement géographiquement situé, à l'objet le plus abstrait et intellectuellement construit » - qui permet de « partir des lieux, au sens précis du terme, où une société […] consigne volontairement ses souvenirs ou les retrouve comme partie nécessaire de sa personnalité : lieux topographiques […], lieux monumentaux […], lieux symboliques […], lieux fonctionnels […] »[25].

Cela étant, la Constitution n'est pas seulement un discours. Elle est également une norme, ce qui pose la question de savoir si elle peut, à ce titre, imposer un discours vis-à-vis de l'existence d'évènements passés. C'est la question que suscitent, en France, les lois mémorielles.

[22] P. Nora, « Mémoire collective » in J. Le Goff, R. Chartier, J. Revel, *La nouvelle histoire*, Paris, Retz, 1978, p. 398 : « En première approximation, la mémoire collective est le souvenir ou l'ensemble de souvenirs, conscients ou non, d'une expérience vécue et/ou mythifiée par une collectivité vivante de l'identité de laquelle le passé fait partie intégrante »

[23] V. *supra*.

[24] Voir l'intitulé retenu par O. Rudelle, « La Constitution, lieu de mémoire de la République ? », *Revue française de science politique*, juin 2012, vol. 62, n°3, juin 2012, pp. 472-475

[25] P. Nora, « Mémoire collective », *op. cit.*, p. 401

B- La constitutionnalité du devoir de mémoire

Le débat relatif au devoir de mémoire s'est développé en France dans les années 2000 avec l'adoption de plusieurs lois : la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 *tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité* (dite « loi Taubira »), la loi n°2011-70 du 29 janvier 2001 *relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915* ou la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 *portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*. Ces textes de lois doivent être inscrits dans un mouvement plus global de politique mémorielle, qui se traduit notamment par des discours politiques de reconnaissance historique du passé de la France : en témoignent le discours prononcé par le Président de la République Jacques Chirac, lors du 53ème anniversaire de la rafle du Vel'd'Hiv', le 16 juillet 1995 ou, plus récemment, les déclarations du Président Emmanuel Macron portant sur la colonisation et la guerre d'Algérie (par exemple sur l'affaire Audin et sur l'affaire Boumendjel), sur la qualification de la colonisation en tant que crime contre l'humanité ou, plus récemment encore, sur la reconnaissance d'une « dette » de la France à l'égard de la Polynésie française après les essais nucléaires menés pendant 30 ans dans le Pacifique. Cette politique mémorielle, souvent taxée de politique de « repentance », se concrétise, juridiquement, par l'adoption d'un certain nombre de lois, dites mémorielles, dont la constitutionnalité a été largement discutée et portée devant le Conseil constitutionnel.

Cela étant, la catégorie de « lois mémorielles » mérite d'être clarifiée. Cette expression, très présente aussi bien dans le discours politique que juridique, est assez récente puisqu'elle n'apparait qu'en 2005, à la suite de la publication d'une tribune d'un collectif d'historiens, *Liberté pour l'Histoire*, demandant l'abrogation de plusieurs lois relatives au passé jugées « indignes d'un régime démocratique ». Sous cette appellation générique de « lois mémorielles » est rangé un ensemble de lois finalement assez hétéroclites, dont le point commun est de poser la mémoire d'évènements passés, tantôt en signe de repentance mais tantôt aussi, plus récemment, en signe d'impénitence, tout en assortissant ce devoir de mémoire d'effets juridiques plus ou moins contraignants. Comme le souligne le rapport d'information présenté au nom de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur les questions mémorielles en 2008 - signe de l'importance accordée à la question -, l'intervention parlementaire en matière mémorielle est ancienne et s'est notamment manifestée durant l'époque révolutionnaire[27]. Mais ce « devoir de mémoire portant sur des faits passés » se traduit par l'adoption de lois assez différentes dans leur contenu, qui ne sont d'ailleurs pas toutes/toujours qualifiées de lois mémorielles par la doctrine, de sorte que la catégorie juridique apparait particulièrement confuse.

Si l'on essaie de synthétiser, l'on peut distinguer les lois visant exclusivement à reconnaitre l'existence et qualifier un fait historique, et celles qui, par ailleurs, attachent des conséquences juridique à cette reconnaissance et cette qualification , sachant que le constat de l'existence et la qualification historique, peuvent être purement platonique et ne pas emporter de conséquence juridiques, si elle n'est pas assortie d'effets juridiques contraignants et automatiques.

[27] B. Accoyer, *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*, Rapport d'information de la mission d'information sur les questions mémorielles, Paris, Assemblée nationale, novembre 2008

Relève de la première catégorie (1) la loi du 29 janvier 2001 composée d'un seul article reconnaissant le génocide arménien de 1915 ainsi formulée « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 », qui ne revêt ainsi qu'une fonction purement déclarative et qualificative. Selon la même logique, la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, vise, dans son article 4 alinéa 2, « le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord », lois qui revêtent ainsi une « fonction qualificative ».
Relèvent de la seconde catégorie (2), par exemple, la loi dite Gayssot du 13 juillet 1990 qui rappelle l'interdiction des discriminations fondées notamment sur la race et pénalise la contestation de l'existence des crimes contre l'humanité tel que défini par le Tribunal international militaire de Nuremberg, en pratique la Shoah, mais aussi la loi n° 94-488 du 11 juin 1994 relative aux harkis, auxquels la République « témoigne sa reconnaissance (…) pour les sacrifices qu'ils ont consentis » et l'assortit de diverses aides et allocations, catégorie de lois qui revêt une fonction prescriptive.

La loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité (dite « loi Taubira ») peut apparaître plus ambigüe même si elle semble relever de cette seconde catégorie. Cette loi reconnait officiellement la traite négrière et l'esclavage et les qualifie de crime contre l'humanité. Si la loi n'attache pas immédiatement de sanction liée à cette qualification, le code pénal français, dans le livre 1er du Titre II, punit spécifiquement les crimes contre l'humanité. Il en résulte que la qualification législative impose, dans le cadre d'éventuelles poursuites pénales, de reconnaitre que l'esclavage constitue un crime contre l'humanité. Paradoxalement, la loi Taubira suit en l'occurrence le schéma de la loi de 2012 visant à réprimer la négation du génocide arménien, qui a précisément été censurée par le Conseil constitutionnel parce que le législateur imposait une qualification de l'histoire imposant des conséquences juridiques. Ce faisant, la catégorie générique de lois mémorielle renvoie à des lois assez différentes qui, au nom de la mémoire, imposent la reconnaissance de faits passés et/ou leur qualification et/ou les assortissent de prescriptions[33]. Reste que, en France, le débat a été largement brouillé par la question, sur laquelle on reviendra, de la normativité de la loi, de sorte que la qualification de lois mémorielles a souvent été utilisée pour désigner les lois se contentant de reconnaitre un fait historique, c'est-à-dire la catégorie (1).

Dans les années 2000, ces lois ont suscité en France de vives controverses, chez les historiens, les politistes et les juristes. Chez les historiens[35], ces critiques, qui ne s'étaient que très partiellement manifestées lors l'adoption de la première loi mémorielle, à savoir la loi Gayssot de 1990, ont porté tant sur les atteintes à la liberté d'expression ou à la liberté de la recherche et de l'enseignement, que sur une possible concurrence entre les mémoires et donc sur le risque de communautarisme, ou sur la tentation de l'Etat d'imposer une histoire officielle - plus exactement, une lecture officielle de l'histoire - ou encore sur la banalisation d'une culture de la

[33] De préférence à l'expression de « normes mémorielles » qui est plus restreinte car liée au devoir de mémoire alors que ces normes mnémoniques sont, plus largement, relatives au passé, en ce qu'elles assortissent de conséquences normatives des faits passés

[35] Sur les divisions entre historiens voir B. Adjémian, « Le débat inachevé des historiens français sur les « lois mémorielles » et la pénalisation du négationnisme : retour sur une décennie de controverse », Etudes arméniennes contemporaines, pp. 9-34 en ligne

« repentance ». Globalement, la tendance majoritaire a été à la condamnation de ces lois mémorielles.

Sur le plan politique, les positions sont assez contrastées. La mission d'information constituée à l'Assemblée nationale sur les questions mémorielles en 2008 a néanmoins conclu son rapport en considérant « que le rôle du Parlement n'est pas d'adopter des lois qualifiant ou portant une appréciation sur des faits historiques, *a fortiori* lorsque celles-ci s'accompagnent de sanctions pénales » (p. 181).

Sur le plan juridique, ces critiques se sont traduites plus particulièrement par la dénonciation d'atteintes à la liberté d'expression telle que posée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au principe fondamental reconnu par les lois de la République d'indépendance des enseignants-chercheurs, au principe d'égalité en raison d'un traitement inégalitaire des mémoires, au principe de légalité des délits et des peines ou encore au principe de normativité de la loi, justifiant que la plupart des lois mémorielles ait été déférée, plus ou moins rapidement, au Conseil constitutionnel.

Curieusement, la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois mémorielles a longtemps été focalisée sur la question de la qualité de la loi, qui a presque absorbé le débat juridique autour des mémorielles. Elle a ainsi partiellement délaissé la question du respect des droits et libertés, à laquelle le juge constitutionnel n'a apporté que des réponses plutôt maladroites[37].

La première loi dite « mémorielle » soumise au Conseil constitutionnel a été la loi Mekashera de 2005. Cette dernière avait suscité, aussitôt son adoption, une vive polémique mais n'avait pas été déférée au Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*. Soumise au Conseil constitutionnel en application de l'article 37 alinéa 2, portant sur son caractère législatif, la décision rendue n'apporte aucune indication sur sa régularité constitutionnelle. La disposition selon laquelle «Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit » est seulement déclassée par le Conseil constitutionnel au motif qu'elle ne relève pas du domaine de la loi mais de celui du règlement (décision n° 2006-203 L du 31 janvier 2006) ; elle a été quasi aussitôt abrogée, notamment en raison de la polémique qu'elle avait suscitée, par le décret n° 2006-160 du 15 février 2006.

La deuxième loi déférée au Conseil constitutionnel a été la loi de 2012 visant à pénaliser la négation du génocide arménien, dont l'existence avait été posée par la loi n°2011-70 du 29 janvier 2001. Le Conseil constitutionnel concentre, ici, son argumentation sur la question de la normativité de la loi. Dans sa décision 2012-647 DC du 28 février 2012, il juge « qu'une disposition législative ayant pour objet de « reconnaître » un crime de génocide ne saurait, en elle-

[37] A ce sujet, voir A. Morando, « Le traitement des lois mémorielles par les cours constitutionnelles. Illustration de l'inadaptation d'un instrument normatif concurrencé », in *Constitution et passé. Entre mémoire et histoire*, s.d. A. Vidal-Naquet, Confluences des droits, en ligne, pp. 155-170.

même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi » (cons. 6). Ce faisant, il s'inscrit dans la lignée de sa jurisprudence relative à la normativité de la loi, posée notamment par la décision 2005-512 DC du 21 avril 2005 *Avenir de l'école* : la loi ne peut pas « reconnaître » un génocide, puisque cette disposition par elle-même est dénuée de toute portée normative ; la loi doit permettre, interdire ou rendre obligatoire certains comportements ; elle doit ainsi posséder une portée prescriptive, ce qu'elle n'avait pas en l'espèce.

Il résulte de cette jurisprudence qu'une loi mémorielle au sens n°1 défini plus haut, purement déclarative, se contentant de reconnaitre l'existence de tel ou tel fait historique sans l'assortir de conséquences juridiques, est contraire à la Constitution parce qu'elle méconnait l'exigence de normativité qui s'attache à la loi. Une loi non normative peut toutefois évoluer vers une loi normative, comme en témoigne la pénalisation de la contestation du génocide arménien qui s'est faite en deux temps : d'abord la simple reconnaissance, avec la loi n° 2011-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 et ensuite la tentative de pénalisation de la négation de l'existence du génocide arménien quelques années plus tard avec la proposition de loi de 2012 visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi. Déférée au Conseil constitutionnel, cette dernière a été censurée pour atteinte à la liberté d'expression par la décision 2012-647 DC, de sorte que ne demeure en vigueur que la loi posant l'existence du génocide arménien (voir infra). La sévérité de cette jurisprudence interdisant au législateur d'adopter des lois purement mémorielles – déclaratives - a été compensée par la possibilité qui lui a été ouverte d'adopter des « résolutions ». En effet, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a inséré dans la Constitution un article 34-1 C, autorisant le législateur à adopter des résolutions et à adopter ainsi des positions officielles sur tel ou tel fait historique, ce qu'il n'a d'ailleurs pas manqué de faire à plusieurs reprises. C'est donc à travers des considérations relatives à la norme législative elle-même - le domaine de la loi ou la normativité de la loi - que le Conseil constitutionnel a, pour l'essentiel, appréhendé la question de la constitutionnalité des lois mémorielles.

Sur le terrain du respect des droits et libertés, il n'a, en revanche, qu'apporté des réponses maladroites. C'est le cas de la décision de 2012-647 DC relative à la proposition de loi visant à pénaliser la négation du génocide arménien, dont la reconnaissance avait été posée par la loi précitée de 2005. Selon le Conseil constitutionnel, « en réprimant la contestation de l'existence et la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication » (cons. 6). La motivation est à la fois faible et paradoxale. Elle est faible parce qu'en l'espèce, l'atteinte à la liberté d'expression n'est nullement démontrée par le Conseil constitutionnel. Certes, ce dernier rappelle que, pour être jugée conforme à la Constitution, l'atteinte doit être adaptée, nécessaire et proportionnée mais ce contrôle n'est, en l'espèce, pas mis en application. Cette motivation, lue en relation avec la jurisprudence sur la normativité de la loi, selon laquelle « une disposition législative ayant pour objet de « reconnaître » un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi », est, en outre, paradoxale : elle indique que la loi de 2005 est non normative en ce qu'elle se contente de poser un fait historique mais qu'elle est, pourtant, inconstitutionnelle en ce qu'elle porte atteinte à la liberté d'expression.

Cette maladresse s'est confirmée lors de l'examen de la constitutionnalité de la loi Gayssot. L'article 1er de cette loi précise que « toute discrimination fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion est interdite », rappelant la loi du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, et modifie la loi de 1881 sur la liberté de la presse, en introduisant à l'article 24 bis un délit de contestation de l'existence des crimes contre l'humanité tels que définis par le Tribunal de Nuremberg. Cette loi, classiquement rangée parmi les lois mémorielles, n'a pas été déférée à l'examen du Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle a priori, car aucune des autorités de saisine mentionnées à l'article 61 n'a souhaité saisir le Conseil constitutionnel à l'époque. Elle ne l'a été que tardivement dans le cadre du contrôle a posteriori, alors qu'elle avait souvent été mentionnée, au cours des travaux préparatoires de la QPC, comme faisant partie des lois en vigueur à la constitutionnalité douteuse. A trois reprises en effet, la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question de l'inconstitutionnalité de l'article 24 bis de la loi de 1881, au motif que la question posée ne présentait pas un caractère sérieux[38]. Ce n'est qu'à la quatrième QPC que la Cour de cassation a accepté de renvoyer au Conseil constitutionnel, en s'appuyant non pas sur le principe de légalité des délits et des peines ou sur celui de la liberté d'expression, mais sur le principe d'égalité devant la loi et la justice, garanti par l'article de la Déclaration de 1789 et l'article 1er de la Constitution de 1958.

Pour juger de la constitutionnalité de la loi, le Conseil constitutionnel s'est situé sur le terrain de la liberté d'expression et du principe d'égalité. Sur le premier, il a considéré que l'atteinte à la liberté d'expression était constitutionnelle : l'atteinte répond au « triple test » de proportionnalité (cons. 5), au motif que les propos visés, à savoir « *la négation, implicite ou explicite, ou la minoration outrancière* » des crimes visés par la loi Gayssot, « *constituent en eux-mêmes une incitation au racisme et à l'antisémitisme* » et sont, ainsi, un « abus de *la liberté d'expression et de communication qui porte atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers* ». En second lieu, le Conseil constitutionnel examine le moyen tiré de l'atteinte au principe d'égalité, qui résulterait de la différence de traitement entre la shoah et d'autres génocides. Pour écarter le grief, le Conseil constitutionnel se fonde sur la « spécificité du génocide juif » en ce qu'il a été reconnu par une juridiction internationale et non par le législateur, en cohérence avec la décision rendue en 2012 à propos de la pénalisation du génocide arménien qu'il avait censurée au motif que la qualification législative portait « en soi » une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'expression (décision 2012-647 DC précitée). C'est dénier, implicitement, au législateur la possibilité de qualifier un acte historique ou, plus exactement, refuser de donner une portée juridique à la qualification retenue par le législateur (lois mémorielles au sens n°2). Il se fonde également, mais de façon plus feutrée, sur la spécificité du génocide juif en ce que sa négation, alors même qu'il a été commis sur le territoire français, a, « *par elle-même* », une portée raciste et antisémite, « *compte tenu de la charge intrinsèquement raciste et antisémite qu'elle comporte et du fait qu'elle correspond à l'histoire passée et présente dans notre pays* » comme l'indique le commentaire officiel de la décision. Autrement dit, c'est l'histoire qui, sur ce point,

[38] Dans un premier arrêt de 2010, intervenu aussitôt après l'adoption de la QPC, la Cour de cassation a considéré, par un raisonnement tautologique, que l'atteinte au principe de légalité et d'atteinte à la liberté d'expression et d'opinion devait être écartée au motif que l'incrimination provient de *« textes régulièrement introduits en droit interne et définissent de façon claire et précise l'infraction de contestation* » (C.Cass., crim. n° 09-80.774, 7 mai 2010). Dans deux autres arrêts postérieurs de 2012 et 2014, la Cour de cassation a refusé le renvoi, en reprenant la même justification qu'en 2010 et en précisant que l'atteinte à la liberté d'expression paraissait nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur (C.Cass., crim., n° 12-86.382, 5 décembre 2012 ; C. Cass., crim., n° 14-90.010, 6 mai 2014)

justifie la différence de traitement susceptible d'être établie entre le génocide juif et d'autres génocides. Il résulte de cette jurisprudence que la loi mémorielle, au sens n°2 définie plus haut, est inconstitutionnelle, puisque la qualification d'un fait historique résultant d'une intervention législative serait à la fois considérée comme portant une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression mais serait également jugée contraire au principe d'égalité.

L'atteinte à la liberté d'expression a également été au cœur de la décision rendue à propos de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, qui prévoyait une incrimination générale du négationnisme lorsqu'il est constitutif d'une incitation à la violence ou à la haine par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale. Dans sa décision 2016-745 DC du 26 janvier 2017, le Conseil constitutionnel censure la disposition, en considérant qu'une telle incrimination est redondante puisqu'il existe déjà un délit d'incitation à la haine prévu par la loi de 1881 sur la liberté de presse et qu'elle n'est pas suffisamment précise, le crime dont la négation était pénalisée n'étant nullement identifié, de sorte qu'était portée une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'expression (§194)[40].

Ces décisions témoignent de la sévérité de la jurisprudence constitutionnelle vis-à-vis des lois mémorielles, à l'exception de la loi Gayssot : cette dernière, au nom de l'histoire, présente une spécificité qui justifie tant l'atteinte potentielle portée à la liberté d'expression qu'au principe d'égalité. Elle souligne, en creux, la porosité des frontières entre histoire et mémoire. La mémoire, c'est-à-dire la charge affective que l'on met dans le souvenir des faits passés, est conditionnée par l'histoire mais l'histoire, à savoir le discours que l'on porte sur les faits passés, est également conditionné par la mémoire c'est-à-dire le souvenir que l'on souhaite garder des faits passés.

[40] 2016-745 DC le CC s'est prononcé d'office sur cette disposition §**194.** En premier lieu, si la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière de certains crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de réduction en esclavage ou crimes de guerre peuvent constituer une incitation à la haine ou à la violence à caractère raciste ou religieux, elles ne revêtent pas, par elles-mêmes et en toute hypothèse, ce caractère. De tels actes ou propos ne constituent pas non plus, en eux-mêmes, une apologie de comportements réprimés par la loi pénale. Dès lors, la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière de ces crimes ne peuvent, de manière générale, être réputées constituer par elles-mêmes un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication portant atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers.